

DOCTRINA

Prisão e Pandemia – uma Análise Crítica das Decisões do Supremo Tribunal Federal Durante a Crise da Covid-19

BEATRIZ MASSETTO TREVISAN

Pós-Graduada (Nível Extensão Universitária) em Lavagem de Dinheiro, Enriquecimento Ilícito e Confisco de Bens pela Universidad de Salamanca e em Anticorrupção e Compliance pela University of Pennsylvania; Advogada.

JOÃO DANIEL RASSI

Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP; Doutor em Processo Penal pela USP; Advogado.

MARCOS FUCHS

Diretor-Executivo do Instituto Pro Bono desde 2001; Advogado formado pela PUC-SP.

REBECCA GROTERHORST

Doutoranda em Direito do Estado na Universidade de São Paulo e Mestre pela mesma Faculdade; Coordenadora de Projetos do Instituto Pro Bono.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as decisões monocráticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos de *habeas corpus* impetrados em favor de pessoas presas, com requerimentos de liberdade, prisão domiciliar ou de progressão antecipada de regime, em razão da pandemia de coronavírus. Assim, a análise dos julgados proferidos entre março e maio de 2020 se dá com o fim de verificar se houve o atendimento à Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, que visou à mitigação dos efeitos da pandemia na já extrema situação carcerária.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas Corpus*. Direito Criminal. Pandemia. Coronavírus. Prisão. Liberdade. Realidade Carcerária. Supremo Tribunal Federal. Conselho Nacional de Justiça.

SUMÁRIO: 1 Considerações Iniciais. 2 A Realidade Carcerária Brasileira. 3 Recomendação nº 62/2020 do CNJ e os Parâmetros para (Re)Avaliação das Prisões. 4 Análise das Decisões Proferidas pela Corte Suprema Durante a Pandemia. 5 A Resistência do STF em Enfrentar a Questão Carcerária Durante a Crise da Covid-19. 6 Considerações Finais. 7 Bibliografia.

1 Considerações Iniciais

A pandemia de Covid-19 provocou inúmeras discussões jurídicas, mas tem despertado especial atenção aquela relativa ao cárcere e aos encarcerados, cuja situação é dramática e se agrava ainda mais durante o período de crise. O assunto, porém, enfrenta resistência das autoridades, e tampouco existe um debate público que discuta as necessárias mudanças no cenário carcerário com a merecida seriedade e que seja capaz de gerar transformações.

No atual cenário, com a disseminação do novo coronavírus, a precariedade e superlotação dos presídios, além da ausência de assistência médica em diversas unidades prisionais, a temática do encarceramento em massa ganha ainda mais relevância. Assim, considerando a situação de pandemia do novo coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Recomendação nº 62/2020, em 17 de março de 2020, na qual recomendou aos tribunais e juízes a adoção de algumas precauções para evitar a proliferação do vírus dentro do ambiente prisional.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar as recentes decisões do STF em relação aos presos definitivos e provisórios em regime fechado no contexto da pandemia, demonstrando a adoção ou não de medidas necessárias para sua proteção. Ainda que tenham surgido diversos materiais sobre o tema recentemente, este trabalho se diferencia dos demais ao revisitar decisões judiciais da Corte Suprema, de forma técnica e detida.

Ao evidenciar a realidade do cárcere por meio de dados concretos relacionados às unidades prisionais brasileiras e decisões judiciais, este artigo oferece um substrato técnico para pleitos de liberdade perante os tribunais, auxiliando profissionais da área jurídica e ampliando o debate em relação ao tema.

2 A Realidade Carcerária Brasileira

A superlotação e a precariedade das prisões brasileiras estão na ordem do dia. Conforme mencionou o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no RE 580.252/MS¹, a superpopulação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e sistêmicos, que afetam um contingente significativo de pessoas presas no país.

Inclusive, considerando a violação sistemática de direitos humanos de pessoas encarceradas, em 2015, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro, nos autos da Arguição

¹ STF, RE 580.252/MS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 16.02.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em 29 jun. 2020.

de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347², afirmando que esse é um problema estrutural, decorrente de falhas sistêmicas dos poderes públicos.

Conceito emprestado da jurisprudência colombiana, o estado de coisas inconstitucional tem três pressupostos fundantes, quais sejam, a violação generalizada de direitos fundamentais; a persistente inércia ou impossibilidade das autoridades competentes em solucionar tal violação, e a necessidade de mobilização de uma pluralidade de órgãos para a resolução da problemática de transgressão de direitos. Assim, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional impõe aos poderes públicos a adoção de medidas necessárias ao afastamento de violação de direitos fundamentais, criando o ônus ao juiz constitucional de supervisionar a efetiva implementação dessas medidas.

É notório que o *deficit* de vagas prisionais em relação ao tamanho da população carcerária, além de inviabilizar condições adequadas ao encarceramento, também limita o acesso a direitos básicos, como, por exemplo, saúde, alimentação, educação e trabalho. O Poder Público, baseado em um populismo penal, tem se mostrado cada vez mais insensível na recorrente produção de políticas criminais, contribuindo para o encarceramento em massa e aumento da população carcerária, além de criar maior insegurança na sociedade.

Como sustentado na ADPF 347/DF, o atual cenário do sistema carcerário viola de maneira sistemática diversos direitos constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), a proibição da tortura ou do tratamento desumano ou degradante, o respeito à integridade física e moral (art. 5º da CF), além dos direitos fundamentais sociais à saúde, educação, alimentação (art. 6º da CF), entre outros direitos. Essa ausência de políticas públicas à população carcerária torna indispensável a atuação do Judiciário, no sentido de garantir a dignidade desse grupo vulnerável.

Ainda, considerando a realidade atual do sistema carcerário, conclui-se que ele se revela como um ambiente propício à propagação de doenças. Não são raros os relatos sobre a precariedade das instalações prisionais, que além de contarem com celas superlotadas em péssimo estado de conservação, também são ambientes totalmente insalubres, que não contam com ventilação adequada e muito menos uma rede de esgoto adequada. Não é difícil perceber que o ambiente carcerário configura um tratamento humano degradante àqueles que se encontram sob custódia do Estado.

2 STF, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 17 jun. 2020.

Os dados de superlotação carcerária no Brasil são preocupantes e costumam ser citados de forma recorrente em distintas contribuições acadêmicas e científicas sobre o tema. Informações estatísticas do Levantamento Nacional do Sistema Penitenciário demonstram que há no Brasil 748.009 pessoas encarceradas, e apenas 442.349 vagas³. Em outras palavras, mais da metade das pessoas presas no país ocupa vagas inexistentes.

Para além da superlotação carcerária, outros dados relacionados ao cenário trágico do sistema prisional ajudam a compreender como os direitos à saúde e à vida são mitigados e relativizados quando se trata de pessoas presas. Os dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), referentes ao segundo semestre de 2019⁴, demonstram que 38% das unidades prisionais não contam com consultórios médicos. Cerca de 66% delas não têm estrutura para coleta de material laboratorial e 82% não dispõe de sala de lavagem e descontaminação. Com relação a espaços de saúde complementares, as deficiências são ainda maiores, pois aproximadamente 95% dos estabelecimentos prisionais não dispõem de sala de raios X ou laboratório de diagnóstico.

Embora seja indiscutível que idosos façam parte do grupo de risco para inúmeras doenças, inclusive para o novo coronavírus, somente 10% dos presídios brasileiros reservam alas ou celas separadas para maiores de 60 anos. Aliás, pessoas com histórico de doenças graves também compõem o grupo de risco. No sistema carcerário há mais de 30 mil pessoas com “agravos transmissíveis”, de acordo com o relatório da Depen. Dentro desse grupo, mais de oito mil e quinhentos são presos portadores de HIV, aproximadamente sete mil com sífilis, três mil com hepatite e dez mil com tuberculose, além de outras doenças. Por outro lado, não há dados sobre a existência de vagas reservadas para pessoas com essas condições e não se tem conhecimento se as pessoas com doenças graves são de fato diagnosticadas.

Não é coincidência que 67% do total de óbitos no sistema prisional tenha sido ocasionado por complicações de saúde, representando mais do que seis vezes o total da segunda causa principal da mortalidade no sistema prisional. Diante dos dados expostos, é possível perceber como a prisão se torna um ambiente favorável à proliferação de doenças graves.

3 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional*, atualizado em 19.03.2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODU0N2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNMNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 18 jun. 2020.

4 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Relatório Consolidado Nacional do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional*, relativo ao segundo semestre de 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>. Acesso em: 18 jun. 2020.

No caso da Covid-19, há clara orientação para manutenção do distanciamento social, o que é praticamente impossível no contexto de superlotação carcerária. Considerando que a pessoa encarcerada não tem condições materiais para garantir sua própria saúde em alguns aspectos, não há como descartar a responsabilização por omissão de diretores de presídios, os quais figuram como garantidores de proteção da saúde do preso⁵.

Sabe-se que idosos e outros grupos vulneráveis merecem cuidados adicionais, porém, no cárcere, além de não haver alas separadas para esses grupos, como mencionado acima, muito menos há acompanhamento médico que permita diagnósticos precisos sobre o estado de saúde deles. A assistência médica de qualidade tem se mostrado uma necessidade no combate ao novo coronavírus, porém, está disponível apenas para metade das unidades prisionais. Apesar da intenção em realizar testes de contaminação do novo coronavírus em toda população carcerária, percebe-se que a maior parte dos presídios não conta com estrutura para colheita do material necessário para o exame.

De fato, de acordo com a plataforma de monitoramento do CNJ de registros de contágio e óbitos dentro do sistema prisional por Covid-19⁶, já são 7.782 casos confirmados e 106 óbitos registrados em razão da doença. Desse total, são 4.256 pessoas presas confirmadas e 58 óbitos registrados entre pessoas presas, e 3.526 casos confirmados e 48 óbitos registrados de servidores do sistema. Preocupa o fato de que os testes do novo coronavírus foram realizados em menos de 0,03% do total da população carcerária, enquanto seguem sendo cumpridos mandados de prisão rotineiramente sem qualquer padrão para realização de testes nos indivíduos presos desde o início da pandemia.

Inclusive, levantamento do Conselho Nacional de Justiça apontou que 81% dos autos de prisão em flagrante (APF) que chegam ao Judiciário, atualmente, não possuem informações relevantes sobre saúde dos custodiados, especialmente no que se refere à Covid-19⁷. Esse fato coloca em risco não

5 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 95-104. Embora a obra de Estellita se refira à análise da figura da omissão imprópria no ambiente empresarial, oferece explicações amplas e gerais sobre conceitos relevantes para o estudo da referida modalidade de omissão, com exemplos que vão além das relações corporativas. Nesse sentido, de acordo com a autora, o garantidor de proteção, em oposição ao garantidor de assunção e o garantidor de vigilância, tem o dever de proteger de ameaças e perigos externos a integridade de um ou mais bens jurídicos de outra pessoa que dele dependa em razão de um cenário de desamparo.

6 Cf. dados disponíveis na plataforma do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/>. Acesso em: 1º jul. 2020.

7 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. 81% dos APFs analisados por juízes não possuem informação sobre Covid-19. *Notícias CNJ/Agência CNJ de Notícias*, 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/81-dos-apfs-analisados-por-juizes-nao-possuem-informacao-sobre-covid-19/>. Acesso em: 6 jul. 2020.

apenas a pessoa presa em flagrante, mas compromete a integridade do sistema carcerário como um todo.

O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), comitê ligado ao Ministério dos Direitos Humanos, também constatou o aumento de violações de direitos humanos à população carcerária durante a pandemia. De acordo com o relatório⁸, o monitoramento realizado nas prisões brasileiras pelo MNPCT provavelmente não corresponde aos números oficiais do governo. A superlotação, as denúncias de violações de direitos, de tortura e até mesmo de óbitos sugestivos da Covid-19 revelam não apenas a falta de transparência e a subnotificação de dados oficiais, mas também o agravamento da situação precária do sistema carcerário brasileiro. O informe do MNPCT aponta, ainda, que a Recomendação nº 62 e a Nota Técnica nº 05/2020 do MNPCT continuam a ser desconsideradas frente à insuficiência de medidas de prevenção, mitigação e desencarceramento no contexto da pandemia.

A ausência na tomada de medidas urgentes e necessárias para garantir os direitos fundamentais à saúde e à vida dentro do sistema carcerário levou diversas organizações e instituições a denunciar o Estado brasileiro na ONU⁹. Percebe-se que a omissão na produção de informação e resposta dos poderes públicos para controlar o crescimento das mortes dentro do cárcere em razão da Covid-19 acaba por negligenciar o colapso do sistema prisional e desrespeitar direitos humanos da população carcerária. O debate em relação ao respeito e garantia de direitos humanos à população carcerária se torna ainda mais necessário diante da disseminação do novo coronavírus e das condições degradantes às quais a população carcerária vem sendo submetida.

3 Recomendação nº 62/2020 do CNJ e os Parâmetros para (Re)Avaliação das Prisões

Conforme mencionado acima, a Recomendação nº 62/2020 do CNJ proferiu uma série de recomendações buscando minimizar as consequências da pandemia no cárcere.

Em relação à prisão preventiva, a orientação foi no sentido de reavaliar todas as prisões preventivas, definindo prioridade, mas não exclusividade, aos seguintes grupos:

8 BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT. *Informe Monitoramento do Sistema de Privação de Liberdade*, 24 jun. 2020. Disponível em: https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2020/06/informegeral_25.06.2020-mnpct.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

9 A denúncia das organizações e instituições, realizada em 23 de junho de 2020, pode ser acessada através do seguinte link: <https://www.conjur.com.br/dl/brasil-denunciado-onu-avanco.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2020.

(i) gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por crianças menores de doze anos ou pessoas com deficiência, idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou no grupo de risco (art. 4º, I, a);

(ii) pessoas presas em estabelecimentos penais superlotados, que não disponham de equipe de saúde lotada no local, 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 coronavírus (art. 4º, I, b);

(iii) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de noventa dias, ou que relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça (art. 4º, I, c).

Ademais, recomendou-se a máxima excepcionalidade à medida da prisão preventiva (art. 4º, III). Sabe-se, no entanto, que essa já deveria ser excepcionalíssima, adstrita aos parâmetros dos arts. 312 e seguintes do CPP, visto que a prisão é a mais gravosa medida prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro e a preventiva ocorre antes mesmo da condenação por qualquer crime.

Ainda, houve a recomendação de progressão antecipada de regime, dando-se prioridade às pessoas mencionadas nos pontos “i” e “ii” acima (art. 5º, I), além da concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto e daquelas com diagnóstico de Covid-19 suspeito ou confirmado quando ausente espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal (art. 5º, III e IV).

Como se vê, à luz dos dados concretos que ilustram a realidade do cárcere brasileiro, a maior parte dos presos se enquadraria na recomendação, seja pela idade ou fatores de risco e a ausência de alas apartadas, pela questão da superlotação ou pela alarmante ausência de estruturas de saúde adequada para evitar o agravamento da crise dentro dos presídios. Se, por um lado, não era esperada a liberação em massa e sem critério de todos os encarcerados, por outro, deve-se reconhecer que é necessária a estrita observância das recomendações do CNJ, para que a gravidade e delicadeza da situação do cárcere seja encarada com a mesma seriedade que se dá ao tema da pandemia no que se refere à população livre.

4 Análise das Decisões Proferidas pela Corte Suprema Durante a Pandemia

O presente trabalho analisou os *habeas corpus* relacionados à Covid-19, julgados pelo STF, desde a prolação da Recomendação nº 62 do CNJ até o final de maio de 2020. Ao pesquisar por “coronavírus” e “*habeas corpus*” no portal

de jurisprudência do STF, a busca retornou 863 resultados. Substituindo-se o termo “coronavírus” por “covid”, obtivemos 1.048 decisões monocráticas¹⁰.

Observando os julgados por amostragem, dada a limitação em razão do grande número de resultados, podem ser identificadas três categorias de decisão: (i) as de concessão da ordem de ofício para determinar a conversão de prisão preventiva em domiciliar, soltura ou progressão antecipada de regime, apesar da supressão de instância; (ii) as que determinam a devolução do feito à vara de origem, seja por meio da denegação ou por meio da concessão da ordem de ofício¹¹; e (iii) as denegatórias em razão de supressão de instância.

Há poucos exemplos de casos que se encaixam na primeira categoria de *habeas corpus* em que a ordem foi integralmente concedida de ofício, em observância à Recomendação do CNJ. Por meio de busca no mesmo portal do STF, utilizando, alternativamente, os termos “covid” e “coronavírus”, somados, também alternativamente, às palavras-chave “concedo a ordem” e “concedida de ofício”, retornaram somente 28 resultados, já excluídos aqueles em que a ordem foi concedida de ofício para devolver a matéria ao juízo de origem.

Em grande parcela desses, a concessão da ordem se deu por motivos alheios ao novo coronavírus, embora a defesa tenha se valido de tal argumento, sendo casos em que a ordem já seria ou deveria ser concedida, dentro ou fora do contexto da pandemia. Nessa categoria, temos 11 *habeas corpus* deferidos em razão de a decisão de prisão ter se dado de forma genérica¹², e outros sete casos em que a prisão do paciente em regime fechado era mais gravosa do que a pena à qual foi condenado ou a pena provável¹³.

Quanto aos casos em que diretamente se referenciou a pandemia na decisão, temos cinco concessões da ordem em razão de o Paciente apresentar

10 Nesses termos, o objetivo do presente capítulo é obter instrumentos para verificar se o STF aplicou, de forma criteriosa, a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, por meio da análise de julgados verificados no Portal de Jurisprudência do site do Tribunal. É seu escopo, portanto, responder aos seguintes questionamentos: 1) O STF levou em consideração a recomendação ao julgar pedidos de liberdade no período de março a maio de 2020?; 2) Se sim, a efetividade foi levada a cabo de forma criteriosa e uniforme?

11 É importante pontuar que a remessa do feito ao juízo de origem nem sempre se dá da mesma forma, havendo a possibilidade de que ocorra por meio da denegação integral da ordem ou pela concessão parcial apenas para determinar a reavaliação do pedido pelo juiz de execução. Embora tenham pesos simbólicos potencialmente diferentes, ao fim e ao cabo têm o mesmo efeito.

12 HC 185.047, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18.05.2020; HC 183.329, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 06.04.2020; HC 184.615, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 30.04.2020; HC 183.585, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 07.04.2020; HC 183.746, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, j. 13.04.2020; HC 184.010, Rel. Min. Edson Fachin, j. 08.05.2020; HC 183.030, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 07.04.2020; HC 182.985, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27.03.2020; HC 183.937, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11.05.2020; HC 184.958, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, j. 07.05.2020; e HC 184.473, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, j. 27.04.2020, todos do Supremo Tribunal Federal.

13 HC 185.181, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 13.05.2020; HC 183.204, Rel. Min. Edson Fachin, j. 31.03.2020; HC 184.655, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11.05.2020; HC 183.047, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 25.03.2020; HC 183.915, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.04.2020; HC 183.251, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 31.03.2020; e HC 183.055, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, j. 28.04.2020, todos do Supremo Tribunal Federal.

quadro delicado de saúde¹⁴, e outros cinco em razão de a Paciente ser mãe de criança menor de doze anos ou lactante¹⁵. Destes cinco, três casos¹⁶ envolviam crimes praticados sem violência ou grave ameaça, de modo que também esses *habeas corpus* deveriam ser concedidos independentemente da recomendação do CNJ, por força do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641.

Por outro lado, a maioria dos casos se enquadra nos dois últimos grupos, tratando-se de decisões que consideraram que as impetrações para a Corte Suprema configuram supressão de instância. Assim, os feitos foram denegados de pronto ou remetidos aos juízes de execução, sob o entendimento de que estes devem apreciar a matéria por estarem mais próximos dos casos concretos.

Dentro desses grupos, porém, existem diversos exemplos de *habeas corpus* cujos cenários são extremamente similares a casos em que houve a concessão da ordem e que, no entanto, tiveram desfechos diferentes.

No caso do Habeas Corpus 184.346/MG¹⁷, a ordem foi denegada de pronto em razão da supressão de instância, apesar de o Paciente se encontrar em regime semiaberto, amoldando-se a hipótese do art. 5º, III, da Recomendação. Já no caso do Habeas Corpus 183.624¹⁸ foi dado o mesmo tratamento. Entendeu-se que a paciente não poderia se utilizar da via eleita, embora fosse esta mãe de criança menor de 12 anos e condenada por crime praticado sem violência ou grave ameaça¹⁹.

Também chamam a atenção os Habeas Corpus 180.574²⁰ e 183.482²¹, ambos devolvidos para reexame diante do quadro de saúde dos Pacientes, sendo o primeiro portador de diabetes tipo II e hipertensão arterial e o segun-

14 HC 182.886, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.04.2020; HC 184.432 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.05.2020; HC 182.670, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.04.2020; HC 180.158 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 08.04.2020; e HC 183.693, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.05.2020, todos do Supremo Tribunal Federal.

15 HC 182.582, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2020; HC 185.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.05.2020; HC 183.578, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.04.2020; HC 182.950, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.03.2020; e HC 150.806, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31.03.2020, todos do Supremo Tribunal Federal.

16 HCs 182.582, 183.578 e 150.806.

17 STF, Habeas Corpus 184.346/MG, Relª Minª Cármen Lúcia, j. 22.04.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342958723&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020. Exemplos no mesmo sentido: HC 185.164, Relª Minª Cármen Lúcia, j. 12.05.2020; HC 183.053, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2020; e HC 185.919, Relª Minª Cármen Lúcia, j. 22.05.2020.

18 STF, Habeas Corpus 183.624/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.04.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342846589&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020. Exemplos no mesmo sentido: HC 184.737, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.05.2020; HC 184.755, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30.04.2020; e HC 185.468, Relª Minª Rosa Weber, j. 14.05.2020.

19 Situação idêntica aos casos citados na nota de rodapé 15, que reúne julgados em que a ordem foi concedida integralmente.

20 STF, Habeas Corpus 80.574/SC, Relª Minª Cármen Lúcia, DJE 27.03.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342755756&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

21 STF, Habeas Corpus 183.482/MG, Relª Minª Cármen Lúcia, j. 07.04.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342867812&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

do padecendo de problemas respiratórios e cardíacos, além de hipertenso e portador de obesidade mórbida²². Na mesma linha, o Habeas Corpus 185.391, cuja decisão monocrática determinou o reexame da matéria pelo juízo da execução, apesar de o paciente estar preso em regime semiaberto²³.

Assim, na prática, foram apenas nove os *habeas corpus* concedidos de ofício pelo STF para determinar a soltura ou prisão domiciliar de presos com base na Recomendação nº 62/2020.

5 A Resistência do STF em Enfrentar a Questão Carcerária Durante a Crise da Covid-19

A análise sobre como a questão da supressão de instância tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da pandemia pode oferecer subsídios para entender a resistência da Corte em relação à questão carcerária.

Como observado anteriormente, praticamente todas as decisões são denegatórias por supressão de instância, pautadas no art. 21, § 1º, do Regimento Interno no STF. Parte delas reencaminha os autos ao juízo de origem para reavaliação do pedido e há aquelas que concedem a ordem, apesar da supressão de instância, mas tampouco analisam o mérito, também direcionando a matéria ao juiz de execução.

O excesso de procedimentos aguardando julgamento no STF e a cultura extremamente judicializadora da sociedade brasileira sobrecarregam o Poder Judiciário, impedindo que todas as ações sejam analisadas a fundo²⁴. No entanto, cumpre observar que os pedidos de liberdade envolvem os direitos mais fundamentais do ser humano e, portanto, não podem ser encarados como matéria passível de ser enquadrada em um molde ou carimbo válido para todos os casos.

Se em nove casos o STF desconsiderou a questão da supressão de instância para conceder o pedido do Paciente de ofício em razão do novo coronavírus, também seria dever do tribunal decidir sobre o mérito do *habeas corpus* quando verificado que o Paciente atende às previsões da Recomendação nº 62 do CNJ.

22 Situações idênticas aos casos citados na nota de rodapé 12, que reúne julgados em que a ordem foi concedida integralmente.

23 STF, Habeas Corpus 185.391, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343109469&ext=.pdf>. Acesso em: 18.06.2020. Exemplo no mesmo sentido: HC 183.609, Relª Minª Cármen Lúcia, j. 14.04.2020.

24 De acordo com o Relatório de Atividades do Supremo Tribunal Federal, em 2019 foram recebidos 93.197 processos no órgão. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/2020_01_24_13.08_RelatoriodeAtividades2019_completo.pdf. Acesso em: 17 jun. 20.

Os poucos casos em que houve a concessão da liberdade de ofício estavam enquadrados no primeiro grupo que o CNJ considerou como prioritário, ou seja, gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por crianças menores de 12 anos ou pessoas com deficiência, idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou no grupo de risco (art. 4º, I, *a*, da Recomendação nº 62 do CNJ). No entanto, além de não ter sido dado tratamento uniforme a esses casos, a maior parte deles sequer foi analisada pela Corte Suprema.

Insta observar que recentemente o STF proferiu decisão em sede de *habeas corpus coletivo*, HC 186.185²⁵, determinando a todos os juízes e tribunais para que sigam a Recomendação nº 62, no tocante a mulheres grávidas, lactantes ou com filhos dependentes. Resta aguardar se de fato a recomendação será um eixo norteador nesses casos.

Apesar da mencionada recomendação não conceder aos grupos previstos no art. 4º, I, *a*, o caráter de exclusividade, eles foram os maiores destinatários das decisões de liberdade no contexto da pandemia. Porém, há previsão de proteção aos presos que estão em estabelecimentos prisionais inaptos a conter a situação de disseminação do novo coronavírus. Nesse sentido, a situação de superpopulação carcerária coloca não apenas um grupo, mas todas as pessoas que se encontram no cárcere, a risco real e iminente da contração da doença.

O fato de alguém ser jovem ou não possuir qualquer doença preexistente não significa que essa pessoa não esteja em risco dentro do sistema carcerário. Além disso, deve-se considerar a escassez de atendimento médico no cárcere, que torna difícil o diagnóstico e acompanhamento de patologias. Dessa forma, entende-se que todos os pedidos de liberdade devem ser analisados individualmente, independente do pertencimento do paciente aos grupos prioritários.

Também é preciso reconhecer que a quase inexistência de alas específicas para idosos e portadores de agravos transmissíveis torna a manutenção de um preso fora do grupo de risco em uma prisão superlotada um risco potencial também para outras pessoas com quem, inevitavelmente, virá a ter contato.

A maior parte dos pedidos analisados neste trabalho foi negada sob a justificativa da supressão de instância, ou simplesmente devolvida à vara de origem, sem mínimo enfrentamento da situação concreta das unidades prisionais em que os pacientes se encontravam. Considerando as estatísticas, é difícil acreditar que das centenas de pedidos de liberdade protocolados durante a pandemia apenas nove eram casos de pessoas às quais a recomendação se

25 STF, Habeas Corpus Coletivo 186.185, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.06.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5921049>. Acesso em: 30 jun. 2020.

referiu, e que tornaram a supressão de instância um vício prescindível, e que os demais não mereciam a análise de mérito pelo STF.

Conclui-se que a supressão de instância foi uma saída intermediária para filtrar os pedidos e transportar a responsabilidade da análise dos casos concretos para os juízes de execução. Assim, em grande parte dos casos a supressão de instância foi utilizada pelo STF como justificativa para não analisar o mérito do pedido, ao mesmo tempo em que a questão foi superada em casos seletos, sem o estabelecimento de critérios mínimos que explique essa seletividade. Dessa forma, a Corte deixa de seguir a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, a qual deveria fazer valer pela análise detida dos pedidos formulados em *habeas corpus*.

Uma situação de crise expõe problemas históricos que há muito se tenta ignorar. Se não é possível conceder a liberdade para todos aqueles que se enquadram na recomendação do CNJ, seria ao menos necessário enfrentar a questão do encarceramento em massa em meio a uma crise sanitária sem precedentes. Argumentos como a supressão de instância e de que o novo coronavírus não seria um salvo-conduto coletivo não devem se sobrepor à violação de direitos humanos da população carcerária, em especial no atual contexto.

Como bem colocado pelas juristas Cândice Lisbôa Alves e Beatriz Corrêa Camargo²⁶, os presos no Brasil se veem em um regime desproporcional durante a pandemia. Uma minoria absoluta se encontra presa por crimes contra a vida ou a saúde, e a forma como se encontram encarcerados durante a atual realidade não seria justa nem mesmo se pensada sob a ótica da Lei de Talião. Ainda, conforme bem asseverou o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no RE 580.252/MS²⁷, “mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação”. Na atual situação, a maior parte das pessoas presas se encontra em um regime atentatório contra a sua saúde, também colocando em risco a própria vida dessas pessoas.

No entanto, não se observam tentativas do Estado em mitigar tal situação e melhorar o tratamento dado à população carcerária. Se o STF não tem o condão de efetivamente alterar a realidade carcerária, ele tem, sim, o dever de analisar o mérito de todos os pedidos de liberdade de que tomar

26 ALVES, Cândice Lisbôa; CAMARGO, Beatriz Corrêa. A Covid-19 e as medidas de urgência para proteção de presos no Brasil. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/opinioao-medidas-urgencia-protecao-presos>. Acesso em: 18 jun. 2020.

27 STF, RE 580.252/MS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 16.02.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 29 jun. 2020.

conhecimento. A supressão de instância não pode ser uma justificativa para desafogar o Poder Judiciário, pois não é nos pedidos de liberdade que está o gargalo e não são esses os direitos que podem esperar.

Não se espera que a Recomendação nº 62/2020 seja um alvará de soltura, mas, ao menos, que seja ela considerada com a profundidade necessária em relação ao problema da pandemia no cárcere, observando-se a urgência que o tema merece.

6 Considerações Finais

Do presente trabalho podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. A crise da Covid-19 agravou a situação precária dos presídios brasileiros, culminando na edição da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu orientações gerais aos julgadores no que tange à necessidade de manutenção das prisões, preventivas ou não, em meio ao contexto de disseminação do novo coronavírus. Nesse sentido, o presente artigo se propôs a analisar até que ponto as decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal deram efetividade à referida recomendação.

2. Para tanto, em um primeiro momento, fez-se uma apresentação objetiva da realidade carcerária brasileira, que evidenciou a situação de precariedade e superlotação das unidades prisionais, que não contam com pessoal ou aparatos satisfatórios para diagnóstico e tratamento de doenças, além de não contarem com celas reservadas para a população idosa e/ou com doenças infectocontagiosas.

3. Em razão disso, a Recomendação do CNJ orientou aos juízes e tribunais a reavaliação de prisões preventivas de determinados grupos de indivíduos, considerando também a situação das pessoas presas em estabelecimentos superlotados, bem como recomendou a máxima excepcionalidade da prisão preventiva e a progressão antecipada de regime ou prisão domiciliar das pessoas presas em regime aberto e semiaberto ou que tenham sido diagnosticadas com a Covid-19.

4. A análise dos julgados do STF, no entanto, demonstrou que a maioria dos *habeas corpus* foi rejeitada de plano, em razão de supressão de instância, enquanto em alguns casos, de forma aparentemente não criteriosa, foi desconsiderada a supressão e determinada a concessão da ordem.

5. Desse modo, não havendo lógica aparente que justifique a razão da superação da supressão de instância em alguns casos e outros não, concluiu-se que o STF deixou de considerar a Recomendação nº 62/2020, afastando-se

do enfrentamento da questão com a seriedade que o atual contexto do novo coronavírus merece. Ainda, utilizou-se do referido argumento de supressão de instância como escudo para não combater o problema do cárcere, agravado pela pandemia, de maneira mais direta e eficaz.

TITLE: Prison and pandemics – a critical analysis of the Brazilian Supreme Court's decisions during the COVID-19 crisis.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the monocratic decisions delivered by the Brazilian Supreme Court (STF) in the habeas corpus cases filed in favor of prisoners with requests for freedom, house arrest or early regime progression due to the coronavirus pandemic. Thus, the trials examination from March to May 2020 demonstrate whether there was a compliance to the Recommendation 62 of the National Council of Justice, which intended to relieve the effects of the pandemic in the extreme prison situation.

KEYWORDS: *Habeas Corpus*. Criminal Law. Pandemic. Coronavirus. Imprisonment. Freedom. Prison Life. Brazilian Supreme Court. Brazilian National Council of Justice.

7 Bibliografia

ALVES, Cândice Lisboa; CAMARGO, Beatriz Corrêa. A Covid-19 e as medidas de urgência para proteção de presos no Brasil. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/opiniao-medidas-urgencia-protacao-presos>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional*, atualizado em 19.03.2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

_____. _____. *Relatório Consolidado Nacional do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional*, relativo ao segundo semestre de 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

Recebido em: 09.07.2020

Aprovado em: 23.07.2020