


CURSO POPULAR DE FORMAÇÃO DE
DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS

EXECUÇÃO PENAL: PRISÃO DOMICILIAR

Josianne Pagliuca dos Santos

Graduada e mestranda em Direito Processual Penal pela PUCSP.
Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Uninter/ICPC.
Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Amazonas.





PREVISÃO NA LEI

Prisão preventiva:

Código de Processo Penal


Art. 318 (2011): "Poderá o juiz substituir..."

Abarcam casos de pessoa:

- maior de 80 anos;
- extremamente debilitada com doença grave;
- imprescindível aos cuidados de pessoa de até 06 anos ou com deficiência;
- gestante;
- mãe de criança até 12 anos;
- pai que seja único responsável pelos cuidados de filhos de até 12 anos.

Execução penal: Prisão domiciliar - Josianne Pagliuca dos Santos





PREVISÃO NA LEI

Prisão preventiva:

Código de Processo Penal

Art. 318-A (fim de 2018): "A prisão preventiva (...) será substituída..."

Quando a mulher for:

- gestante;
- mãe ou responsável por crianças ou PCD.

Desde que não tenha crime:

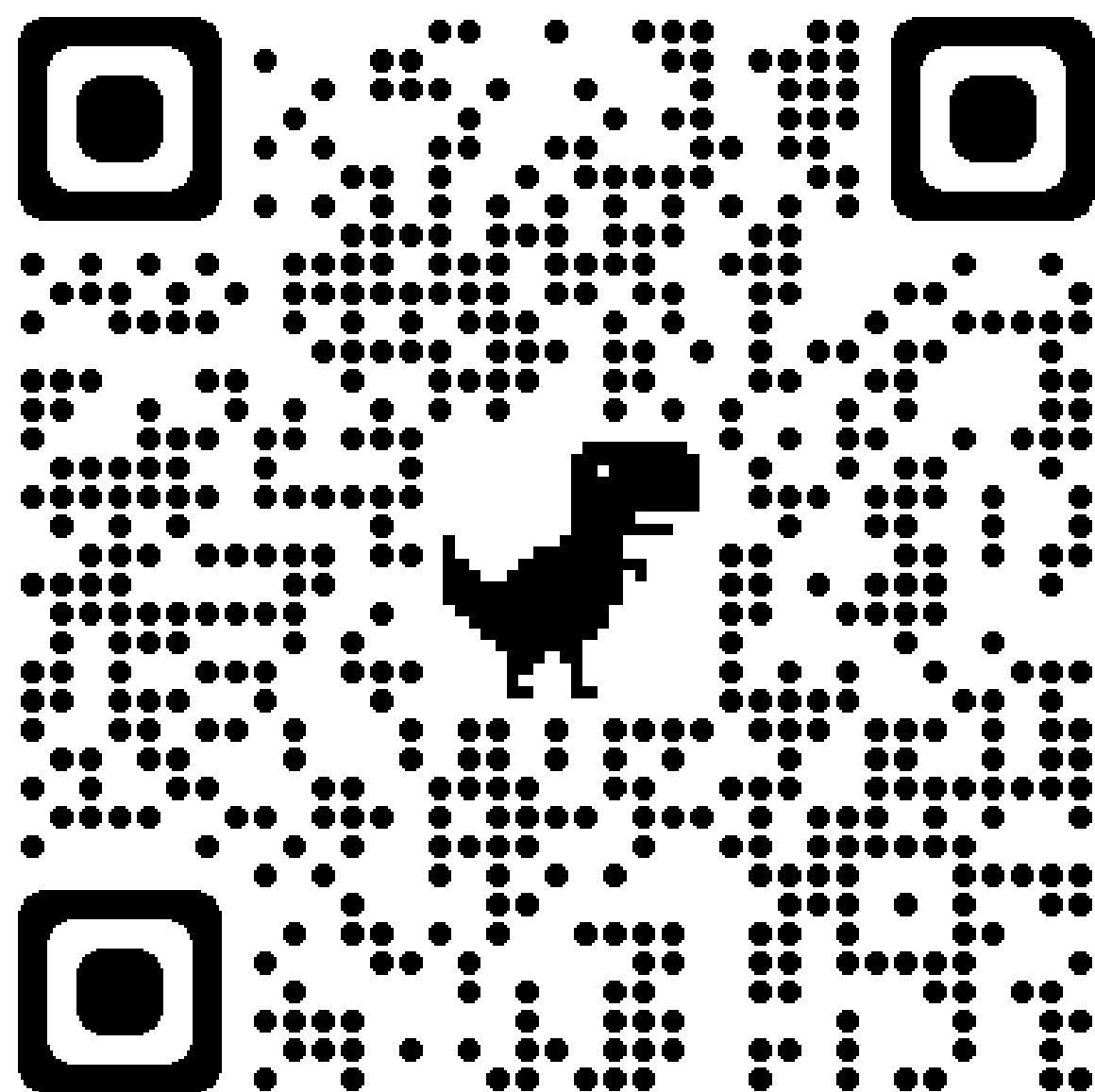
- com violência ou grave ameaça à pessoa;
- contra seu filho ou dependente.

Execução penal: Prisão domiciliar - Josianne Pagliuca dos Santos



HCS COLETIVOS

HC 143.641 - julgado em fevereiro 2018.

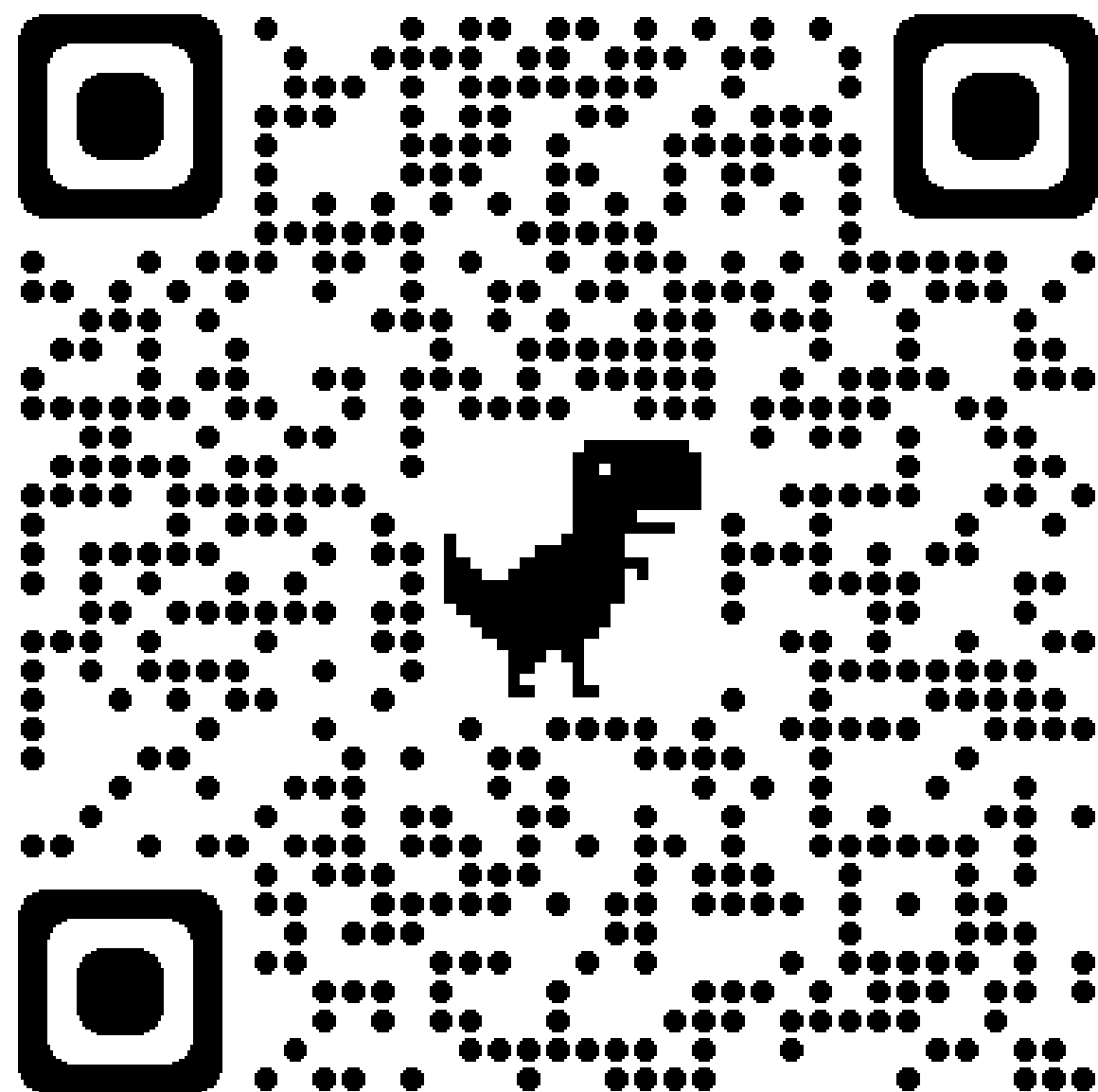


24/10/2018 corrige interpretações:

- aplica-se até o trânsito em julgado, independente de ter ou não interpretação permitindo execução provisória após decisão de segundo grau (prisão domiciliar também é prisão) - determinação de ofício ao CN para estudar e avaliar casos de prisão definitiva;
- flagrante ao entrar em unidade prisional com entorpecente, "concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco", flagrante realizado na residência da presa, ter passagem pela vara da infância, não ter trabalho formal NÃO são situações excepcionais que impedem a aplicação do HC coletivo.

HCS COLETIVOS

HC 143.641 - decisão de arquivamento.



(março de 2020)

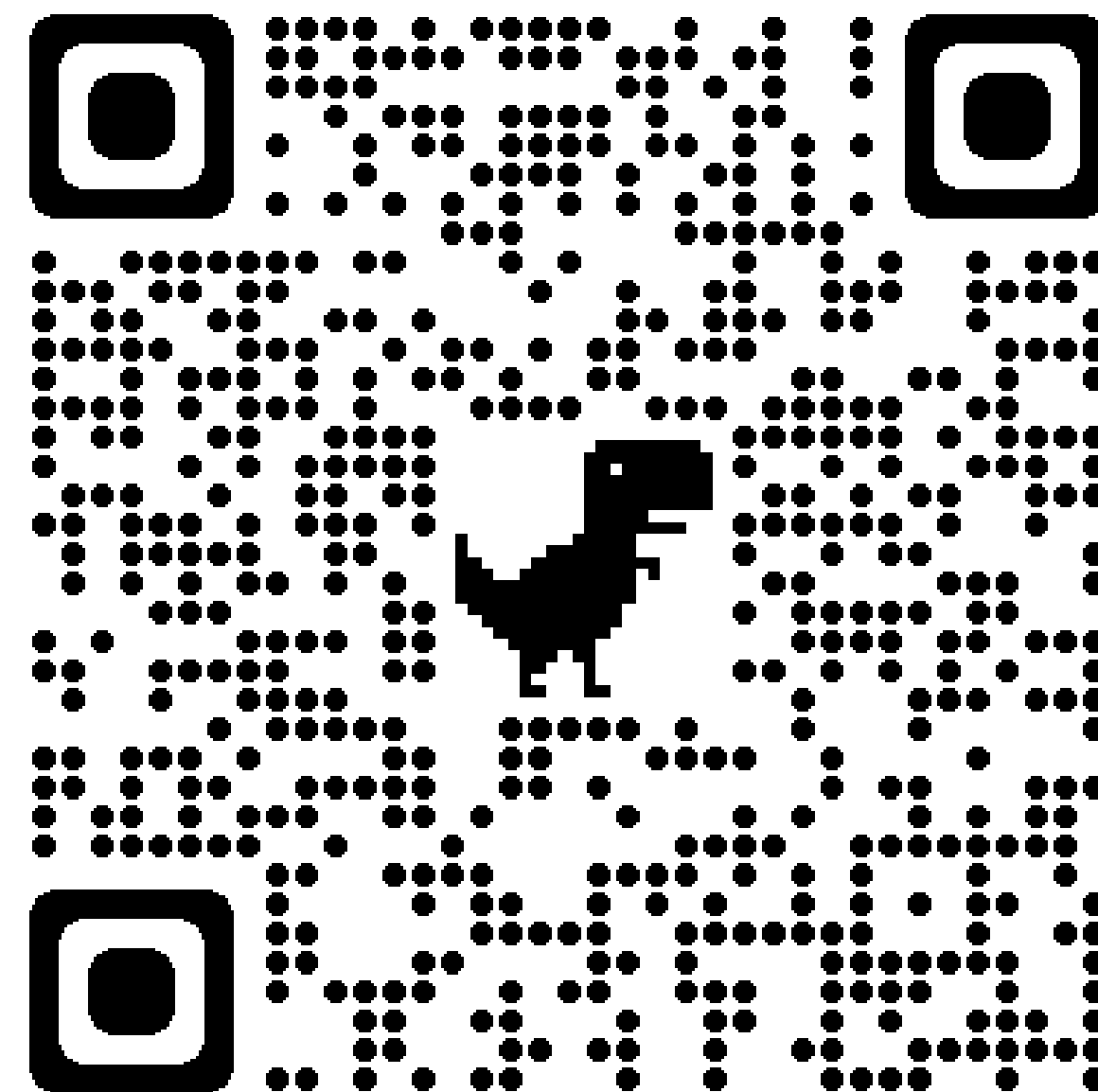
"A Lei 13.769/2018, ao substituir o termo "poderá" por "será", tornou facultativa a conversão em prisão domiciliar nas situações (i) e (ii) acima discriminadas, e impositiva nas demais. O avanço, portanto, foi maior do que se podia imaginar quando recebi a inicial do presente habeas corpus coletivo."

- ausência da certidão de nascimento não é motivo para a negativa;
- lei presume: indispensabilidade dos cuidados maternos e não adequação de prisões para gestação e exercício da maternidade.

HCS COLETIVOS

HC 165.704 - julgado em outubro de 2020.

- Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas com força de emenda constitucional;
- DPU: destacada relevância porque "essas crianças, que muitas vezes já passaram pelo sofrimento do afastamento materno (pelos mais variados motivos), são ainda mais expostas e fragilizadas";
- Garantidos diversos direitos que devem ser respeitados para proteger as relações familiares, considerando também as sanções sociais e econômicas suportadas pelas famílias;



HC 165.704 - julgado em outubro de 2020.

- Dispositivos beneficiam adultos (ou adolescentes), mas tutelam nascituros, crianças, e pessoas com deficiência;
- Significativos danos causados a essas pessoas a partir da privação do desenvolvimento em convívio com seus familiares;
- Eventuais beneficiários da ordem do HC "se encontram inseridos em um ambiente de flagrante e massiva violação de direitos fundamentais, reconhecido pelo próprio STF como um *estado de coisas inconstitucional*, durante o julgamento de medida cautelar na ADPF 347";
- Reforça a importância do aumento de investimentos em políticas sociais de emprego para impedir o retorno ao sistema;
- Ordem concedida não é ativismo judicial - é fazer valer o artigo 318, III e VI, CPP;
- A recusa à substituição deve ser amplamente fundamentada, só podendo ocorrer em casos graves, como em casos de crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, ou contra a prole.

"VISLUMBRA-SE CERTA RESISTÊNCIA POR PARTE DE ALGUNS JUÍZES E TRIBUNAIS NA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO"

(...)

Aguarda-se, agora, a apresentação das razões de apelação para que o recurso tenha regular seguimento.

Eis o atual estágio do feito.

Os argumentos trazidos pelos impetrantes, salvo melhor juízo de Vossas Excelências, não procedem: não bastasse a absoluta irrelevância aqui do tempo de prisão cautelar imposta por ação penal absolutamente diversa, a **PACIENTE** é não apenas reincidente, mas também, e principalmente, reincidente *específica*! E se a despeito de anterior prisão, processo e condenação insiste ela em traficar, demonstra, às escâncaras, personalidade recidiva e a mais absoluta indiferença para com a lei penal. Daí a estrita necessidade da custódia cautelar como única forma de se garantir a ordem pública.

E que não nos percamos em idiossincrasias, mas se a gravidade do crime (*repita-se ad nauseam: equiparado aos hediondos*) e a reincidência (*específica, diga-se uma vez mais*) não bastarem para legitimar a prisão preventiva, desconheço honesta e sinceramente o que o seria...

A pretensão de fixar pena mínima e aplicar a causa de diminuição de pena inscrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, outrossim, sobre ser matéria própria da apelação não de *habeas corpus*, avilta não apenas o mais comezinho bom senso, mas também, e principalmente, texto expresso de lei.

A só maternidade, também não parece obstar a prisão. Como fiz constar da decisão proferida por ocasião da audiência de custódia, *não desconheço, decerto, o quanto*



decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP e, mais que isso, o parecer aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo. A concessão da prisão domiciliar, contudo, exige não apenas a existência de pessoa menor de 06 (seis) anos de idade ou com deficiência, mas também, e principalmente, que o(a) acusado(a) seja imprescindível aos cuidados demandados por tais pessoas. Daí a necessidade de prova das tais circunstâncias e, por isso mesmo, a impossibilidade de se deferir, desde logo, a prisão domiciliar. E aqui, ademais, as informações sobre a vida pregressa colhidas a fls. 10/11 sugerem que os cuidados da criança não cabem a indiciada, senão a pessoa diversa (cujo telefone Priscila nem sequer soube informar)...Note-se, ainda, que a prisão domiciliar em casos deste jaez, embora salutar na exata medida em que busca evitar que a prisão processual transcenda a pessoa do(a) acusado(a), não pode e não deve traduzir um nihil obstat judicial para a prática de crimes por aqueles que, pelo só fato de terem filhos de tenra idade, estariam imunes ao cárcere...

A pandemia, em arremate, não pode e não deve ser um passe livre para todos aqueles que são acusados de crimes graves e, mercê de sua vida pregressa, representam risco à sociedade. Não se deslembre, outrossim, de que nada – *nada mesmo* – autoriza inferir esteja ela mais segura da contaminação solta que recolhida ao cárcere...

Era o que cabia informar.

Sem mais para o momento, coloco-me a inteira disposição de Vossa Excelência para ulteriores esclarecimentos eventualmente necessários, aproveitando o ensejo para renovar protestos da mais alta estima e distinta consideração.

(...)

10/09/2020
1500299.17-2019



PREVISÃO NA LEI


Prisão definitiva:

Lei de Execução Penal

Art. 117 (redação original - 1984)

Regime aberto em domiciliar quando:

- maior de 70 anos;
- acometido de doença grave;
- mãe com "filho menor ou deficiente físico ou mental";
- gestante.



QUAL A MOTIVAÇÃO DE LISTAR
ESSES CASOS COMO POSSÍVEIS
DE SUBSTITUIÇÃO DO LOCAL
DO CUMPRIMENTO DA PRISÃO?

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA



Vedação do
excesso de
execução.



Intranscendência
da pena.



Princípio da proteção
integral, prioridade
absoluta e melhor
interesse da criança.

"Estatisticamente, não há dúvidas de que são as mulheres negras e pobres, bem como sua prole – crianças que, desde seus primeiros anos de vida, são sujeitas às maiores e mais cruéis privações de que se pode cogitar: privações de experiências de vida cruciais para seu pleno desenvolvimento intelectual, social e afetivo – as encarceradas e aquelas cujos direitos, sobretudo no curso da maternidade, são afetados pela política cruel de encarceramento a que o Estado brasileiro tem sujeitado sua população." Min. Lewandowski, HC 143.641, 24/10/18.

Artigo 1º

A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana
(...)

Artigo 3º

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
(...)
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Artigo 5º

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)
III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...)
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)
L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação

Artigo 6º

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Artigo 23

É competência comum da U, dos Es, do DF e dos Ms: (...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...)

Artigo 24

Compete à U, aos Es e ao DF legislar concorrentemente sobre: (...)

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; (...)

Artigo 226

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Artigo 227

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança (...), com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Artigo 7º

A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Artigo 8º

É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação.

§4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança.

§10 Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Artigo 2

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Artigo 9

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

Artigo 24

2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação [do direito à saúde] e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

(...)

d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;

e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Artigo 7

1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.

2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.

Artigo 23

4. Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Artigo 5º

Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância (...) a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança (...)

Artigo 13

U, Es, DF, Ms apoiarão a participação das famílias em redes de proteção e cuidado da criança (...) visando, entre outros objetivos, à formação e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, com prioridade aos contextos que apresentem riscos ao desenvolvimento da criança.

Artigo 14

Políticas e programas governamentais (...) buscarão a articulação [de diversas áreas] com vistas ao desenvolvimento integral da criança.

§1º: Os programas que se destinam ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância promoverão atividades centradas na criança, focadas na família e baseadas na comunidade.

§3º: (...) deverão receber orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis, aleitamento materno (...) com intuito de favorecer a formação e a consolidação de vínculos afetivos e estimular o desenvolvimento integral na primeira infância.

MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA



REGRAS DE BANGKOK

Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

<https://tinyurl.com/RegrasBangkok>

Regra 48.2

"Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal."

Regra 52.1

"A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente."

REGRAS DE BANGKOK

Regra 64

"Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado."



HC 157.673

MIN. GILMAR MENDES, 19 DE JUNHO DE 2018
(FUNDAMENTAÇÃO SIMILAR NO 167.415, 08/02/19)

Adolescente grávida condenada à MSE de
internação por roubo.

- "(...) seguramente, a fundação em que está internada não é o melhor ambiente para que, nele, viva durante o período gestacional";
- Dispositivos constitucionais que tutelam a família, infância e maternidade: arts. 6º, 226, 227;
- Amparo na dignidade da pessoa humana, priorização do bem-estar dos "menores";
- Regra 64 de Bangkok;
- "Assim, se a clausura imposta às adultas gestantes é substituível, mais ainda o é, em relação às "menores"";
- Para "manter a paciente sob a tutela do Estado, na condição de pessoa em desenvolvimento", concedeu LA.

Execução penal: Prisão domiciliar - Josianne Pagliuca dos Santos



HC 592.171

MINISTRO RIBEIRO DANTAS, 01 DE JULHO DE 2020

Gestante em **regime fechado**, condenações **definitivas** por tráfico e furtos qualificados.

- Referência ao HC 351.494, primeira menção no STJ do Marco Legal da Primeira Infância e do HC coletivo 143.641;
- STJ "tem flexibilizado o entendimento para concessão de prisão domiciliar aos sentenciados, em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, quando devidamente demonstrada sua excepcionalidade.";
- Princípio constitucional da fraternidade;
- Doutrina da proteção integral à criança;
- Referência ao HC 186.186, que determinou a observância da Recomendação 62/2020, do CNJ.

Execução penal: Prisão domiciliar - Josianne Pagliuca dos Santos

PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

AGRG NO PEXT NO RHC 113.084,
MIN REYNALDO SOARES DA FONSECA, 26/05/2020

- Categoria jurídica (não só moral ou religiosa);
- Importância fundamental, tendo em vista a complexidade das questões sociais, jurídicas e estruturais ainda enfrentadas pelas democracias;
- Fraternidade não exclui nem é excluída pelo direito: enquanto valor, está em várias Constituições, junto com outros historicamente consagrados;
- Macroprincípio dos Direitos Humanos que pode ser concretizado no âmbito do direito penal, com a humanização de sua aplicação.



1ª VEP CURITIBA

0005944-84.2015.8.16.0147, 13/05/2021

- Medida recomendada pela magistrada da Vara da Infância e Juventude, indicando a existência de vínculo afetivo entre pai e filho;
- Embora não haja previsão específica no art. 117 para regime diverso do aberto, "a interpretação sistemático-teleológica de todo o conjunto de normativas referentes a esta específica situação permite concluir que a prisão domiciliar deve ser não apenas prática aceita, como incentivada, nos termos do artigo 117, III, da Lei de Execução Penal, na esteira de ampla e irrestrita aceitação pela jurisprudência do TJPR e dos Tribunais Superiores, sendo a ampliação hermenêutica das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar questão pacificada no âmbito do STJ e do STF.";
- Referência ao RHC 94.358, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2008 (Informativo 504) - paciente de 62 anos com grave estado de saúde: "se apóia no postulado da dignidade da pessoa humana, o qual representa, considerada a centralidade desse princípio essencial, significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente no país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo".

HC 635.472

SEXTA TURMA, 25/05/2021

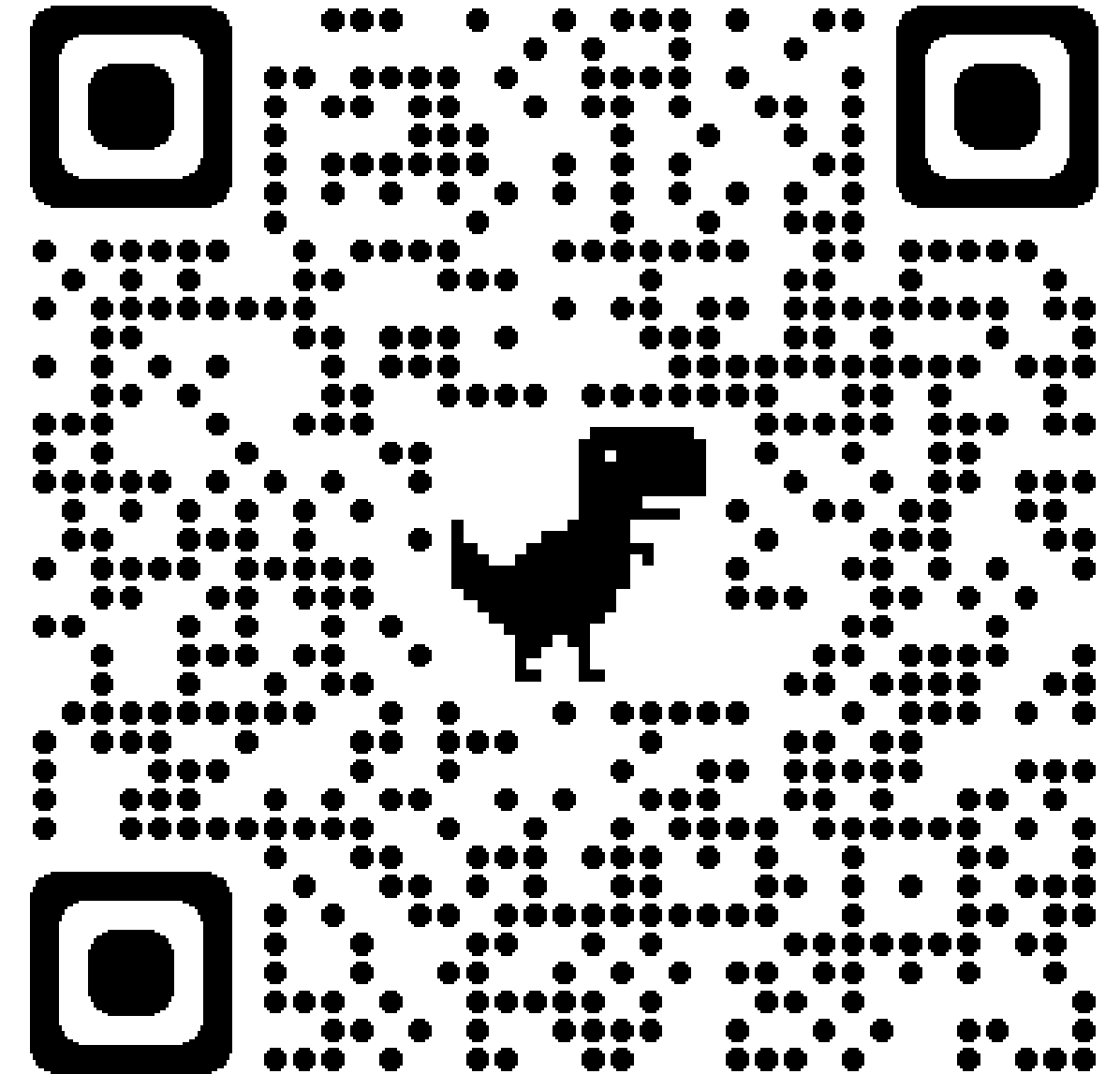
Por maioria (três), negaram a prisão domiciliar.

Voto do Ministro convocado Olindo Menezes:

- "O voto do eminente relator, em termos jurídicos, está completo. Sua Excelência demonstra que não se justifica a concessão da prisão domiciliar." Porém "nem sempre as coisas precisam se justificar, bastando que elas se expliquem.";
- "Eu não sei o que o sistema vai ganhar, em qualquer sentido, mantendo na prisão (...) pessoa com 83 anos, numa cadeira de rodas, com nove comorbidades, com problema de demência mental";
- Se ele for pra prisão domiciliar e melhorar, pode voltar à prisão; se ficar na prisão e morrer, não poderemos fazer nada além de nos lamentar;
- "A prisão domiciliar não é irreversível; irreversível será se essa pessoa morrer."

Min. Sebastião Reis Júnior: posição radical de não entender a insistência de optarem pelo recolhimento em presídios de pessoas com saúde debilitada.

Execução penal: Prisão domiciliar - Josianne Pagliuca dos Santos



Vídeo do julgamento, iniciando no voto do Min. Olindo Menezes. Aos 2:16:50, voto do Min. Sebastião Reis Júnior.

QUEM RESPONDE O PROCESSO EM
LIBERDADE E TEM CONDENAÇÃO
TRANSITADA EM JULGADO PRECISA
AGUARDAR CUMPRIMENTO DO
MANDADO DE PRISÃO PARA PEDIR A
SUBSTITUIÇÃO DOMICILIAR?

PEDIDOS DE EXECUÇÃO SÃO FEITOS, EM REGRA, PARA JUÍZO DE EXECUÇÃO.

Em regra, PEC criado com guia de recolhimento. Em regra, GR expedida quando a pessoa já estiver ou vier a ser presa (artigo 105, LEP).

Em casos excepcionais, o STJ tem admitido a expedição de guia de execução definitiva sem o prévio recolhimento à prisão. (HC 608.971, Min. Ribeiro Dantas, 01/09/2020; HC 599.475, Min. Schietti, 22/09/2020).

Em caso de dúvidas, sintam-se à vontade para entrar em contato.



 @JosiPagliuca