



DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO
SBS Quadra 02, Bloco H, Lote 14 - Bairro Asa Sul - CEP 70070-120 - Brasília - DF - <http://www.dpu.gov.br/>

NOTA TÉCNICA Nº 8 - DPGU/SGAI DPGU/SASP DPGU

Em 25 de maio de 2021.

ASSUNTO: Aporte técnico para os debates da audiência pública convocada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no bojo do Habeas Corpus n. 165.704.

1 - INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública da União (DPU) assumiu o polo ativo do Habeas Corpus n. 165.704, em trâmite na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que trouxe ao debate a questão das crianças e pessoas com deficiência que não contam com os cuidados maternos, estando sob a responsabilidade do pai ou de outra pessoa presa (eDOC 21, eDOC 32, eDOC 34 e eDOC 36).

Conforme defendido nos autos, a referida ação constitucional foi manejada com o objetivo de tutelar nascituros, crianças e pessoas com deficiência que, na maioria das vezes e por diversos motivos, já passaram pelo sofrimento do afastamento materno, mas ainda permanecem expostas e fragilizadas.

Além disso, dentre os diversos argumentos sustentados pela DPU, apontou-se que a pandemia de Covid-19 impôs severas regras de distanciamento social entre familiares e pessoas privadas de liberdade, com proibição de visitas; defendeu-se, também, a importância de reduzir o número da população carcerária e os riscos de infecção com base em critério razoável e constitucionalmente sustentável (qual seja, o melhor interesse da criança).

Segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos autos, verificou-se que, ainda no segundo semestre de 2020, por volta de 32000 (trinta e dois mil) homens privados de liberdade estavam classificados, junto aos sistemas internos de controle daquele Conselho, como responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência.

Após intensos debates do colegiado, a Segunda Turma do STF, em decisão proferida em 20/10/2020, concedeu a ordem de *habeas corpus* coletivo, de modo a determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos seguintes (eDOC 680):

“A Turma, por votação unânime, conheceu e concedeu a ordem de habeas corpus coletivo, para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, desde que observadas as seguintes condicionantes: (i) presença de prova dos requisitos do art. 318 do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos; ii) em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, nos termos acima descritos; (iii) em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; iv) a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC nº 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes; (v) a concessão da ordem, em caráter emergencial, nos casos elencados na Recomendação nº 62/2020 do CNJ, para substituição da prisão preventiva por domiciliar ou concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 desta Corte; (vi) a comunicação da ordem ao DMF para acompanhamento da execução; (vii) a

expedição de ofício a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com cópia desta decisão, para que comuniquem a esta Corte os casos de concessão de habeas corpus com base neste julgamento, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. (...)”.

Na esteira da ordem emanada no item (vii) do citado *decisum*, a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a teor do Ofício n. 4/2021-SPR.1.2, de 15 de fevereiro de 2021, (eDOC 677), prestou informações consolidadas pela Corregedoria Geral da Justiça e pela Direção de Processamento do Órgão Especial daquele Tribunal, na qual se informa que “*após levantamento efetuado (...), no período de 20 de outubro de 2020 até 08/02/2021, não foram localizados Habeas Corpus concessivos, com fundamento no julgamento do HC n. 165.704, da Corte Suprema.*”]

A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, conforme registro contido no Ofício n. 7642/2002 - PRESIDÊNCIA/ASPRE, de 17 de dezembro de 2020 (eDOC 552), apresentou a Informação N° 32938/2020 - PRESIDÊNCIA/DIGER/COGES/ASEST, cujo conteúdo esclarece que após “*análise de 59 habeas corpus, informamos que não houve nenhum caso de concessão de habeas corpus com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 165.704 julgado em 20/10/2020*”.

A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme teor de OFÍCIO expedido em 03 de dezembro de 2020 (eDOC 522), apresenta informações coligidas junto aos Órgão Colegiados com competência criminal no TJRJ. A Sexta Câmara Criminal do TJRJ, nos termos do Ofício GAB n. 05/2020, de 26 de novembro de 2020, comunica que “*foi proferida Decisão com o deferimento do pleito liminar; recentemente, nos autos do Habeas Corpus n. 0041200-84.2020.9.19.0000, utilizando-se como fundamento, aqueles mencionados nos autos do Habeas Corpus STF N° 165.704/DF*”. A Quinta Câmara Criminal do TJRJ, por sua vez, a teor do contido no Ofício n. 6245/2020, de 16 de novembro de 2020, informa que, até aquela data, “*não houve nesta câmara, a concessão de qualquer “writ”, com base no Habeas Corpus 165.704, da Suprema Corte.*” A Oitava Câmara Criminal do TJRJ, nos termos do Ofício 3130/2020, de 26 de janeiro de 2020, relata também que, até aquela data, “*não houve concessão de Habeas Corpus com base no julgamento do Habeas Corpus STF n° 165.704/DF*”.

Por meio do OFÍCIO N° 451 - PRESI/GABPRES, de 07 de dezembro de 2020, a Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (eDOC 518), reportou “*ter havido ampla divulgação do julgamento do HC 165.704 (0006235-64.2018.1.00.0000) no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, não tendo sido comunicadas a esta Presidência decisões concessivas de habeas corpus com fundamento nas premissas fixadas naquela assentada*”.

A Segunda Vara da Comarca de Paranatinga/MT, por intermédio do Ofício n. 70/2020/GAB/2ª VARA, de 09 de novembro de 2020 (eDOC 383), também apresentou informações no sentido de que, naquele juízo, “*não houve caso apto à concessão de Habeas Corpus com base no Habeas Corpus n. 165.704, ante a ausência do preenchimento das condicionantes*”.

Relevante pontuar que, após a prolação do acórdão concessivo, foram sendo apresentados nos autos vários pedidos individuais de extensão do benefício, os quais foram devidamente analisados pelo Exmo. Ministro Relator (eDOC 646, eDOC 595, eDOC 550, eDOC 501).

Ademais disso, ainda no delineamento do que fora decidido pelo STF, notadamente no que se refere à implementação da decisão proferida, a Turma, em decisão datada de 13/04/2021 (eDOC 700), deliberou pela realização de audiência pública para acompanhamento e fiscalização do cumprimento desta ordem coletiva à luz do contexto do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, sob condução do Relator. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

Em despacho exarado em 30 de abril de 2021, pelo Exmo. Ministro Relator (eDOC 712), foi convocada audiência pública virtual, a ser realizada por intermédio de sistema de videoconferência, na data provável de 14/06/2021, para abordagem dos seguintes temas: (1) *a questão prévia do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro, cinco anos após a concessão da medida cautelar na ADPF 347*; (2) *as informações e os mecanismos de implementação da ordem coletiva proferida neste habeas corpus coletivo*; (3) *o eventual descumprimento desta ordem coletiva e os impactos na questão da superlotação carcerária, com o esclarecimento das providências que vêm sendo adotadas pelos Tribunais*. Ao final da audiência, também será avaliada a possibilidade de criação de comissão de

acompanhamento das medidas de implementação da ordem coletiva proferida nos autos, bem como do enfrentamento à questão da superlotação carcerária.

A partir desse delineamento, e levando em consideração as nossas atribuições regimentais^[1] e normativas, a Secretária de Atuação no Sistema Prisional Nacional (SASP) e o GT Pessoas em Situação de Prisão e Enfrentamento à Tortura (GTPSP) apresentam a seguinte nota técnica à apreciação do Exmo. Senhor Defensor Público-Geral Federal, como subsídio aos debates da audiência pública convocada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no bojo do Habeas Corpus n. 165.704.

2 - DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA E DA LEGITIMIDADE DA DPU

Os critérios legais definidores da atuação da DPU apontam para a total compatibilidade de sua participação processual em favor de grupos vulneráveis, em razão de múltiplos fatores, dentre os quais a situação de privação de liberdade e todas outras especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

O conceito de vulnerável não se exaure nos limites da necessidade econômica. Ada Pellegrini Grinover leciona, com base na teoria de Mauro Cappelletti, que são igualmente necessitados as pessoas e grupos sociais que, do ponto de vista organizacional, são socialmente vulneráveis^[2]. Essa vulnerabilidade decorre de uma série de circunstâncias que transcendem o aspecto meramente financeiro, alcançando grupos historicamente excluídos e com barreiras culturais e sociais para o acesso a direitos fundamentais.

O legislador, atento a essa miríade de vulnerabilidades, inseriu dentre as funções institucionais da Defensoria Pública a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados e a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de **outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado** (art. 4º, II e XI, da Lei Complementar n. 80/94).

Desse modo, com a proteção desses grupos vulneráveis, a DPU maximiza o cumprimento de sua missão constitucional de promoção dos direitos humanos e persegue o objetivo fundamental de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, III e IV, Constituição Federal).

O princípio da igualdade (*todos são iguais perante a lei*), nessa perspectiva, assume uma dimensão normativa-axiológica para corresponder não apenas à igualdade formal, mas também à igualdade material para defender sujeitos concretos que, em razão de fatores econômicos, históricos, culturais ou sociais não possuem as mesmas condições para a fruição da dignidade humana enquanto preceito fundante da comunidade política pós-1988.

Eis o princípio da igualdade fática que, conforme ensinamento de Robert Alexy, justifica o direito a um determinado tratamento jurídico desigual, de caráter afirmativo^[3]. Essa premissa é também defendida por Boaventura de Sousa Santos, quando assevera o direito à igualdade quando a diferença inferioriza e o direito à diferença quando a igualdade descaracteriza^[4].

De acordo com Tiago Fensterseifer: *A configuração político-jurídica de um Estado Social (e Democrático) de Direito encarrega o Direito de assegurar especial proteção aos indivíduos e grupos sociais que, por alguma razão concreta, encontram-se em situação fática de privação no exercício e gozo dos seus direitos – sobretudo daqueles de natureza fundamental – assegurados pela ordem jurídica vigente*^[5].

Portanto, a necessidade de proteção especial não é privilégio. Decorre da situação histórica e estrutural de grupos sociais alijados de condições materiais para o exercício isonômico dos direitos fundamentais.

Dessa forma, os princípios da igualdade e da não discriminação, em sua dimensão normativa-axiológica, exigem, na execução de medidas privativas de liberdade, o respeito às condições e

às necessidades especiais de grupos populacionais em situação de hipervulnerabilidade.

A Lei brasileira de Execução Penal alçou a Defensoria Pública ao status de órgão de execução penal^[6], o que se traduz em atribuir à esta Instituição a atuação tanto no exercício estrito da defesa daqueles/as que não possuem condições de contratar advogado sem prejuízo de seu sustento quanto no dever de defesa dos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político.

Por isso, a presente manifestação formalizada por instituição vocacionada à defesa de direitos humanos permite a ampliação do debate sobre os fatos e fundamentos jurídicos em análise.

3 - CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (E INCONVENCIONAL) VIVENCIADO PELO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Em uma série de reportagens divulgadas recentemente, foram apresentados dados do Monitor da Violência, uma parceria do Portal G1 com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, referentes aos primeiros meses de 2021, os quais apontam que apesar da diminuição da população carcerária durante a pandemia, o Brasil se manteve na mesma posição do ranking de países que mais prendem no mundo^[7].

Conforme noticiado, em 2020, quando o levantamento das informações também foi realizado, a taxa prisional do Brasil era maior: 338 presos para cada 100 mil habitantes. O país, porém, ocupava a mesma 26ª posição no ranking, até porque outros países também reduziram a taxa no período. Os dados apresentados indicam que hoje, no Brasil, existe um déficit de 241.652 vagas^[8].

De acordo com os demais dados publicados, houve indícios de uma queda inédita no valor total de presos no país (considerando presos provisórios e definitivos em regime fechado e semiaberto). O número, que estava em torno de 709 mil no último levantamento realizado, reduziu para aproximadamente 682 mil, o que sinaliza para uma aparente melhoria do cenário de superlotação dos presídios^[9].

Os analistas dos dados alertam, contudo, que as razões para esta aparente reversão na tendência do encarceramento ainda precisam de maior aprofundamento analítico, que leve em consideração diferentes ordens de fatores. Ademais disso, pontua-se que uma certa melhora no cenário nacional ainda não é suficiente para descaracterizar a superlotação nas prisões do país, que se mantém como um dos principais problemas da segurança pública, o qual só será efetivamente resolvido a partir de uma política de requalificação do sistema que seja capaz de desafogar as unidades prisionais do Brasil de modo constante e planejado^[10]. Até porque, a diminuição do encarceramento no último período precisa ser lida em conjunto com outro dado que emerge do levantamento apresentado pelo e Monitor: a porcentagem de presos provisórios representou 31,9% do total de pessoas encarceradas. São em torno de 217 mil presos nessa condição^[11].

Apesar de representar um número menor que os 221 mil verificados no último levantamento, a proporção de presos provisórios em relação ao número total de presos, teve um leve aumento nesse período. Em fevereiro de 2020, por exemplo, eram 31,2% de presos provisórios em relação ao total da população prisional. Já em abril de 2019, os dados indicavam 31,17% de presos provisórios em relação ao total da população encarcerada^[12].

Este contexto conduz a necessidade de se refletir a efetividade das políticas públicas na seara econômica e social para prevenir os transtornos sociais de uma comunidade e a redução contínua do Poder público na consecução de medidas de promoção efetiva de bem-estar e empoderamento. As estatísticas trazidas à baila deixam clara a opção brasileira por uma atuação interventora punitivista em lugar de promover medidas de transformação dos entornos sociais.

Por outro lado, o aumento da criminalidade e o sentimento de insegurança generalizado reflete no desejo do imaginário social de recrudescimento da política penitenciária e das leis penais como

panaceia para resolver os conflitos sociais. Com efeito, ao final e ao cabo, esses conflitos se intensificam exatamente na deficiência do Poder Público em viabilizar a igualdade no acesso de oportunidades a todos e todas indistintamente.

Desde setembro de 2015, no bojo da ADPF 347/DF, quando o STF reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional face à crise do sistema penitenciário nacional^[13], podemos afirmar que muito pouco realmente mudou.

Ainda é gritante a violação generalizada de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no país, não sendo exagero afirmar que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios brasileiro acabam sendo penas cruéis e desumanas.

Como dito ainda nos debates da ADPF 347, mas que serve para os tempos atuais, os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização das pessoas presas, fomentam o aumento da criminalidade, pois se transformam em redutos de crescimento do crime organizado, territórios onde o Estado já não possui controle sobre a organização social. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência.

A situação permanece assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Vale lembrar que, no bojo da ADPF 347, foi reconhecido que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União, como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

É fato que tivemos alguns avanços nesses pouco mais de 5 anos. A implementação da ferramenta da audiência de custódia e a construção de alternativas possíveis à cultura do encarceramento vem surgindo, apesar de ainda haver muito excesso de discricionariedade na aplicação sistemática da pena alternativa. A despeito disso, não podemos ignorar que as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes ainda são insuficientes, o que representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos das pessoas privadas de liberdade, além da perpetuação e do agravamento da situação.

Aliás, é a partir desse contexto que a doutrina especializada buscou investigar em que medida existe também uma violação massiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), decorrente da omissão do Estado Brasileiro, somada a uma proposta que integre à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nesse litígio estrutural^[14].

Vale registrar que o Brasil aderiu à CADH e a internalizou em 1992 por meio do Decreto nº 678, vindo a aceitar a competência contenciosa da Corte IDH anos depois, em dezembro de 1998. No ano de 2002, por meio do Decreto nº 4.463, foi promulgada a declaração de reconhecimento da competência da Corte IDH nos seguintes termos: *“É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, de 22 de novembro de 1969, de acordo com o art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”*.

A grande maioria das medidas provisórias adotadas pela Corte IDH contra o Brasil estão relacionadas à violações de direitos humanos no ambiente de privação de liberdade, a saber: (i) Urso Branco (Porto Velho, Rondônia)^[15]; (ii) Complexo do Tatuapé da FEBEM (São Paulo, São Paulo)^[16]; (iii) Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira (Araraquara, São Paulo)^[17]; (iv) Unidade de Internação Socioeducativa (Cariacica, Espírito Santo)^[18]; (v) Complexo Penitenciário de Curado (Recife, Pernambuco)^[19]; (vi) Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís, Maranhão)^[20] e (vi) Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro)^[21].

São diversas as providências determinadas para se tentar fazer cessar, dentro do ambiente prisional, a violação generalizada de direitos das pessoas, assim como proteger a vida e a integridade pessoal de todas/os que ingressam no estabelecimento prisional (presos/as, visitantes, funcionários/as), manter lista atualizada de custodiados/as, assegurar o contato entre as pessoas presas e as autoridades e organizações de defesa dos direitos humanos, investigar e punir as violações de direitos humanos no interior de estabelecimentos prisionais, possibilitar a visita dos familiares dos reclusos/as,

assegurar as condições adequadas de aprisionamento, ajustar a ocupação prisional à capacidade do estabelecimento, abster de praticar revistas íntimas ou vexatórias em visitantes.

Essas intervenções da Corte IDH, de certo modo, também indicam uma fonte na qual os debates travados na audiência pública convocada pelo STF podem buscar elementos de realidade e de juridicidade, mesmo sabendo que esses estandartes internacionais de proteção de Direitos Humanos ainda estão longe de serem devidamente observados nos estabelecimentos prisionais do país.

4 - DA RESOLUÇÃO Nº 369, DE 19 DE JANEIRO DE 2021, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Na 79ª Sessão Virtual^[22], ocorrida em 18/12/2020, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o texto da Resolução n. 368, a qual regulamentou, no âmbito do Poder Judiciário, procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis pelos cuidados de crianças com até 12 anos e de pessoas com deficiência.

Observe-se que o referido normativo reafirma o rol de direitos dessas pessoas conforme os requisitos para a concessão da prisão domiciliar previstos no Código de Processo Penal e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus nº 143.641/SP e 165.704/DF, concedidos pela Segunda Turma do STF.

Também previu-se a utilização dos sistemas informatizados do Poder Judiciário como fonte de suporte ativo à prestação jurisdicional, a fim de assegurar objetividade e eficiência às análises de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, bem como a concessão de saída antecipada, inclusive com a utilização de alerta automático.

Ressalte-se, ademais, que o referido normativo também dispõe sobre a instituição de Comissão Permanente Interinstitucional para acompanhamento e sistematização em nível nacional dos dados referentes ao cumprimento das ordens coletivas de habeas corpus concedidas pelo STF, sendo que um painel público permitirá o monitoramento dos dados sobre a situação de mulheres privadas de liberdade que sejam gestantes, lactantes, mães, pais ou responsáveis por crianças e pessoas com deficiência.

O normativo aprovado no CNJ, portanto, já contempla muitas das ponderações que foram levantadas por ocasião dos debates ocorridos em torno da efetivação da decisão que foi prolatada no bojo do HC n. 143.641/SP. Naquele momento, a falta de informações oficiais para o monitoramento e a premente necessidade de se avançar na transparência e sistematização de dados referentes ao sistema penitenciário foram apontadas como grandes dificuldades à implementação da decisão exarada.

Por outro lado, causa-nos certa preocupação a inclusão da cláusula genérica “situações excepcionalíssimas”, conforme previsto no art. 4º, §6º, IV^[23], da referida Resolução, uma vez que, na maioria dos casos, são esses dispositivos de grande abertura semântica que lastreiam as decisões judiciais denegatórias de liberdade ou da não conversão em prisão domiciliar.

Estando a prisão domiciliar disciplinada nos contornos normativos dos arts. 317 e 318 do CPP, substituindo a prisão preventiva quando a situação fática se amoldar a alguma das hipóteses legais, há de se ter bastante bom senso quanto às exigências de que, quem está privado de liberdade, produza prova pré-constituída de sua imprescindibilidade para sua prole para que possa, só então, ser deferida a prisão domiciliar.

Observe-se que o art. 318, parágrafo único, do CPP, exige prova idônea. Algumas das situações descritas são facilmente provadas. Entretanto, outras situações dependem da demonstração da excepcionalidade do caso concreto.

Especificamente quanto às hipóteses dos incisos III e VI, o legislador previu a necessidade da demonstração de outros requisitos, como o fato de ser “imprescindível aos cuidados especiais” ou ser o “único responsável pelos cuidados”. Nesse sentido, é preciso compreender que há um maior grau de dificuldade para provar essas situações, pois se exige um efetivo apontamento da ausência de outros indivíduos que possam cuidar da pessoa que necessita de especial atenção (menor de 6 anos, filho de até 12 anos de idade incompletos e pessoa com deficiência).

Dá porque, a nosso sentir, também poderia ter sido mais ousada a regra insculpida no art. 5º da citada Resolução, para se prever que a realização da audiência de justificação em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos acerca dos requisitos do art. 318 do CPP não fosse disciplinada como uma faculdade judicial, já que a redação se utilizou do verbo “poderá” e não do “deverá”.

Ademais, a mesma crítica cabe ao contido no texto do art. 6º de Resolução, pois sendo a Recomendação CNJ nº 62/2020 reconhecida, inclusive pela CIDH^[24], como uma medida de boa prática que tem potencial para a redução do risco epidemiológico do COVID-19 com uma perspectiva de direitos humanos, a sua aplicação deveria ser de carácter obrigatório e não tratada na esfera da “possibilidade” pela autoridade judicial.

Até porque, para além de contribuir com a adequada gestão do sistema carcerário, neste momento de situação emergencial de saúde pública, e de controle da propagação do Coronavírus, a orientação proposta pela Recomendação CNJ nº 62/2020 atende aos preceitos constitucionais, legais e convencionais que tratam de absoluta prioridade para garantia dos direitos fundamentais das crianças e das pessoas com deficiência, devendo ser utilizada como importante ferramenta de ponderação dos casos concretos e na adoção de medidas cautelares e prisão domiciliar.

5 - PROPOSIÇÕES SUGESTIVAS E CONCRETAS PARA A EFETIVAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO PRESENTE *HABEAS CORPUS*

É sabido que a prisão domiciliar é uma forma de privação de liberdade muito restritiva na qual se substitui o estabelecimento penal pela moradia da pessoa. As condições de cumprimento dessa medida normalmente são muito rígidas e, como regra, impedem quase completamente a saída da pessoa de sua casa. Logo, a prisão domiciliar não está na mesma categoria das demais medidas cautelares e só deve ser considerada nos casos em que for cabível a prisão preventiva. A mesma regra de excepcionalidade que se aplica à prisão, cabe à prisão domiciliar. Adicionalmente, esta medida pode ser cumulada com outras medidas cautelares, como a monitoração eletrônica, por exemplo, o que aumenta ainda mais o controle e o impacto da medida na vida da pessoa.

Nessa esteira, é necessário reconhecer que as hipóteses de prisão domiciliar não admitem relativização pela autoridade judicial, estando ausente a discricionariedade nessa seara. Considerando que a prisão domiciliar substitui a prisão preventiva, o julgador não pode, alegando ser necessária para a garantia da segurança pública, deixar de aplicar a prisão domiciliar e manter a prisão cautelar.

Por outro lado, não se desconhece que embora as informações sobre as condições socioeconômicas, de saúde e de vida das pessoas custodiadas estarem no escopo da abordagem do juiz ou juíza que preside a audiência de custódia (ou o processo de conhecimento), isso ocorre, muitas vezes, em ambiente pouco acolhedor, formal, de incerteza e tensão para aquelas pessoas. Frequentemente, essas informações são registradas de forma fragmentada e parcial, não passam pela mediação profissional especializada, podendo assim não retratar adequadamente a complexa realidade social vivenciada pelo sujeito em conflito com a lei.

Tem-se, assim, de um lado, os juízes e juízas, com a responsabilidade de analisar e decidir acerca da legalidade e circunstâncias da prisão e sobre a necessidade e adequação de medidas cautelares eventualmente adotadas. E, do outro, estão as pessoas custodiadas, que muitas vezes se encontram em condição de vulnerabilidade, com demandas quanto à garantia de direitos e especificidades quanto à sua trajetória individual e social.

Porém, conforme se verifica do conteúdo das informações aportadas, até o momento, pelos Órgãos do Poder Judiciário^[25], quanto à concreta concessão de medida de desencarceramento com base na decisão proferida neste HC n. 165.704, é possível apreender que novamente deve ser enfrentada a resistência dos Julgadores *a quo* para insistirem na segregação cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, assim como ocorreu (e ainda ocorre) nos debates travados em relação à efetivação da decisão que foi prolatada no bojo do HC n. 143.641/SP.

Também chama atenção nos autos, a quantidade, já expressiva, de pedido individuais de extensão de benefício da ordem de *habeas corpus* concedida por esse Egrégio STF, o que denota,

novamente, indícios de que as cláusulas abertas “situações excepcionalíssimas” e “faculdade judicial” serão aplicadas de forma genérica e inegavelmente amplas, o que foge ao intuito da concessão coletiva^[26].

No nosso entender, portanto, reconhecida a fragilidade das crianças que têm seus responsáveis submetidos ao cárcere, conhecidas também as condições dos presídios no Brasil, deve haver limitação nas possibilidades de manutenção da prisão, sob pena de situações normais, em se tratando de processo criminal, serem invocadas como obstáculos à aplicação do quanto decidido pela Suprema Corte.

Em um contexto ideal, é imperioso que, no curso da intervenção do direito penal na vida da pessoa (prisão em flagrante, audiência de custódia, processo de conhecimento ou execução da pena), o Estado propicie um atendimento orientado à proteção social que visa intervir de forma qualificada no contexto da privação de liberdade, ampliando as abordagens a partir de uma percepção sistêmica sobre os processos de criminalização e encarceramento, contribuindo para a individualização da atividade jurisdicional com dignidade e liberdade. E, a partir dessa intervenção, produzir elementos que considerem as diversidades geracionais, sociais, étnico-raciais, de gênero e sexualidade, de origem regional e de nacionalidade, de renda e classe social, de religião e crença, como parte do marco do processo decisório jurisdicional na audiência de custódia ou no pedido de conversão da prisão em domiciliar.

Embora raras, essas modalidades de abordagem institucional já são objeto de estudos e situações práticas concretas. Exemplos podem ser extraídos de trabalhos desenvolvidos pelo próprio CNJ ao elaborar o Manual de proteção social na audiência de custódia, o qual traz parâmetros para o serviço de atendimento à pessoa custodiada^[27]. Destaca-se, também, o conteúdo do Manual de gestão para as alternativas penais, no qual o CNJ apresenta enfoques diferenciados em relação à substituição à privação de liberdade, com as modalidades e os mecanismos para tanto^[28].

De todo modo, na medida em que os esforços do Poder Público para concretização de ferramentas outras capazes de enfrentar substancialmente o problema do encarceramento massivo ainda não se mostram totalmente efetivos, no intuito de contribuir para a solução concreta de questões que certamente advirão nos debates da audiência pública convocada, apresentamos as seguintes sugestões para serem avaliadas:

(i) em razão da previsão genérica contida no art. 4º, §6º, IV, da Resolução CNJ n. 369/2021, sejam melhor explicitadas situações concretas do que não configura hipótese de “situações excepcionalíssimas”, especialmente no que se refere ao tráfico de drogas e outros delitos típicos de região de fronteira;

(ii) considerando a exigência de prova idônea contida no art. 318, parágrafo único, do CPP, que pode ser interpretada de forma demasiadamente obstativa à concretização da prisão domiciliar, é necessário explicitar que não é viável exigir que o beneficiário da prisão domiciliar produza prova pré-constituída de sua imprescindibilidade para sua prole ou ser o “único responsável pelos cuidados” para que possa, só então, ser deferida a prisão domiciliar;

(iii) no caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos acerca dos requisitos do art. 318 do CPP, e caso o juízo não possa lançar mão da realização de perícia social para se averiguar, *in concreto*, e de forma célere, a situação biopsicossocial da pessoa privada de liberdade e de seu(s) tutelado(s), seja necessariamente viabilizada a audiência de justificação para que a parte e seu defensor(a) possam produzir, em juízo, outras provas que entenderem pertinentes a demonstrar o preenchimento dos requisitos legais da prisão domiciliar;

(iv) que os casos em que a prisão domiciliar seja negada judicialmente, seja a Comissão Permanente Interinstitucional, a ser constituída pelo CNJ, comunicada para fazer o acompanhamento e sistematização em nível nacional dos dados referentes a casos considerados como não elegíveis ao cabimento da ordem coletiva de habeas corpus concedido pelo STF, inclusive para, caso necessário, desenvolver linha de trabalho a esse respeito;

(v) Por fim, que seja reafirmado que a orientação proposta pela Recomendação CNJ nº 62/2020, preenchidos os parâmetros jurídicos nela definidos, deve ser de aplicação obrigatória pelos órgãos do Poder Judiciário, uma vez que atende aos preceitos constitucionais, legais e convencionais que tratam de absoluta prioridade para garantia dos direitos fundamentais das crianças e das pessoas com deficiência.

São essas, por ora, as considerações da SASP e do GTPSP a respeito da questão posta.

À consideração superior para ciência e providências de estilo.

[1] Regimento interno da DPGU: Art. 115 À Secretaria de Atuação no Sistema Prisional - SASP compete: XI - promover e participar do debate interinstitucional sobre a construção e aperfeiçoamento das políticas penais;

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimação da Defensoria Pública à ação civil pública. In: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Org.: Ada Pellegrini Grinover et al. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n.p.

[3] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 422.

[4] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. In: Contexto Internacional, Rio de Janeiro, vol. 21, n. 1, jan./jun. 2001, p. 28.

[5] FENSTERSEIFER, Tiago. O Conceito Jurídico de Necessitado e o Regime Jurídico de Especial Proteção dos Indivíduos e Grupos Sociais (Hiper)Vulneráveis na Constituição Federal de 1988. In: Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 39-82, jan./jun.2020.

[6] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

[7] <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>

[https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2021/raio-x-do-sistema-prisional/?](https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2021/raio-x-do-sistema-prisional/?_ga=2.180095908.1081923189.1621215269-f6d7141b-8b01-f42f-8223-d93f8b992039)

[_ga=2.180095908.1081923189.1621215269-f6d7141b-8b01-f42f-8223-d93f8b992039 https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml](https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml)

<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/mesmo-com-reducao-da-populacao-carceraria-situacao-nos-presidios-escancara-necessidade-de-reforma-estrutural-urgente.ghtml>

[8] id.

[9] id

[10] id

[11] id

[12] id.

[13] <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>

<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>

<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>

[14] FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. In: Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016, p. 67-82.

[15] Caso da Penitenciária Urso Branco, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002; 29 de agosto de 2002; 22 de abril de 2004; 7 de julho de 2004; 21 de setembro de 2005; 02 de maio de 2008; 17 de agosto de 2009; 25 de novembro de 2009; 26 de julho de 2011; e de 25 de agosto de 2011.

[16] *Caso das Crianças e Adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé”*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de novembro de 2005; 30 de novembro de 2005; 04 de julho de 2006; 03 de julho de 2007; 10 de junho de 2008; e de 25 de novembro de 2008.

[17] *Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Martins Silveira”*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de julho de 2006; 30 de setembro de 2006; 10 de junho de 2008; e 25 de novembro de 2008

[18] *Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade na Unidade de Internação Socioeducativa - UNIS*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 25 de fevereiro de 2011; 26 de julho de 2011; 01 de setembro de 2011; 26 de abril de 2012; 20 de novembro de 2012; 21 de agosto de 2013; 29 de janeiro de 2014; 26 de setembro de 2014; 23 de junho de 2015; e 15 de novembro de 2017.

[19] *Caso do Complexo Penitenciário de Curado*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de maio de 2014; 07 de outubro de 2015; 18 de novembro de 2015; 23 de novembro de 2016; 15 de novembro de 2017; e 28 de novembro de 2018.

[20] *Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014; 14 de março de 2018; e 14 de outubro de 2019.

[21] *Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, Medidas Provisórias. Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017; 31 de agosto de 2017; e 22 de novembro de 2018.

[22] <https://www.cnj.jus.br/lista-de-processos-da-sessao/?sessao=612>

[23] § 6º A decretação da prisão preventiva de pessoa que se encontre nas hipóteses previstas no art. 1º desta Resolução deve ser considerada apenas nos casos previstos no rol taxativo decidido pelo STF nos Habeas Corpus no 143.641 e 165.704: I – crimes praticados mediante violência ou grave ameaça; II – crimes praticados contra seus descendentes; III – suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão; **IV – situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas, considerando: a) a absoluta excepcionalidade do encarceramento de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, em favor dos quais as ordens de habeas corpus foram concedidas; b) a presunção legal de indispensabilidade dos cuidados maternos; c) a presunção de que a separação de mães, pais ou responsáveis, de seus filhos ou dependentes afronta o melhor interesse dessas pessoas, titulares de direito à especial proteção; e d) a desnecessidade de comprovação de que o ambiente carcerário é inadequado para gestantes, lactantes e seus filhos.**

[24] <https://www.cnj.jus.br/cidh-pede-que-paises-adotem-medidas-do-cnj-para-enfrentar-coronaviru-em-prisoas/>

[25] TJSP: Ofício n. 4/2021-SPPr.1.2, de 15 de fevereiro de 2021, (eDOC 677); TJTO: Ofício n. 7642/2002 - PRESIDÊNCIA/ASPRE, de 17 de dezembro de 2020 (eDOC 552); TJRJ: OFÍCIO expedido em 03 de dezembro de 2020 (eDOC 522); TRF3: OFÍCIO Nº 451 - PRESI/GABPRES, de 07 de dezembro de 2020, (eDOC 518) e Segunda Vara da Comarca de Paranatinga/MT, por intermédio do Ofício n. 70/2020/GAB/2ª VARA, de 09 de novembro de 2020 (eDOC 383).

[26] Decisões proferidas pelo Eminentíssimo Ministro Relator: eDOC 646, eDOC 595, eDOC 550, eDOC 501.

[27] https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_protecao_social-web.pdf

[28] https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-penais_eletronico.pdf



Documento assinado eletronicamente por **Nara de Souza Rivitti, Coordenador(a) do Grupo de Trabalho - Pessoas em Situação de Prisão**, em 25/05/2021, às 14:36, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Walber Rondon Ribeiro Filho, Secretário de Atuação no Sistema Penitenciário Nacional e Conselhos Penitenciários**, em 25/05/2021, às 14:38, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://www.dpu.def.br/sei/conferir_documento_dpu.html informando o código verificador **4462444** e o código CRC **F67BE50D**.
