

O Direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ no Contexto da Pandemia da Covid-19

Right to Life and the Ideal of Social Defense in Decisions of Brazilian's Superior Court

MANUELA ABATH VALENÇA¹

Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil.

FELIPE DA SILVA FREITAS²

Grupo de Pesquisa em Criminologia da Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, Bahia, Brasil.

RESUMO: Este artigo objetiva compreender a atuação do Poder Judiciário no contexto de alastramento da pandemia da Covid-19 no cenário prisional e socioeducativo – tanto no âmbito das recomendações do Conselho Nacional de Justiça quanto no bojo das decisões judiciais proferidas pelo STJ em recursos e *habeas corpus* individuais e coletivos. Analisando a atividade do CNJ e do STJ, evidencia-se uma disputa entre aqueles que assumiram uma tendência mais próxima à defesa do direito à vida como prioridade no contexto da pandemia e aqueles que sobrepuseram a esse valor o da defesa social, o que, aliás, tornou-se público a partir dos posicionamentos de ministros do STF a respeito da Recomendação nº 62. A partir desse cenário, buscamos entender os fundamentos das decisões do STJ que negaram a liberdade a presos durante esse período. Para isso, analisamos 62 decisões proferidas pelo tribunal e, a partir de uma análise documental, encontramos oito argumentos-chave que lastrearam as decisões, todos priorizando um ideal de defesa social frente ao direito à vida dos presos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à vida; defesa social; pandemia; Covid-19; sistema prisional e socioeducativo.

ABSTRACT: This paper aims to understand the role of the judicial system in the context of the Covid-19 pandemic, especially its position about the incarcerated population. First, we analyzed the normative positions of the National Council of Justice (CNJ) – an organization dedicated to judicial

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-7292-4232>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-5502-4937>>.

power's control in Brazil. Then, we analyzed 62 decisions of the Superior Court of Justice (STJ) in individual appeals and *habeas corpus*. What we concluded is that, despite the effort intended by the CNJ to dissuade judges along the country to release defendants because of the imminent risk of death by the new coronavirus, in general, the decisions maintained people incarcerated. We decided, so, to understand the reasons why people were not released and we cataloged eight main reasons that made judicial power think about not taking care of a lot of lives.

KEYWORDS: Right to life; social defense; pandemics; Covid-19; prisons.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O controle da pandemia e a prisão como pena de morte no Brasil; 2 Recomendações nºs 62 e 68 do Conselho Nacional de Justiça; 3 Recursos e ações no STJ e a Covid-19; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

Imaginemos que o mundo estivesse passando por uma pandemia provocada por um vírus para o qual não existe remédio ou vacina, sendo a única alternativa para garantir a redução do contágio o isolamento social, o uso de máscaras e a higienização constante de mãos e superfícies. Imaginemos que esse vírus seja especialmente perigoso para pessoas idosas, diabéticas, hipertensas e com problemas respiratórios. De imediato, o que seria feito com os presídios brasileiros e seus mais de 750 mil presos amontoados em unidades com taxas de superlotação que chegam a 200% da capacidade e com incidência de tuberculose em níveis quase epidêmicos?

A narrativa poderia corresponder a uma ficção com notas de exagero, mas foi exatamente o que o Brasil passou a vivenciar desde o dia em que foi confirmado o primeiro caso do novo coronavírus no território, em fevereiro de 2020. O que foi feito para lidar com a iminência de uma tragédia caso a pandemia se alastrasse em nossas unidades prisionais?

Este artigo reflete sobre as ações tomadas pelo Poder Judiciário em dois níveis: de um lado, as tentativas de implementação de recomendações por parte do Conselho Nacional de Justiça para evitar o alastramento da pandemia no cenário prisional e socioeducativo e, de outro, como se comportaram as decisões judiciais no período em termos de adesão ou não às recomendações do CNJ e à tese da soltura por caráter humanitário.

Para tanto, será feita uma análise das recomendações editadas pelo CNJ e a recepção que esses atos tiveram no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a partir da análise qualitativa de 62 decisões proferidas pelo tribunal, nas quais verificamos forte prevalência de um ideal de defesa social, entendido aqui como uma perspectiva que privilegiou a proteção de interesses coletivos da sociedade em detrimento do direito à vida.

Neste ponto, e antes de passarmos às considerações centrais deste artigo, é fundamental mencionar que os sistemas punitivos contemporâneos estão amplamente ancorados no ideal de defesa social, definido por Alessandro Baratta como aquele que contempla os princípios da legitimidade, do bem e do mal, da prevenção, da igualdade e do interesse social e do delito natural (Baratta, 2002, p. 41). Em breves palavras, a legitimidade do direito penal e da justiça penal encontra guarida na existência de uma conduta definida como crime/ou contravenção penal praticado por um indivíduo que atinge toda a coletividade e que deve ser respondida pelo Estado como forma de prevenir atos futuros:

O sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, eles adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário; ou também por efeito da intervenção penal podem surgir conflitos novos no mesmo ou em outros contextos. [...] Por sua estrutura organizativa e pelo modo em que funciona o sistema penal, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial, funções que são centrais à ideologia da defesa social e às teorias utilitárias da pena. (Baratta, 2004, p. 628-629)

Porém, a pandemia levou esse ideal ao seu limite: seria legítimo manter alguém preso, mesmo diante do risco de morrer da Covid-19, para não pôr em risco interesses coletivos supostamente ameaçados pela liberdade de alguém recolhido por um fato pretérito? A resposta foi positiva para uma parcela do Judiciário brasileiro, como dito. E, aqui, interessa-nos entrar no pormenor dessa tensão e dessa posição que levou à morte de diversas pessoas³, dentre elas Lucas Morais, jovem negro, com 28 anos, que morreu após ter contraído coronavírus na unidade prisional de Manhumirim, em Minas Gerais. Lucas respondia por um crime classificado pelo direito como hediondo: tráfico de drogas. Portava menos de 10 gramas de maconha quando foi preso, foi condenado a cinco anos e três meses de prisão e não teve o direito de responder ao processo em liberdade. A defesa de Lucas ingressou com três recursos pleiteando a sua liberdade, mas todos foram indeferidos pela Justiça (Infovírus, 2020).

3 De acordo com o Sistema de Monitoramento do Departamento Penitenciário Nacional, 110 pessoas morreram por Covid-19 no sistema penitenciário brasileiro. Consulta dia 30 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVliwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9>>.

1 O CONTROLE DA PANDEMIA E A PRISÃO COMO PENA DE MORTE NO BRASIL

A pandemia de coronavírus expôs em níveis extremos o quadro de desassistência à saúde vivido no sistema prisional brasileiro, ampliando a crise sanitária do País e pressionando ainda mais a demanda por atendimento de infectados junto ao Sistema Único de Saúde. Nas prisões – ambientes fechados, úmidos e sem ventilação –, o risco de contaminação é exponencialmente maior que em contexto domiciliar com chances bem mais expressivas de quadros clínicos graves, muitos deles chegando a óbito (Romero *et al.*, 2020).

O quadro geral do sistema penitenciário brasileiro é de celas lotadas e sem ventilação, instalações elétricas com remendos e potencialmente perigosas, comida racionada e de péssima qualidade, muitas vezes estragada, água escassa para banho, para a limpeza das celas e mesmo para beber (Brasil, 2009; STF, 2015). De acordo com relatos acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o quadro é de um estrutural e sistemático “estado de coisas inconstitucional” com persistente e reiterada violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade que, nas palavras do relator, Ministro Marco Aurélio, estão sujeitos a condições como “superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos”⁴.

Nesse contexto, é previsível que haja para o grupo das pessoas privadas de liberdade uma maior vulnerabilidade à infecção e à doença com a rápida propagação do vírus de efeitos sabidamente letais. De acordo com o médico Francisco Job Neto, doutor em epidemiologia com estudo sobre doenças infecciosas no sistema prisional:

Levando em consideração que muitos desses presos têm uma nutrição ruim, são ou foram usuários de drogas, uma porcentagem bastante significativa está infectada pelo HIV e pela tuberculose – portanto, são pneumopatas –, é previsível que tenhamos número de infectados superior ao da população em geral e muito mais rapidamente, já para as duas ou três próximas semanas. É também grande o número de presos que vai precisar de UTI por ter doença respiratória crônica e que vai morrer por conta da pandemia. (Job Neto, 2020)

4 STF – Supremo Tribunal Federal. MC-ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, 2015.

A mesma posição é apresentada em outros estudos e pareceres que confirmam a inequívoca tendência letal da pandemia (em níveis superiores aos já verificados no conjunto da população) no contexto do sistema carcerário (Romero *et al.*, 2020) e indicam o desencarceramento como única medida efetiva e eficaz em termos de prevenção e de manejo de riscos. Ou seja, manter o quadro de prisões superlotadas e sequer possibilitar o desencarceramento dos presos integrantes do grupo de risco é decidir que, diante de alternativas adequadas constitucionalmente, pessoas presas (sob responsabilidade do Estado) ficarão expostas a elevadíssimo risco de morte.

Os dados do Levantamento de Informações sobre o Sistema Penitenciário Brasileiro gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional vinculado ao Ministério da Justiça mostra que, em dezembro de 2019, havia no sistema penitenciário 748 mil pessoas privadas de liberdade e um quadro de 170% de déficit de vagas, ou seja, um quadro de profunda superlotação com celas com muito mais pessoas do que a sua capacidade máxima (Depen, 2019).

Nesse quadro, é exponencial o aumento do número de casos de doenças infectocontagiosas, com mais de 10 mil casos de tuberculose (35 vezes mais entre as pessoas presas do que entre população em liberdade) ao lado de um estrutural cenário de precariedade na assistência à saúde justaposto à já descrita realidade de baixa oferta de alimentos, água e produtos de limpeza. Nas unidades prisionais, 4 de cada 10 não possuem consultório médico, não havendo nessas unidades nenhum tipo de estrutura de atendimento especializado, de terapia intensiva ou semi-intensiva (Depen, 2019).

A tendência, portanto, é a de que, com a pandemia do novo coronavírus, haja persistente aumento abrupto da demanda de transferência de pessoas privadas de liberdade para unidades de saúde em busca de atenção especializada e que haja uma persistência da circulação do vírus na comunidade, tendo como fonte a população prisional (Depen, 2019). Em Brasília, por exemplo, já em 26 de abril de 2020 havia o registro no Complexo Prisional da Papuda⁵ de 51 policiais penais e 161 presos infectados, três dos quais já estavam internados no Hospital Regional de Brasília. Segundo cálculos do projeto Infovírus⁶, a contaminação naquela unidade prisional era de mais de

5 “O Complexo Penitenciário da Papuda é o conjunto de instituições prisionais do Distrito Federal situado na rodovia que liga Brasília à cidade de Unai e que reúne 4 presídios. O Distrito Federal possui quase 17 mil pessoas privadas de liberdade das quais 3.390 não têm condenação, e um déficit de ao menos 5.400 vagas.” (Prando; Freitas, 2020).

6 O Infovírus é uma iniciativa do CEDD – Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (UnB), Grupo Asa Branca de Criminologia (UFPE e UNICAP), Grupo de Pesquisa em Criminologia (UEFS/UNEB) e Grupo Poder

15% de toda a população prisional, taxa de contaminação que era, na época, o correspondente a 36 vezes a proporção de contaminações no País e 31 vezes a proporção de contaminação no Distrito Federal (Prando; Freitas, 2020). Em 29 de junho, o Complexo da Papuda já apresentava 1,5 mil casos de contaminação e quatro mortes por Covid-19 (Diogo, 2020).

Na prática, a manutenção de pessoas privadas de liberdade em condições desumanas e degradantes no contexto da pandemia com potencial crescente de contaminação, adoecimento e morte é, em si, uma violação expressa ao texto constitucional e ao próprio entendimento do STF que já reconheceu que as prisões no Brasil conformam um estado de coisas inconstitucional. Além disso, as decisões que impedem que sejam adotadas medidas desencarceradoras no contexto da pandemia são, de fato, uma condenação à pena de morte para pessoas presas que podem se contaminar pelo vírus na prisão e que provavelmente não terão qualquer possibilidade de atendimento por parte do Estado.

Trata-se de decisões que se recusam a aplicar o texto constitucional e que resultam em condenações a verdadeiras penas de morte na vigência do Estado Democrático de Direito, comprometendo não só a eficácia das medidas preventivas nos termos recomendados pela autoridade sanitária como também pondo em xeque a própria legitimidade do sistema de justiça, que, na prática, omite-se ante a necessária defesa da vida de todas as pessoas, em especial daquelas sob custódia do Estado (Machado; Vasconcelos, 2020; Moser; Budó, 2020). Vejamos, no próximo tópico, de que modo se dá o processamento dessas demandas no âmbito do sistema de justiça criminal e, em particular, na esfera dos Tribunais Superiores.

2 RECOMENDAÇÕES NºS 62 E 68 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça entra no cenário das instituições brasileiras com a reforma do Judiciário ocorrida em 2004. Sua missão, segundo os termos da Constituição Federal, é a de realizar o controle e a fiscalização do Poder Judiciário, garantindo transparência e ética de suas ações.

Pode-se afirmar que são duas as tarefas primordiais atribuídas ao órgão no contexto da Emenda Constitucional nº 45: organizar o funcionamento dos tribunais e fiscalizar a atuação judicial, funcionando, assim, como

Controle e Dano Social (UFSC/UFMS) e de pesquisadores(as) autônomos(as) que pretendem contribuir com informação de qualidade sobre as prisões e sobre o impacto da pandemia de coronavírus no Brasil. (Twitter: <<https://twitter.com/INFOVIRUSpp>>; Instagram: <<https://www.instagram.com/infovirusprisoos>>).

instância disciplinar. A essas duas soma-se uma função nova e que tem sido objeto de intensas reflexões no campo jurídico, sociológico e político: a de gestor de políticas penais⁷.

Neste último caso, é sobretudo a partir do poder normativo do Conselho que se observa um papel de formulador de políticas judiciárias, sobretudo a partir das gestões dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, com forte atuação sobre a temática prisional.

Neste cenário, temas como superlotação, prisões preventivas, audiências de custódia, dentre outros, tornaram-se centrais nas ações do Conselho. Ao mesmo tempo, também passaram a ser adotadas medidas de integração e uniformização dos procedimentos dos Tribunais e foram realizadas pactuações com organizações internacionais e instituições da sociedade civil na efetivação de políticas governança e gestão judiciária. Assim, o CNJ ganhou progressivo destaque no cenário jurídico brasileiro não só como gestor de políticas judiciárias mas também enquanto órgão de fomento à unidade do Poder Judiciário por meio dos seus atos normativos (Portarias, Provimentos, Resoluções, Orientações e Recomendações).

No contexto da pandemia aqui referida, a Recomendação nº 62 foi certamente o documento mais estratégico editado pelo CNJ, cuja vigência foi prorrogada por mais noventa dias pela Recomendação nº 68, de 19 de junho de 2020, e por mais 360 dias pela Recomendação nº 78, de 15 de setembro de 2020, que também restringiu o alcance da medida em relação a determinados tipos penais.

Primeiramente, é de se observar que o ato do CNJ é uma Recomendação, portanto, supostamente sem força cogente, o que se tornou um argumento central nas decisões de não soltura dos presos, mesmo diante da robustez dos elementos dispostos em favor das medidas apontadas pelo Conselho em favor das pessoas privadas de liberdade⁸.

A Recomendação visa, expressamente, a evitar o alastramento da pandemia no ambiente prisional e socioeducativo. Para tanto, apostou fortemente nas medidas descarcerizadoras, expostas, em rápida síntese, no quadro abaixo:

7 Neste sentido, ver: Ballesteros, 2019.

8 Sobre a natureza jurídica dos atos normativos proferidos pelo CNJ, ver: Herdy, 2020.

QUADRO 1 – DISPOSITIVOS DA RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:

Socioeducativo	Prisional
<p>Privilegiar as medidas socioeducativas em meio aberto, sobretudo em relação a:</p> <p>a) adolescentes grávidas, lactantes ou em situação de vulnerabilidade social ou de saúde;</p> <p>b) cumprindo medidas em Unidades superlotadas (com capacidade superior a 119%, como estabelecido no HC 143.988-ES, julgado pelo STF);</p> <p>c) cumprindo medidas em unidades sem equipe médica;</p> <p>d) internados/as por atos infracionais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.</p>	<p>Tornar excepcional a conversão de flagrantes em prisões preventivas (devendo ser aplicada, se for o caso, apenas para os crimes violentos) no âmbito das análises dos autos de prisão em flagrante e reavaliar as prisões preventivas, sobretudo em relação a:</p> <p>a) grávidas, lactantes ou em situação de vulnerabilidade social ou de saúde;</p> <p>b) presos em unidades superlotadas;</p> <p>c) presos preventivamente há mais de 90 dias.</p> <p>No âmbito da execução penal, conceder saídas antecipadas a presos em regime fechado e semiaberto, conceder prisão domiciliar e todos os presos em regime semiaberto, regular as saídas temporárias.</p>

Fonte: Elaboração própria.

A Recomendação ainda sugere outras medidas de cunho administrativo, como a criação de comitês interinstitucionais no âmbito dos Tribunais locais para o acompanhamento das medidas e o controle da pandemia. Além disso, o CNJ passou a publicar, desde junho de 2020, boletins semanais de monitoramento dos casos de contágios e mortes por Covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo, categorizados entre servidores e pessoas em privação de liberdade⁹.

Assim que publicada, a Recomendação virou alvo de disputas de narrativas e políticas entre aqueles que a entenderam como uma medida de impunidade e arriscada à segurança pública porque supostamente soltaria pessoas perigosas e aqueles que a tomaram como instrumento eficaz à proteção da vida dos presos, sobretudo diante do cenário das unidades prisionais e socioeducativas no Brasil.

Neste artigo, fica evidente que nos posicionamos junto à segunda dessas tendências, entendendo as medidas apontadas pelo CNJ como imprescindíveis à preservação da vida das milhares de pessoas privadas de liberdade no Brasil. Como se posicionou o campo jurídico em geral e o Poder Judiciário em especial?

9 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>>. Acesso em: 1º out. 2020.

Antes de tudo, é fundamental entender que o campo jurídico é um espaço de disputas, como diria Pierre Bourdieu, pelo direito de dizer o que é o direito (Bourdieu, 2001). Portanto, não é possível pensá-lo como uma massa homogênea. Em específico quando pensamos nas organizações que compõem o sistema de justiça criminal, uma tensão constitutiva entre Poder Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas e forças policiais é evidente, embora, entre elas, os elos de concordância e harmonia sejam bem variáveis.

No caso da Recomendação nº 62 do CNJ, as manifestações contrárias podem ser representadas pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 660, ajuizada pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público Pró-Sociedade. Embora a Recomendação não tenha força normativa, a referida Associação entendeu que poderia ter efeitos indutores sobre o Poder Judiciário – eficácia pragmática – e que isso, por si só, representaria um risco à saúde pública e à segurança. Como disposto na ação,

não se pode ignorar que a adoção das medidas recomendadas por parte dos juízos competentes permitirá a soltura em massa, talvez irreversível, de milhares de pessoas em todo o País, gerando grave comprometimento da segurança pública, que, tal como a saúde pública, é dever do Estado.

A ação, ainda, pôs em questão a competência do CNJ para tratar de critérios de soltura de indivíduos não previstos em lei. Não é objetivo deste artigo contradizer os argumentos da referida ADPF, mas expô-los e verificar como foram manuseados pelo Poder Judiciário.

Podemos afirmar que a ADPF tem um forte caráter de defesa social, o que, aliás, é a marca de uma associação que se intitula Ministério Público Pró-Sociedade. Desse modo, a defesa do coletivo contra uma eventual soltura em massa de indivíduos supostamente perigosos predominaria sobre a defesa da vida desses mesmos indivíduos, expostos, e isso não é possível negar, a uma situação fática de aglomeração.

A petição foi indeferida de pronto, ante a ilegitimidade da Associação para figurar como parte no polo ativo da ação¹⁰.

10 “Na situação em exame, observo que não houve a comprovação da representatividade adequada, em âmbito nacional, da associação requerente. Nesse sentido, a Associação Nacional de Membros do Ministério Público Pró-Sociedade se limitou a invocar as disposições de seu estatuto e a juntar cópias de atas de reuniões realizadas, não demonstrando, contudo, que representa o interesse comum e homogêneo de toda a categoria do Ministério Público brasileiro.” (ADPF 660, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 01.04.2020)

De outro lado, no dia 16 de março de 2020, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) entrou com pedido de tutela provisória incidental¹¹ na ADPF 347, solicitando ao STF que determinasse a juízes e juízas do Brasil a adoção de medidas visando à redução da população carcerária. Desse modo, o que antes era tratado como Recomendação pelo CNJ poderia vir a se tornar decisão judicial em eventual provimento favorável por parte do STF.

Liminarmente, o Ministro Marco Aurélio entendeu não caber ao IDDD, na condição de *amicus curiae*, proceder a tal tipo de pedido. Entretanto, de ofício, determinou que Magistrados e Magistradas de todo o País tomassem medidas de liberação de presos. O pedido do IDDD foi submetido, em seguida, ao Plenário do STF, e na ocasião se reconheceu: a) a ilegitimidade do IDDD para fazer pleito de extensão do pedido apregoadado na ADPF 347 e b) o não cabimento das determinações exaradas, de ofício, pelo Ministro Marco Aurélio.

A esse julgamento e somando-se ao seu entendimento geral, posicionou-se o Ministro Luiz Fux (2020) e também o então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro (Moro; Bourdignon, 2020), ambos de forma reticente à Recomendação nº 62 do CNJ, entendendo que ela não era impositiva, mas meramente sugestiva, devendo os casos de soltura ser analisados particularmente com vistas a evitar sérios e graves riscos para a segurança e ordem pública no País (Loureiro, 2020).

As declarações do Ministro Luiz Fux e Sérgio Moro ensejaram, inclusive, uma manifestação do então Presidente do Supremo Dias Toffoli, que, em artigo publicado no jornal *O Globo*, afirmou que, desde o começo da pandemia, havia uma redução de 87,5% dos latrocínios no Rio Grande do Sul e de 56% dos roubos de celulares em São Paulo (Dias Toffoli, 2020), desfazendo a pressuposição apressada de que haveria uma potencial relação entre medidas desencarceradoras e aumento das taxas e ocorrências criminais.

Todavia, que consequências tiveram a decisão tomada na ADPF e os posicionamentos públicos do Ministro Luiz Fux e do ex-Ministro Sérgio Moro? Evidente que ambas as manifestações expressaram a divergência evidente existente no âmbito do STF em relação às medidas da então gestão

11 Petição nº 14.137/2020 na ADPF 347.

do CNJ, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, o que já havia ficado explícito, por exemplo, na discussão sobre a Lei nº 13.964, de 2019, em diversos dispositivos, dentre os quais o que instituiu no Brasil o Juízo de Garantias.

O fato é que esses movimentos – o da ADPF 347, das declarações de Sérgio Moro e das entrevistas de Fux – arrefeceram a força da Recomendação nº 62, e em todos os tribunais do Brasil foram observadas decisões que não admitiram a liberação de presos de modo massivo (com forte rejeição aos *habeas corpus* coletivos) porque os casos deveriam ser analisados um a um. Já no STJ, como veremos, a tônica das decisões foi no sentido de exigir que o preso demonstrasse que corria risco efetivo de contágio e morte se continuasse recolhido à unidade.

Fortaleceu-se o entendimento de que “uma recomendação do CNJ não estabelece obrigatoriedade legal, pois não vincula a decisão do Magistrado” (Herdy, 2020) em face da natureza dos atos do Conselho e em virtude do princípio livre convencimento do juiz, de modo que o seu acatamento vertical por parte do sistema de justiça importaria, em si, numa perda de autonomia das instâncias inferiores e uma indevida ingerência do CNJ sobre Magistrados e Tribunais.

Ocorre que tal argumento também não encontra amparo na realidade e na Constituição. Como asseveram Rachel Herdy (2020) e Janaína Matida (2020), a Recomendação não configura invasão às competências dos juízes e tampouco exorbitam as atribuições do CNJ.

Pelo contrário, a Recomendação promove um alinhamento entre os deveres do Conselho e a defesa dos direitos fundamentais produzindo um constrangimento normativo no raciocínio dos Magistrado de modo a gerar, sem nenhum conflito ou choque de competências, um encurtamento do campo de atuação judicial discricionária. Como expressam os fundamentos da Recomendação nº 62 do CNJ, trata-se de uma medida de proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos Magistrados e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco. Conforme destaca Janaína Matida:

À semelhança da presunção de inocência, a Recomendação nº 62 do CNJ reduz a atuação discricionária judicial e, nesta medida, erra o juiz que não a observa. Enquanto a presunção de inocência cuida de expressar que na dúvida, é melhor absolver culpados a condenar inocentes, a Recomendação

nº 62 prefere mandar para casa pessoas que poderiam ter a sorte de, permanecendo custodiadas, nunca se contaminarem.

Essa, entretanto, não foi, como dito, a compreensão da maior parte do Judiciário, e no próximo tópico exporemos, de modo sistemático, os argumentos que prevaleceram no âmbito do STJ.

3 RECURSOS E AÇÕES NO STJ E A COVID-19

Antes de passar à análise de alguns julgados relativos a recursos em *habeas corpus* e *habeas corpus* individuais e coletivos, cumpre tecer breves comentários acerca do uso da ação constitucional para tutelar direitos coletivos.

O *habeas corpus* inscreveu-se tradicionalmente como uma típica ação individual, própria a tutelar o direito de liberdade. O Código de Processo Penal de 1941 assim o trata e não poderia ser diferente considerando que o debate sobre a coletivização do processo data de período pós Constituição de 1988.

Exatamente por isso que uma leitura constitucional do CPP deve permitir o uso do *habeas corpus* para tutelar um grupo de pessoas com direitos homogêneos, alcançando, assim, segurança jurídica, celeridade e economia processual.

A referida ação constitucional coletiva ou genérica vem sendo intentada em situações as mais diversas e, aqui, destacamos três que servem de ilustração ao argumento central apresentado nesse artigo (quanto a HC como instrumento de garantia de direitos individuais e de amplo acesso à justiça): o caso dos *rolezinhos*, o caso das grávidas e lactantes e a prisão preventiva e, por fim, o caso dos mandados de busca e apreensão coletivos.

Em 2015, o caso em questão pelo fenômeno designado como *rolezinhos* quando jovens negros de periferia passaram a ocupar *shoppings centers* em grandes passeios coletivos pondo em evidência as interdições simbólicas e racializadas de circulação de pessoas nos espaços de lazer e consumo em nossa sociedade e tensionando as próprias fronteiras do espaço público em nossas cidades e explicitando múltiplas dimensões do direito e da própria cidadania. Como destacou Freitas, “diferentemente de outros momentos da história brasileira, em que a questão racial não esteve – senão de forma periférica – apontada como desafio da sociedade, esta geração de jovens sabe que o racismo é um problema que aparece cada vez mais na cena política do país” (Freitas, 2014, p. 26-28).

Reivindicar a ocupação desses espaços – preciosos não por eles mesmos, mas como símbolo de direitos, como o direito ao lazer – pôs em evidência o racismo estrutural de que faz parte o Poder Judiciário e revelou as múltiplas possibilidades de uso do HC como instrumento de acesso à justiça. No caso em tema, um Juiz de Direito da Infância e da Juventude da comarca de Ribeirão Preto/SP, sob o pretexto de proteger direitos desses jovens, editou a uma portaria proibindo a entrada de crianças e adolescentes em *shoppings* desacompanhados de seus pais e para aqueles com 16 e 17 anos, a entrada desacompanhada somente seria permitida se precedida da apresentação de documento de identificação.

O ato – cuja imagem remete às diversas interdições de circulação de pessoas negras nas cidades ao longo de todo o século XIX, que proibiam sambas, aglomerações, vozerias, festas e outras formas de divertimentos públicos – foi objeto de impugnação por meio de um *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, que, dada a natureza do ato, não podia especificar o paciente. Depois de indeferido liminarmente pelo TJSP, a Defensoria impetrou outro *writ* no STJ, buscando reverter a decisão monocrática, e o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, embora não tenha conhecido da ordem, alegando a vedação imposta pela Súmula nº 691 do STF, de ofício e liminarmente suspendeu as portarias editadas pela Vara da Infância e da Juventude de Ribeirão Preto em junho de 2015.

Outra importante decisão proferida em *habeas corpus* coletivo foi o HC 143641, julgado pelo STF em fevereiro de 2018 e que determinou a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, desde que tenham praticado crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa. Neste julgado, o Supremo enfrentou a discussão de fundo de cabimento do HC Coletivo, evidenciando que a Corte entende ser possível o manuseio desse tipo de estratégia processual.

Destacamos, por fim, o HC 435.934, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em novembro de 2019 e de relatoria do Ministro Sebastião Reis Junior, que considerou ilegal a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos que seriam cumpridos em residências localizadas em Jacarezinho e no Conjunto Habitacional Morar Carioca, no Rio de Janeiro. Na decisão, o STJ posiciona-se contrário ao ajuizamento de *habeas corpus* coletivos de um modo geral, mas entende que, no caso concreto, o ato ilegal teria sido praticado também em caráter genérico, tornado impossível a

identificação de cada paciente. Merece destaque o seguinte trecho do voto do relator: “A carta branca à polícia é inadmissível, devendo-se respeitar os direitos individuais. A suspeita de que na comunidade existam criminosos e que crimes estejam sendo praticados diariamente, por si só, não autoriza que toda e qualquer residência do local seja objeto de busca e apreensão”.

Esses três casos não foram escolhidos à toa. Ao contrário, pretendem demonstrar que o uso da ação constitucional do HC, embora primordialmente voltado à proteção do direito individual à liberdade de ir e vir, constitui instrumento de correção de desigualdades estruturais, o que, aliás, não é uma novidade apenas nos tempos atuais, quando se pensa a tutela coletiva de direitos.

O *habeas corpus* foi, com toda a sua limitação em diferentes épocas, um instrumento importante ao longo de todo o século XIX para garantir os direitos das pessoas negras escravizadas ou não. Em estudo crucial sobre as ações de liberdade no período, Keila Grinberg verificou que um grande número de pessoas adquiriu suas alforrias a partir de decisões proferidas pelo Tribunal de Relações e o Supremo Tribunal de Justiça (Grinberg, 2010):

Para a autora, a explicação disso estaria na formação e origem dos juristas no Brasil, muitas vezes desvinculados da estrutura agrário-escravista, na influência do jusnaturalismo nas faculdades de direito, a apregoar um direito natural à liberdade e na inevitabilidade da abolição da escravidão. Neste último caso, juristas passariam a se posicionar em prol do direito de liberdade, procurando espaços de protagonismo nas mudanças históricas. (Valença, 2018, p. 89)

Evidente que, naquele momento, não se tratava de ações coletivas, mas de diversas ações individuais que permitiram o gozo do direito à liberdade a centenas de pessoas escravizadas explicitando, desde o nascedouro dessa ação constitucional na tradição jurídica brasileira, sua vocação de garantidora da liberdade e de contenção do autoritarismo e dos abusos do poder.

Em um outro estudo sobre *habeas corpus*, na passagem do século XIX para o século XX, Andrei Koerner demonstra que era uma ação valorosa para evitar constrangimentos ilegais, mas que, por uma falta de acesso à justiça generalizada, concentrava-se em um diminuto número de pessoas que eram beneficiadas, considerando a totalidade daquelas que sofriam alguma uma injusta prisão ou, de outra forma, tinham sua liberdade restringida:

As decisões judiciais de *habeas-corpus* na Primeira República indicam, assim, a adoção, pela prática judicial, em particular a do STF, de critérios res-

tritivos para a admissão do pedido e/ou concessão da ordem. De um ponto de vista sistêmico, essas restrições serviam para que o Judiciário procedesse à redução da complexidade de seu ambiente. Os critérios restritivos serviam para que o sistema selecionasse, no conjunto de situações cuja garantia era demandada, aquelas em que o pedido seria conhecido e a ordem concedida. As restrições atendiam ao problema do aumento de demandas de *habeas corpus* aos tribunais, pois era delimitado o campo daquelas admissíveis, desestimulando o ingresso das que extrapolassem a sua regra de julgamento. O Judiciário estabilizava suas relações com as dos outros órgãos estatais, selecionando os pedidos de revisão das suas decisões. Delimitava-se a intervenção judicial nos conflitos políticos; reduzia-se também o risco de perda da especificidade da atividade judicial em relação às tensões políticas a que estavam sujeitos os juízes, especialmente os ministros do STF. (Koerner, p. 162)

O que esses estudos e as ações antes mencionadas apontam é que o *habeas corpus* é fundamental para a defesa da liberdade individual e, ao mesmo tempo, sinalizam que a sua restrição importa em restrição da própria cidadania com efeitos altamente deletérios para negros(as), pobres e outros grupos sociais historicamente excluídos e discriminados.

Assim, para garantir que o HC alcance um maior número de pessoas, é preciso ter uma política de acesso à justiça sólida – o que, contemporaneamente, é um pouco mais fácil dada atuação das defensorias públicas – e, ao mesmo tempo, é fundamental realizar uma leitura constitucional do CPP para que a ação constitucional em questão possa ser utilizada na defesa de uma coletividade de pessoas não identificadas nos termos do que vem assentado na doutrina brasileira conforme o que foi acolhido nas decisões antes citadas:

O instrumento processual do *habeas corpus* deve ter amplitude correspondente às situações de ofensa ou de ameaça à liberdade de ir e vir sobre as quais pretende incidir. Se a ofensa à liberdade for meramente individual a impetração de *habeas corpus* individual será suficiente. No entanto, para ofensas ao direito de locomoção que apresentem perfil coletivo, o ajuizamento de *habeas corpus* coletivo é a providência que mais realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional. (Sarmiento *et al.*, 2012)

Foi nesse cenário jurisprudencial e doutrinário que a Covid-19 passou a estampar as ações de *habeas corpus*. De início, considerando que a doença possui um marcante potencial lesivo sobre pessoas idosas e com comorbidades, nada mais razoável do que ajuizar o *habeas corpus* de modo coletivo, considerando como pacientes todas as pessoas encarceradas que pertencessem ao que se passou a denominar grupo de risco.

Essa foi a estratégia utilizada por diversas defensorias públicas (DP) no Brasil e por entidades da sociedade civil. Citem-se os casos dos HCs 568.981¹² (DP-SP e DPU), 583.801¹³ (DP-SP), 570.440¹⁴ (DPU), 572.428¹⁵ (DP-ES), todos indeferidos liminarmente, e o HC 575.495¹⁶ (DP-MG), cuja liminar foi concedida pelo Ministro Relator Sebastião Reis Júnior. Anote-se, ainda, o HC 568.021 (DP-CE), que se tornou conhecido por ter a Defensoria Pública do Ceará alcançado um resultado que se repetiu em outras decisões e que beneficiou todas as pessoas condenadas a pagar dívidas de alimentos e que estivessem presas. Na decisão, de mesmo teor proferida nos HCs 569.332 (DP-GO) e 569.014 (DP-RN), o STJ entendeu que, “diante da excepcionalidade do caso concreto, acolho o pedido da DPU, determinando o seu ingresso nos autos na qualidade de impetrante e determinou a extensão dos efeitos da decisão que deferiu parcialmente a medida liminar para determinar o cumprimento das prisões civis por devedores de alimentos em todo o território nacional, excepcionalmente, em regime domiciliar”.

Por fim, destaque-se outra ação que se tornou célebre no período, também por ter alcançado o objetivo de garantir a saída ou de evitar a entrada de presos no sistema prisional: o HC 568.693 (DP-ES). O pleito era de que a fiança não poderia consistir em impedimento para que pessoas ficassem presas caso não pagassem o valor estipulado, devendo ser aplicada outras cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP. Na decisão, o STJ afirmou, em caráter liminar, que, “diante do que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução [em verdade, fazendo referência à Recomendação nº 62], não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos – notoriamente de menor gravidade – não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo”.

Apesar de decisões concessivas da liberdade nesse sentido, inúmeras foram aquelas que negaram a liberdade com diferentes fundamentos. Aqui é relevante pontuar que não existiram levantamentos quantitativos acerca dos percentuais de liberação de presos durante a pandemia a partir das decisões

12 Objetivando a substituição da prisão preventiva por domiciliar e a colocação em liberdade de presos e presas pertencentes aos grupos de risco.

13 Em favor de presos de grupo de risco da unidade penitenciária Dr. Antônio de Souza Neto, em Sorocaba/SP.

14 Em favor de todas as pessoas presas, e que vierem a ser presas, que estejam nos grupos de risco da pandemia da Covid-19.

15 Objetivando a suspensão do cumprimento das medidas socioeducativas nas unidades do Estado do Espírito Santo.

16 Ajuizado em favor de pacientes determinados, mas como pedido de extensão da decisão a todos os presos que tenham trabalho externo deferido, com carta de emprego, na cidade de Uberlândia/MG, que eventualmente não estejam citados em lista ao final.

do STJ. Porém, convém mencionar pesquisa realizada pelo Insper e a pela FGV-SP, que avaliou 6.781 *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em razão da pandemia e concluiu que houve denegação da liberdade em 88% dos casos¹⁷, o que também corrobora os dados divulgados pela Defensoria Pública do estado de São Paulo (7 de junho de 2020), segundo os quais, entre março e maio de 2020, houve um aumento dos HCs concedidos no TJSP; todavia, não mediante o acolhimento do argumento da crise sanitária, mas apenas tratando de casos de presos detidos em caráter preventivo, ainda sem julgamento, por crimes cometidos sem violência ou casos que se encontravam condenados a regime semiaberto e aberto de prisão (Balthazar, 2020). Ou seja, casos nos quais já havia uma ilegalidade na prisão independentemente da ocorrência da pandemia.

Denúncias de movimentos de familiares de presos, acompanhamentos realizados por observatórios de direitos humanos¹⁸ e inúmeras matérias jornalísticas veiculadas durante os primeiros meses da pandemia também corroboram a posição desses levantamentos preliminares acima referidos e indicam que há, por parte do Poder Judiciário, uma grande resistência em acolher as recomendações do CNJ no âmbito das medidas desencarceradoras. Segundo levantamento realizado pelo jornal *Extra*, por exemplo, dos 2.783 *habeas corpus* que chegaram ao STF com fundamento no risco de contaminação pelo novo coronavírus nas prisões, 84,2% foram negados até 15 de junho de 2020.

Neste artigo, analisamos 62 decisões proferidas pelo STJ em recursos ordinários em HCs e em HCs individuais e coletivos, encontradas no *site* do tribunal, no setor de pesquisa jurisprudencial, utilizando como busca o termo “Recomendação 62”. Importante mencionar que há uma centena de outras decisões julgando pedidos de soltura de presos durante a pandemia por parte do Tribunal, mas que o objetivo deste trabalho não era o de realizar um levantamento quantitativo de todas elas, mas de entender as razões que levaram o tribunal a, em parte desses casos, negar a liberdade. Isto é, quais foram os fundamentos centrais para as decisões que mantiveram pessoas presas mesmo diante do cenário da pandemia. Portanto, visitar essas 62 decisões, alcançadas aleatoriamente pelo sistema de busca nos pareceu suficiente.

17 Trata-se de pesquisa ainda em andamento quando da elaboração deste artigo. Dados preliminares disponíveis em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/habeascorpuscovid/>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

18 A organização não governamental Instituto de Estudos da Religião (ISER), por meio do *site* Covid nas Prisões (www.covidnasprisoas.com), tem mantido informações periódicas sobre o padrão de decisões judiciais relativas à questão da pandemia no contexto do sistema prisional também ratificando a tendência de indeferimento do pedidos de liberdade de pessoas encarceradas e integrantes do grupo de risco.

Verificamos que há oito grupos principais de argumentos para não conhecer ou negar o pedido veiculado no recurso ou na ação: i) o paciente não demonstrou que pertence ao grupo de risco; ii) o paciente não demonstrou que a penitenciária está incapacitada de realizar atendimento de saúde de qualidade; iii) a penitenciária na qual o paciente se encontra recolhido não possui casos de Covid-19; iv) não se demonstra que estar preso vulnerabiliza mais o paciente do que estar solto; v) o paciente demonstrou que compõe grupo de risco, mas cometeu crime grave; vi) o paciente não preenche todos os requisitos do art. 5º, inciso I, da Recomendação nº 62, estando em unidade superlotada, porém com equipe médica disponível, por exemplo; vii) supressão de instância; e viii) embora reconheça a supressão de instância e deixe de julgar o pedido, recomenda ao Tribunal local que o faça. Além desses, merece destaque um argumento em específico, pouco reproduzido nas decisões, mas presente em uma delas¹⁹, que é o de manter os adolescentes internados para garantir seus próprios direitos, algo frequente nos discursos decisórios no âmbito do sistema juvenil, que é utilizar o arcabouço de direitos fundamentais e princípios de proteção à infância e à juventude como mote para aplicar medidas restritivas ou cerceadoras da liberdade do adolescente.

QUADRO 2 – ARGUMENTOS RECORRENTES NO STJ PARA APRECIAR HCs NO CONTEXTO DA PANDEMIA:

<i>Grupo de Argumentos 1:</i> o paciente não demonstrou que pertence ao grupo de risco;
<i>Grupo de Argumentos 2:</i> o paciente não demonstrou que a penitenciária está incapacitada de realizar atendimento de saúde de qualidade;
<i>Grupo de Argumentos 3:</i> a penitenciária na qual o paciente se encontra recolhido não possui casos de Covid-19;
<i>Grupo de Argumentos 4:</i> não se demonstra que estar preso vulnerabiliza mais o paciente do que estar solto;
<i>Grupo de Argumentos 5:</i> o paciente demonstrou que compõe grupo de risco, mas cometeu crime grave;
<i>Grupo de Argumentos 6:</i> o paciente não preenche todos os requisitos do art. 5º, inciso I, da Recomendação nº 62, estando em unidade superlotada, porém, com equipe médica disponível, por exemplo;
<i>Grupo de Argumentos 7:</i> supressão de instância e impossibilidade de conhecer e julgar o pedido
<i>Grupo de Argumentos 8:</i> embora reconheça a supressão de instância e deixe de julgar o pedido, recomenda ao Tribunal local que o faça.

Fonte: Elaboração própria.

19 AgRg-HC 584279/SC.

Em relação ao primeiro dos argumentos, isto é, que “o paciente não demonstrou que pertence ao grupo de risco”, cite-se, por exemplo, o AgRg-*HC 582.528/ES* e o AgRg-*HC 577.612/SP*. Ainda, destaque-se o caso do *HC 579310*, impetrado pela DP-ES em favor de uma mulher portadora de hipertensão e febre reumática. Na decisão, ainda em caráter liminar, o STJ afirmou não ter condições de saber se a paciente, de fato, era portadora das referidas doenças, posto que a Defensoria Pública teria juntado apenas uma lista com vários nomes – ao que parece, uma lista com nomes de presas que padecem de doenças crônicas – que estava em alguns trechos ilegíveis e que, por isso, não era suficiente para demonstrar os fatos alegados.

Registre-se que essa presa em específico encontrava-se recolhida em razão de um decreto de prisão preventiva e respondia pelo crime de tráfico de drogas. O princípio da presunção de inocência como regra de tratamento e de juízo parecem não ter passado próximo às considerações do STJ, na medida em que, a uma, a prisão preventiva é excepcional e, neste período, conforme disposto na Recomendação nº 62 do CNJ, ainda mais, e, a duas, porque a DP-ES provou o alegado, mas, por certo, tem dificuldades de, diante da centena de casos a que precisa atender, juntar documentos minuciosamente detalhados sobre a condição de saúde de cada preso. Assim, preferiu o STJ apegar-se a uma dupla presunção: a de culpa, por tratar uma mulher ainda processada como culpada pela gravidade do crime que lhe é imputado, e a de que a DP-ES estaria incorrendo em alguma mentira ao alegar as doenças de que era portadora a paciente.

No segundo grupo de decisões, registre-se o AgRg-*HC 570553/RS*. Tratava-se de um paciente preso preventivamente há mais de noventa dias por crime de tráfico e de associação para o tráfico de drogas e que, segundo a decisão exarada liminarmente no HC e, em seguida, confirmada no agravo regimental, não poderia o paciente ser solto porque não havia evidências de que a unidade prisional não teria capacidade de realizar o atendimento médico para saúde. Na decisão, o STJ sustenta que,

quanto à Recomendação nº 62 do CNJ, que enseja juízo de reavaliação da prisão preventiva e não conteúdo vinculante quantos às orientações, não se demonstrou que a unidade prisional não possui equipe de saúde, constando na decisão que indeferiu o pedido de revogação (fl. 66) que o paciente não está no grupo de risco e, conforme o caso concreto, não pode ser afastada a prisão preventiva, cuja necessidade está devidamente indicada.

Essa decisão é curiosa pela exigência que faz ao paciente de demonstrar que a unidade prisional não possui equipe médica capaz de realizar o atendimento para a doença. Isso porque se trata de fato irrelevante quando

se pensa que a principal estratégia que se adotou na sociedade para lidar com a pandemia foi a de garantir isolamento social e medidas de higiene pessoal a fim de reduzir a velocidade do contágio e, com isso, evitar o colapso dos serviços de saúde pública. Desse modo, o fato elevado à categoria de fundamental a ser provado pelo paciente – isto é, ser a equipe médica suficiente ou insuficiente na unidade prisional – não estava em questão, estando, sim, o fato de o paciente estar recolhido sem condenação em um sistema prisional reconhecidamente insalubre quando poderia estar preso e recolhido em seu domicílio.

Destaque-se que esse também foi um dos argumentos para afastar o HC coletivo 583.801/SP, no qual, mais uma vez, o STJ afirmou que seria preciso demonstrar que a unidade prisional em questão não teria condição de ofertar tratamento de saúde adequado aos presos pertencentes ao grupo de risco. Na decisão, assevera que “não há dados suficientes sobre a situação específica dos presos, bem como *sobre a realidade do estabelecimento prisional*, existência de infectados, riscos de contágio, possibilidades de atendimento médico e comorbidades, o que impede o exame do pedido coletivo formulado nesta impetração”. Os grifos são nossos e são para chamar atenção para o que existe de fundo no argumento em questão.

De que tipos de provas precisam ainda os Tribunais para entenderem que as unidades prisionais brasileiras são inóspitas, insalubres e foco de diversas doenças contagiosas? Em verdade, certamente esse dado se enquadraria dentro dos fatos notórios, para os quais se dispensa a atividade probatória. Por outro lado, frise-se que o HC coletivo em apreço pretendia garantir o cumprimento da pena em domicílio de presos pertencentes ao grupo de risco, isto é, pessoas que, segundo as estatísticas oficiais, estavam mais submetidas à morte, caso adquirissem a Covid-19, tornando, mais uma vez, irrelevante o fato de existir ou não equipe médica.

O terceiro grupo de argumentos – ausência de casos de Covid-19 na Unidade – é também muito peculiar. Em todo o Brasil, as secretarias de administração penitenciária e de saúde agiram em velocidades muito distintas para garantir a feitura de testes da doença. Sabemos que a ausência de teste somada à falta de transparência do Poder Público quanto aos números de infectados no sistema prisional gerou uma falsa ideia de que não existiam casos da doença nas unidades, situação seguramente também de conhecimento público. Porém, o trecho da decisão monocrática proferida no HC 576.704/SP evidencia que existiu, nesse período, uma posição refratária à Recomendação nº 62 que conduziu seus adeptos a afirmarem, até mesmo, que o ambiente prisional seria mais seguro que o externo, o que, aliado

a um reconhecimento público do estado de coisas inconstitucional desse mesmo sistema, torna de difícil apreensão a compreensão sobre as razões que, efetivamente, motivaram julgadores a escreverem que:

Aliás, diante da ausência de notícia de contágio no estabelecimento no qual se encontra segregado, não há razão para crer que estaria o paciente exposto a menor risco de contágio no ambiente extramuros. Nessa toada, em recente pronunciamento em rede nacional, o Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro ressaltou que os presos, no Brasil, estão em relativa situação de segurança perante os demais membros da sociedade, dado seu confinamento e menor exposição ao vírus. (HC 576704)

O argumento IV, encontrado no HC 582232/SC, é, talvez, o mais absurdo, na medida em que pretende dar sentido a algo totalmente irracional. O que o STJ afirma é que não há como garantir que a pessoa recolhida a uma unidade prisional no Brasil está mais sujeita ao contágio do que uma pessoa fora dela. Aqui, duas dimensões distintas para estar vulnerável ao contágio são confundidas na mesma premissa. Uma coisa é um sujeito, livre, desejar se expor ao contágio e burlar o isolamento social. Outra coisa é o Estado manter um indivíduo preso numa cela com diversas pessoas, submetendo-o forçadamente ao contágio. A única questão em discussão nas ações julgadas pelo STJ era essa segunda dimensão, qual seja, pode o Estado deliberadamente manter uma pessoa num foco de contágio da doença quando haveria alternativa de retirá-la desse local? Se essa pessoa, posta em prisão domiciliar, muitas vezes até com monitoração eletrônica decide, depois, deliberadamente pela exposição à doença já é outra situação que pode até merecer tratamento jurídico, mas jamais se poderia admitir, de partida (como faz o STJ), que haja maior risco de contágio em prisão domiciliar do que no sistema carcerário:

O que em definitivo se pretende evitar com a Recomendação nº 62 é que o sistema prisional venha a contribuir para a morte de pessoas que poderiam continuar vivendo. Em casos concretos as medidas de desencarceramento poderiam ser prescindíveis, mas o risco de agressivo e rápido desenvolvimento da Covid-19 nos organismos humanos com a probabilidade do desfecho “morte” é algo que acertadamente não se quer pagar para ver. (Matida, 2020)

O quinto grupo de argumentos – o paciente é de grupo de risco, mas cometeu crime grave – parece-nos o que mais assume a pena de morte como possibilidade. Entra em jogo um conflito anunciado entre a vida da pessoa recolhida à unidade prisional e a segurança da sociedade. Trata-se de uma tensão constitutiva dos sistemas punitivos interpretada, pela gra-

mática da criminologia crítica, pela ideia de prevalência da defesa social. Sendo assim, direitos e garantias individuais não poderiam constituir um obstáculo à defesa da segurança da coletividade. No caso em questão, há um ingrediente a mais: trata-se de um risco real de morte que é relativizado face a um risco hipotético de que pôr alguém em liberdade que é réu em um processo por um crime grave expõe bens jurídicos de outras pessoas. Um trecho do HC 576.704/SP expõe o argumento:

In casu, não obstante reconhecer que o paciente inclui-se no grupo de risco, por ser portador de AIDS e hepatite C, consta dos autos a existência de várias condenações por tráfico de entorpecentes, furto e roubo (fls. 72-73). Diante de reiteração delitiva e da presença de crime cometido com violência, roubo, resta impossibilitada, neste exame perfunctório, o deferimento da liberdade ou concessão da prisão domiciliar pretendidas

O sexto grupo de argumentos – o paciente não preenche todos os requisitos do art. 5º, inciso I, da Recomendação nº 62, estando em unidade superlotada, porém com equipe médica disponível, por exemplo – é uma interpretação da referida recomendação que entende que as situações de risco apontadas devem ocorrer cumulativamente. Foi o caso do AgRg-HC 575.643-RO.

O texto do ato do CNJ é evidente ao afirmar que as medidas de encarceramento são, em geral, excepcionais, sobretudo para grávidas, lactantes ou pessoas em situação de vulnerabilidade social ou de saúde, para presos recolhidos em unidades superlotadas e presos preventivamente há mais de 90 dias. Tais requisitos são evidentemente alternativos e não cumulativos; afinal, se interpretamos de modo distinto, o número de pessoas que poderia se beneficiar com a medida de prisão domiciliar ou outro tipo de liberação seria quantitativamente irrelevante. Apesar disso, reiteradas decisões se deram no sentido de afirmar que, apesar da superlotação – portanto, ambiente insalubre e facilitador de contágio –, a unidade possuía equipe médica, exigindo, portanto, que tais condições fossem observadas em conjunto. Assim, o Judiciário assumiu a possibilidade de adoecimento em massa e depositou a sua confiança nas debilitadas equipes de saúde das unidades prisionais brasileiras ou assumiu a possibilidade de morte como horizonte.

Por fim, os dois últimos grupos de decisões que verificamos entre os 62 julgados analisados dizem respeito a hipóteses em que o STJ deixou de apreciar o *habeas corpus*, quase sempre em razão da incidência da Súmula nº 691 do STF ou pelo argumento da supressão de instância, embora, em alguns casos, tenha optado por orientar os tribunais locais a rever sua decisão, como é o caso do HC 559.115/BA.

CONCLUSÕES

Este trabalho buscou analisar de modo qualitativo decisões proferidas pelo STJ a fim de verificar a adesão à Recomendação nº 62 do CNJ e as seguintes que mantiveram sua vigência.

Percebemos que, por meio de alguns argumentos que se repetiram nos diversos julgados analisados e que categorizamos em oito, houve, no geral, uma defesa da ideia de que soltar pessoas para proteção de suas vidas implicaria colocar a sociedade como um todo em risco. Assim, optou-se pela defesa social, presumindo-se que os indivíduos que se encontram no sistema carcerário são perigosos e nocivos ao meio social, devendo permanecer recolhidos mesmo diante do risco iminente de contágio ou ainda que as unidades poderiam suprir a demanda de atenção à saúde necessária, mesmo que o demandante se inserisse em grupos de risco para a Covid-19.

Na prática, a manutenção de prisão de pessoas integrantes do grupo de risco no regime fechado no contexto da pandemia caracteriza-se como uma tomada de risco real de uma condenação à pena de morte, o que foi plenamente assumido em diversas decisões, apesar dos esforços do CNJ em sentido contrário.

As contradições dentro do Poder Judiciário – evidenciadas em pronunciamentos públicos de ministros do STF e na contradição entre diversas decisões e as recomendações do CNJ – ficaram escancaradas nos últimos meses, mas também apontaram para o fato de que prevalece o caráter radicalmente punitivista na justiça brasileira.

Por outro lado, a sistemática recusa da Justiça em reconhecer *habeas corpus* coletivos inverte a tendência que houvera sido inaugurada a partir do HC coletivo 143.641 (mulheres grávidas e lactantes) e de outros precedentes importantes e coloca o Poder Judiciário na contramão da diretriz constitucional em termos de garantia da dignidade da pessoa humana e de alargamento do direito à efetiva tutela jurisdicional. A suposta tecnicidade que orienta o não acolhimento da demanda em caráter coletivo é, de fato, uma restrição inconstitucional à doutrina do *habeas corpus* conforme construída no País.

Por fim, a apreciação dos oito principais eixos argumentativos do STJ apontados neste artigo funciona como uma ilustração do que tem ocorrido em larga escala em todo o sistema de justiça criminal e enuncia a urgência de uma vigorosa agenda de pesquisas que aprofundem as razões de decidir negando a liberdade de pessoas que estão em risco de morte e que estão sob total custódia (e responsabilidade) do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

BALLESTEROS, Paula Karina Rodriguez. *Conselho Nacional de Justiça e Gerencialismo Penal no Brasil: o poder punitivo sob a lógica da administração da justiça*. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2019.

BALTHAZAR, Ricardo. Juízes tratam presos com rigor ao analisar pedidos de soltura na pandemia. *Folha de São Paulo*, 7 de junho de 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Princípios do direito penal mínimo*. Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Trad. Francisco Bissoli Filho. *Doctrina penal. Teoria e prática em las ciências penais*, a. 10, n. 87, p. 623-650, 2004.

BOULOS, Marcos. Parecer solicitado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa acerca das tendências de contaminação por Covid-19 no contexto prisional para instruir pedido de tutela provisória incidental na ADPF 347. Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, 15 de março de 2020.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário. Brasília: 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 30 set. 2020.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. *Relatório Sintético: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional*. Brasília, 2019.

DIOGO, Darcianne. Complexo Penitenciário da Papuda registra mais de 1,5 mil casos de Covid-19. *Correio Brasiliense*, 29 de junho de 2020.

FREITAS, Felipe da Silva. A pandemia e a pena de morte nas prisões. *Le Monde Diplomatique Brasil*, a. 14, n. 156, p. 6, jun. 2020.

_____. Juventude negra: entre direitos e violências. *MPMG Jurídico – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Edição Direitos Humanos, p. 26-28, 2014.

FUX, Luiz. Coronavírus não é habeas corpus. *Estadão*, 10 de abril de 2020. Disponível em: <<https://opinio.estado.com.br/noticias/espaco-aberto/coronavirus-nao-e-habeas-corpus,70003266658>>. Acesso em: 1º out. 2020.

GRINBERG, Keila. *Liberata: a lei da ambiguidade – As ações de liberdade da corte de apelação do Rio de Janeiro do século XIX*. [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010. Available from SciELO Books, p. 50-53.

HERDY, Rachel. A recomendação uma instituição normativa serve para quê? *Revista Consultor Jurídico*, 31 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www>>.

conjur.com.br/2020-jul-31/limite-penal-recomendacao-instituicao-normativa-serve>. Acesso em: 1º out. 2020.

KOERNER, André. O *habeas-corpus* na prática judicial brasileira (1841-1920). *Revista CEJ*, 3(7), 1999, p. 161-164.

INFOVIRUS, Infovírus: pandemia e prisão. Preso com dez gramas de maconha, Lucas é a terceira vítima fatal da Covid-19 no sistema prisional mineiro. 9 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CCcR49yHqtB/?igshid=1gzlnjxt03z16>>. Acesso em: 30 set. 2020.

JOB NETO, Francisco. Entrevista. In: OLIVEIRA, Cida de. Especialista prevê alta de infecção nos presídios nas próximas semanas. *Rede Brasil Atual*, 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2020/03/especialista-preve-alta-de-infeccao-nos-presidios-nas-proximas-semanas/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

LOUREIRO, Rodrigo. Saída de presos pelo coronavírus pode gerar crise sem precedentes, diz Fux. *Exame*, 5 de abril de 2020. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/saida-de-presos-pelo-coronavirus-pode-gerar-crise-sem-precedentes-diz-fux/>>. Acesso em: 1º out. 2020.

MACHADO, Maíra Rocha; VASCONCELOS, Natalia Pires. Encarcerar até o vírus: decisões judiciais ignoram os efeitos da Covid-19 na população prisional. *Quatro cinco um*. Disponível em: <<https://quatrocincoum.folha.uol.com.br/br/artigos/l/encarcerar-ate-o-virus>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MATIDA, Janaína. É possível se dar fim a seletividade probatória. *Revista Consultor Jurídico*, 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/limite-penal-preciso-dar-fim-seletividade-probatoria?pagina=2>>. Acesso em: 1º out. 2020.

MORO, Sérgio; BOURGUION, Fabiano. Prisões, coronavírus e sulturavírus. *Estadão*, 30 de março de 2020.

MOSER, Manuela; BUDÓ, Marília de Nardin. Que pandemia? Superior Tribunal de Justiça mantém padrão de decisões sobre prisões preventivas para gestantes, mães de crianças e responsáveis por pessoas com deficiência. 21 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.covidnaspriso.es.com/blog/stj-mantem-padrao-de-decisoes-sobre-priso-es-preventivas-para-mulheres?categoryId=184056>>. Acesso em: 29 set. 2020.

PRANDO, Camila; FREITAS, Felipe. As responsabilidades na crise do coronavírus nas prisões no Distrito Federal. *Fonte Segura*, São Paulo, edição 35, 28 de abril de 2020.

ROMERO, Gustavo Adolfo Sierra; SANTANA, Jaime Martins de. Nota Técnica solicitada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais sobre estratégias que evitem a infecção da população em privação de liberdade durante a pandemia de

coronavírus Covid-19. Faculdade de Medicina, Instituto de Ciências Biológicas, Universidade de Brasília, 27 de março de 2020.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. O cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional. Parecer elaborado pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro a pedido da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro no âmbito do RE 855.810 STF. Rel. Ministro Dias Toffoli, 21 de agosto de 2012.

STF – Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, 2015.

VALENÇA, Manuela Abath. *Soberania policial no Recife do início do Século XX*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. 2018.

Sobre a autora e o autor:

Manuela Abath Valença | *E-mail:* manuelaabath@gmail.com
Doutora em Direito, Universidade de Brasília.

Felipe da Silva Freitas | *E-mail:* fsfreitas_13@yahoo.com.br
Doutor em Direito, Universidade de Brasília.

Data de submissão: 31 de julho de 2020.

Data do aceite: 4 de novembro de 2020.