



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
Curso de Graduação em Direito

PEDRO GUILHERME ULHOA GUEDES

**A PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

BRASÍLIA
2021



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
Curso de Graduação em Direito

PEDRO GUILHERME ULHOA GUEDES

**A PANDEMIA DE COVID-19 E SEU IMPACTO NO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, *campus* Darcy Ribeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Pós-doutor Reynaldo Soares da Fonseca.

BRASÍLIA
2021

GUEDES, Pedro Guilherme Ulhoa.

A PANDEMIA DE COVID-19 E SEU IMPACTO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA / Pedro Guilherme Ulhoa Guedes; orientador Reynaldo Soares da Fonseca. -- Brasília, 2021.

40 p.

Monografia (Bacharelado - Direito) -- Universidade de Brasília, 2021.

PEDRO GUILHERME ULHOA GUEDES

**A PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, campus Darcy Ribeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da defesa: 21/05/2021.

Resultado: .

BANCA EXAMINADORA

Professor Pós Doutor Reynaldo Soares da Fonseca (FD-UnB)

Orientador

Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho (FD-UnB)

Examinador

Mestra Cláudia Valéria Alves Pereira (FD-UnB)

Examinadora

BRASÍLIA
2021

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Uiliam e Stael, que sempre me incentivaram, apoiaram no estudo do Direito e responderam a questionamentos da área, desde os tempos do ensino médio, quando me influenciaram a escolher este curso.

À minha irmã Suzana, que também seguirá meus passos (acredito eu).

À minha namorada Giulia, por sempre me incentivar, apoiar e fazer companhia nos estudos.

Aos meus avós Pedrocy, Joaquina, Valéria e Rosileno (*in memoriam*), que sempre me questionaram sobre o andamento do curso e me deram apoio.

Aos meus tios e tias, quase todos advogados ou que trabalham com o Direito, por sempre me apoiarem e influenciarem.

Ao professor, Ministro e pós-doutor Reynaldo Soares da Fonseca, em cujo gabinete no Superior Tribunal de Justiça tive a honra de ser estagiário, (local que conta com excelentes e atenciosos profissionais) período em que pude aprender e praticar grande parte do que sei, e que é, também, meu orientador. Sou grato por seu acolhimento e pela inspiração profissional.

Aos doutores Ney e Cláudia Valéria por terem aceitado o convite para compor a Banca Examinadora deste trabalho.

À assessora Cláudia Valéria Alves Pereira pela disposição e sugestões acerca dos temas e da escrita deste trabalho.

Aos meus primos, amigos e confrades de longa data, que estão comigo desde o colégio.

Aos meus amigos, colegas da graduação e de estágio, sempre atenciosos e prestativos.

A todos aqueles que puderam contribuir para meu aprendizado de alguma forma.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar o impacto da pandemia de COVID-19 no sistema prisional brasileiro e nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, apresentamos definições e explicações doutrinárias importantes para a compreensão dos temas, principalmente acerca das prisões cautelares. Partindo de análises da Constituição, do Código de Processo Penal, da Lei de Execuções Penais, bem como da legislação, recomendações, artigos, livros de doutrina, trabalhos acadêmicos e notícias, foi possível traçar a situação dos presídios brasileiros, extremamente lotados, e dos impactos que a pandemia de COVID-19 vem causando nesses estabelecimentos. Após, foi analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da Recomendação de n. 62 do CNJ, que foi editada na esteira das medidas tomadas com o intuito de conter o avanço da pandemia e proteger a saúde dos presos, que é garantida constitucionalmente e é dever do Estado. Por último, chegamos à conclusão de que o impacto da Recomendação CNJ nº 62 na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus*, nos casos de prisão preventiva, **é parcial, ou, aquém do esperado**. A liberação de pessoas cerceadas de liberdade ou a substituição das prisões preventivas e temporárias por medidas cautelares diversas, desde que preenchidos os requisitos legais ou os previstos na Recomendação, é a solução mais rápida e viável na esteira das medidas adotadas pelo Poder Público com o intuito de conter o avanço da pandemia e proteger a saúde dos presos e da população em geral, com fulcro no princípio constitucional da fraternidade.

Palavras-chave: Pandemia, COVID-19, prisões cautelares, sistema prisional, jurisprudência, recomendação n. 62 do CNJ, Superior Tribunal de Justiça, desencarceramento, princípio constitucional da fraternidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the impact of the COVID-19 pandemic on the Brazilian prison system and on the decisions of the Superior Tribunal de Justiça. For this purpose, important doctrinal definitions and explanations were presented for the understanding of the theme, mainly regarding precautionary prisons. Starting from analyzes of the Constitution, Code of Criminal Procedure, Law of Penal Executions, legislation, recommendations, articles, books of doctrine, academic works and news, it was possible to trace the situation of Brazilian prisons, extremely crowded, and the impacts that the pandemic of covid-19 may cause in these establishments. Afterwards, the jurisprudence of the Superior Tribunal de Justiça regarding the Recommendation of n. 62 of the CNJ, which was edited with the intention of containing the advance of the pandemic and protecting the health of prisoners, is analyzed. Finally, it is recognized that the impacts of CNJ Recommendation 62 on the jurisprudence of the Superior Court of Justice in the context of *habeas corpus*, in cases of preventive detention, **is partial, or, below expectations**. The release of imprisoned people or the replacement of preventive and temporary prisons with different precautionary measures, provided that the legal requirements are met or demonstrated in the Recommendation, is the quickest and most viable solution in the wake of the measures adopted by the Government with the aim to contain the advance of the pandemic and to protect the health of prisoners and the population in general, based on the constitutional principle of fraternity.

Keywords: Pandemic, COVID-19, precautionary prisons, prison system, jurisprudence, recommendation n. 62 of CNJ, Superior Tribunal de Justiça, extrication, constitutional principle of fraternity.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	11
<u>CAPÍTULO I - DAS MEDIDAS E PRISÕES CAUTELARES</u>	
I.1 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	15
I.2 DAS PRISÕES PROCESSUAIS	16
I.2.1 DA PRISÃO TEMPORÁRIA	17
I.2.2 DA PRISÃO PREVENTIVA	18
I.2.2.1 DA PRISÃO DOMICILIAR DO ART. 317 DO CPP.....	21
I.2.3 DA LIBERDADE PROVISÓRIA E DO USO DO HABEAS CORPUS	23
<u>CAPÍTULO II. – A PANDEMIA MUNDIAL DE COVID-19 E SEU IMPACTO NO SISTEMA CARCERÁRIO E NO PODER JUDICIÁRIO</u>	
II.1 DA PANDEMIA DE COVID-19.....	24
II.2 DA SAÚDE DOS PRESOS, DA COVID-19 NOS PRESÍDIOS	26
II.3. DA RECOMENDAÇÃO DE N. 62 DO CNJ	29
<u>CAPÍTULO III. - DO FUNCIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA</u>	
III. 1. DOS JULGAMENTOS VIRTUAIS E DO TELETRABALHO	32
III.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	35
III. 3. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE E SUA APLICAÇÃO EM JULGAMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	43
CONCLUSÃO	46

REFERÊNCIAS49

Lista de Siglas e Abreviaturas

STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
PPL	Pessoas Privadas de Liberdade
OMS	Organização Mundial da Saúde
INFOPEN	Levantamento Nacional de
Informações Penitenciárias	
ADPF	Arguição de Descumprimento de
Preceito Fundamental	
HIV	Síndrome da Imunodeficiência
Humana	
UTI	Unidade de Tratamento Intensivo
SUS	Sistema Único de Saúde
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas</i>
<i>Corpus</i>	
AgRg	Agravo Regimental

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira, também conhecida como a Constituição Cidadã, é unívoca em assegurar a liberdade como um direito precípua do cidadão, mas também é clara quanto à possibilidade de relativização dos direitos constitucionais.

Quanto à relativização do direito constitucional da liberdade, o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal afirma que “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (Constituição Federal, 1988).

Verifica-se que o constituinte entendeu que a prisão deveria ocorrer tão logo o crime fosse cometido – prisão em flagrante –, ou, se em momento posterior, por meio de uma ordem (decisão judicial) fundamentada e emitida por autoridade judiciária competente. A liberdade é sempre a regra. A segregação cautelar, sempre a exceção.

O inciso LXV, também do art. 5º, garante que “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (Constituição Federal, 1998). Prisão ilegal é aquela que não é respaldada pela legislação ou que perdure por tempo irrazoável, de forma que fique constatado o excesso de prazo, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da CF.

Por força do princípio constitucional da presunção de inocência ou estado de inocência (art. 5º, inc. LVII, da Constituição), a rigor, somente a prisão-pena deveria vigorar. Afinal, só após o trânsito em julgado da sentença condenatória se tem certeza quanto à responsabilidade do réu e, portanto, a partir daí é que ele iniciaria o cumprimento da sanção que lhe foi imposta (SANCHES, 2020).

Assim, durante o curso do processo, o Código de Processo Penal disciplina as medidas cautelares (prisões ou diversas das prisões) e a liberdade provisória, que pode ser concedida se ausentes razões que possam justificar a segregação durante a persecução penal, nos termos do inciso LXVI do art. 5º da CF.

Lado outro, é uníssono na jurisprudência que a saúde dos presos é responsabilidade do Estado e que os presidiários, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), possuem os mesmos direitos à prevenção e à assistência que o restante da população.

No momento em que a Organização Mundial de Saúde (OMS) definiu uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (em 30 de janeiro de 2020) e reconheceu a existência de uma pandemia (no dia 11 de março de 2020), logo surgiram preocupações atinentes à propagação de COVID-19 nos presídios brasileiros.

Isso porque, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019, há em torno de 773 mil pessoas privadas de liberdade (PPL) no Brasil¹, em todos os regimes, e, especificamente, 253.963 presos provisórios, representando 33,47% do total, tendo os presídios ocupação em torno de 175,82%, nos 1.456 estabelecimentos penais no país².

Nesse vértice, diversas resoluções foram emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na esteira de medidas adotadas pelo Poder Público com o intuito de conter o avanço da pandemia e proteger a saúde dos presos, merecendo destaque a Recomendação de n. 62, de 17 de março de 2020.

Em consequência, questionamentos se apresentam. Como viabilizar o cumprimento da lei penal e não permitir a impunidade (justiça retributiva) e, ao mesmo tempo, tratar com dignidade os presos especialmente em tempos de pandemia (justiça restaurativa)?

A escolha deste tema teve por motivo o interesse em analisar uma questão melindrosa, atual e impactante. Trata-se de assunto que diz respeito a toda a sociedade, o que subentende a compreensão de todos para discutir e encontrar alternativas rápidas, que concretizem as políticas de prevenção de disseminação da COVID-19, bem como garantidoras da segurança pública e da saúde da população carcerária. Para tanto, fez-se necessário analisar o impacto da pandemia de COVID-19 no sistema prisional brasileiro, tendo como base informações

¹Governo do Brasil. Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Publicado em 17/02/2020. Atualizado em 17/02/2020. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes.>>. Acesso em: 19 de fev. 2021.

² Agência Brasil. Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra CNMP. Publicado em 18/06/2018. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-cnmp>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

colhidas de boletins semanais emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça e decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final da pesquisa, **buscamos visualizar os reflexos da Recomendação nº 62 do CNJ na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus*, nos casos de prisão preventiva.**

Na realidade, com a edição da Recomendação 62 pelo Conselho Nacional de Justiça, desenvolveram-se, no cenário nacional, duas correntes, uma favorável e outra contrária à orientação do CNJ.

Pertencendo ao grupo daqueles que entendem que a soltura de presos em razão da Recomendação 62 do CNJ poderia trazer riscos à segurança da população está o ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, que, afirmou: “Não podemos, a pretexto de proteger a população prisional, vulnerar excessivamente a população que está fora das prisões”.

Por outro lado, na esteira da teoria do “constitucionalismo fraternal”, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca defende que o excesso de prisões provisórias no Brasil é responsável por fazer com que os detentos permaneçam em cárcere nos presídios, sem ter uma pena estipulada, em um “regime fechado”. Entretanto, como bem destaca o autor³, seja quem for o indivíduo ou a gravidade do ato praticado, este também é membro do tecido social e não pode ser afastado do princípio da dignidade da pessoa humana.

Afirma, também, que o princípio da fraternidade pode ser concretizado também no âmbito penal, por meio da chamada Justiça restaurativa (que não ignora as exigências de reparação da ordem violada), do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A pena humanizada não é, em rigor, violência destinada a dominar quem é punido. Eis, pois, o marco teórico do presente Trabalho de conclusão do Curso de Direito.

Em outra perspectiva, relativamente ao trabalho do Poder Judiciário durante a Pandemia, o Ministro Néfi Cordeiro, Ministro do STJ, lembra que a realização dos atos

³ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça** - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 224.

judiciais remotamente reduz custos e facilita a produtividade, mas distancia as partes do processo. (CORDEIRO, 2020).

O método empregado foi o indutivo, ou seja, partindo de uma observação minuciosa dos fatos oriundos de pesquisas bibliográficas (envolvendo livros e artigos); análises documentais (leis e decisões judiciais); análises de notícias para chegar a uma conclusão.

À vista de tanto, o primeiro capítulo tratará das medidas cautelares diversas da prisão e das prisões cautelares, mais especificamente, da prisão temporária e da prisão preventiva. Igualmente, também será abordada a liberdade provisória. Já o segundo capítulo comentará sobre a pandemia de COVID-19 e, brevemente, como vêm sendo impactados os estabelecimentos prisionais no Brasil. Por último, no terceiro capítulo, será estudada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a aplicação da Recomendação de n. 62 do CNJ.

O objetivo deste trabalho não foi o esgotamento dos temas. Espera-se que este possa contribuir com os questionamentos e servir como base de pesquisa para alunos, acadêmicos, magistrados e para a população em geral.

CAPÍTULO I - DAS MEDIDAS E PRISÕES CAUTELARES

I.1. DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Durante a instrução processual, as medidas cautelares podem ser decretadas pelo juiz, por representação da autoridade policial ou do Ministério Público.

Com o advento da Lei 13.869/19 (Nova Lei de Abuso de Autoridade), abriu-se maior espaço para o contraditório, possibilitando que o juiz, antes de decretar a medida cautelar, ouça a parte contrária, em um prazo de até cinco dias. A mesma Lei pune quem decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.

Uma vez estabelecidas, as medidas cautelares podem e devem ser revisadas pelo Juízo que as estabeleceu e, segundo o art. 282, § 4º, do CPP, uma vez descumpridas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (nos termos do art. 312 do CPP), observando os princípios de adequação e necessidade, e levando em consideração que a prisão cautelar deve ser sempre a última opção.

Trata-se, conforme leciona Bedaque, "de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela". (LIMA, 2017)

As medidas cautelares poderão ser estabelecidas a critério do Juízo de primeiro grau ou podem seguir o rol exemplificativo do art. 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

I.2 DAS PRISÕES PROCESSUAIS

De maneira geral, quando falamos sobre prisões, estamos tratando do tema abstratamente. A lei, quando estabelece prisões, permanece no plano das ideias. A transição entre o plano das ideias e o plano concreto só ocorre quando de fato ocorre a prisão de um indivíduo, com base em lei anteriormente validada no plano abstrato. (MARQUES; MARTINI)

Existe um decálogo de princípios que subjazem ao sistema das prisões cautelares, quais sejam: dignidade da pessoa humana; presunção de inocência; proteção penal eficiente; excepcionalidade; legalidade e jurisdicionalidade; provisoriedade; proporcionalidade; duração razoável da prisão; bilateralidade de audiência e motivação. (FONSECA, 2020).

Há dois tipos gerais de prisão (com a exclusão da prisão em flagrante), a sancionatória (prisão-pena) e a prisão processual, de natureza cautelar (representada pela prisão temporária e pela prisão preventiva), que ocorre antes do trânsito em julgado de um processo. Este trabalho terá um foco específico nas prisões processuais, em face da pandemia de COVID-19.

I.2.1 DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária foi instituída pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e pode ser decretada pelo juiz durante a fase preliminar de investigações, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de informações relacionadas à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. I, inciso III, da Lei n. 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei n. 8.072/90, art. 2º, § 4º), com o intuito de que se possa, a partir daí, dar início à persecução penal (LIMA, 2017), em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Segundo o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90, esse prazo é de, no máximo, 30 dias, prorrogável por igual período, no caso de crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo. Da leitura da Lei que instituiu a segregação temporária, depreende-se que esta não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Preservam-se, assim, o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade do juiz (LIMA, 2017).

O Art. 1º da Lei no 7.960/89 prevê as hipóteses de cabimento de prisão temporária:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

(...).

No período anterior à lei, era muito comum que ocorresse “prisão de indivíduos para averiguações”, que consistia no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir a vinculação das mesmas a uma infração penal, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. (LIMA, 2017)

Assim, em consonância com a legislação e com a posição majoritária da doutrina, somente é possível decretar a prisão temporária quando houver indícios de autoria ou

participação do indiciado nos crimes listados no inciso III do art. 1º, associados tais indícios à imprescindibilidade da segregação cautelar para a investigação policial ou à circunstância de o investigado não possuir endereço certo e sabido ou identidade determinada, havendo *periculum in libertatis e fumus comissi delicti*.

O mesmo artigo prevê os crimes, consumados ou tentados, em que a prisão temporária pode ser decretada:

(...).

a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

I.2.2 DA PRISÃO PREVENTIVA.

A prisão em flagrante pode ser convertida em prisão preventiva pelo Juízo competente, de acordo com a redação do art. 310, inciso II, do CPP, desde que seja verificada a legalidade

da prisão em flagrante, estejam presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

A prisão preventiva também pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, inclusive quando da prolação de sentença condenatória ou da sentença de pronúncia, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente; sempre por meio de decisão motivada e devidamente fundamentada, em obediência ao artigo 315 do CPP.⁴

Nessa linha de raciocínio, menções, por exemplo, à gravidade em abstrato do delito, bem como aos seus efeitos nefastos para a sociedade, não são válidas. É de rigor que, na apreciação concreta do pedido, se demonstre, ainda que sucintamente, porque é necessária a decretação da medida de exceção, fincada em motivação própria e idônea.

O art. 312 do Código de Processo Penal estabelece que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Importante destacar que o termo “ordem pública”, que tem embasado significativa parte dos decretos de prisão preventiva, é genérico e depende da valoração axiológica, característica que possibilita ao juiz uma imensa margem de interpretação no momento de

⁴ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

tomar a decisão, conforme podemos constatar nos casos em que a medida é decretada para fins que não se destinam a acautelar o processo (garantir a paz social, assegurar a credibilidade das instituições, devido à periculosidade do réu, responder ao clamor público etc.), bem como que o instituto da prisão preventiva adere à lógica seletiva do sistema penal expressão vaga, adaptável aos momentos históricos e aos mais diversos tipos de interesses, já que se limita a fornecer apenas um molde conceitual lacunoso que pode ser preenchido por argumentos estranhos à natureza das medidas cautelares (LAZZARI DA SILVEIRA. 2020)

Ainda segundo o art. 313 do mesmo diploma legal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Portanto, para que a prisão preventiva do acusado seja decretada, uma série de requisitos deverão ser observados. O crime supostamente cometido pelo réu deve ter pena máxima acima de 4 anos, devem existir indícios suficientes de autoria e materialidade e devem estar presentes quaisquer dos requisitos da prisão preventiva, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ainda, os fatos que justificam a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta, conforme a redação do § 2º do art. 312 do CPP, acrescentado pela Lei 13.964/19 (conhecida popularmente como Pacote Anticrime), o que vai ao encontro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, caso o réu já tenha sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, a prisão preventiva poderá ser decretada independentemente da pena máxima em abstrato prevista para o crime cometido.

A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Com o advento da Lei 12.403/2011, passou a caber a prisão preventiva quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

E, com a Lei 13.964/19, proibiu-se a decretação da prisão cautelar sem provocação, seja na fase da investigação, seja na fase do processo, alterando-se também o art. 316 do CPP, que passou a exigir que o prolator da decisão revisasse a necessidade da prisão a cada 90 dias.⁵

I.2.2.1 DA PRISÃO DOMICILIAR DO ART. 317 DO CPP

Em alguns casos, de forma a atender situações especiais ou de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, também de natureza cautelar (com previsão legal no art. 317 do CPP), pela autoridade judiciária competente é possível, tornando mais humana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao réu seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência (LIMA, 2017). Para que ocorra

⁵ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve-se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Anote-se, por fim, que não se deve confundir a prisão domiciliar prevista no Código de Processo Penal com a prisão domiciliar prevista na Lei de Execuções Penais. Enquanto a prisão domiciliar de que aqui se cuida é modalidade de medida cautelar, a prisão domiciliar prevista na L.E.P. se refere à possibilidade de a pessoa já condenada (em fase de execução penal) cumprir a sua pena privativa de liberdade na própria residência.

I.2.3. DA LIBERDADE PROVISÓRIA E DO USO DO *HABEAS CORPUS*

A liberdade provisória consiste em um benefício constitucional⁶ garantido ao acusado para que este responda o processo livre de prisão cautelar, isto é, em liberdade, com ou sem o arbitramento de fiança ou outras medidas cautelares⁷.

A ação constitucional do *Habeas Corpus*⁸ é cabível em casos de constrangimento ilegal já consumado ou futuro (preventivo), tais como de decisões judiciais que indeferem o pedido de liberdade provisória ou de revogação da prisão preventiva decretada sem fundamentação concreta.

Parte da doutrina entende, ainda, que é cabível o emprego do *habeas corpus* nos casos de decretação de medidas cautelares diversas da prisão. É que, em casos tais, a possibilidade da prisão, ainda que remotamente, sempre estará presente, independentemente da natureza da medida cautelar imposta, em face do disposto nos arts. 282, § 4º, e 312. parágrafo único, ambos do CPP. Tais dispositivos, com efeito, autorizam a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de alguma medida cautelar anteriormente imposta (SANCHES, 2020).

Acerca do conceito constitucional de coação ilegal, colhe-se no art. 648 do CPP:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

⁶ Art. 5º, LXVI, da CF: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”

⁷ Dubbio. Tudo o que você precisa saber sobre liberdade provisória. Publicado em 07/07/2016. Disponível em <<https://www.dubbio.com.br/articles/52-liberdade-provisoria>>. Acesso em: 24 de março de 2021.

⁸ Prevista no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

CAPÍTULO II. - A PANDEMIA MUNDIAL DE COVID-19 E SEU IMPACTO NO SISTEMA CARCERÁRIO E NO PODER JUDICIÁRIO.

II.1. DA PANDEMIA DE COVID-19.

Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, China, o mundo teve notícia de contaminações de indivíduos pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), que viria a ser responsável pela atual crise sanitária e pandemia global de COVID-19. Novos e numerosos casos surgiram rapidamente em países asiáticos, tais como Tailândia, Japão, Coreia do Sul e Singapura, seguindo para a Europa e demais continentes, o que levou a Organização Mundial de Saúde (OMS) a decretar uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, em 30 de janeiro de 2020, e uma pandemia no dia 11 de março de 2020. (Aquino, Estela M. L. et al., 2020)

Embora a letalidade da doença causada pelo SARS-CoV-2 seja mais baixa se comparada a outros coronavírus, sua alta transmissibilidade, que se dá principalmente por meio de gotículas contaminadas de secreções da orofaringe de uma pessoa infectada para uma pessoa livre da infecção e pelos aerossóis expelidos pelos indivíduos, tem ocasionado um número de mortes muito maior do que a combinação das epidemias produzidas pelos SARS-CoV e o MERS-CoV. Além disso, a transmissão do SARS-CoV-2 é agravada pelo elevado tempo médio de incubação da doença, que vai de 5 a 6 dias, e em razão de que pessoas pré-sintomáticas ou com sintomas leves podem transmitir a doença. (Aquino, Estela M. L. et al., 2020)

A recém decretada pandemia foi avassaladora nos países europeus. Turistas que haviam visitado a China voltaram para seus países de residência contaminados pelo vírus, o que resultou em diversos focos de transmissões locais. O mundo se comoveu com a situação vivida na Itália, que sofreu com o grande número de contaminações em um curto espaço de tempo e um colapso no sistema de saúde.

Quando a pandemia se iniciou no Brasil, esperava-se que o país não fosse impactado tanto quanto os países de clima frio do continente europeu. O pico da doença (momento em que foi registrado o maior número de casos) ocorreu nos meses de abril até julho de 2020 em alguns estados do país, enquanto outras localidades registraram o pico entre os meses de julho e setembro do mesmo ano. Entretanto, após a redução de casos, **observou-se um novo aumento de contaminados**. Surgia, portanto, uma segunda onda da pandemia de covid-19, em meados **de novembro de 2020**.

A segunda onda da doença no Brasil chegou trazendo um grande rastro de mortes, fazendo com que **o país entrasse em um dos momentos mais graves da pandemia**. O número de mortes de brasileiros foi maior do que o observado na primeira onda da doença. Em Manaus, por exemplo, no início de 2021, os hospitais ficaram lotados e faltou oxigênio para os pacientes, fazendo com que a cidade atingisse grandes recordes.⁹ Entretanto, não foi somente a capital amazonense que sofreu com a segunda onda. Treze estados brasileiros e o Distrito Federal estão com fila de espera de aproximadamente 4,3 mil pessoas para leitos de UTI, o que evidencia um colapso no nosso sistema de saúde¹⁰.

Segundo dados das Secretarias Estaduais da Saúde, as mortes por COVID-19 aumentaram 64,45% na transição dos meses de novembro para dezembro de 2020. Em março de 2021, foi registrada a marca de mais de 3.000 (três mil) mortes em 24h. Com os números atualizados do país, ao todo, já são mais de 400.000 óbitos e 14.800.000 casos da infecção, segundo dados do Ministério da Saúde¹¹, o que torna o Brasil o segundo país mais afetado pela pandemia (no quesito número de mortes), atrás somente dos Estados Unidos.

Apesar de novas variantes do vírus estarem influenciando o aumento da contaminação por serem mais infecciosas (vale ressaltar que são mais letais e driblam até certo ponto a

⁹ SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "Segunda onda de covid-19 no Brasil"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/doencas/segunda-onda-de-covid-19-no-brasil.htm>. Acesso em 24 de março de 2021.>

¹⁰ ESTADÃO. Em 13 Estados e DF, 4,3 mil pacientes da covid-19 estão na fila por leito. Disponível em <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-14-estados-4-3-mil-pacientes-da-covid-19-estao-na-fila-por-leito,70003642396>. > Acesso em 24 de março de 2021.

¹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. COVID-19 NO BRASIL. Disponível em: <https://susanalitico.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em 24 de março de 2021.>

imunidade natural e a gerada por vacinas)¹², um dos principais motivos para o aumento de casos, segundo especialistas, é o **não cumprimento das medidas de proteção da doença, como o distanciamento social.**

As principais medidas tomadas pelos países e recomendadas pela OMS para tentar reduzir a transmissão do vírus e conter a evolução da pandemia são¹³: o isolamento de casos confirmados ou suspeitos, o incentivo à higienização das mãos, a adoção de etiqueta respiratória e o uso de máscaras faciais caseiras, medidas de distanciamento social, como por exemplo, o fechamento de escolas e universidades, a proibição de eventos de massa e de aglomerações, a restrição de viagens e transportes públicos, a conscientização da população para que permaneça em casa até a completa proibição da circulação nas ruas (conhecida por *lockdown*), exceto para a realização de atividades essenciais.

No entanto, em uma situação como esta, de restrição de direitos, os direitos humanos e fundamentais não podem ser suspensos. Eventual limitação deve ser sempre feita por lei e há de ser temporária, proporcional, estritamente razoável e necessária. Não pode ser discriminatória ou tornar mais agudas as consequências já nefastas de exclusão social de segmentos da população, especialmente os mais carentes. (FONSECA, 2020).

II.2. DA SAÚDE DOS PRESOS, DA COVID-19 NOS PRESÍDIOS.

A Carta Magna de 1988 busca assegurar o bem-estar de todos. Assim, considerando a dimensão **fraternal** do constitucionalismo, a Constituição Federal refere-se ao bem-estar em oito oportunidades, inicialmente como valor supremo de uma sociedade fraterna, no preâmbulo da Constituição Federal, e depois em campos específicos do seu disciplinamento normativo (FONSECA, 2020).

¹² Valor Econômico. Variante “dribla” imunidade natural, indica estudo. Disponível em; <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/03/02/variante-dribla-imunidade-natural-indica-estudo.ghtml>>

¹³ Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Atualizada em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em: 19 de fev. 2021.

É uníssono na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais pátrios que a saúde nas prisões é responsabilidade do Estado e que os presidiários, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), possuem os mesmos direitos à prevenção e à assistência à saúde que o restante da população, em consonância com artigo 196 da Constituição Federal, com os artigos 10, 11, 14, 41, 88 e 120, da Lei de Execuções Penais, e com a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de PPL, além de normas internacionais, tais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019, há em torno de 773 mil pessoas privadas de liberdade (PPL) no Brasil¹⁴, em todos os regimes, e, especificamente, 253.963 presos provisórios, representando 33,47% do total, tendo os presídios ocupação em torno de 175,82%, nos 1.456 estabelecimentos penais no país¹⁵ o que gera preocupação quanto à propagação do SARS-COV dentre essa população carcerária.

Na população livre, sem a observância das medidas de prevenção, as autoridades estimam que cada infectado contamine 2 a 3 pessoas. Dadas as condições de encarceramento nas prisões brasileiras, pode-se estimar que um caso contamine até 10 pessoas. Dessa maneira, em uma cela com 150 presidiários, pode ser estimado que “67% deles estarão infectados ao final de 14 dias, e a totalidade, em 21 dias. A maioria dos infectados (80%) permanecerá assintomática ou desenvolverá formas leves, 20% progredirão para formas mais graves que necessitarão hospitalização, dos quais, 6% em UTI.” (Sánchez, Alexandra et al., 2020).

Nesse contexto, as ações a serem tomadas para o combate à COVID-19 devem levar em consideração a realidade carcerária brasileira, que é extremamente precária, tanto em aspectos estruturais quanto em aspectos higiênicos, uma vez que até mesmo doenças que

¹⁴Governo do Brasil. Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Publicado em 17/02/2020. Atualizado em 17/02/2020. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes.>>. Acesso em: 19 de fev. 2021.

¹⁵ Agência Brasil. Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra CNMP. Publicado em 18/06/2018. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-cnmp>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

poderiam ser potencialmente curadas não são tratadas devidamente, levando presos a óbito, como ocorre com a tuberculose. (Sánchez, Alexandra et al., 2020).

Outro ponto que merece destaque é a impossibilidade de se tratarem as pessoas infectadas pela COVID-19 dentro dos próprios presídios, ainda mais os casos graves, porquanto, além da ausência de espaço físico para o tratamento adequado, faltam medicamentos, equipamento técnico e, muitas vezes, equipe de saúde¹⁶ para atender o grande volume de pacientes.

Vale ressaltar que a equipe de saúde, quando presente nos presídios, possui a finalidade de diagnosticar e de prevenir doenças, não conseguindo atender uma demanda elevada de pacientes contaminados em razão da propagação do vírus nas celas.

Desta forma, indivíduos que demandam uma maior atenção acabam tendo de ser transferidos para um hospital, além de ser necessária uma equipe de escolta para dar

¹⁶ De acordo com o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (2ª edição, de 2005), a equipe técnica mínima de profissionais de saúde em uma unidade prisional com mais de 100 presos, para atenção a até 500 encarcerados, deve cumprir uma jornada de trabalho de 20 horas semanais e deve ser composta de: médico, enfermeiro, odontólogo, psicólogo, assistente social, auxiliar de enfermagem e auxiliar de consultório dentário. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf - Acesso em 11/05/2021.

Por sua vez, a Nota Técnica n.º 23/2020/COS/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, de 05/04/2020, que trata do acesso à saúde no sistema prisional, esclarece que, “Com o intuito de garantir o direito legal e constitucional à saúde e o acesso com equidade, integralidade e universalidade e ainda, organizar as ações e serviços de saúde dentro dos estabelecimentos penais, os Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública, lançaram o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário - PNSSP, instituído pela Portaria Interministerial n.º 1.777/2003, atualizado por sua vez pela Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP, instituída pela Portaria Interministerial n.º 01, de 02 de janeiro de 2014 e sua respectiva operacionalização pela Portaria n.º 482, em 1º de abril de 2014”.

A nota técnica esclarece, também, que “segundo a Política **as unidades prisionais são responsáveis pela atenção básica**. A atenção básica é a porta de entrada, e se caracteriza por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte positivamente na situação de saúde das coletividades”. Diante desse parâmetro, prevê que **a Equipe de Atenção Básica Prisional Tipo I será formada por 5 profissionais, enfermeiro, médico, técnico ou auxiliar de enfermagem, cirurgião-dentista e técnico ou auxiliar de saúde bucal, com carga horária de seis horas semanais**. Seja dizer, diminui-se tanto o número mínimo de profissionais de saúde previsto no Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, como a carga horária de trabalho semanal.

Relata, ainda, que “Segundo dados da Coordenação de Saúde Prisional do Ministério da Saúde em relação a cobertura das equipes da PNAISP não é homogeneia em todo o país. **Alguns estados possuem uma grande cobertura como Distrito Federal, Pernambuco e Mato Grosso do Sul com 95%, 85,1% e 76% e estados como Amapá, Sergipe e Paraíba com baixa cobertura entre 0% e 2,6%** conforme os dados abaixo”. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-tecnicas/diversos/O%20acesso%20a%20saude%20no%20Sistema%20Prisional.pdf> – acesso em 11/05/2021.

segurança à população. Inclusive, muitas das vezes, após receberem alta, sofrem com sequelas. Em alguns casos, é necessário o uso de hemodiálise e de medicamentos específicos.

Novamente, a realidade carcerária do país é extremamente precária, muitos detentos dependiam das visitas, que foram suspensa por conta da pandemia, para receber de seus familiares sabonetes, toalhas, copos e talheres. Ausentes estes utensílios, acabam tendo de compartilhar com os colegas de cela os existentes. Fica evidente o descaso do Estado com o princípio de dignidade da pessoa humana e com o constitucionalismo fraternal.

Com informações colhidas do Boletim Semanal sobre Contágios e Óbitos no Sistema Prisional e no Socioeducativo emitido pelo CNJ na semana do dia 22 de abril, verifica-se que até a data da publicação haviam sido confirmados 55.109 casos de COVID-19 entre os presos do país, com 174 óbitos nessa categoria.

No Brasil inteiro, 282.119 pessoas presas foram testadas, o que corresponde a cerca de 35,26% do total da população carcerária brasileira, que está próxima de 800 mil. Há também limitações para o cálculo da proporção de indivíduos privados de liberdade testados para a doença, tendo em vista a dinâmica pessoal dos presídios e a disponibilidade de dados oficiais, que não indicam com precisão qual tipo de teste foi utilizado. Os chamados “testes rápidos” possuem confiabilidade questionada pela elevada taxa de resultados falsos negativos, assim como de falsos positivos¹⁷.

Em razão da falta de medidas eficazes para a conter o avanço da pandemia e proteger a saúde dos presos, o país é responsável por 6% dos óbitos e 16% dos casos registrados de coronavírus na população carcerária mundial. Em número de casos, o país só fica atrás dos EUA, que contabiliza 184.728 casos. Em número absoluto de óbitos, EUA (1.304), México (326) e Peru (249) estão na frente nesse ranking. ¹⁸

¹⁷ CNJ. Covid-19: Casos nos sistemas prisional e socioeducativo passam de 50 mil. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/covid-19-casos-nos-sistemas-prisional-e-socioeducativo-passam-de-50-mil/>> Acesso em 24 de março de 2021.

¹⁸ Metrôpoles. Covid: Brasil é 2º em casos e 4º em mortes de presos em todo o mundo. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/covid-brasil-e-2o-em-casos-e-4o-em-mortes-de-presos-em-todo-o-mundo>> Acesso em 24 de março de 2021.

Assim, nem o Estado de São Paulo, que é o que mais testa a população carcerária atualmente (157.803 testes, aproximadamente 56% do total), ou o Brasil, conhecem o panorama real das infecções pelo novo coronavírus no sistema prisional, de modo que os números certamente são bem mais expressivos do que os dados oficialmente apresentados.

Vale anotar que quando do julgamento da ADPF 347¹⁹ em 2015, momento anterior à pandemia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional para o sistema penitenciário brasileiro a fim de assegurar a integridade física e moral dos custodiados. A situação carcerária brasileira fere normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.

De acordo com o relator, Ministro Marco Aurélio, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa da postura do Poder Público em relação ao problema. “A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”, afirmou. Há, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. “Falta coordenação institucional”.

Importante mencionar que a maior parte das mortes que ocorrem dentro dos presídios não se dá em decorrência da violência, e, na verdade, doenças como tuberculose, sífilis e HIV representam 62% dos óbitos. Segundo o Ministério da Saúde, os detentos possuem 28 (vinte e oito) vezes mais chances de contrair tuberculose do que as pessoas livres e estes dados reforçam ainda mais a vulnerabilidade destas pessoas.²⁰

¹⁹ STF. Notícias STF. Publicado em 27/08/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

²⁰ IBCCRIM. Coronavírus no sistema prisional brasileiro: O caos poderá ser ainda maior. Publicado em 18/06/2020. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8261noticias/exibir/8261>>. Acesso em 12 de março de 2021.

II.3. A RECOMENDAÇÃO DE N. 62 DO CNJ

As estratégias de prevenção contra a COVID-19 não podem ser limitadas à interdição de visitas, suspensão das transferências entre unidades e interrupção de atividades em grupo, como as esportivas, escolares, educativas e religiosas, “que resultam no *superisolamento*, que, além de tudo, pode afetar a saúde mental das pessoas privadas de liberdade”. (Carvalho, Sérgio Garófalo de, et al., 2020). Em situação de urgência, medidas judiciais de desencarceramento são necessárias para reduzir a superlotação de forma rápida e eficiente.

No momento, não há indícios de que os presos serão incluídos nos próximos grupos prioritários de vacinação contra o novo coronavírus.

Nesse vértice, diversas resoluções foram emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o intuito de conter o avanço da pandemia e proteger a saúde dos presos, merecendo destaque a **Recomendação de n. 62, de 17 de março de 2020**, *in verbis*:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo.

Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas:

I – a 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, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;

II – redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e

III – garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal. (...).

(...)

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

- b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;
- c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às:

- a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;
- b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária;

III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;

IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;

V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias; (...).

Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

Art. 7º Recomendar aos Tribunais e magistrados com competência penal que priorizem a redesignação de audiências em processos em que o réu esteja solto e a sua realização por videoconferência nas hipóteses em que a pessoa . (...).

Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º , do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.

A Recomendação n. 62/2020 foi amplamente elogiada nacional e internacionalmente. Em nota publicada em 31 de março de 2020, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos manifestou preocupação com as condições carcerárias e os impactos da pandemia em diversos países e, em particular, saudou o CNJ pela iniciativa e conteúdo da Recomendação; o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos emitiu carta de apoio e reconhecimento à Recomendação, considerando-a uma prática pioneira no tema de ações preventivas à propagação do novo coronavírus nas instituições prisionais; o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e do Conselho Nacional dos Direitos Humanos reconhece a relevância da Recomendação 62/2020 do CNJ e suas medidas de profilaxia no sistema prisional. Os organismos expressaram preocupação com a pandemia no contexto prisional, destacando, principalmente, a precariedade e a superlotação dos presídios brasileiros. Também elogiando a recomendação, o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais alertou que seguir as medidas de desencarceramento é essencial para se promover estratégias preventivas dentro das instituições prisionais. (COSTA, Jaqueline Sérgio da et al. 2020)

A Recomendação de n. 62 do CNJ acrescentou à legislação existente a prioridade de reavaliação das prisões de mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo

coronavírus; que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. **Ou seja, a Recomendação foi responsável por reforçar o princípio de dignidade da pessoa humana e o constitucionalismo fraternal, excluindo da benesse aqueles que possuem um grau de periculosidade elevado por terem supostamente cometido crimes envolvendo violência ou grave ameaça.**

CAPÍTULO III. - DO FUNCIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA

III.1. DOS JULGAMENTOS VIRTUAIS E DO TELETRABALHO

Com a edição da Recomendação n. 62/2020 pelo Conselho Nacional de Justiça, 101.988²¹ *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* foram protocolados no Superior tribunal de Justiça denunciando a não observância da orientação contida na Recomendação pelos magistrados e invocando o risco representado pela propagação do novo coronavírus dentro das celas e presídios.

Com vistas a fazer frente à demanda de trabalho e à necessidade de seguir as orientações de distanciamento social, foram editadas portarias em todos os tribunais do país, que autorizaram o teletrabalho de magistrados, servidores e estagiários que, na maioria dos casos, ainda não haviam tido a experiência de trabalhar de casa ou contar com a inserção digital necessária.

Entretanto, ao contrário do que poderia se imaginar, mesmo que com o aumento no volume de processos nas Cortes, o número de julgamentos cresceu, se comparado com dados anteriores à pandemia de COVID-19, com centenas de sessões virtuais realizadas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu mais de 604 mil decisões desde o início do trabalho remoto (16 de março de 2020), sendo 455.570 terminativas e 148.664

²¹ Relatório Estatístico 2020. STJ. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>>. Acesso em 13 de maio de 2021.

interlocutórias e despachos. Nas decisões terminativas, a maior parte foi proferida de forma monocrática (361.990), enquanto as restantes (93.580) foram colegiadas. Entre as classes processuais, as que mais apresentaram decisões foram os agravos em recurso especial (182.982), os *habeas corpus* (130.269) e os recursos especiais (76.374)²².

Por sua vez, no ano anterior (2019), o STJ proferiu 528.027 decisões, dado superior ao registrado em 2018, quando o tribunal, pela primeira vez em sua história, superou a marca de 500 mil²³.

Ainda antes da edição da Recomendação, o Superior Tribunal de Justiça já registrava precedente, em 17 de março de 2020, em que o Ministro Rogerio Schietti Cruz substituiu a prisão preventiva de Astério Pereira dos Santos, ex-secretário de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, por medidas cautelares alternativas, devido ao risco de contágio no presídio.

Néfi Cordeiro, Ministro do STJ, lembra que a realização dos atos judiciais remotamente reduz custos e facilita a produtividade, mas distancia as partes do processo. Ademais, com o significativo aumento do número de demandas judiciais, o Ministro ressalva que magistrados vêm determinando cautelarmente, e até sem ouvida da parte contrária, a paralisação de relevantes serviços públicos, a concessão de medicamentos experimentais, bem como disciplinando acerca do funcionamento de atividades na pandemia e autorizando medidas terapêuticas sem fundamentação científica e sem uniformização. (CORDEIRO, 2020)

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, somente de março até agosto de 2020, foram ajuizadas 4.879 ações diretamente relacionadas à pandemia e seus ministros proferiram mais

²² STJ. Tribunal ultrapassa marca de 600 mil decisões em regime de trabalho remoto. Publicado em 18 de fevereiro de 2021. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18022021-Tribunal-ultrapassa-marca-de-600-mil-decisoes-em-regime-de-trabalho-remoto.aspx>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

²³ Estadão. Pepita Ortega e Fausto Macedo. STJ julgou mais de meio milhão de processos em 2019 e reduz estoque em 7,8%. Publicado em 19 de dezembro de 2019. Disponível em <

de 5 mil decisões, entre elas a **ADI 6341, em que foi definido que o presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e as atividades essenciais durante a pandemia, desde que preservada a atribuição de cada esfera de governo.**²⁴

Também merece destaque o julgamento da Tutela Provisória Incidental, requerida pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - (IDDD), na condição de terceiro interessado (*amicus curiae*), nos autos da ADPF 347-DF, mencionada anteriormente.

Em observância à “situação precária e desumana dos presídios e penitenciárias”, o ministro Marco Aurélio, sugeriu oito medidas processuais a serem adotadas com urgência, tendo em vista a orientação do Ministério da Saúde a respeito do isolamento de contaminados, quais sejam²⁵:

- a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;
- b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19;
- c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância;
- d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;
- e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça;
- f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;
- g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e
- h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto”

Entretanto, infelizmente, o Plenário da mencionada Corte não referendou a decisão tomada pelo Ministro Marco Aurélio e as medidas conclamadas foram “invalidadas”.

23 STF. Toffoli encerra gestão com redução de 70% no número de processos que aguardavam julgamento pelo Plenário. Publicado em 9 de setembro 2020. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451346&ori=1>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

25 FREITAS, Hyndara. JOTA. Coronavírus: STF derruba liminar de Marco Aurélio que conclamava por medidas a presos. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/coronavirus-stf-derruba-liminar-de-marco-aurelio-que-conclamava-por-medidas-a-presos-18032020>>. Acesso em 12 de março de 2021.

III.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A essa altura, necessária se faz uma análise de um recorte de decisões (acórdãos e decisões monocráticas) proferidas por Ministros do Superior Tribunal de Justiça²⁶, integrantes das Turmas com competência em matéria penal (Quinta e Sexta Turmas), de modo a comparar a atuação dos Ministros da Corte Cidadã antes e depois de editada a Recomendação 62 do CNJ, em tema de prisão preventiva em sede de *habeas corpus*.

Relativamente à matéria, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era uniforme no sentido de reconhecer a ilegalidade da prisão quando carente de fundamentação ou assentada em motivação inidônea, como ocorre quando há mera invocação ao termo “ordem pública”, que é genérico e dependente de valoração axiológica. Por outro lado, a segregação cautelar sempre foi considerada legal quando decretada em decisão devidamente fundamentada, com demonstração da existência de *periculum libertatis* no caso concreto e com a observância dos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Com a pandemia de Covid-19, contudo, intenso debate se instalou na sociedade e até no meio jurídico, com tergiversações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da adoção das medidas previstas na Recomendação do CNJ relativamente à prisão cautelar, à vista de uma dicotomia: de um lado, a percepção acerca do risco de propagação, infecção e morte por COVID-19 entre os encarcerados, de outro, o risco da liberação da população carcerária com comprometimento da segurança pública.

Pertencendo ao grupo daqueles que entendem que a soltura de presos em razão da Recomendação 62 do CNJ poderia trazer riscos à segurança da população está o ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, que, afirmou: “Não podemos, a pretexto de proteger a população prisional, vulnerar excessivamente a população que está fora das prisões”.

²⁶ STJ. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>>. Acesso em 24 de março de 2021.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, merecem destaque as palavras do Desembargador que compõe a 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Xisto Albarelli Rangel Neto:

“Em ambas as situações o que se visa proteger é a saúde pública, o bem estar de todos, não havendo por que então esperar-se tratamento diverso. O vírus liberto é perigoso, e como não dá para prendê-lo, prendemo-nos nós. O traficante livre também é perigoso, mas dele podemos nos ver livres desde que o prendamos ou o mantenhemos preso, ainda que por um período que o faça refletir sobre a gravidade do que fizera.” (Des. Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto. 3ª Câm. de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus n. 2053292-65.2020.8.26.0000).

Em contrapartida, Siro Darlan, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), foi responsável por uma decisão que impactou, inicialmente, 50 presos, mas que, de acordo com ele, pode beneficiar cada vez mais indivíduos. Além de se basear na recomendação do CNJ, a decisão invocou o inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, que assegura a integridade física e moral aos presos. No documento, Darlan afirma que caso o estado brasileiro negligencie a situação carcerária do país diante da pandemia, pode ser considerado genocida²⁷:

“Neste momento, o que está prevalecendo ao Direito Internacional são as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS). Ela diz que temos que ficar em casa, em isolamento. Se o Estado não cumpre essas determinações está sujeito a ser réu no Tribunal Penal Internacional, como genocida. (...).

Quem está preso no Brasil? O ministro Barroso diz que é o menino pobre. O perfil que vemos é que, além de pobre, é negro. Então você confinar para matar um grupo de pessoas presa, seja pela sua condição social, seja pela sua condição racial, tipifica crime de Genocídio pelo Estatuto de Roma”.

Dirimindo as divergências, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser necessário que o eventual beneficiário do instituto (liberdade provisória concedida com base na Recomendação de n. 62 do CNJ) demonstre, além de **que o crime praticado não seja grave ou tenha sido cometido com violência, a inequívoca adequação do preso no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; a impossibilidade de receber tratamento**

²⁷ DOLCE, JULIA. PUBLICA. O que pensam os juízes que estão soltando presos em meio a pandemia. Disponível em: <<https://apublica.org/2020/04/o-que-pensam-os-juizes-que-estao-soltando-presos-em-meio-a-pandemia/>> Acesso em 4 de maio de 2021.

no estabelecimento prisional em que se encontra; o risco real de que o estabelecimento em que se encontra e que o segrega do convívio social cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida.

Confirmam-se os seguintes precedentes da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça que mantiveram as prisões por não estarem preenchidos tais requisitos:

A) AGRAVO REGIMENTAL EM RHC. CRIMES DOS ARTS. 213 C/C 224, "a", E 241-B DO ECA. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE FILHO MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONDENADA FORAGIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Os requisitos para a concessão da prisão domiciliar não foram preenchidos, considerando que o caso cuida de condenada pela prática de crimes gravíssimos cometidos com violência. Desse modo, não obstante possua filho menor de 12 (doze) anos de idade, tem-se que, à luz das diretrizes firmadas pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, as circunstâncias do caso concreto encontram-se entre as exceções proferidas pelo STF, quando então não será possível a concessão do benefício ora pretendido.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias ressaltaram que a agravante não se enquadra nas situações previstas na Recomendação n. 62 do CNJ, porquanto responde por crime cometido com violência e não ter comprovado que esteja extremamente debilitada de saúde. Além disso se encontra foragida.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC 138.413/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 11/02/2021)

B) PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CUSTÓDIA PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA E GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. NÃO COMPROVAÇÃO DE ESTAR NO GRUPO DE RISCO. INVIABILIDADE DA CUSTÓDIA DOMICILIAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

2. Hipótese na qual a custódia cautelar está suficientemente motivada na garantia da ordem pública, haja vista a reiterada conduta delitativa do agente e a gravidade concreta dos fatos. Segundo consta, o paciente foi surpreendido, juntamente com outros corréus, na posse de 257,34g de maconha e 3,3g de cocaína. Ademais, ele já responde a outra ação penal e, quando adolescente, foi responsabilizado com o cumprimento de medida socioeducativa pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

3. A recomendação n. 62 do CNJ prevê várias medidas sanitárias para se evitar o contágio e a disseminação da Covid-19 na população carcerária. Todavia, a colocação do preso provisório em regime domiciliar não é providência automática, devendo ser aferida a particularidade de cada situação. **No caso, as instâncias**

ordinárias indeferiram a liberdade provisória, em decisão suficientemente motivada, tendo destacado que o paciente não faz parte do grupo de risco de contágio pelo covid-19 e que estão sendo tomadas medidas administrativas para se evitar a disseminação do vírus no sistema prisional. Pontuou-se ainda a necessidade da prisão cautelar para o fim de assegurar a ordem pública, haja vista a habitualidade delitiva do paciente.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 602.270/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021)

C) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXCESSO DE PRAZO NA CUSTÓDIA E NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CPP . SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGADO O DIREITO A RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE DESÍDIA . EVENTUAL MORA DECORRENTE DAS PECULIARIDADES DO FEITO. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA CNJ. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. As alegações concernentes ao excesso de prazo na custódia e de não reavaliação da prisão a cada 90 dias, consoante o disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal CPP, não foram objeto de análise no acórdão impugnado, o que obsta o exame por este Tribunal Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

4. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo as instâncias ordinárias demonstrado, com base em elementos concretos, a periculosidade do paciente, evidenciada pela quantidade e natureza da droga apreendida 430g de cocaína.

5. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura dele depois da condenação em Juízo de primeiro grau.

6. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

7. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

8. É cediço que eventual excesso de prazo para o julgamento do recurso de apelação deve ser aferido em face da quantidade de pena imposta na sentença condenatória. No caso, o paciente foi condenado à pena de 11 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais ao pagamento de 1.360 dias-multa, e, em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, verifica-se que o recurso de apelação foi recebido em 1º/7/2020, remetido ao Tribunal de origem em 29/7/2020, retornado à vara de origem para diligências, com juntada de petições de contrarrazões aos recursos, e remetido novamente ao TJRS em 5/11/2020, estando concluso para julgamento ao relator em 18/12/2020, não restando desarrazoado o prazo para julgamento do recurso defensivo.

9. O risco trazido pela propagação da doença não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de toda custódia cautelar, ou sua substituição por prisão domiciliar, sendo imprescindível, para tanto, conforme ressaltado pelo ilustre Min. Reynaldo Soares da Fonseca, a comprovação dos seguintes requisitos: "a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida" (AgRg no HC 561.993/PE, QUINTA TURMA, DJe 4/5/2020).

10. Na hipótese dos autos, o paciente não comprovou que está inserido no grupo de risco ou que necessita atualmente de assistência à saúde não oferecida pela penitenciária, não se encontrando, portanto, nas hipóteses previstas pela Recomendação do CNJ.

11. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 584.762/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021)

D) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. PRISÃO DOMICILIAR. RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CNJ. NÃO COMPROVAÇÃO DO REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRADO IMPROVIDO. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. É incabível a apreciação, em agravo regimental, de tese relativa à ausência de fundamentação válida para a manutenção da custódia cautelar, porque não deduzida na petição inicial do habeas corpus.

2. Quanto à Recomendação 62 do CNJ, não se verifica a presença dos requisitos nela disciplinados, **apesar do constar afirmação de que o recorrente sofre de hipertensão primária e bloqueio fascicular direito, não foi demonstrado o real comprometimento do estado de saúde do reeducando ou que o seu tratamento está sendo prestado de maneira deficitária, ou que haja risco de agravamento de sua condição de saúde pelo risco de contágio pela Covid-19.**

3. Não havendo ilegalidade para justificar a mitigação do enunciado da Súmula 691 do STF, o writ deve ser indeferido liminarmente.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 636.127/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 17/02/2021)

E) HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INSURGÊNCIA CONTRA A PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DA CONDUTA. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR FUNDADO NA RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. ORDEM DENEGADA.

1. A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada diante das circunstâncias do caso que, pelas características e circunstâncias delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do Agente, a indicar a necessidade da segregação provisória para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o envolvimento de adolescente de apenas 14 (quatorze) anos e a quantidade e diversidade das drogas transportadas no veículo do Réu que, ainda, empreendeu fuga durante a abordagem policial, iniciando perseguição.

2. Em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus, não se ignora a necessidade de realizar o juízo de risco inerente à custódia cautelar com maior preponderância das medidas alternativas ao cárcere, a fim de evitar a proliferação da Covid-19; todavia, essa exegese da Recomendação do CNJ não permite concluir pela automática substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

3. **Na hipótese, o Tribunal local salientou que não restou demonstrado efetivo risco à saúde do Paciente e que o Acusado não apresenta qualquer enfermidade ou debilidade que o coloque no grupo de risco da pandemia.** Desse modo, não há como infirmar a conclusão de que a substituição da segregação cautelar por domiciliar, no caso, não atende ao disposto na Recomendação n. 62 do CNJ.

4. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC 595.686/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 17/02/2021)

No mês de abril de 2020, a Defensoria Pública do Distrito Federal formulou pedido para que todos os presos incluídos no grupo de risco do coronavírus fossem colocados em prisão domiciliar.

O Ministro Néfi Cordeiro indeferiu o pleito. De acordo com o Relator, não houve omissão das autoridades locais que justificasse a concessão do regime domiciliar de forma indiscriminada.

O referido magistrado observou que a reavaliação da privação de liberdade daqueles que se encontram em cumprimento de pena ou prisão processual não pode prescindir da necessária individualização, "sendo indevida a consideração generalizada, avessa às particularidades da execução penal" (HC 570.634).

No julgamento do HC Nº 644.551 - SP, ao julgar pedido formulado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo que buscava a revogação da prisão preventiva de todos os presos idosos, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca entendeu que **a concessão de medidas cautelares alternativas não pode ser feita indiscriminadamente**. Afirmou o magistrado que uma única decisão não pode servir para milhares de pessoas em situações fáticas diferentes que não está claramente demonstrado que as medidas de prevenção adotadas nos referidos estabelecimentos prisionais não estão sendo suficientes para prevenir o risco de contágio. Destacou que a letalidade do covid-19, aferida na população brasileira em geral, é de 2,4% (disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>) - muito maior, portanto, do que a constatada dentro dos presídios. Sublinhou, por último, que o início da vacinação contra a Covid-19 imunizaria essas pessoas maiores de 60 anos, que se encontram no grupo prioritário.

No mesmo sentido, acentuando o risco da liberação de presos perigosos e a necessidade de uma avaliação individualizada dos pedidos, o ministro Rogério Schietti Cruz indeferiu um *habeas corpus* coletivo no qual a Defensoria Pública do Amazonas pedia a concessão de prisão domiciliar para todos os presos do regime fechado do Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, que fossem integrantes do grupo de risco.

Por outro lado, colhem-se os seguintes precedentes concessivos, retirados do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, em que a ordem foi concedida em face do enquadramento do paciente no grupo de risco de contaminação pelo Coronavírus- Covid 19, nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ:

A) HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICADA A ANÁLISE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME SEMIABERTO. TEMPO DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PACIENTE COM TUBERCULOSE. GRUPO DE RISCO COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62 DO CNJ. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A tese de ilegalidade na fundamentação da prisão preventiva não foi enfrentada pelo Tribunal local e por isso não poderá ser debatida por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instâncias.

3. A análise do tópico do excesso de prazo na instrução processual está prejudicada pela perda superveniente do objeto. Isso porque já houve a prolação de sentença condenatória e Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo (enunciado n. 52 da Súmula do STJ).

4. Prisão domiciliar. Possibilidade de concessão. **Considerando o tempo que o paciente ficou preso preventivamente (2 anos e 4 meses), a superveniente condenação no regime semiaberto, e o fato dele ser portador de tuberculose, com enquadramento no grupo de risco de contaminação pelo Coronavírus - Covid 19, nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, é legítima a concessão de prisão domiciliar, sob a imposição de outras medidas cautelares constantes no art. 319 do CPP.**

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva do paciente pela prisão domiciliar, sem prejuízo da imposição de medidas cautelares, a critério do Juízo de primeiro grau, e autorizada a saída do lar para tratamento de saúde (devidamente comprovado) e para o trabalho (após cessada a situação de pandemia). (HC 608.917/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2020, REPDJe 12/11/2020, DJe 03/11/2020)

B) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA EXTREMA. PEQUENA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA (17G DE COCAÍNA). PACIENTE QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS. INSUFICIÊNCIA PARA A MANUTENÇÃO DO DECRETO PREVENTIVO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. No particular, **não se verifica a presença de elementos concretos e individualizados, colhidos do flagrante e valorados pelo Juízo de primeiro grau, que justifiquem a imprescindibilidade da prisão preventiva do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade, notadamente diante da quantidade de droga apreendida, que não é expressiva (17gramas de cocaína), apesar da existência de passagem criminal anterior.**

5. **Avaliando as circunstâncias do caso concreto e a situação de pandemia pelo Covid-19, em que é preciso reduzir os fatores de propagação e aglomerações nas unidades prisionais, nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, para garantir a ordem pública e assegurar a instrução**

processual, mister substituir a prisão preventiva do recorrente por medidas cautelares, a critério do Juízo local.

6. Assim, "Ante a crise mundial do covid-19 e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. Assim, na atual situação, salvo necessidade inarredável da prisão preventiva - mormente casos de crimes cometidos com particular violência -, a envolver acusado/investigado de especial e evidente periculosidade, o exame da necessidade da manutenção da medida mais gravosa deve ser feito com outro olhar" (AgRg no HC 559.019/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020).

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar, substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares diversas da prisão. (HC 587.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 13/10/2020)

C) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).

2. Ante a crise mundial do covid-19 e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. Assim, na atual situação, salvo necessidade inarredável da prisão preventiva - mormente casos de crimes cometidos com particular violência -, a envolver acusado/investigado de especial e evidente periculosidade, o exame da necessidade da manutenção da medida mais gravosa deve ser feito com outro olhar.

3. No caso dos autos, o Juiz de primeira instância mencionou fato concreto que evidencia o periculum libertatis, ao salientar que foi apreendida grande quantidade de droga em poder do acusado e o fato de ele haver sido surpreendido próximo a estabelecimento escolar. Todavia, não demonstrou, satisfatoriamente, a insuficiência de outras medidas menos gravosas que a preventiva. Isso porque, embora haja referência de comercialização de entorpecentes, a quantidade indicada não é exacerbada.

4. Agravo regimental não provido.(AgRg no HC n. 559.019/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/5/2020, DJe 27/5/2020).

Importante ressaltar que no julgamento do RHC 122.966, o relator, Min. Reynaldo Soares da Fonseca destacou a **necessidade de reavaliação das prisões provisórias das pessoas em grupo de risco**. No caso sob análise, havia informações de que o preso estava

com a saúde debilitada, tendo, inclusive, passado mais de um mês de sua prisão preventiva internado em manicômio judiciário.

Por sua vez, no julgamento do HC 575495 MG, o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior concedeu a ordem para impor o regime domiciliar, especificamente aos reeducandos do sistema prisional do Estado de Minas Gerais que cumprem pena em regime semiaberto e aberto, que tiveram suspenso o exercício do trabalho externo, como medida preventiva de combate à pandemia, desde que não ostentem procedimento de apuração de falta grave.

III. 3. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE E SUA APLICABILIDADE NO CONTEXTO DA PANDEMIA.

Segundo a Teoria do Constitucionalismo Fraternal, o princípio da fraternidade é também aplicável em sede de Direito Penal e, nesta matéria, possui um desafio ainda maior, pois tem a missão de frisar que o preso também é membro do tecido social e não lhe pode ser negado o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento primordial da Constituição da República.

Durante muito tempo houve maior ênfase no caráter retributivo²⁸ do sistema penal. A pena privativa de liberdade reinou como consequência comum do reconhecimento da prática de um crime.

Entretanto, a justiça unicamente retributiva não contribui para a ressocialização do réu, tampouco restaura a situação jurídica da vítima ao estágio em que se encontrava antes de sofrer com a prática do crime.

No atual cenário de pandemia provocada pela COVID-19 (coronavírus), o princípio da fraternidade tem ainda maior aplicação, impulsionando o contexto democrático nacional, no âmbito da seara penal, cumprindo, assim, com o maior desafio desta última, qual seja: o de

²⁸ Tem como objetivo a punição do infrator, sendo irrelevante o efeito de retribuir o mal do crime com o mal da pena. Elimina-se, desta feita, a transação ou a conciliação, sustentando que o delito é uma afronta à sociedade.

possibilitar a adoção de uma justiça restaurativa²⁹, prevenindo a reincidência, promovendo os direitos humanos, a cidadania, a dignidade e a paz social, tão preteridos no sistema de justiça retributiva, com vistas a alcançar um sistema democrático, participativo e capaz de operar uma real transformação na vergonhosa realidade de nosso sistema penal.

Com efeito, em situação de pandemia como a que vivemos, o princípio da fraternidade deve ser valorado pelo julgador, porquanto é instrumento da humanização do Direito Penal. Importante lembrar a precária e inconstitucional situação dos presídios, a responsabilidade do Estado para com a saúde dos presos e a exposição “forçada” destes a uma doença que cada dia faz novas vítimas.

Acerca da aplicabilidade do princípio da fraternidade em sede de *habeas corpus*, no contexto da pandemia de Covid19, vale citar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA CONCESSIVA DA ORDEM. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA PELA PRISÃO DOMICILIAR. LEGALIDADE. MÃE. ÚNICA RESPONSÁVEL. 4 FILHOS MENORES DE 12 ANOS, ENTREGUES AO CONSELHO TUTELAR. LACTANTE. APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. PANDEMIA. RECOMENDAÇÃO N. 62 CNJ. REITERAÇÃO DELITIVA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. RAZOABILIDADE. PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS. FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DA PRISÃO DOMICILIAR. NECESSIDADE. SUSTENTO DA PROLE. PRECEDENTE STF. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática deste Relator que concedeu a ordem, de ofício, para substituir a sua prisão preventiva da agravada pela prisão domiciliar, mediante a imposição de medidas cautelares e flexibilização de suas regras.

2. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

3. Os artigos 318, 318-A e B do Código de Processo Penal (que permitem a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foram instituídos para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança.

²⁹ Uma técnica de solução de conflito e violência que se orienta pela criatividade e sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas.

Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro CELSO DE MELO).

4. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei n. 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus n. 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/2/2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

5. Em decisão de acompanhamento do cumprimento da ordem concedida no bojo do HC n. 143.641/SP pelo Ministro relator do caso no Supremo Tribunal Federal, há expressa afirmação de que "não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa" (HC n. 143641, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 24/10/2018, DJe 26/10/2018).

6. Na hipótese dos autos, a paciente é mãe, lactante, e única responsável pelos de 4 (quatro) filhos menores de 12 anos (o caçula possui 3 meses de vida), todos entregues ao Conselho Tutelar, por ocasião da prisão. O crime, em tese, a ela imputado (tráfico de drogas) não foi cometido com violência ou grave ameaça e foram apreendidos 23 (vinte e três) gramas de cocaína, quantidade não expressiva.

7. A paciente se insere no grupo cuja prisão preventiva precisa ser reavaliada (mãe, lactante, responsável por 4 crianças menores de 12 anos), nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, a qual estabelece medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

8. Diante desse cenário informativo e da declaração de pandemia pelo Coronavírus - COVID-19, o fato da paciente ser reincidente específica (com única condenação; estava em cumprimento de pena, no regime de prisão domiciliar) não configura excepcionalidade hábil a afastar a prisão domiciliar pretendida.

9. Flexibilização das regras da prisão domiciliar. Possibilidade e necessidade. Invoca-se, ainda, precedente do Ministro Ricardo Lewandowski (HC n. 170.825, julgado em 9/9/2019), para dar interpretação conforme ao regime da prisão domiciliar e estabelecer a possibilidade de flexibilização dos seus termos, a fim de permitir que a mulher beneficiada, única responsável pelas crianças menores de 12 (doze) anos, tenha condições de cuidar da casa, dos filhos e de trabalhar, ainda que informalmente, para o sustento da prole, evitando, assim, a reiteração delitiva no ambiente doméstico.

10. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, uma vez preenchidos os requisitos objetivos insculpidos nos art. 318, V, 318-A e B do Código de Processo Penal, é legítima a concessão da prisão domiciliar, que deve ser flexível, e compreenderá: (i) recolhimento domiciliar obrigatório de 22 horas às 6 horas, a fim de possibilitar o trabalho (manicure); (ii) apresentação trimestral em juízo; (iii) não alteração do seu endereço sem prévia comunicação ao juízo; (iv) proibição expressa de frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas.

11. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

12. Agravo regimental conhecido e não provido.

(AgRg no HC 574.847/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 19/05/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE PORTADOR DE TUBERCULOSE. CONDENADO POR TRÁFICO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. CUMPRINDO PENA NO REGIME SEMIABERTO. PRISÃO DOMICILIAR. PANDEMIA DO COVID-19. RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE. APLICAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A recomendação contida na Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida.

2. No caso concreto, o paciente - portador de doença grave, ou seja, tuberculose - foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas à pena de 6 (seis) anos de prisão e já cumpriu mais da metade da pena, sendo transferido ao regime semiaberto em 5/5/2020 (autos n. 0011728-94.2017.8.26.0502), o que demonstra uma boa resposta à terapêutica penal. Muito embora exista nos autos informação de que o tratamento vem sendo ministrado no estabelecimento prisional, de acordo com a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, "o grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus - COVID-19-, compreende pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção pra diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV, e coinfeções".

3. Ademais, essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (lato sensu) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 589.489/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 24/08/2020).

Aliás, no recente julgamento da ADPF 811, o eminente Ministro Gilmar Mendes, ao abordar a jurisprudência da crise relativa à pandemia da Covid-19, recordou a importância do

princípio da fraternidade, enquanto categorias política e jurídica, para a ponderação e harmonização dos conflitos entre direitos fundamentais. Disse Sua Excelência:

É esse o norte que tem guiado este STF na realização do controle de constitucionalidade de restrições impostas às liberdades individuais em razão das medidas de enfrentamento à pandemia do novo Coronavírus. Não é preciso muito para reconhecer o desenvolvimento, entre nós, de uma verdadeira Jurisprudência de Crise em que os parâmetros de aferição da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais têm sido moldados e redesenhados diante das circunstâncias emergenciais. (ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário do STF, julgamento realizado em 7 de abril de 2021.)

Em outras oportunidades, o Ministro Gilmar Mendes já havia invocado o princípio da fraternidade para resolver o conflito entre direitos fundamentais. Nos autos do HC 82.424, em que se resolveu o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação, e no caso das cotas raciais em universidades, ADPF 186, cuja solução passou pelo enfrentamento da perplexidade da igualdade, assegurou-se a efetividade dos princípios da liberdade e da igualdade pela pertinente fundamentação da fraternidade.

Nos autos da ADPF 811, foram lembradas as lições de Peter Häberle (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta. 1998.), no sentido de que, “*no limiar do século XXI, liberdade e igualdade deveriam ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade, de modo que a fraternidade poderia constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade*”.

No ponto, vale a pena lembrar, ainda, dois julgados do Excelso Pretório que, na área penal, reafirmam a fraternidade como categoria jurídica, sem qualquer reforço à impunidade, mas com o compromisso de um direito penal humanizado. A propósito:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DE RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE (FUGA). DATA-BASE DE RECONTAGEM DO PRAZO PARA NOVO LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Além de revelar o fim socialmente regenerador do cumprimento da pena, o art. 1º da Lei de Execução Penal alberga um critério de interpretação das suas demais

disposições. É falar: a Lei 7.210/84 institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isto para favorecer, sempre que possível, a redução das distâncias entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Tanto é assim que o diploma normativo em causa assim dispõe: "O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança" (Art. 4º), fazendo, ainda, do Conselho da Comunidade um órgão da execução penal brasileira (art. 61).

2. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna".

3. O livramento condicional, para maior respeito à finalidade reeducativa da pena, constitui a última etapa da execução penal, timbrada, esta, pela idéia-força da liberdade responsável do condenado, de modo a lhe permitir melhores condições de reinserção social.

4. O requisito temporal do livramento condicional é aferido a partir da quantidade de pena já efetivamente cumprida. Quantidade, essa, que não sofre nenhuma alteração com eventual prática de falta grave, pelo singelo mas robusto fundamento de que a ninguém é dado desconsiderar tempo de pena já cumprido. Pois o fato é que pena cumprida é pena extinta. É claro que, no caso de fuga (como é a situação destes autos), o lapso temporal em que o paciente esteve foragido não será computado como tempo de castigo cumprido. Óbvio! Todavia, a fuga não "zera" ou faz desaparecer a pena até então cumprida.

5. Ofende o princípio da legalidade a decisão que fixa a data da fuga do paciente como nova data-base para o cálculo do requisito temporal do livramento condicional. 6. Ordem concedida.³⁰

HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. TIPICIDADE PENAL. JUSTIÇA MATERIAL. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS FORMALMENTE CRIMINOSAS, PORÉM MATERIALMENTE INSIGNIFICANTES. SIGNIFICÂNCIA PENAL. CONCEITO

³⁰HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851. Negritei.

CONSTITUCIONAL. DIRETRIZES DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tema da insignificância penal diz respeito à chamada “legalidade penal”, expressamente positivada como ato-condição da descrição de determinada conduta humana como crime, e, nessa medida, passível de apenamento estatal, tudo conforme a regra que se extrai do inciso XXXIX do art. 5º da CF, literis: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É que a norma criminalizante (seja ela proibitiva, seja impositiva de condutas) opera, ela mesma, como instrumento de calibração entre o poder persecutório-punitivo do Estado e a liberdade individual.

2. A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. Donde a política criminal-legislativa do Estado sempre comportar mediação judicial, inclusive quanto ao chamado “crime de bagatela” ou “postulado da insignificância penal” da conduta desse ou daquele agente. Com o que o tema da significância penal confirma que o “devido processo legal” a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal substantivo ou material. Não meramente formal.

3. Reiteradas vezes este Supremo Tribunal Federal debateu o tema da insignificância penal. Oportunidades em que me posicionei pelo reconhecimento da insignificância penal como expressão de um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, materialmente escapam desse encaixe. **E escapam desse molde simplesmente formal, por exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa Constituição Federal prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional. Equivale a dizer: a justiça não tem como se incorporar, sozinha, à concreta situação das protagonizações humanas, exatamente por ser ela a própria resultante de uma certa cota de razoabilidade e proporcionalidade na historicização de valores positivos (os mencionados princípios da liberdade, da igualdade, da segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc). Donde a compreensão de que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de**

ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. Assim como falar dos outros valores é reconhecê-los como justos na medida em que permeados desse efetivo quantum de ponderabilidade (mescla de razoabilidade e proporcionalidade, torna-se a dizer). Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva.

4. É nessa perspectiva de concreção do valor da justiça que se pode compreender o tema da insignificância penal como um princípio implícito de direito constitucional e, simultaneamente, de direito criminal. Pelo que é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima. É falar: em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa.

(...).

7. O desafio do intérprete da norma é encontrar aqueles vetores que levem ao juízo da não-significância penal da conduta. Vetores que decolam de uma leitura pluridimensional da figura da adequação típica, principiando pelo ângulo do agente; quero dizer: da perspectiva do agente, a conduta penalmente insignificante deve revelar muito mais uma extrema carência material do que uma firme intenção e menos ainda toda uma crônica de vida delituosa. Pelo que o reconhecimento da irrelevância penal da ação ou omissão formalmente delituosa passa a depender de uma ambiência factual reveladora da extrema vulnerabilidade social do suposto autor do fato. Até porque, sendo o indivíduo uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique há de exibir o timbre da personalização. Logo, tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal (sobretudo os institutos da pena e da prisão), pois é a própria Constituição que se deseja assim orteguiamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e as minhas circunstâncias”, como luminosamente enunciou Ortega Y Gasset).

8. Já do ângulo da vítima, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia. Espécie da mais consentida desreificação ou auto-apeamento de situação jurídico-subjetiva. Sem que estejamos a incluir nesse vetor aquelas situações atinentes aos bens de valoração

apenas no psiquismo da vítima, porquanto de valor tão-somente sentimental (uma bijuteria que pertenceu a importante familiar falecido ou muito admirado, por exemplo).

9. Sob o prisma dos meios e modos de realização da conduta, não se pode reconhecer como irrelevante a ação que se manifesta mediante o emprego de violência ou ameaça à integridade física, ou moral, tanto da vítima quanto de terceiros.

(...).

11. Por fim, e invertendo um pouco a visão até hoje prevalecente na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca do furto e demais crimes contra o patrimônio, o reconhecimento da atipicidade material da conduta há de levar em consideração o preço ou a expressão financeira do objeto do delito. Ou seja: o objeto material dos delitos patrimoniais é de ser conversível em pecúnia, e, nessa medida, apto a provocar efetivo desfalque ou redução do patrimônio da vítima. Reversamente há de propiciar algum enriquecimento do agente. Enriquecimento sem causa, lógico, apto à estimulação de recidiva e à formação do juízo malsão de que “o crime compensa”. É dizer, o objeto material do delito há de exibir algum conteúdo econômico, seja para efetivamente desfalcar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o acervo de bens do agente.

12. As presentes diretivas de aplicabilidade do princípio da insignificância penal não são mais que diretivas mesmas ou vetores de ponderabilidade. Logo, admitem acréscimos, supressões e adaptações ante o caso concreto, como se expõe até mesmo à exclusão, nesses mesmos casos empíricos (por exemplo nos crimes propriamente militares de posse de entorpecentes e nos delitos de falsificação da moeda nacional, exatamente como assentado pelo Plenário do STF no HC 103.684 e por esta Segunda Turma no HC 97.220, ambos de minha relatoria).

13. No caso, a **tentativa de subtração de protetores solares**, a todo tempo monitorada pelos seguranças do estabelecimento comercial de grande porte e pelo sistema de vigilância eletrônica, se amolda à ponderabilidade de todas as diretivas listadas. O que legitima ou autoriza a aplicação do princípio da insignificância, pena de se provocar a mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste, para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.

14. Ordem concedida.³¹

³¹ HC 111017, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 07/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012. Negritei.

Nesse diapasão, deve prevalecer a realidade sobre a ficção. A Lei de Execução Penal desenvolve a lógica da reinserção social e o direito fundamental à saúde dos presos e de todos os envolvidos no Sistema de Justiça.

Aliás, no HC 97.256/RS, j. em 01/09/2010, o STF anuncia o advento de um sistema de direito penal humanista. No mesmo sentido, reconhece que a democracia não sobrevive sem o mais depurado humanismo: HC 88.747 –AgR/ES, j. em 15/09/2009; HC106.029 – AgR/MS, j. em 15/02/2011; HC 110.946/RS, j. em 29/11/2011 e HC 110.030/ES, j. em 29.11.2011.

Com efeito, a pandemia da Covid-19 e as medidas propostas no tecido social para contê-la, especialmente aquelas que envolvem o sistema prisional brasileiro, parecem ser uma boa oportunidade para aprofundarmos o estudo do princípio da fraternidade como vetor interpretativo dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão de curso é um recorte dos reflexos da pandemia de COVID-19 nos sistemas judicial e prisional brasileiros. Como pôde ser visto, a saúde da população carcerária brasileira está em risco, trazendo consequências para a população em geral e para as políticas de contenção do vírus em um contexto mais amplo. Destaca-se que a saúde das pessoas privadas de liberdade é sistematicamente desconsiderada, até mesmo no contexto da mais grave crise de saúde pública já ocorrida em gerações.

Nesse âmbito, levando em consideração a realidade carcerária brasileira, que é extremamente precária, tanto em aspectos estruturais quanto em aspectos sanitários, em um ambiente de superlotação, que inclusive já foi definida como estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, não se mostra desarrazoada a soltura de presos do grupo de risco, com as condições fixadas na Recomendação e delineadas pela jurisprudência do STJ, devidamente comprovadas, pois a liberdade da pessoa é a regra,

sobretudo quando existem centenas de milhares (337.126)³² de prisões preventivas, muitas vezes decretadas à mingua do preenchimento dos requisitos legais em decisões carentes de fundamentação idônea. Não é o encarceramento cautelar de todos os eventuais criminosos que levará ao fim a ideia de impunidade no Brasil.

Cerca de 100.000 *habeas corpus* (coletivos³³ ou não) e recursos ordinários em *habeas corpus* foram impetrados, de modo que este tem sido o principal instrumento processual utilizado para o fim da revogação de prisões cautelares no contexto da pandemia.

A Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça não traz uma lista taxativa de quem pertence aos grupos de risco, podendo ser difícil identificar, em cada caso, a sua efetiva aplicabilidade. A maioria das condições mencionadas pelos impetrantes corresponde à idade do preso ou a doenças respiratórias, que são fatores expressamente referidos pela Recomendação 62 como importantes para determinar se há risco à pessoa presa, de forma a justificar sua saída antecipada durante a pandemia. (VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Máira Rocha e WANG, Daniel Wei Liang., 2020)

Outrossim, de acordo com o grupo de Telessaúde do Mato Grosso do Sul, são considerados grupo de risco para agravamento da COVID-19 os portadores de doenças crônicas, como diabetes, hipertensão, asma, doença pulmonar obstrutiva crônica, obesidade, enfermidades hematológicas, incluindo anemia falciforme e talassemia, doença renal crônica em estágio avançado (graus 3,4 e 5), indivíduos fumantes (que fazem uso de tabaco incluindo narguilé), acima de 60 anos, gestantes, puérperas, além de indivíduos com a imunidade

³² Luiz Felipe Barbiéri. G1. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. Publicado em 17 de julho de 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

³³ O *habeas corpus* coletivo é uma inovação relativamente recente no direito brasileiro, com um impacto potencialmente maior, e foi utilizado pela primeira vez em 2018 com o objetivo de beneficiar todas as mulheres grávidas ou responsáveis por crianças pequenas que estivessem detidas provisoriamente.

STF. Notícias STF. 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. Publicado em 20 de fevereiro de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

suprimida pelo tratamento de condições autoimunes, como o lúpus ou câncer, exceto câncer não melanótico de pele, ou doenças cromossômicas com estado de fragilidade imunológica.³⁴

Lado outro, juízes e juízas de primeiro grau parecem reticentes a conceder a saída antecipada ou a prisão domiciliar, porquanto o número de *habeas corpus* cresceu no Superior Tribunal de Justiça. Nos julgamentos de *mandamus* coletivos, a mesma coisa ocorre (VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang). A cultura punitivista que marca o Poder Judiciário brasileiro prevaleceu, uma vez que, a Recomendação não tem o condão de vincular decisões judiciais, em quaisquer das instâncias.

Nesse sentido, a presidente da comissão de Política Criminal e Penitenciária da OAB São Paulo, afirma que o número de presos do grupo de risco da Covid-19 que poderiam ter sido colocados em liberdade ou regime semiaberto chega a quase 30 mil presos, o que não ocorreu.³⁵ O preconceito para com os presos por parte das autoridades e da sociedade pode ser responsável por isso. Grande parte da mídia corrompe como quer esta ação, manipula o cidadão a acreditar que isto é “benefício para bandido”, quando, na verdade, é benéfico para toda a sociedade. **Schecaria** discorre sobre isto, dizendo que a mídia é uma fábrica ideológica condicionadora, uma vez que distorce a realidade para o homem, criando um processo de indução criminalizante duradouro.³⁶

O cumprimento da Recomendação não deve se apresentar como inviável, até porque a maior parte apenas reproduz previsão já contida na legislação processual penal, como se vê da própria letra dos arts. 312, 316, 317, 318 e 319 do Código de Processo Penal. Ademais, o magistrado pode limitar a concessão de medidas cautelares alternativas ao prazo da pandemia.

³⁴Quais são os grupos de risco para agravamento da COVID-19? Núcleo de Telessaúde Mato Grosso do Sul. Publicado em 26 de agosto de 2020. Disponível em < <https://aps.bvs.br/aps/quais-sao-os-grupos-de-risco-para-agravamento-da-covid-19/>>. Acesso em 24 de março de 2021.

³⁵ [https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/sistema-prisional-de-sp-tem-a-menor-populacao-carceraria-em-sete-anos.shtml#:~:text=S%C3%A3o%20hoje%202016%20mil%20pessoas,\(PSDB\)%20obtidos%20pela%20Folha.](https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/sistema-prisional-de-sp-tem-a-menor-populacao-carceraria-em-sete-anos.shtml#:~:text=S%C3%A3o%20hoje%202016%20mil%20pessoas,(PSDB)%20obtidos%20pela%20Folha.)

³⁶ IBCCRIM. Coronavírus no sistema prisional brasileiro: O caos poderá ser ainda maior. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8261>> ; Acesso em 24 de março de 2021.

A liberação de pessoas cerceadas de liberdade ou a substituição das prisões preventivas e temporárias por medidas cautelares diversas, desde que preenchidos os requisitos tão bem norteadores ali delineados, é a solução mais rápida e viável na esteira das medidas adotadas pelo Poder Público com o intuito de conter o avanço da pandemia e proteger a saúde dos presos e da população em geral, que se encontra comprometida e em um estado inconstitucional de coisas há muitos anos, com fulcro no princípio constitucional da fraternidade.

Em tempos de pandemia e conflito, é preciso renovar esperanças na força e harmonia das instituições, na tolerância entre as pessoas. Dar motivos para que se faça Justiça com compaixão. “O princípio da fraternidade é viável no Direito Penal e é semente de transformação social” (FONSECA).

Concluindo, os impactos da Recomendação CNJ nº 62 na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus*, nos casos de prisão preventiva, são **parciais, ou, aquém do esperado.**

REFERÊNCIAS

Agência Brasil. **Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra CNMP.** Publicado em 18/06/2018. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-cnmp>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

AQUINO, Estela M. L. et al. **Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil.** *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. v. 25, suppl 1 [Acessado em 12 Fevereiro 2021], pp. 2423-2446. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10502020>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10502020>.

CARVALHO, Sérgio Garófalo de, Santos, Andreia Beatriz Silva dos e Santos, Ivete Maria. **A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento.** *Ciência & Saúde Coletiva*

[online]. v. 25, n. 9 [Acessado em 12 Fevereiro 2021], pp. 3493-3502. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232020259.15682020>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232020259.15682020>.

Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação no 62.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 17 mar. 2020a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020e]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

CORDEIRO, Néfi. A pandemia da Covid-19 e as tecnologias na persecução criminal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/nefi-cordeiro-pandemia-tecnologias-persecucao-criminal>>. Acesso em: 12 março de 2020.

CORDEIRO, Néfi. Pandemia e conflito, com esperança. Disponível em: <<http://https://www.conjur.com.br/2020-jun-04/nefi-cordeiro-pandemia-conflito-esperanca>>. Acesso em: 12 março de 2020.

COSTA, Jaqueline Sérgio da et al. **COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: DA INDIFERENÇA COMO POLÍTICA À POLÍTICA DE MORTE.** *Psicol. Soc.*, Belo Horizonte, v. 32, e 020013, 2020. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822020000100412&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021. Epub Sep 04, 2020. <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2020v32240218>.

Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca [recurso eletrônico]. / Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. – São Luís: ESMAM: EDUFMA, 2021.

DOLCE, Julia. Publica. **O que pensam os juizes que estão soltando presos em meio a pandemia.** Disponível em: <<https://apublica.org/2020/04/o-que-pensam-os-juizes-que-estao-soltando-presos-em-meio-a-pandemia/>> Acesso em 4 de maio de 2021.

Estadão. Pepita Ortega e Fausto Macedo. **STJ julgou mais de meio milhão de processos em 2019 e reduz estoque em 7,8%.** Publicado em 19 de dezembro de 2019. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stj-julgou-mais-de-meio-milhao-de-processos-em-2019-e-reduz-estoque-em-78/#:~:text=Em%202019%2C%20o%20STJ%20baixou,total%20de%20processos%20em%20tramita%C3%A7%C3%A3o.>>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Atualizada em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em: 19 de fev. 2021.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça** -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. 224 p.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **PANDEMIA, DIREITO E FRATERNIDADE: UM MUNDO NOVO NASCERÁ. PREFÁCIO.** 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FREITAS, Hyndara. JOTA. **Coronavírus: STF derruba liminar de Marco Aurélio que conclamava por medidas a presos.** Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/coronavirus-stf-derruba-liminar-de-marco-aurelio-que-conclamava-por-medidas-a-presos-18032020>>. Acesso em 12 de março de 2021.

Governo do Brasil. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Publicado em 17/02/2020.** Atualizado em 17/02/2020. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes.>>>. Acesso em: 19 de fev. 2021.

IBCCRIM. A PANDEMIA DA COVID-19 NOS SISTEMAS PRISIONAL E SOCIOEDUCATIVO BRASILEIROS: ENTRE NARRATIVAS, RECOMENDAÇÕES E REALIDADES. Disponível em < <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1016> >. Acesso em 12 de março de 2021.

IBCCRIM. Coronavírus no sistema prisional brasileiro: O caos poderá ser ainda maior. Publicado em 18/06/2018. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8261noticias/exibir/8261>>. Acesso em 12 de março de 2021.

Justiça Restaurativa no Brasil. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/justica-restaurativa-no-brasil-conceito-criticas-e-vantagens-de-um-modelo-alternativo-de-resolucao-de-conflitos/#:~:text=Com%20rela%C3%A7%C3%A3o%20infrator%2C%20na,v%C3%AA%2Ds e%20envolvido%20no%20processo%2C>> Acesso em 12 de março de 2021.

Justiça Restaurativa x Justiça Retributiva. <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/543558413/justica-restaurativa-x-justica-retributiva>

LAZZARI DA SILVEIRA, Felipe. A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. (LAZZARI DA SILVEIRA, Felipe) Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015.

Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único I Renato Brasileiro de Lima - 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Marques, Ivan Luís; Martini, João Henrique Imperia. Processo penal III / Ivan Luís Marques. -- São Paulo : Saraiva, 2012 – (Coleção saberes do direito ; 12) 1 Processo penal 2 Processo penal – Brasil I. Título. II. Série. 12-01363 CDU-343.1

SANCHES CUNHA, Rogério. PACOTE ANTICRIME. Lei 13.964/2019. 2020. EDITORA jusPODIVM.

SANCHEZ, Alexandra et al. **COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública?**. Cadernos de Saúde Pública [online]. v. 36, n. 5 [Acessado 12 Fevereiro 2021] , e00083520. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00083520>>. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00083520>.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "Segunda onda de covid-19 no Brasil"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/doencas/segunda-onda-de-covid-19-no-brasil.htm>. Acesso em 24 de março de 2021.

STF. **Notícias STF**. Publicado em 27/08/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

STF. **Notícias STF. 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**. Publicado em 20 de fevereiro de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

STF. **Toffoli encerra gestão com redução de 70% no número de processos que aguardavam julgamento pelo Plenário**. Publicado em 9 de setembro 2020. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451346&ori=1>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

STJ. **Tribunal ultrapassa marca de 600 mil decisões em regime de trabalho remoto**. Publicado em 18 de fevereiro de 2021. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18022021-Tribunal-ultrapassa-marca-de-600-mil-decisoes-em-regime-de-trabalho-remoto.aspx>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

TST. **TST aumenta número de julgamentos entre janeiro e outubro de 2020**. Publicado em 18 de novembro de 2020. Disponível em <<https://www.tst.jus.br/web/guest/-/tst-aumentan%20C3%20B%20A%20M%20E%20R%20O%20-%20de%20julgamentos%20entre%20janeiro%20e%20outubro%20de%202020#:~:text=18%20F11%20F20%20D%20Dados,%20dos%20processos%20recebidos.>>>. Acesso em 19 de fev. 2021.

VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Máira Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. **COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo.** *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1472-1485, Oct. 2020. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000501472&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 de fevereiro. 2021. Epub Nov 02, 2020. <https://doi.org/10.1590/0034-761220200536>.