

ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADES

EM TEMPOS DE COVID 19



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO



PROGRAMA
UNIFICADO DE
BOLSAS DE
ESTUDO PARA
ESTUDANTES DE
GRADUAÇÃO

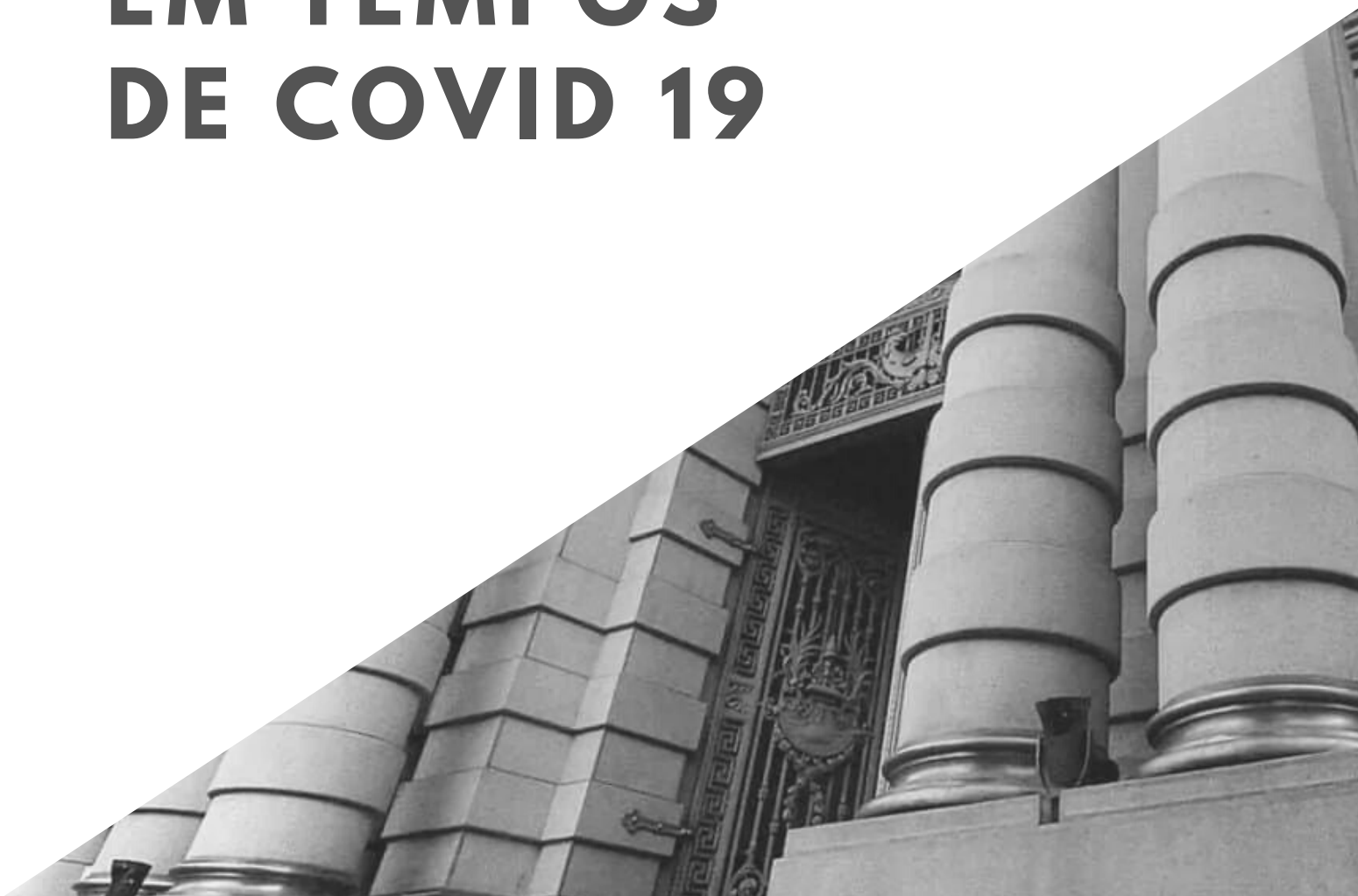



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADES

EM TEMPOS DE COVID 19





**LUIZA BARROSO PEREIRA E SILVA
CAMILA MARIA DE LIMA VILLARROEL
HAMILTON NETO FUNCHAL
JOYCE SANTOS DE OLIVEIRA
RAFAEL BESSA YAMAMURA
FABIANA CRISTINA SEVERI**

2021



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADES EM TEMPOS DE COVID-19

Organização: Luiza Barroso Pereira e Silva, Camila Maria de Lima Villarroel, Hamilton Neto Funchal, Joyce Santos de Oliveira, Rafael Bessa Yamamura, Fabiana Cristina Severi.

Edição: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

Revisão Final: Luiza Barroso Pereira e Silva, Camila Maria de Lima Villarroel, Fabiana Cristina Severi

Distribuição gratuita.

ISBN: 978-65-86465-19-8

2021

96 páginas.

A Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra.

Todos os direitos desta edição reservados à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Apoios

Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo.

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha Catalográfica

Relatório Acesso à Justiça e Desigualdades em tempos de Covid-19 [recurso eletrônico] / Organização Luiza Barroso Pereira e Silva [et. al.]. – Ribeirão Preto: FDRP, 2021.

96 p.

ISBN 978-65-86465-19-8

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

Outros organizadores: Camila Maria de Lima Villarroel, Hamilton Neto Funchal, Joyce Santos de Oliveira, Rafael Bessa Yamamura, Fabiana Cristina Severi.

1. Grupo Acesso à Justiça e Desigualdades. 2. Conselho Nacional de Justiça. 3. Pandemia. 4. Silva, Luiza Barroso Pereira e. 5. Villarroel, Camila Maria de Lima. 6. Funchal, Hamilton Neto. 7. Oliveira, Joyce Santos de. 8. Yamamura, Rafael Bessa. 9. Severi. Fabiana Cristina. I. Título.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO-----	6
PARTE I - ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADES EM TEMPOS DE COVID-19: ANALISANDO DECISÕES JUDICIAIS EM HABEAS CORPUS DO ESTADO DE SÃO PAULO-----	7
Apresentação-----	8
Contextualização do Problema-----	9
Metodologia-----	11
Resultados Qualitativos-----	13
Resultados Quantitativo-----	28
^x Considerações Finais-----	37
Referências-----	39
PARTE II - ARTIGOS E ENSAIOS-----	41
A Crise Prisional na Pandemia e a Racionalidade Neoliberal do Tribunal de Justiça de São Paulo-----	42
A (In)Efetividade da Recomendação nº 62, de 17 de Março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça: uma Reflexão a Partir do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli-----	49
Covid-19 e Sistema Prisional: Escancarando a Necropolítica ----	60
Mulheres, Cárcere e Pandemia-----	70
Vidas Impassíveis de Luto: a Pandemia e os Novos Contornos do Estado de Coisas Inconstitucional do Cárcere Brasileiro-----	86

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho foi realizado no âmbito do Grupo Acesso à Justiça e Desigualdades, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ele contou com a parceria da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e com o apoio do Programa Unificado de Bolsas da Pró-Reitoria de Graduação da Universidade de São Paulo.

A publicação contém os resultados da pesquisa intitulada “Acesso à Justiça e Desigualdades em tempos de Covid-19: analisando decisões judiciais em Habeas Corpus do estado de São Paulo”. Sua realização envolveu os esforços colaborativos de estudantes de graduação, estudantes de pós-graduação e pessoas egressas do Programa de Mestrado em Direito da FDRP.

A pesquisa analisou as decisões de habeas corpus (HCs) fundamentadas a partir da Recomendação nº 62, publicada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 17 de março de 2020. O diagnóstico aqui apresentado explicita a pouca influência normativa da Recomendação do CNJ sobre as decisões concretas dos magistrados, mediante grande número de denegações. Ademais, é um alerta a possível negligência sobre as orientações necessárias para a contenção da Pandemia do novo coronavírus, no contexto ímpar da atual emergência de saúde pública.

Durante todo o período de realização da pesquisa (agosto de 2020 a julho de 2021), fizemos reuniões mensais com todas as pessoas que assinam o presente relatório. Também fizemos uma primeira apresentação dos dados parciais em uma reunião virtual do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça e Desigualdades, no dia 23 de março de 2021, com a participação de representantes da Defensoria Pública de São Paulo que aceitaram nosso convite.

Em razão do rico diálogo durante esse evento é que decidimos convidar as pessoas participantes a elaborarem ensaios com suas próprias análises e comentários sobre os temas em questão na presente pesquisa. O presente relatório, então, está composto por duas partes. Na primeira, encontram-se os dados da nossa pesquisa e na segunda, os ensaios envidados por integrantes da Defensoria Pública de São Paulo e por pesquisadoras e pesquisadores da FDRP e de instituições parceiras.

Agradecemos o apoio da FDRP e da Pró-Reitoria de Graduação na elaboração do presente documento. Também agradecemos pelos comentários realizados por Leonardo Biagioni de Lima, Maria Paula Bertran, Paulo Eduardo Alves da Silva, Camilo Zufelato, Robert Augusto de Souza e Wesley Sanches Pinho durante os seminários de apresentação dos dados parciais, organizado pelo Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça e Desigualdades da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

Os resultados, as conclusões e as recomendações que constam nesta publicação são de responsabilidade exclusiva das pessoas autoras e não necessariamente representam o ponto de vista oficial ou institucional das instituições.

**PARTE I - ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADES EM
TEMPOS DE COVID-19: ANALISANDO DECISÕES
JUDICIAIS EM HABEAS CORPUS DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

Contextualização do Problema

Com o início da pandemia do Covid-19 no Brasil, diversos órgãos e instituições nacionais publicaram normativas dedicadas a reorganizar pessoas e atividades para as necessidades do novo cenário. No dia 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 62/2020, com o objetivo de orientar juízes e Tribunais quanto aos protocolos da emergência de saúde pública voltados ao sistema de justiça penal e socioeducativo. Esse documento fez indicações para as fases de conhecimento e de execução do processo penal, abordando diversos assuntos, dentre os quais a reavaliação de prisões provisórias, a concessão de progressões de regime e medidas cautelares, a realização de audiências por videoconferência e a suspensão de audiências de custódia, além do cumprimento das medidas de higiene e prevenção já amplamente divulgadas.

Em meio à amplitude de observações feitas pelo CNJ, os artigos 4º e 5º da Recomendação foram utilizados como fundamentação jurídica de habeas corpus voltados à excepcionalidade das condições epidemiológicas. Segundo o artigo 4º:

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;

Por sua vez, o inciso I do artigo 5º, recomenda aos magistrados da execução penal que considerem a saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto de pessoas que integrem os grupos já enumerados nas alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo anterior. A partir desses dispositivos, a pesquisa da qual resulta esse relatório teve como objetivo analisar as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca dos *habeas corpus* pedidos em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus, com base na Recomendação nº 62.

O posicionamento do CNJ está situado no cenário de urgência de medidas preventivas à Covid-19, contudo ele também se encontra entremeadado de demandas próprias da conjuntura das penitenciárias brasileiras. A orientação se volta à prevenção da propagação epidêmica que dentro das unidades prisionais superlotadas e/ou com infraestrutura carente deduz necessidade de adequações. Com similares motivações, a Defensoria Pública impetrou diversos *habeas corpus* a partir de março de 2020 cujos pacientes pertenciam ao grupo de vulneráveis à Covid-19 ou estavam em penitenciárias com ocupação superior à capacidade máxima. Os esforços da Defensoria Pública do Estado de São Paulo também se traduzem na elaboração do projeto de pesquisa que levou a este relatório, a fim de compreender a razão das denegações que receberam como resposta do Tribunal.

Encerramos aqui a contextualização que nos ajudou a delimitar o objeto da pesquisa, na qual procuramos investigar os resultados dos pedidos de liberdade e a fundamentação dos desembargadores que conduziram a eles. Este Relatório tem como fim apresentar os achados dessa investigação, organizados aqui em dados quantitativos e qualitativos sobre os HCs fundamentados em razão da pandemia no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Metodologia da pesquisa

A nossa pesquisa é empírica e extraiu dados processuais no portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, encontrados no endereço e-SAJ (tjsp.jus.br), por meio da ferramenta de consulta completa de jurisprudência fornecida pelo próprio site. Na etapa 1 da pesquisa, inserimos no campo de pesquisa livre as palavras-chave “pandemia” OU “coronavírus” OU “covid”. Aplicamos também os filtros de classe 307 (habeas corpus criminal) e de data do julgamento. O marco temporal foi definido a partir da data de publicação da Recomendação nº 62 e estendido para os 6 meses seguintes, isto é, entre 17 de março e 17 de setembro de 2020.

A partir dessa primeira consulta, recolhemos os acórdãos conforme a ordem da data de publicação, considerando duas estratégias. Primeiro, apuramos 100 acórdãos, divididos entre os 50 primeiros e os 50 últimos da lista fornecida pelo portal e ordenada conforme a data de publicação, como já mencionado. Depois, selecionamos outros 100 acórdãos com a mesma busca de palavras-chave e a mesma classe, mas alterando o filtro da data do julgamento para o intervalo entre 26 de julho e 26 de agosto de 2020. Esse período nos pareceu interessante para poder apurar a influência da evolução da pandemia nas decisões, pois corresponde à primeira onda epidêmica do Covid-19 no Brasil¹.

Durante essa coleta, foram descartados aqueles acórdãos que se repetiam nas duas técnicas de busca, de modo a compor um conjunto de 200 decisões distintas. Organizamos os dados desses documentos em uma planilha Excel, considerando as seguintes categorias: número do processo, data da decisão, defesa feita por advogado/advogada ou defensor público/defensora pública, a utilização da pandemia como justificativa do habeas corpus, a menção da Recomendação nº 62 do CNJ, a menção e a classificação do paciente como grupo de risco, a menção das condições médico-sanitárias do cárcere, o indeferimento com base na gravidade em abstrato do delito e o resultado da decisão. Nessa fase, ainda fizemos outro descarte de acórdãos de habeas corpus cuja justificativa do pedido não fazia referência à situação de calamidade pública causada pela Pandemia do Covid-19. Com isso, o conjunto de documentos categorizados para a

¹ Com base no Portal de Controle e Análises da Situação do Coronavírus no Brasil. Disponível em: <https://ciis.fmrp.usp.br/covid19/sp-br/> Acesso aos: 15/03/2021

análise passou ao total de 178 acórdãos. Para a análise desse conjunto de acórdãos, utilizamos ferramentas mais típicas de pesquisas qualitativas. Interessou-nos, aqui, compreender os argumentos utilizados nos acórdãos para conceder ou não conceder o habeas corpus e como a Recomendação era utilizada em tal argumentação. Foi possível aqui uma segunda organização dos acórdãos, considerando o conteúdo das decisões.

Para a investigação quantitativa, de tipo descritiva, baixamos os processos em segundo grau pelo pacote TJSP do repositório “jjesusfilho/tjsp”, a partir do software RStudio. Utilizamos as palavras-chave: “pandemia” OU “coronavirus” OU “covid” E “recomendação 62” E “CNJ”, classe 307 (habeas corpus) e filtramos pela data 17 de março de 2020 até 17 de setembro de 2020. Esse procedimento nos permite acessar quatro tabelas², todas com informações sistematizadas disponíveis no próprio site do TJSP no campo de jurisprudência.

Chegamos a um total de 8.409 documentos. Para o estudo desse volume maior de decisões, utilizamos ferramentas de coleta e processamento de big data (grande volume de dados), através de associações interdisciplinares entre Matemática, Estatística, Computação e Direito (ENAP, 2020)³. Através, então, do programa RStudio e a partir dos pacotes de programação desenvolvidos em linguagem R para a coleta das informações de dispositivos jurídicos, foi possível estender a organização dos dados seguindo as variáveis da fase anterior, mas com um volume maior de decisões. A análise aqui foi de tipo descritiva, considerando frequências das ocorrências nas variáveis em que os dados obtidos pareciam válidos.

2 Os dados coletados e analisados neste trabalho estão disponíveis para consulta no banco de dados da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP - USP). Para obtenção do acesso enviar solicitação para: luizabarroso@usp.br.

3 ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ENAP). Análise de Dados em Linguagem R. Brasília, 2020.

Resultados Qualitativos

As categorias de análise foram desenvolvidas no universo de 178 acórdãos cujos pedidos de liberdade foram justificados pelas condições adversas imputadas pela pandemia de Covid-19, que deram causa à Recomendação nº 62 do CNJ. A fim de sistematizar a temática das categorias identificadas por cada variável analisada e suas intersecções, dividimos a análise em três grupos: o primeiro voltado à abordagem dos desembargadores, o segundo, às denegações e o terceiro, às concessões.

No primeiro grupo procuramos esclarecer os critérios de busca que fundamentaram a presente análise qualitativa. Como já apresentado, a leitura dos habeas corpus teve como objetivo buscar as fundamentações utilizadas pelos desembargadores para avaliar os pedidos justificados pela pandemia de Covid-19. Iniciamos a identificação desses padrões argumentativos com a apresentação dos assuntos discutidos nesses argumentos. Em suma, conformam a discussão dos pedidos de liberdade aqui investigados as seguintes matérias: alegações de que os/as pacientes pertençam ou não ao grupo de vulneráveis, avaliações sobre as condições médico-sanitárias das penitenciárias, a gravidade em abstrato ou em concreto do delito e, por fim, o papel e o impacto da Recomendação nº 62 no judiciário.

Categoria I: o paciente não pertence ou não alega que pertence ao grupo de risco.

"Compilamos nesta categoria dois padrões argumentativos presentes em 124 acórdãos sobre habeas corpus em que o paciente não pertence ao grupo de risco à covid-19 ou não foi alegado que ele pertença. Foram encontrados 48 acórdãos nos quais não são mencionadas vulnerabilidades à Covid-19. No texto destes, não há informações sobre essa variável, logo, não é possível enquadrar ou retirar o/a paciente do grupo de risco. Dentre os dezesseis (16) habeas corpus concedidos do universo completo das decisões, nove (9) não fazem menção à grupo de risco, do que se infere a pouca influência das justificativas de vulnerabilidade para o deferimento dos pedidos de liberdade. Esse argumento será retomado na categoria nove (9) que trata dos habeas corpus concedidos."

Outros 76 acórdãos fazem referência ao grupo de risco enquanto argumento do/a relator/relatora para a discussão do pedido, mas não vinculam vulnerabilidades ao/à paciente. Em 70 dessas decisões, a linha argumentativa dos desembargadores utiliza a ausência de alegações ou provas de que o paciente pertence ao grupo de risco como fundamento para a denegação ou o indeferimento do habeas corpus.

A justificativa toma corpo com a interpretação de que os pacientes não se enquadram total ou parcialmente nos critérios da Recomendação n.º 62.

Categoria 2: o paciente pertence e alega pertencer ao grupo de risco.

Em 56 HCs o impetrante demonstra que o paciente se enquadra na categoria de grupo de risco. Incluem-se nessa análise os portadores das variadas comorbidades que aumentam o risco de complicações no caso de se contrair Covid-19 e as demais vulnerabilidades que, embora não se apresentem maior risco, do ponto de vista clínico, representam fraquezas sociais ou institucionais.

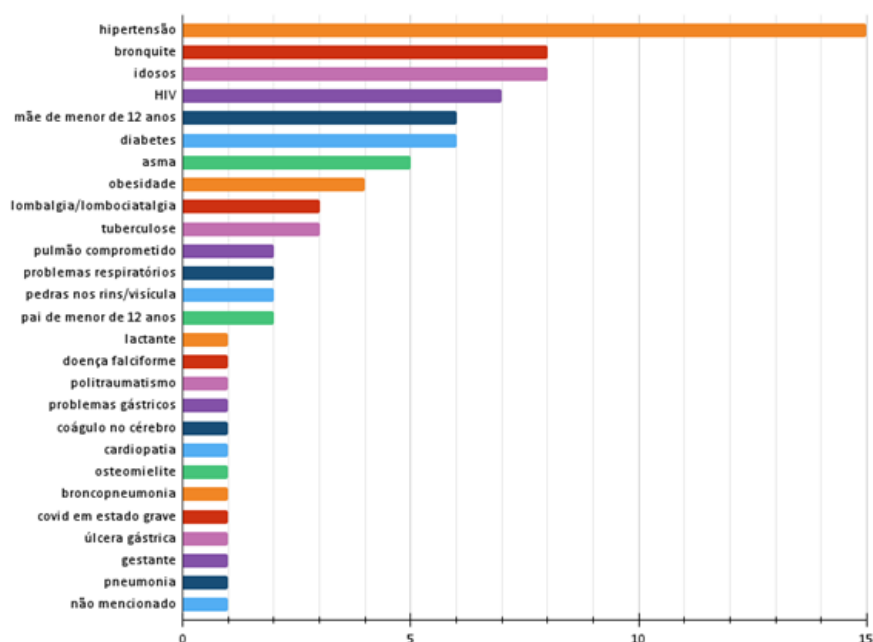
A Recomendação n.º 62 identifica a possibilidade de desamparo mediante a infecção por Covid-19 de gestantes, lactantes e mães ou responsáveis por crianças de até 12 anos ou pessoas com deficiência. A situação de mulheres e, em especial, mães no cárcere possui vasta literatura que indica condições frágeis. Elas dentro e fora do estabelecimento prisional continuam com a responsabilidade, por vezes unilateral, de zelar e sustentar a família. O estado das mulheres frente ao sistema penal e socioeducativo é, destacado nas indicações legais, doutrinárias e jurisprudenciais para que se evite, quando possível, penas restritivas de liberdade às gestantes, lactantes, puérperas e mães de menores de doze (12) anos, substituindo-as por medidas cautelares, conforme o art. 318 e 319 do CPP.

A Recomendação inclui indígenas e adolescentes com deficiência, em ação afirmativa contra a vulnerabilidade socioeconômica da qual se acomete esses indivíduos. Ela também cita as pessoas privadas de liberdade em unidades com ocupação superior à capacidade máxima, cuja estrutura se mostra favorável à proliferação do vírus ou que careçam de equipe médica de saúde.

O CNJ busca selecionar todos os indivíduos acometidos de vulnerabilidades quando dispostos no sistema de justiça penal e socioeducativo. Contudo, a maioria dos acórdãos investigados que mencionam grupo de risco se restringem às

comorbidades dos pacientes que aumentam a gravidade de possíveis infecções do vírus. Alguns elementos apontados pela Recomendação apresentam-se em minoria devido à baixa concentração deles na população geral, como indígenas e adolescentes com deficiência. Entretanto, a Recomendação aponta como vulnerável todo preso em unidades prisionais com ocupação acima da capacidade máxima ou com infraestrutura médico-sanitária debilitada e não há, nos acórdãos categorização dos pacientes nesse grupo de vulneráveis.

Essa discussão será retomada em categorias subsequentes e, para encerrar o gráfico abaixo apresenta todas as comorbidades apontadas aos pacientes dos HCs, a fim de ilustrar as vulnerabilidades físicas e de saúde que compõem o objeto de estudo dessa categoria.



(Fonte autoria própria)

Categoria 3: o paciente pertence e alega pertencer ao grupo de risco, mas o/a relator/relatora nega essa condição.

Dentre as 56 sentenças que compõem a categoria anterior, identificamos na leitura dos acórdãos um padrão argumentativo não previsto inicialmente: a negativa das condições de grupo de risco. Em treze (13) acórdãos, embora o impetrante demonstre que o paciente se qualifica como vulnerável frente ao risco de infecções por Covid-19, o/a relator/relatora nega essa condição.

A princípio, pensamos em incluir esses casos na discussão anterior, a fim de trazer na mesma categoria todos os efeitos das alegações de vulnerabilidade. Contudo, embora as negativas não representam um grupo quantitativamente significativo, à luz das demais categorias, elas têm notório valor para a análise qualitativa dos argumentos apresentados pelos desembargadores e desembargadoras. Por vezes, eles e elas apontam que embora alegado o grupo de risco, não há fática vulnerabilidade ao paciente, porquanto seu estado de saúde não está grave ou isento de possibilidade de tratamento, mesmo dentro das unidades prisionais. Esse padrão argumentativo admite a comorbidade, mas a desvincula da necessidade de intervenções para a proteção da vida e da saúde dos detentos. Nesse sentido, versam os seguintes trechos:

Assim, embora noticiado que o paciente se enquadra no grupo de risco da doença por ser portador de HIV, não se verifica a existência de situação de vulnerabilidade que autorize a revogação da custódia. (p. 9, acórdão 9)

O paciente não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas em lei, pois ainda que possua enfermidade de natureza grave, ele não se encontra debilitado. (p. 4, acórdão 187)

No presente caso, embora apresentado o atestado comprobatório da comorbidade do paciente Celso, observo que o laudo médico, datado de 02 de abril de 2020, atestou o bom estado geral do paciente, não se incluindo no grupo de risco, em razão da pandemia do COVID-19. (p. 5, acórdão 194)

Além destas, verificaram-se negativas absolutas às alegações de comorbidades, nas quais os desembargadores e desembargadoras, como de ofício, retiram os pacientes do grupo de risco. Em distinção com os exemplos anteriores, nestes os desembargadores e desembargadoras se posicionam contrários às classificações de comorbidades apresentadas pelos impetrantes e/ou pelas prescrições da Recomendação nº 62. Em analogia, os acórdãos aqui referidos fazem uma análise do grupo de risco em abstrato, enquanto aqueles analisam as circunstâncias concretas da comorbidade apontada.

(...) a simples alegação de possuir filho menor, necessitando de seus cuidados, não permite, por si só, a concessão da benesse, mas o contrário, mostra, a princípio, seu despreparo como mãe, justificando que não fique a prole à mercê de pessoa talhada para o crime. (pág. 10 acórdão 43)

Por fim, o acórdão 82 culmina ambas as naturezas de negativa aqui distinguidas, logo, desqualifica a vulnerabilidade como grupo de risco à Covid-19 e reforça que não existe risco concreto ao paciente na penitenciária.

No que concerne o pedido de liberdade motivado pela atual pandemia de coronavírus, causador da COVID19, o paciente é jovem e não há comprovação de que integre grupo de risco, não sendo o suficiente a alegação de que ele sofreu uma facada da vítima no pulmão, posto que não demonstrado que ele não está recebendo os cuidados médicos necessários para sua recuperação no cárcere. Além disso, não há notícia de que esteja concretamente exposta ao risco no interior do estabelecimento prisional onde se encontra. (p. 4, acórdão 82)

Categoria 4: as condições médico-sanitárias da penitenciária, na qual o paciente se encontra recolhido, são avaliadas como boas ou ao menos suficientes para o enfrentamento da pandemia de Covid-19.

Os textos de 65 acórdãos não mencionam as condições médico-sanitárias das penitenciárias para o enfrentamento da pandemia de Covid-19. No entanto, em 110 acórdãos os relatores e as relatoras alegam que as condições da unidade prisional são boas ou ao menos suficientes para a contenção do novo coronavírus e o tratamento de possíveis doentes. Constitui-se como objeto da presente categoria essas decisões, a fim de enfrentar não apenas a temática das condições do cárcere, à luz da leitura dos acórdãos, mas de modo específico os argumentos-padrão que as identificam como satisfatórias.

A princípio, a presente categoria não tem o propósito de discutir a realidade fática do Sistema Carcerário brasileiro, que será realizado oportunamente em tópico posterior. O primeiro argumento-padrão identificado nesta categoria, descreve a capacidade das unidades prisionais de tratar e isolar possíveis doentes e, em especial, das medidas específicas adotadas para aprimorar esse tratamento frente à pandemia de coronavírus.

Como já dito, não há provas de ausência de equipe médica ou local para isolamento na unidade em que cumpre sua pena, bem como que o estado de saúde do paciente justifique a medida. (p. 5, acórdão 82)

O sistema prisional tem uma população bastante superior a muitos municípios considerados grandes de nosso estado e o número de casos é até ínfimo em comparação com os municípios. (p. 7, acórdão 111)

Outra argumentação identificada faz juízo de valor entre os riscos epidemiológicos da penitenciária e dos demais locais. Os desembargadores e desembargadoras alegam que as condições dentro das prisões são melhores que as enfrentadas pelos grandes centros urbanos de disseminação, ou que, ao menos, têm risco equivalente ao restante da população.

a administração penitenciária tem se cercado de cautelas para reduzir os riscos epidemiológicos nas unidades prisionais, atendendo às recomendações de diversos órgãos (inclusive daqueles vinculados ao Poder Judiciário), uma vez que, diante da delicada situação atual, todos se encontram sujeitos à contaminação, inclusive os cidadãos de bem, de sorte que a pandemia, apesar de alarmante, não autoriza a soltura indiscriminada de presos (o que contribuiria com risco desnecessário à segurança pública, fragilizando a sociedade já alarmada pela situação de calamidade vivenciada. (p. 8, acórdão 30)

Pelo contrário, em um microsistema onde a visita externa está suspensa e não há caso confirmado no estabelecimento em que se encontra o paciente, estatisticamente a chance de se contrair o vírus é menor que no caso do sujeito solto. (p. 6, acórdão 161)

Ainda que se leve em consideração o momento de excepcionalidade causada pela Covid-19, a prisão albergue domiciliar não deve ser concedida ao paciente, porquanto não há evidências de que no presídio em que se encontra residindo haja proliferação do vírus ou, ainda, que a situação lá dentro seja pior do que a que está sendo experimentada aqui, ao lado de fora. (p. 5, acórdão 187)

Além disso, é apontada a falta de garantia de que os detentos receberiam assistência médica ou se manteriam em isolamento quando libertos. Por meio desta, apontam tanto supostos benefícios ao detento se mantido nas penitenciárias, na qual teria acesso a tratamentos médicos, quanto malefícios à população geral, em face de um número maior de pessoas em circulação se concedidos os pedidos de liberdade. Nessa última análise, também apontam os impactos desta hipótese para a segurança pública, fato que será melhor abordado em categorias futuras.

Nem se pode perder de vista que diante do cenário atual, em que se recomenda a drástica redução de contato social e isolamento da maior parte da população, não se mostra adequado colocar mais pessoas em circulação, não se olvidando também que a concessão de liberdade motivada exclusivamente pela pandemia do coronavírus pode gerar caos social, dificuldades de gestão do sistema prisional e ainda prejudicar o controle das autoridades sanitárias no combate à doença, como, aliás, vem decidindo este E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes. (p. 6, acórdão 34)

notadamente porque inexistentes (...) demonstração de que há risco efetivo, no estabelecimento onde se encontra, maior que o suportado pelas pessoas não-presas de contrair o coronavírus, comprovação de que, em meio aberto, receberá cuidados médicos mais adequados do que aqueles estatalmente prestados, (e) projeção de que, fora do sistema, não haverá ameaça de violação das recomendações de isolamento e/ou distanciamento social e, paralelamente. (p. 12 e 13, acórdão 135)

Categoria 5: as condições médico-sanitárias da penitenciária na qual o paciente se encontra recolhido são avaliadas como ruins para o enfrentamento da pandemia de Covid-19.

Apenas cinco (5) acórdãos mencionam as condições do cárcere como ruins para o enfrentamento da pandemia de Covid-19. Os argumentos identificados nessas decisões são antagônicos às alegações de condições boas ou suficientes das penitenciárias. Os argumentos apresentados nessa categoria foram influentes para resultados positivos, já que, todos os cinco acórdãos foram concedidos.

Nesta categoria os relatores reconhecem que as penitenciárias em que se encontram os pacientes, não apresenta estrutura capaz de isolar possíveis contaminados e de fornecer-lhes razoável tratamento médico, ou de conter a proliferação do vírus dentro de suas unidades, aplicando medidas de isolamento e uso de equipamentos de proteção individuais nos detentos. Por vezes esse posicionamento se direciona ao sistema carcerário como um todo, para além do caso concreto representado no habeas corpus.

Quatro (4) desses acórdãos são apresentados pela mesma relatora: Angélica de Almeida. Analisamos os acórdãos da desembargadora recolhidas na pesquisa e em todos houve menção às péssimas condições do Sistema Carcerário Brasileiro para o enfrentamento da pandemia:

Em tempo de calamidade sanitária de dimensão inusitada e de consequências ainda desconhecidas, as medidas cautelares alternativas à prisão devem ser consideradas com primazia. As medidas cautelares alternativas ou substitutivas da prisão, ao mesmo tempo que afastam o encarceramento antecipado de consequências desastrosas e irreversíveis, preservam a produção da prova, garantem o regular desenvolvimento do processo e a aplicação da lei penal. (p. 5, acórdão 13)

Se os estudos e pesquisas da área médica, no Brasil e no Mundo, anunciam e recomendam o distanciamento social, eis que a propagação do coronavírus se dá de forma exponencial, quando o número de brasileiros mortos, acometidos pela doença passa de cem mil pessoas, necessário que as soluções, inclusive, no âmbito do processo de execução penal, atentem para a trágica situação. Antes de mais nada, devem significar a proteção à saúde e, em última análise, à vida das pessoas, ainda que a elas sejam atribuídas a prática de delitos. (p. 6, acórdão 167)

Os trechos ilustram o impacto do padrão argumentativo crítico às condições das penitenciárias sobre a reavaliação da prisão dos pacientes. As análises desta e da categoria anterior conduzem à identificação da classificação satisfatória das penitenciárias com a denegação dos habeas corpus e da classificação precária, com a concessão deles. A presente categoria é favorável à aplicação de medidas socioeducativas, prisão domiciliar e medidas cautelares em substituição à pena de reclusão, e à revisão das prisões provisórias e definitivas em regime fechado, em conformidade com as orientações do CNJ.

Categoria 6: Recomendação 62 não tem força vinculante

A Recomendação nº 62 do CNJ foi mencionada em 146 dos acórdãos cujos pedidos de liberdade foram justificados pela pandemia. Dentre os 32 restantes em que não há menção à Recomendação, observamos que os resultados foram tanto favoráveis quanto desfavoráveis às orientações do CNJ. Dessa análise entendemos que o documento não foi majoritariamente mencionado. A não menção da Recomendação na discussão dos pedidos pelo Tribunal aponta para uma instabilidade na função institucional do Conselho Nacional de Justiça, que será melhor discutida durante a análise dos resultados.

Nos acórdãos que mencionam a Recomendação, identificamos juízos de valor que intensificam essa instabilidade. Os desembargadores fazem ponderações e críticas ao documento do CNJ, imputando seja sua inaplicabilidade ao caso impetrado, seja sua ausência de força normativa.

Norma precitada que não determina a imediata colocação em liberdade de qualquer indivíduo em cumprimento de pena. (p. 2, acórdão 171)

A Recomendação nº 62 Conselho Nacional de Justiça, na qual se baseou o combativo impetrante, não possui caráter vinculante e também não defende a soltura indiscriminada de presos, apenas propõe uma avaliação mais rigorosa dos magistrados nos decretos prisionais, notadamente, no caso de pessoas que fazem parte do grupo de risco, a fim de que se evite eventuais contaminações em massa e se preserve a integridade física dos custodiados. (p. 7, acórdão, 188)

Os trechos seguintes demonstram críticas sobre o próprio papel jurisdicional e administrativo do CNJ. Logo, identificamos divergência direta entre o posicionamento dos desembargadores e do órgão institucionalmente criado para orientar e fiscalizar suas atividades:

(...) em relação ao fato de ser mãe lactante: mesmo com o advento da Lei nº 13.769, de 19.12.2018 (de constitucionalidade, finalidade e moralidade duvidosas!), alterando as regras da prisão domiciliar, estabelecidas no artigo 318 do Código de Processo Penal, a concessão da prisão domiciliar não é obrigatória e automática (não se trata de direito subjetivo do agente criminoso preso!) [...] o Conselho Nacional de Justiça não tem mínima atribuição jurisdicional de impor comando decisório (v.g., a Recomendação nº 62/2020, específica para o problema da pandemia do Coronavírus-19), sabido que seus atos - na grande maioria das vezes - que

pretendem vincular a atuação dos juízes, extrapolam seus limites de atuação, nem mesmo sob rubrica de “recomendação”, eufemismo que sugere temor reverencial inadequado que nunca pode suplantar a lei e a livre convicção do juiz. (p. 3 e 4, acórdão 40)

o coronavírus (..) não pode tornar a dose das recomendações humanitárias do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, Recomendação 62/2020, um remédio que mate a sociedade e seus valores, criando seríssimo risco para a segurança pública. (p. 8, acórdão 96)

o Conselho Nacional de Justiça não tem mínima atribuição jurisdicional de impor comando decisório (v.g., a Recomendação nº 62/2020, específica para o problema da pandemia do Coronavírus-19), sabido que seus atos - na grande maioria das vezes - que pretendem vincular a atuação dos juízes, extrapolam seus limites de atuação, nem mesmo sob rubrica de “recomendação”, eufemismo que sugere temor reverencial inadequado que nunca pode suplantar a lei e a livre convicção do juiz (p. 7, acórdão 123)

O segundo grupo de análise procura explorar os argumentos-padrão com grande capacidade de influência para denegar os pedidos de liberdade. Como já avaliado nas categorias anteriores, a alegação de condições do cárcere boas ou suficientes para o enfrentamento da pandemia, a não configuração dos pacientes como integrantes do grupo de risco e a desconsideração do poder normativo da Recomendação nº 62 foram temas frequentemente apresentados pelos desembargadores e desembargadoras a fim de contrariar as matéria trazida nos HC's. Com efeito, as próximas categorias buscam cruzá-los a fim de medir o critério de maior poder decisivo para a avaliação negativa dos pedidos.

Categoria 7: grupo de risco alegado, mas julgam as condições das penitenciárias como boas ou suficientes.

Em 40 decisões, é concomitantemente alegado que o paciente pertence ao grupo de risco e que as condições da penitenciária em que ele se encontra são boas ou suficientes para a contenção do novo coronavírus e para o tratamento de possíveis doentes. Nesta categoria, nenhuma das decisões concederam a ordem, apresentando 35 pedidos denegados e 5 não conhecidos. Há, pois, uma evidência do alto poder de influência das condições médico-sanitárias do cárcere para

avaliar o mérito e, em especial, para negar o pedido de liberdade, acima até mesmo da avaliação da condição de grupo de risco do detento. Inferimos que as condições médico-sanitárias prevalecem sobre acometimentos particulares dos pacientes, comprovados por laudo médico. Esse fenômeno se repete mesmo quando as condições médico-sanitárias são avaliadas de modo generalizado, isto é, apontadas as medidas de contenção adotadas pelo sistema carcerário brasileiro, mas não há análise explícita da realidade específica da penitenciária e do estado de saúde em que se encontra o paciente.

O impacto desse critério sobre a denegação dos pedidos é grave à medida que as afirmações feitas pelos desembargadores e desembargadoras vão de encontro com a realidade fática do sistema carcerário brasileiro, conforme exemplificam o seguintes fragmentos:

Repise-se que, conquanto diagnosticado com tuberculose (relatório médico de fls. 108), está em tratamento e recebe medicações na unidade prisional. (...) Como já dito, não há provas de ausência de equipe médica ou local para isolamento na unidade em que cumpre sua pena, bem como que o estado de saúde do paciente justifique. (p. 4, acórdão 99)

Não restou comprovada a necessidade efetiva de o paciente ser colocado em prisão domiciliar. A idade por, si só, não justifica o deferimento do pedido. Não se comprovou, igualmente, que as alegadas doenças (hipertensão e diabetes) não são passíveis de tratamento adequado no estabelecimento prisional e que a sua permanência no cárcere cause risco maior do que o ambiente em que a sociedade está inserida. (p. 3, acórdão 91)

Todos os 23 acórdãos encontrados na intersecção entre os argumentos de paciente pertencente ao grupo de risco, crimes sem gravidade em concreto ou em abstrato e condições médico-sanitárias do cárcere satisfatórias, foram denegados. Esse conjunto revela que as avaliações positivas das estruturas das unidades prisionais foram preponderantes para a denegação dos pedidos mesmo quando evidenciados critérios que isolados conduziram a pedidos concedidos. Assim, ela é a única categoria da qual se infere notório poder de influência para, sozinha, conduzir à denegação dos pedidos.

Categoria 8: indeferimentos com base na gravidade do delito

A gravidade do delito foi uma categoria utilizada já na busca de dados durante a leitura das decisões. Contudo, ela se apresenta apenas neste segundo grupo porque sua abordagem traz resquícios das demais categorias, justificando assim sua configuração após a apresentação das demais.

Em 60 acórdãos, os pedidos foram denegados ou indeferidos com base na gravidade do delito, sendo 28 usadas em abstrato e 32, em concreto. A análise das argumentações utilizadas nesses acórdãos revela vieses da visão punitivista do Sistema de Justiça Penal e Socioeducativo. O presente relatório não se delonga na discussão do punitivismo penal. Nos restringimos a apenas apontar o discurso levantado sobre o estado de calamidade pública não poder ser convertido em impunidade, mesmo que essa não seja em hipótese alguma a proposta da Recomendação n.º 62. Também enquadrámos nessa categoria argumentos sobre os impactos desta hipótese para a segurança pública, fato que será abordado em categorias futuras.

No mais, a Recomendação n.º 62 do Conselho Nacional de Justiça não pode servir de salvo-conduto para a prática de crimes nos casos em que se faz necessária a custódia cautelar, como antes se destacou. (p. 7, acórdão 94)

É preciso destacar que não se descarta a grave crise sanitária que enfrentamos atualmente, porém, a pandemia de saúde não autoriza onerar de maneira tão excessiva a sociedade, obrigando os cidadãos de bem a conviver com aqueles que colocam em risco a ordem pública, elevando o grau de insegurança já existente. (p. 14, acórdão 107)

o coronavírus (..) não pode tornar a dose das recomendações humanitárias do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, Recomendação 62/2020, um remédio que mate a sociedade e seus valores, criando seríssimo risco para a segurança pública. (p. 8, acórdão 96)

O terceiro grupo de análise procura explorar os argumentos-padrão com grande capacidade de influência para conceder os pedidos de liberdade. Como já avaliado nas categorias anteriores, a alegação de condições do cárcere ruins para o enfrentamento da pandemia, a configuração dos pacientes como integrantes do grupo de risco e a gravidade do delito foram temas apresentados pelos desembargadores a fim de contrariar as matérias trazidas nos HCs.

Em contraste com o grupo anterior, não faz parte dos argumentos que influenciaram a concessão dos pedidos de liberdade a ponderação quanto ao poder normativo da Recomendação nº 62. Há tal disparidade entre o que foi avaliado para cada resultado porque não foram identificados elogios ou avaliações positivas da Recomendação relevantes para a categorização metodológica aqui pretendida. Não encontramos na leitura das decisões demonstrações do papel significativo dessa abordagem para o resultado positivo quanto dos pedidos de liberdade.

Nessa categoria mensuramos os critérios de maior poder decisivo para a avaliação positiva dos desembargadores e desembargadoras, por meio da análise direta das justificativas apresentadas para a concessão, o que se tornou viável visto que há, nesta, menor número de decisões.

Categoria 9: pedidos concedidos em virtude da Covid-19.

Dentre os dezesseis (16) pedidos concedidos, dez (10) foram justificados pelo estado de calamidade pública evocado pela pandemia de Covid-19. Desses acórdãos, quatro (4) tiveram como relatora a desembargadora Angélica de Almeida e foram discutidos na quinta categoria. Por isso, restringimos a presente discussão às outras seis (6) decisões a fim de esgotar todos os pedidos conhecidos e concedidos vislumbrando a atipicidade dos tempos de coronavírus. Os trechos das decisões que compõem essa categoria mencionam não só a atipicidade aqui referida, mas a importância de priorizar a saúde do paciente e da população em detrimento da necessidade e da função da pena ou da prisão provisória.

Os desembargadores discutem a importância de proteção aos detentos integrantes do grupo de risco à Covid, ressaltam a notoriedade e a vigência da Recomendação do CNJ, em contraste com os trechos da sexta categoria, e reforçam que a concessão de medidas cautelares ou da prisão domiciliar são amparadas por atenuantes do crime pelo qual responde o paciente, isto é, ausência de gravidade, praticado por réu primário, dentre outros. Assim, reproduz-se as ementas a fim de ilustrar os argumentos aqui descritos:

sobreveio fato novo, consistente no avanço da pandemia do novo coronavírus no Brasil e, em especial, no Estado de São Paulo. E o atestado médico de fl. 27 comprova que o paciente é portador de asma e recomenda expressamente a concessão de prisão domiciliar, por se tratar de integrante de grupo de risco da covid-19. Ademais, o paciente é pessoa primária e de bons antecedentes, o que indica, em princípio, que o crime que lhe é imputado teria sido fato isolado (acórdão 36)

Além disso, joga ainda em favor da paciente a situação de pandemia provocada pelo coronavírus, observando-se o disposto no artigo 4º, da Recomendação nº 62, do CNJ. Pelo que o caso é de cassação da decisão hostilizada, o que implica, processualmente, no restabelecimento da prisão domiciliar (que não havia sido revogada). (acórdão 47)

Neste quadro, não obstante a ausência dos requisitos legais, mas considerando-se as razões de ordem humanitária e de saúde pública estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, possível se mostra a concessão da liberdade provisória ao paciente (acórdão 88)

juntada aos autos, é possível conceder a benesse à sentenciada Por outro lado, é preciso ter em conta que o benefício ora concedido está estritamente relacionado à situação excepcional em que vivemos de pandemia pelo Covid-19 e, conseqüentemente atrelado aos termos constantes na Recomendação nº 62, do CNJ e tem validade enquanto ela estiver em vigência (acórdão 108)

não houve emprego de violência ou grave ameaça contra pessoa. Invoca a pandemia de COVID-19 e a Recomendação nº 62/2020, do Conselho Nacional de Justiça, pretendendo que a custódia seja revogada, substituída por medida cautelar diversa, ou que seja deferida a liberdade provisória (acórdão 117)

Contudo, sob a ótica das diretrizes humanitárias, pela documentação colacionada, a prisão processual mostra-se afrontosa às disposições da Recomendação CNJ n.º 62/2020, de cunho vinculante, que recomenda a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus, observada a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva (art. 4º, III) e mesmo a transferência para a prisão domiciliar com relação aos presos que cumprem pena em regime aberto e semiaberto (art. 5º, III), regime fixado para os delitos pelos quais o paciente responde. (acórdão 139)

Categoria 10: pedidos concedidos por outras razões.

Por outro lado, 6 pedidos dentre os pedidos concedidos não o foram em virtude da pandemia de Covid-19. A maioria destes não trouxe o debate das condições de grupo de risco e médico-sanitárias do cárcere. Aqui, a concessão observa em geral questões da execução que estão em desacordo com a decisão judicial e que devem ser modificadas, mas por vezes também apontam circunstâncias atenuantes como ausência de gravidade e primariedade a fim de converter a pena ou regime mais restritivo em medida cautelar alternativa ou regime aberto.

Progressão ao regime semiaberto - transferências momentaneamente suspensas, em virtude da pandemia de covid-19 - inadmissibilidade - na impossibilidade de transferência do sentenciado para estabelecimento prisional adequado ao regime prisional deferido, deve ser, excepcionalmente, autorizado o cumprimento da pena em regime menos gravoso, até o surgimento de vagas no regime prisional apropriado (acórdão 6)

Concede-se parcialmente a ordem apenas para, observada a lista única cronológica, ratificar a determinação de remoção imediata do paciente a estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto, atendendo-se, todavia, em caso de ausência de vagas, o disposto na Súmula Vinculante nº 56 (acórdão 63)

Demora no cadastramento da guia de recolhimento, impossibilitando o sentenciado de pleitear benefícios de execução penal. Constrangimento ilegal. Sentenciado preso há meses. Necessidade de imediata expedição da guia de execução (acórdão 69)

Crime cometido sem violência ou grave ameaça. Paciente primário. Desnecessidade da prisão cautelar. Medida cautelar alternativa. Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial - Ratificada a Medida Liminar e Concedida

As categorias aqui descritas conduziram às discussões sobre a atuação do Tribunal frente à promoção de medidas de contenção da pandemia e à influência das orientações do Conselho Nacional de Justiça. No desenvolvimento das categorias e na justificativa metodológica de cada uma, apresentamos nossa análise de forma breve, sem uma discussão com a literatura especializada, o que será realizado em outros produtos derivados da presente pesquisa.

Resultados Qualitativos

O projeto inicial da pesquisa à qual faz referência esse trabalho se propôs a mapear as seguintes informações: i) se o processo é de conhecimento ou execução, ii) o gênero do paciente, iii) se o representante/impetrante seria a Defensoria Pública ou advogado constituído, iv) qual categoria dos grupos mencionados na Recomendação do CNJ é mencionado no acórdão (gestante, lactante, idosos, por exemplo), v) tipo de delito, vi) data da decisão, vii) câmara que prolatou o acórdão, viii) deferimento ou indeferimento. Os dados coletados permitiram a análise da maioria das propostas, contudo, os itens i, iii e iv não foram realizados.

Os dados coletados não permitem analisar com segurança se o representante ou impetrante seria a Defensoria Pública ou advogado constituído, uma vez que percebemos a possibilidade de nomes próprios indicarem defensores e não advogados. Em relação aos grupos mencionados pela Recomendação n. 62 do CNJ não foi possível detectar por meio do software as partes do texto que tratavam especificamente de determinado grupo. Um exemplo disso ocorre quando o grupo é gestantes e a decisão cita os demais a título de descrição da própria Recomendação.

A partir do software RStudio e das técnicas utilizadas para coletar, filtrar e tratar as informações dos acórdãos baixados, construímos quatro tabelas de dados. A primeira informa variáveis técnicas gerais como classe, assunto, relator, comarca, órgão julgador, data de julgamento, data de publicação, número do processo, ementa e acórdão (número identificador do acórdão). A segunda apresenta informações técnicas específicas sobre o número do processo, o código do processo, a área, o assunto, a classe, o órgão julgador, a origem, o nome do relator, do revisor, a seção, a última carga, o valor da carga e o volume apenso. A terceira indica o dispositivo por data e número do processo. A quarta planilha informa sobre o número do processo, o tipo de parte (impetrante ou paciente) e o representante.

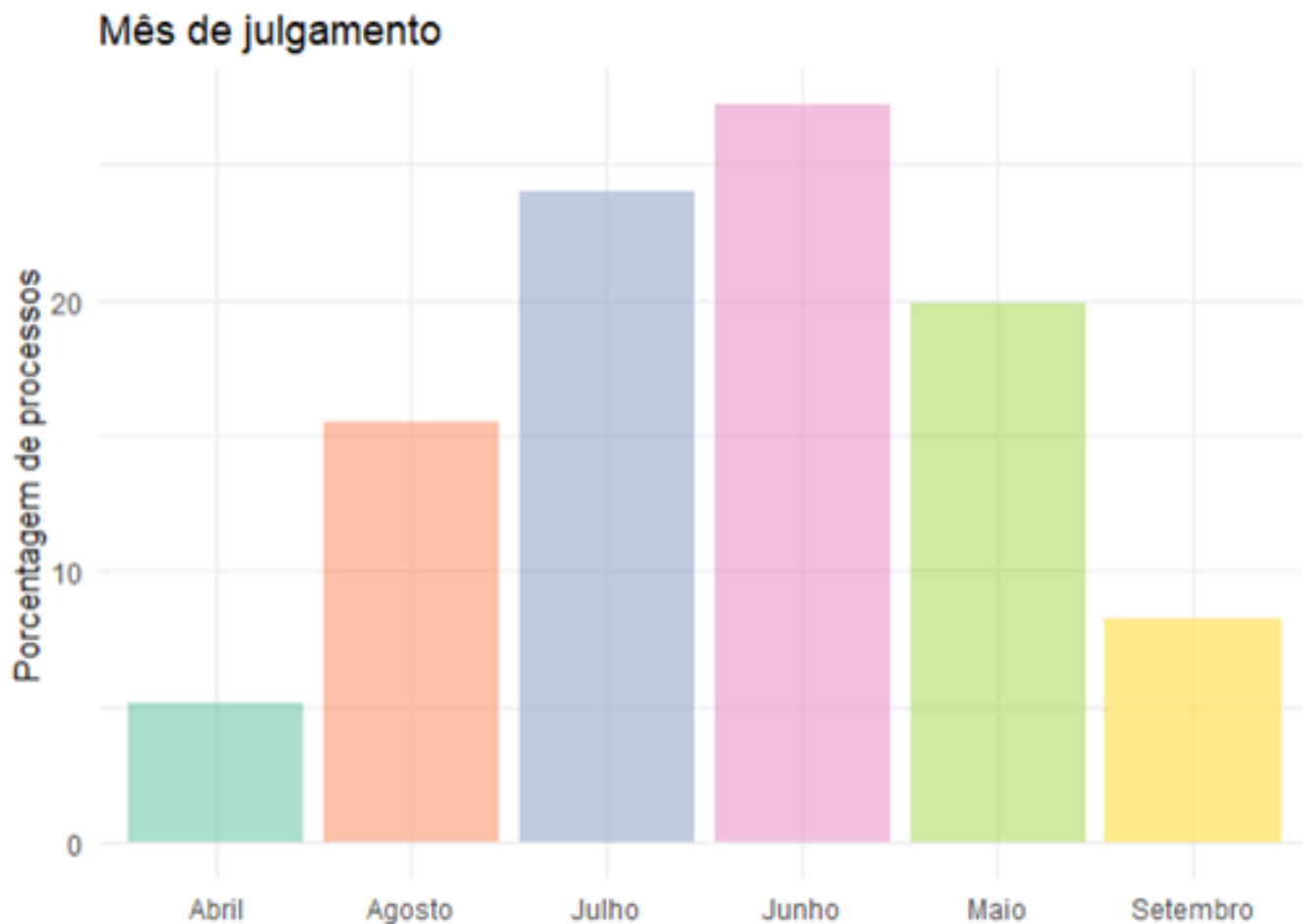
As quatro planilhas foram unidas fixando-se a planilha de dispositivo e adicionando nesta as informações das outras planilhas a partir da unidade de análise 'número do processo'. Os dados foram tratados a partir de funções no

4 Os dados coletados e analisados neste trabalho estão disponíveis para consulta no banco de dados da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP - USP). Para obtenção do acesso enviar solicitação para: luizabarroso@usp.br.

próprio RStudio para gerar a tabela final que contém as informações consideradas relevantes para a análise sobre habeas corpus em tempos de pandemia de forma que não houvesse repetição de informações. A tabela final possui como indicadores: classe, assunto, relator, comarca, órgão julgador, data de julgamento, data de publicação, dispositivo, tipo de ação, tipo de crime, processo e resumo. A coluna de 'representantes' na planilha que indica informações sobre as partes não foi incluída, pois apresentou inconsistência de dados (alto número de dados faltantes e entre os disponíveis não foi possível afirmar que nomes próprios poderiam não ser defensores públicos). Foram coletadas 8.409 observações, o que significa que a partir da unidade de análise 'número do processo', a planilha final possui 8409 linhas (cada linha referente a um número de processo).

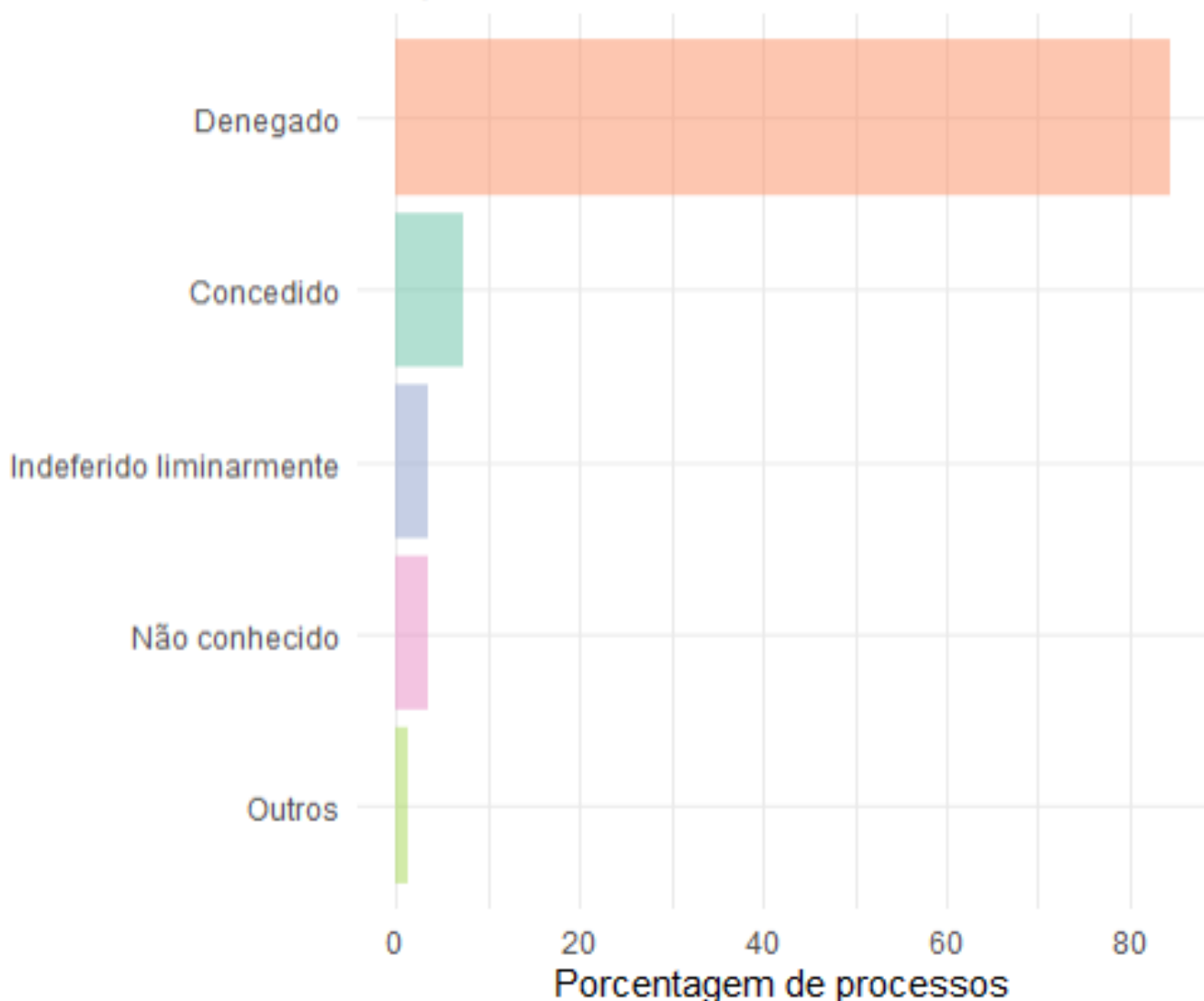
A variável 'classe' possui um único índice, o habeas corpus criminal. A variável 'assunto' possui como índices todos os possíveis crimes ou contravenções penais que ocorreram no período, como estupro, tráfico de drogas, furto qualificado, uso de documento falso etc. No total são 122 tipos de assunto encontrados. Os indicadores relator, comarca, órgão julgador (câmara), data de julgamento e publicação possuem como índices as informações técnicas relativas a cada classe de informação. O indicador tipo de crime possui 36 índices, por exemplo, crime contra o patrimônio, crime contra a vida, violência doméstica etc. O indicador resultado não existe na tabela original, foi uma categoria que criamos a partir de dispositivo e possui cinco índices: Concedido, Denegado, Não conhecido, Indeferido liminarmente e Outros (corresponde a julgaram prejudicada a ordem por votação unanime, desistência da ordem ou quando o processo foi extinto sem resolução de mérito).

Para analisarmos as datas dos julgamentos, agrupamos os resultados por mês e retiramos os dados faltantes. Obtivemos 6648 observações, das quais 342 são do mês de abril, 1320 de maio, 1809 de junho, 1599 de julho, 1030 de agosto e 548 de setembro. Abaixo, indicamos o gráfico que apresenta os percentuais por mês.



Analizamos os dispositivos das decisões para entender o perfil decisório do TJSP ao julgar os habeas corpus, nos quais cita-se a Recomendação nº 62 do CNJ. Das 8.409 decisões, 630 não estão disponíveis, por isso foram excluídas da análise para que o total considerado sejam as 7779 decisões restantes. Destas, aproximadamente 7% são decisões para conceder habeas corpus, 84% das decisões são denegatórias, em torno de 3% indeferidas liminarmente e 3% não conhecidas, classificou-se como “outros” 1% das decisões. O primeiro gráfico comunica o mapeamento das decisões judiciais em porcentagem nos pedidos de habeas corpus no TJSP entre 17 de março de 2020 e 17 de setembro do mesmo ano.

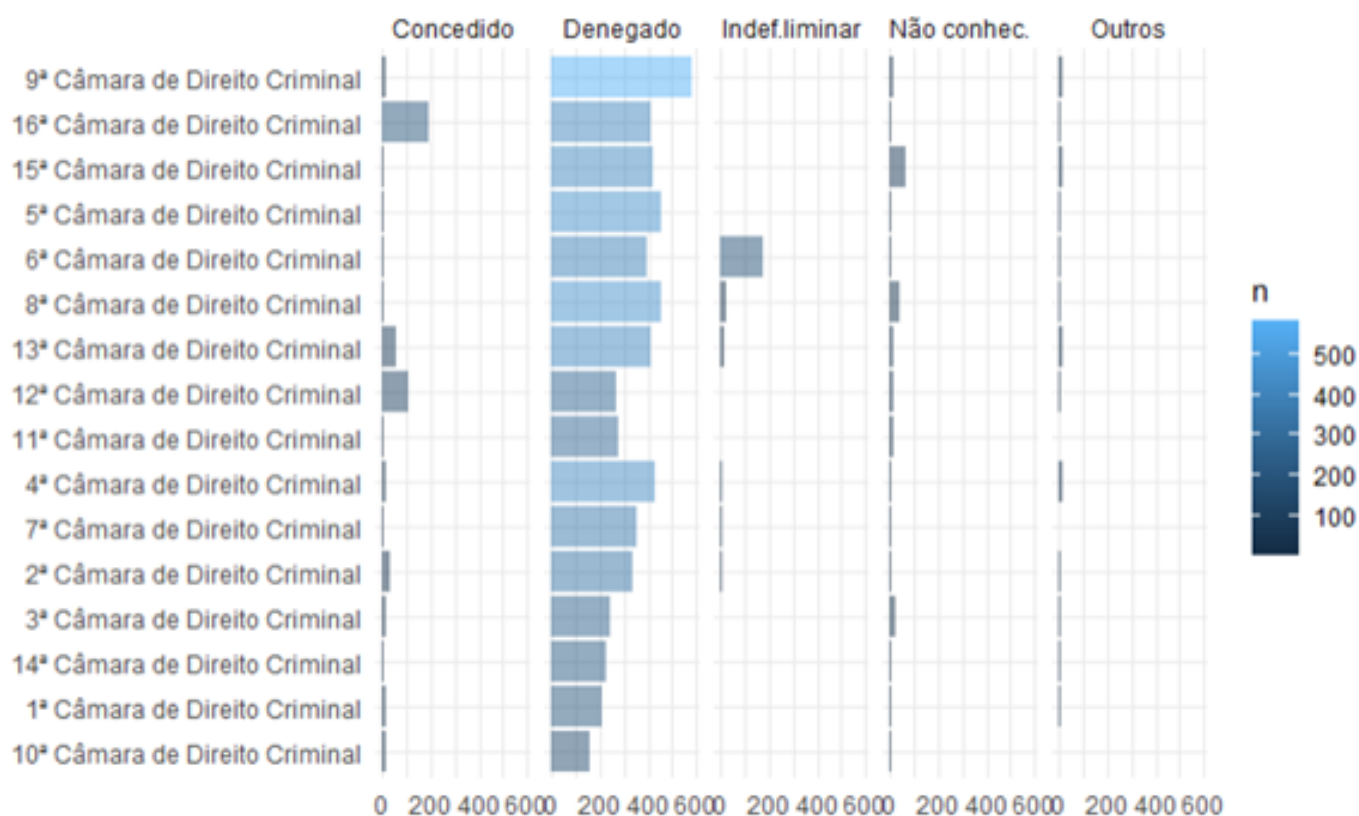
Mapeamento das decisões



Mais de 80% dos julgamentos analisados foram denegados (84,49%). Dentre estes (5617 resultados), 99,2% foram denegados por votação unânime.

O próximo gráfico indica o número de habeas corpus que resultaram em 'concedido', 'denegado', 'indeferido liminarmente', 'não conhecido' ou 'outros' em cada câmara do TJSP⁵. Apesar de a regra ser o resultado 'denegado', a nona câmara é aquela que mais denega e a décima sexta a que mais concede.

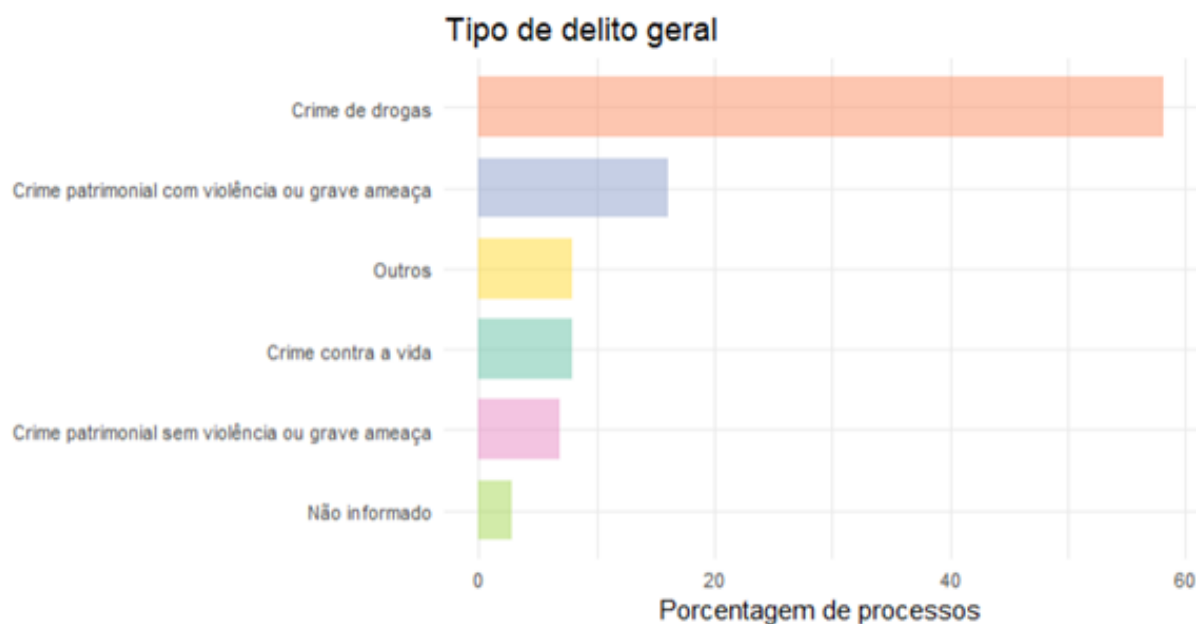
5 https://docs.google.com/spreadsheets/d/175JHfQPuQg-lwYOPi2ri9eckLNx1zPl4-ykF3_RKc/edit#gid=828653990



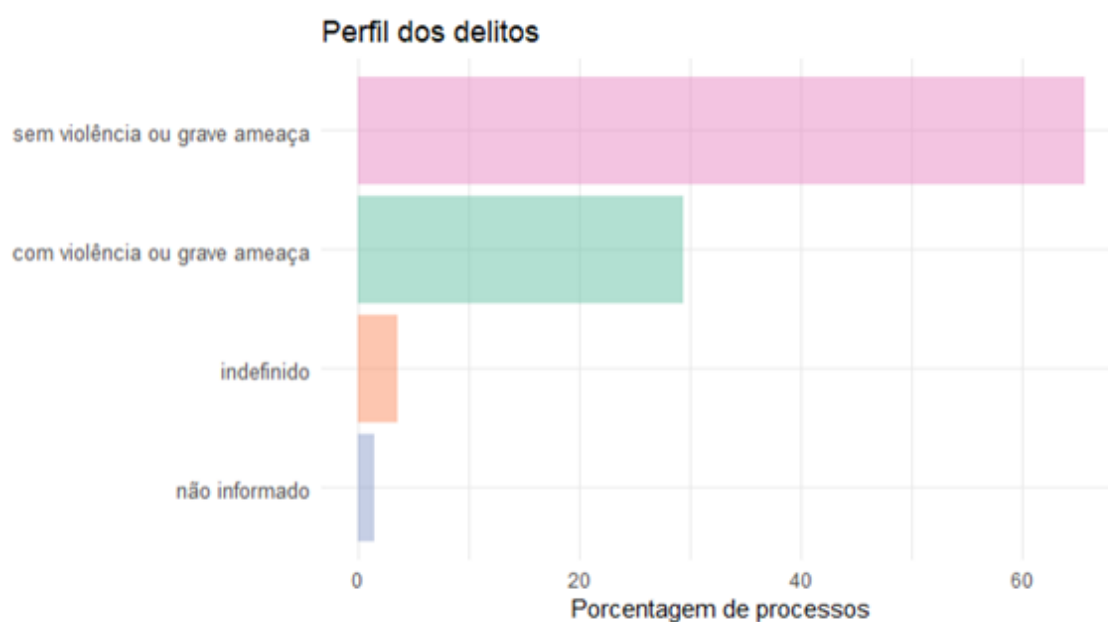
Analizamos as variáveis 'tipo de crime' e 'assunto' e decidimos trabalhar com 'assunto' por possuir menos dados faltantes e informações mais detalhadas. Todos os assuntos foram categorizados como "Crime de drogas" que inclui consumo, porte e/ou tráfico, "Crime patrimonial com violência", por exemplo o roubo, "Crime patrimonial sem violência", como o furto, "Crime contra a vida", por exemplo o homicídio e outros (todos os crimes que não se enquadram em uma categoria anterior, crime de trânsito, crime contra a honra, falsidade ideológica, corrupção, etc) e "Não Informado" quando o dado é faltante ou indica uma informação vazia (como "DIREITO PENAL"). Após o tratamento dos dados, apresentamos o gráfico que comunica os tipos de crime e o número de julgamentos.

Classificação	Quantidade
Contravenção penal	1
Crime contra a administração pública	71
Crime contra a honra	31
Crime contra a liberdade individual	23
Crime contra a pessoa com violência ou grave ameaça	18
Crime contra a vida	455
Crime contra o meio ambiente	2
Crime de drogas	3324
Crime de responsabilidade	1
Crime de trânsito	21
Crime patrimonial com violência ou grave ameaça	921
Crime patrimonial sem violência ou grave ameaça	396
Crime sanitário	2
ECA	1
Estatuto do idoso	3
Incolumidade pública	11
Não informado	163
Organização criminosa	37
Porte de armas	119
Violência doméstica	61
Violência sexual	54

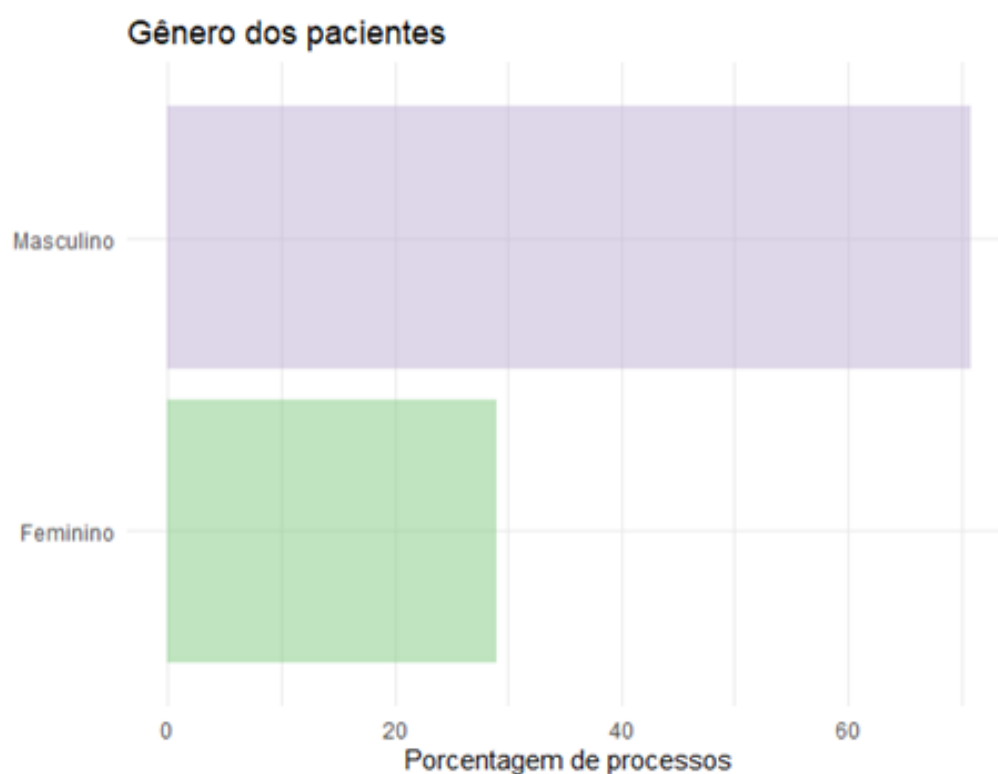
A partir da classificação indicada, agrupando os dados por frequência, sistematizamos os dados para a criação de categorias maiores: crime de drogas, crime patrimonial com violência, crime patrimonial sem violência, crime contra a vida, outros (contravenção penal, crime contra a honra, crime contra a liberdade individual, crime contra a pessoa com violência, crime contra o meio ambiente, crime de responsabilidade, crime de trânsito, crimes contra a administração pública, crime sanitário, ECA, estatuto do idoso, incolumidade pública, organização criminosa, porte de armas, violência doméstica, violência sexual) e não informado.



Ao centrar a análise na violência, criamos novas categorias: sem violência (crime de drogas, crime patrimonial sem violência, crime contra a honra, crime contra o meio ambiente, crime de responsabilidade, crimes contra a administração pública, crime sanitário, incolumidade pública, porte de armas, organização criminosa), com violência (crime patrimonial com violência, crime contra a pessoa com violência, violência doméstica, violência sexual, crime contra a vida,), indefinido (contravenção penal, crime contra a liberdade individual, crime de trânsito, ECA, estatuto do idoso,) e não informado.



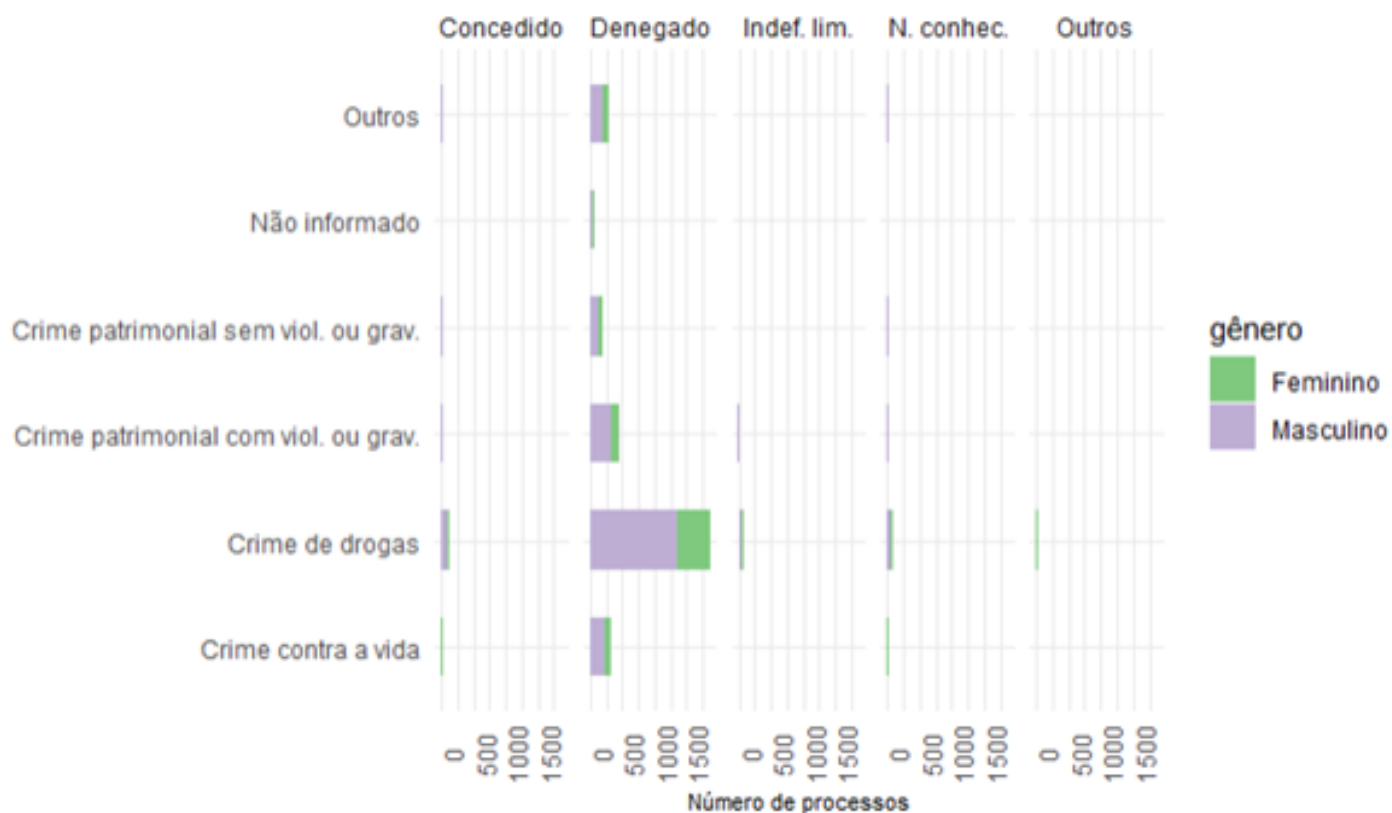
Para analisar o gênero daqueles que impetraram habeas corpus no intervalo de tempo de março a setembro de 2020, apresentamos o gráfico que sistematiza essa informação. Para conseguir saber o gênero do paciente utilizamos a função `getgender()` que indica se o nome é masculino ou feminino a partir dos dados do censo realizado pelo IBGE em 2010. A variável gênero apresentou 4718 dados faltantes, 1372 para o gênero feminino e 3362 para o masculino. Retirando os dados faltantes temos 29% dos pacientes em habeas corpus com nomes do gênero feminino e 71% masculino. Pressupondo que os nomes identifiquem o gênero do paciente, temos:



Em relação às decisões por crime e gênero, ao retirarmos os dados faltantes, temos 3845 resultados⁶, dos quais:

⁶ https://docs.google.com/spreadsheets/d/175JHfQPuQg-lwYOPIbi2ri9eckLNX1zPl4-ykF3_RKc/edit?usp=sharing

Mapeamento do dispositivo e delito por gênero



Por essas organizações, é possível dizer que a grande maioria dos pedidos de Habeas Corpus feitos durante o período da pandemia e com apoio na Recomendação do CNJ foram denegados e que tais pedidos eram relativos a processos penais, em sua maioria, relativos a crime de drogas, sem emprego de violência e/ou grave ameaça e tendo homens figurando como réus.

Considerações Finais

Ao editar a Recomendação nº 62, o Conselho Nacional de Justiça procurou enfatizar a importância de medidas que adotem e intensifiquem o uso dos instrumentos jurídicos que possam contribuir para a contenção da pandemia, reduzindo as taxas de óbitos e contaminados (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020). Entretanto, as informações coletadas na etapa qualitativa permitiram perceber que as justificativas dos magistrados são em sentido diverso à iniciativa do CNJ, mesmo em habeas corpus concedidos. Essa controvérsia chamou nossa atenção para a pouca influência da Recomendação e do próprio CNJ sobre a magistratura paulista.

Os dados quantitativos ilustraram o parâmetro geral do objeto de pesquisa do qual parte o estudo qualitativo. Eles auxiliam na justificativa da metodologia utilizada quando apresentam, por exemplo, que meses mais intensos na pandemia tiveram maior quantidade de habeas corpus impetrados, o que colabora com nosso interesse por filtrar as publicações entre julho e agosto. Além disso, os dados também auxiliaram para aperfeiçoar as inferências e as conclusões retiradas da pesquisa, quando pontuam que 84% das decisões são denegatórias e que embora esse resultado frequente em todas as Câmaras, a proporção entre pedidos concedidos e, denegados varia consideravelmente entre diferentes Câmaras Criminais.

Os dados aqui apresentados são limitados e podem ser aperfeiçoados e complementados por investigações futuras deste grupo e/ou de demais equipes de pesquisa. Algumas das limitações que podemos apontar é que a pesquisa se restringiu às decisões de pedidos de habeas corpus julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Também fizemos a leitura apenas das informações contidas nas decisões, o que não nos permite identificar ou considerar disputas ou controvérsias argumentativas que possam estar nos autos. Não consideramos nas análises todos os aspectos da Recomendação nº 62, mas apenas aqueles que foram utilizados como justificativa para os pedidos de liberdade, em especial, artigos 4º e 5º.

Por outro lado, avançamos nos achados sobre o tema em relação a outras pesquisas que nos antecederam e auxiliaram na formação de nosso projeto inicial.

Ampliamos o espaço temporal da coleta de acórdãos e o universo das decisões coletadas quali e quantitativamente em relação a outros estudos anteriores sobre o mesmo tema (VASCONCELOS et. al., 2020). Reconstruímos os achados dos autores por meio de novos critérios de busca e interpretação dos dados encontrados, a fim de complementar e fortalecer as hipóteses também levantadas. A própria integração de informações quantitativas e qualitativas inovaram para inferir novas observações, construindo nossa abordagem particular com a ajuda do software RStudio e com métodos de leitura e interpretação de decisões judiciais.

O desenvolvimento da pesquisa descrita neste relatório ampliou nosso conhecimento sobre variados temas do direito como análise de decisão judicial, habeas corpus criminal, papel institucional do CNJ, a Recomendação nº 62, o Sistema de Justiça Penal e Socioeducativo. Também conseguimos explorar assuntos externos à natureza jurídica, como medidas de contenção epidemiológica, comorbidades frente a infecções por Covid-19, teoria da metodologia e da escrita científica, tecnologias e softwares para a produção de dados quantitativos. Apesar dessa variedade de temas e aprendizados, a principal inovação do desenvolvimento da pesquisa e de todos os seus produtos, como este relatório, foi a parceria entre a Academia e a Defensoria Pública. A troca cotidiana entre os autores que assinam a autoria deste relatório permitiu a produção e o compartilhamento do conhecimento e das informações descritas neste Relatório.

Referências

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relatório Semestral Do Núcleo Especializado De Situação Carcerária Da Defensoria Pública Do Estado De São Paulo (fevereiro - julho, 2020). DP/SP, Fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/Relat%c3%b3rio%20Semestral%20NESC%20-%2001.02.2020%20-%2031.07.2020.pdfbr>). Acesso em: 17/03/2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Só 3% dos processos de pessoas presas em grupo de risco para Covid-19 ou outros indicados pelo CNJ para contenção da pandemia recebem alvará de soltura em SP, aponta estudo da Defensoria. São Paulo, 08 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=89767&idPagina=3086>>. Acesso em: 17/03/2021

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, junho de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 17/03/2021.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Pedidos de Acesso à Informação: Dados sobre a COVID-19 no sistema prisional no 1º e 2º quadrimestres de 2020: Principais resultados. São Paulo, 2021.

Notícias STF (2015, agosto). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 17/03/2020.

Notícias STF (2015, setembro). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385al>. Acesso em: 17/03/2020.

VALENÇA, Manuela Abath; DA SILVA FREITAS, Felipe. O direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ no Contexto da Pandemia da Covid-19. *Direito Público*, v. 17, n. 94, 2020.

VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista de Administração Pública*, v. 54, n. 5, p. 1472-1485, 2020.

PARTE II - ARTIGOS E ENSAIOS

A Crise Prisional na Pandemia e a Racionalidade Neoliberal do Tribunal de Justiça de São Paulo

Ana Carolina Cartillone dos Santos⁷

Patrick Cacicedo⁸

Introdução

O advento da pandemia do novo coronavírus trouxe imediata preocupação com a vida da população prisional, afinal, as prisões são ambientes propícios para a proliferação do vírus. Desde o início, a principal medida para contê-lo era o distanciamento social, impossível nas superlotadas penitenciárias brasileiras. A insalubridade aliada à precariedade da alimentação e falta de assistência à saúde trouxeram reclamos de medidas para evitar o contágio e suas consequências nas prisões.

Ao redor do mundo diversas medidas foram tomadas em diferentes países, desde concessão de prisão domiciliar aos presos do grupo de risco até indultos e antecipações de direitos no âmbito da execução penal. No Brasil, no entanto, os Poderes Executivo e Legislativo quedaram-se inertes na matéria, sendo consequência previsível que o Poder Judiciário seria o destinatário de demandas para garantia da vida nas prisões. Tal fato foi acentuado pela edição da Recomendação 62, de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que consolidou o Poder Judiciário com o campo de luta pela liberdade e pela vida. Os resultados, no entanto, foram desoladores, especialmente no Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo que o presente ensaio pretende refletir sobre suas razões.

1.A crise de legalidade penal no Tribunal de Justiça de São Paulo

Em março de 2020, ainda no início da epidemia de covid-19 no Brasil, e a partir de leis editadas no Brasil e pronunciamentos da Organização Mundial da Saúde, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 62/2020. Destinado à “proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados,

7 Mestranda em Direito Penal pela USP. Advogada.

8 Mestre, doutor e pós-doutorando em Direito Penal pela USP. Defensor Público do Estado de São Paulo.

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”; reduzir “os fatores de propagação do vírus” e manter “a continuidade da prestação jurisdicional” (artigo 1º)¹⁰, o ato normativo fixou diversas diretrizes de redução dos riscos epidemiológicos nas unidades prisionais, tais como (i) a reavaliação das prisões provisórias¹¹ (artigo 4º) e, no âmbito da execução penal, (ii) a concessão de progressão antecipada dos regimes fechado e semiaberto; e a concessão de prisão domiciliar para (iv) “todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução” e para (iv) “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” (artigo 5º).

Diante da emergência sanitária e à luz das orientações, alguns talvez vislumbrassem que a aberta oposição entre as medidas de prevenção ao contágio do vírus Sars-Cov-2 para garantia da saúde coletiva e as condições reais de privação de liberdade no Brasil poderiam conformar circunstâncias inéditas para a concretização de políticas de desencarceramento no Brasil. A baixa adesão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à recomendação, contudo, não apenas

9 A Recomendação menciona expressamente a “Declaração pública de situação de pandemia em relação ao novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde - OMS em 11 de março de 2020, assim como a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da Organização Mundial da Saúde, em 30 de janeiro de 2020, da mesma OMS, a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN veiculada pela Portaria nº 188/GM/MS, em 4 de fevereiro de 2020, e o previsto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”, que estabelecia medidas de prevenção ao contágio e enfrentamento nacional da emergência sanitária. No contexto de tais pronunciamentos, embora não expressamente referida na Recomendação, é de se destacar também a Declaração conjunta do UNODC, OMS, UNAIDS e ACNUDH sobre a COVID-19 em prisões e outros locais fechados emitida pelos dirigentes dos organismos em 15 de março de 2020, e que, considerando “a crescente vulnerabilidade de prisioneiros e outras pessoas privadas de liberdade à pandemia de COVID-19”, estimulava o desencarceramento como medida de saúde pública sobretudo em contextos de superlotação, como no caso brasileiro. Disponível em: <https://unaid.org.br/2020/05/declaracao-conjunta-do-unodc-oms-unaid-e-acnudh-sobre-a-covid-19-em-priso-es-e-outros-loca-is-fechados/> (acesso em 30/06/2021).

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62/2020 de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246> (acesso em 30/06/2021).

11 Nos termos do artigo 4º, inciso I, da Recomendação: “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”. Ibidem.

confere contornos especialmente nítidos ao compromisso de magistrados com a reprodução da barbárie no sistema penal brasileiro, como expõe o baixo rendimento concreto do direito penal como instrumento de contenção do poder punitivo no Brasil, revelando, assim, de forma particularmente nítida o sentido predominantemente autoritário de sua reprodução concreta.

Afinal, a contrariedade da jurisprudência dos magistrados paulistas não apenas em relação ao Conselho Nacional de Justiça, como também a posicionamentos consolidados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal - sempre no sentido da ampliação do poder punitivo -, transcende a epidemia de covid-19 no Brasil e é aspecto reconhecidamente constitutivo de sua atividade jurisdicional.

Com efeito, a insurgência de grande parte dos desembargadores do tribunal paulista contra interpretações jurisprudenciais - que, aliás, no mais das vezes apenas reafirmam os limites à intervenção penal já estabelecidos na própria lei - vem sendo objeto de crítica pública recorrente por ministros do Superior Tribunal de Justiça e ganhou contornos oficiais mais pronunciados em 2020 quando do julgamento do HC nº 596.603/SP, em que a corte superior concedeu ordem de habeas corpus coletiva mais de mil presos que cumpriam pena indevidamente em regime fechado pelo crime de tráfico privilegiado. Na oportunidade, em que a prática judicial do tribunal paulista de descumprimento reiterado das orientações do STJ converteu-se no próprio fundamento da decisão, os ministros da sexta turma reconheceram não caber ao Poder Judiciário o recurso a “discursos metajurídicos de matiz ideológico ou moral, para incrementar o rigor do sistema punitivo e para contornar, com argumentos aparentemente jurídicos, os limites impostos pela lei penal e pela jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores” .

A postura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nesse sentido, indica que o direito penal jurisprudencial que se constituiu no Brasil nas últimas décadas se revela não necessariamente como apego aos precedentes judiciais em detrimento da lei, mas antes como adesão à lei e a jurisprudência apenas na medida em que se revelam aptas a justificar a intervenção penal. Em alguma medida, portanto, esse diagnóstico remete à formulação de Alessandro Baratta, que já identificava na magistratura uma nova função tecnocrática de discricionária

12 STJ. HC nº 596.603/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe: 22/09/2020.

gestão política dos conflitos em detrimento das leis¹³.

Tal tendência, contudo, expressa também a própria dimensão fundamentalmente autoritária da legalidade no Brasil. Como sintetiza Alysson Mascaro, a dominação de classe no capitalismo periférico brasileiro opera “seja por meio do controle das instituições (...), seja por meio de ações nos limites da própria legalidade de acordo com seus interesses ou por meio de sua recusa”¹⁴. O poder punitivo no Brasil é, portanto, exercido tanto mediante como a despeito das normas jurídicas, de tal sorte que a eficácia - fundamentalmente da lei, mas também da jurisprudência - e o exercício de aplicação ou afastamento das normas penais revela-se predominantemente pelo critério da conveniência à realização de seus fins.

A jurisdição penal da epidemia, contudo, confere contornos mais nítidos a essa tendência. A dramaticidade das condições concretas em que se instala, que converte de modo generalizado a já considerável possibilidade de morte e de danos à saúde de milhares de pessoas no sistema prisional em probabilidade de curto prazo, constrange de forma particular as razões de decidir dos magistrados em seu exercício jurisdicional. Se, via de regra, a insurgência das cortes estaduais contra orientações de interpretação restritiva da lei penal concretiza-se a partir de argumentos que, embora metajurídicos e contrários ao direito brasileiro, ao menos se revestem de retórica de suposta técnica, no caso da jurisdição criminal da pandemia, as referências fragmentadas a critérios que se proliferam na forma de pretensa dogmática paralela como “gravidade abstrata do delito” e “periculosidade” nos fundamentos das decisões passam a conviver com o simples absurdo de forma mais manifesta e recorrente. É assim, então, que emergem decisões denegatórias de habeas corpus divorciadas da própria lógica e baseadas em argumentos como a suposta ausência de demonstração de risco concreto para proliferação da doença nas unidades prisionais.

Nesse contexto, resta mais evidente que a baixa adesão à recomendação do CNJ no TJSP, bem como a natureza de diversos dos fundamentos das decisões, revela de forma privilegiada (pois mais imediata) a atividade jurisdicional como exercício

13 BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 2, n. 5, p. 5-24, 1994.

14 MASCARO, Alysson. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 103.

15 Nesse sentido: VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Henrique Yu Jiunn. Pandemia Só das Grades para Fora: os Habeas Corpus Julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. *Direito Público*, v. 17, n. 94, 2020.

do poder punitivo e o sentido predominante da legalidade no contexto da reprodução concreta do direito penal brasileiro como simples retórica de realização de suas funções reais.

2. Tribunal de Justiça de São Paulo e a racionalidade neoliberal

Houve um período no qual a crítica jurídica voltou-se aos juízes que aplicavam as leis de maneira estrita, confundindo-a com o próprio direito. Com efeito, o positivismo jurídico reduziu o direito às normas postas e o seu estudo às técnicas para resolver os conflitos com o manejo delas. As referências sobre o justo passaram a se balizar por aspectos formais e restaram dissociadas de sua fonte real social, de maneira que o jurista deixou de indagar acerca das causas sociais e históricas do fenômeno jurídico. Como a dimensão histórico-social do direito restou fora da alçada do jurista, o purismo formalista apregoado pelo positivismo jurídico conduziu a uma identificação da justiça com a ordem jurídica posta.

O formalismo normativista de Hans Kelsen, ao romper a relação do direito com a realidade da vida e seu processo histórico ignorava a justiça das decisões e seus impactos na vida social. A ignorância do papel do direito para além da aplicação das normas foi objeto de duras críticas, especialmente pela capacidade de legitimar qualquer modelo de Estado ou de política estatal que se manifeste normativamente. O caso mais simbólico foi o do próprio nazismo e seus horrores, em boa medida praticados sob a tutela da lei.

Foi por isso mesmo que a grande crítica ao positivismo jurídico ganhou força após os horrores da Segunda Guerra mundial. A aplicação cega e estrita da lei, desvinculada de seus efeitos sociais e da justiça, não era mais tolerável e, a despeito da sua força persistente no direito contemporâneo, o positivismo foi duramente criticado no plano teórico. A lei não se confunde com o direito e não está desvinculada de sua manifestação concreta. Ela é um elemento importante do direito, mas não sua totalidade, muito menos o seu fim.

A jurisdição do Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, não só desconsidera aspectos civilizatórios elementares, como ignora em grande medida a própria norma. Trata-se, portanto, de uma jurisdição pré-positivista, pois a manutenção da barbárie da vida nas prisões não é levada a efeito por uma aplicação cega da lei, mas por sua própria ignorância, como demonstra a já mencionada crise de não observância da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.

Esse movimento impulsionado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, longe de representar uma manifestação fundada em alguma corrente jusfilosófica, constitui, com efeito, a mais elementar manifestação de autoritarismo, que se agravou na maior crise humanitária das prisões no Brasil.

O aumento avassalador da população prisional do país nas últimas três décadas contribuiu de maneira determinante para a piora nas condições de custódia nas prisões brasileiras. Com percentual de superlotação prisional na casa de 170%, as más condições de vida nas prisões se converteram em catástrofe humanitária: péssimas condições de saúde, escassas vagas para estudo e trabalho, violência, racionamento de água e alimentação, dentre outros problemas de semelhante gravidade. As violações aos direitos humanos são de toda ordem.

À emergência humanitária das prisões somou-se a emergência sanitária da Covid-19, cuja medida básica de contenção é o distanciamento social, incompatível com as prisões brasileiras, quase todas moldadas por celas coletivas. O ambiente fechado das prisões, por si só propício para a proliferação do vírus, se agrava ainda mais em razão das condições específicas da vida carcerária brasileira: superlotação, falta de equipes mínimas e programas de saúde, racionamento de água e fornecimento precário de produtos de higiene.

As prisões se converteram ainda mais em locais de promoção de morte, notadamente para as pessoas do grupo de risco em razão do novo coronavírus. A Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça foi editada justamente para evitar um morticínio nas prisões brasileiras ao mesmo tempo em que mantinha as pessoas sob controle estatal, especialmente por meio da prisão domiciliar. Ainda assim, como demonstra o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, a Recomendação não foi obedecida.

Diante de tanto sofrimento evitável por simples aplicação normativa, constata-se uma naturalização do absurdo que, em princípio, soa incompreensível. A indiferença diante de uma barbárie civilizatória ganhou uma expressão privilegiada na crise sanitária da pandemia do novo coronavírus. Tal indiferença revela-se, na verdade, como traço característico da subjetividade burguesa sobretudo no neoliberalismo. Como aponta Rubens Casara, “o modo neoliberal de compreender e de¹⁶ atuar no mundo passa necessariamente por decisões que autorizam a morte”. E, de fato, é esse o conteúdo real da decisão que mantém em prisão uma pessoa idosa com problema de saúde em plena pandemia: a autorização da sua morte.

Há, aqui, uma questão que vai além da ideia predominante entre juízes de pertencimento das forças de segurança pública, e não de agentes de contenção do poder punitivo por meio da aplicação de direitos e garantias fundamentais. A atuação como atores da segurança pública não lhes autoriza a morte dos seus jurisdicionados. É preciso compreender a indiferença diante da iminência da morte - evitável com a simples aplicação de norma vigente -, como manifestação concreta da racionalidade neoliberal que se manifesta em descarte de vidas que não importam à lógica do mercado.

É a partir dessa subjetividade autoritária própria do neoliberalismo que se pode compreender a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo durante a pandemia para além de uma interpretação mais dura da lei ou mera rebeldia diante das decisões dos Tribunais Superiores. A racionalidade neoliberal prescinde da norma quando ela se torna um obstáculo. A indiferença é ainda mais significativa quando a natureza dessa norma é de recomendação, ainda que se esteja a recomendar singelamente que se salvem vidas.

Notas Conclusivas

A postura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo diante da Recomendação n. 62/2020 expõe com especial nitidez o sentido da legalidade no direito penal brasileiro, que se concretiza antes como retórica legitimadora do poder punitivo que como instrumento para sua contenção. Assim, a despeito do ineditismo da dimensão drástica das consequências covid-19 sobre o mundo e em especial a sociedade brasileira, a jurisdição penal da epidemia revela apenas a lealdade irrestrita de grande parte de seus magistrados à política de encarceramento e de promoção da barbárie neoliberal das quais são responsáveis diretos.

A concretização das funções reais da pena na atual quadra histórica, assim, objetivamente dispensa tais magistrados da própria observância à norma ou da qualquer teoria orientativa da atividade de aplicação do direito, na mesma medida em que, subjetivamente, transcende em muito o simples punitivismo e, de modo absolutamente coerente com a racionalidade neoliberal, conforma a indiferença - inabalável até mesmo à morte - como a postura fundamental do exercício de sua atividade.

16 CASARA, Rubens. *Contra a miséria neoliberal*. São Paulo: Autonomia literária, 2021, p. 16.

A (In)Efetividade da Recomendação nº 62, de 17 de Março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça: uma Reflexão a Partir do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

Mario Eduardo Bernardes Spexoto¹⁷

RESUMO

A Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça converge com a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli enquanto modelo normativo adotado pela Constituição brasileira. Sua efetivação, portanto, dependerá da atuação contramajoritária dos tribunais na afirmação dos direitos fundamentais, o que acaba por representar um obstáculo à sua concretização.

Palavras-chave: Recomendação nº 62/2020 do CNJ-Garantismo penal-Inefetividade.

1. Introdução

A grave situação pandêmica provocada pelo novo coronavírus no ano de 2019 fez com que o Estado brasileiro adotasse, a partir do ano de 2020, uma série de medidas para o enfrentamento desta emergência de saúde pública de importância internacional. A publicação da Lei Federal nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020 representa um marco dessa luta travada contra a COVID-19 e abriu caminho para que outros atos normativos fossem editados com o objetivo de controlar a propagação das contaminações.

Competiu ao Conselho Nacional de Justiça, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, normatizar por meio da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020 e suas prorrogações, uma série de medidas a serem aplicadas pelas magistradas e pelos magistrados brasileiros com o objetivo de prevenir a propagação da infecção pelo novo coronavírus.

17 Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC/UNINTER). Defensor Público do Estado de São Paulo. E-mail: mariospexoto@gmail.com

Como exemplos dessas medidas recomendadas, apenas para citar algumas, tem-se: aplicação preferencial de penas e medidas socioeducativas em meio aberto; a reavaliação de prisões provisórias já decretadas; concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto; etc.

Passado mais de um ano após a publicação da referida Recomendação, a questão a ser respondida é se essa normativa estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça está em sintonia, não apenas com a preocupante situação de saúde pública vivida com muita intensidade no Brasil, o que parece óbvio, mas, sobretudo, com a normatividade garantista adotada pela Constituição Federal de 1988.

A dúvida colocada aqui se torna relevante na medida em que se observa que normas jurídicas de conteúdo garantista tendem, não raramente, a serem descumpridas no Brasil, inclusive pelo próprio Poder Judiciário que tem por missão constitucional a afirmação dos direitos fundamentais previstos abstratamente.

Assim, o presente ensaio busca investigar se a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça está alinhada ao modelo normativo garantista estabelecido constitucionalmente no Brasil e em que medida isso inviabiliza sua concretização, especialmente pelo Poder Judiciário.

2. O modelo normativo garantista no Brasil e a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça

A incorporação dos direitos humanos às constituições do tipo rígida nos países democráticos ocidentais fez com que se desenvolvesse, especialmente a partir da segunda metade do século XX, a teoria do garantismo penal enquanto resposta teórica alinhada às transformações operadas no Estado de Direito após a Segunda Guerra Mundial.

Quem produz com sofisticação essa corrente do pensamento é o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, sobretudo em sua obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, publicada pela primeira vez em 1989, para quem garantismo, em síntese, significa “a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

Embora o garantismo seja considerado uma teoria geral do direito e da política, o termo é utilizado principalmente como paradigma normativo do direito penal mínimo, teoria elaborada para ter vigência no Estado Democrático de Direito cuja estruturação do poder punitivo pressuponha a proteção de direitos fundamentais e a salvaguarda da democracia substancial (IPPOLITO, 2011).

Seguindo essa tendência de transformação do Estado de Direito e de positivação interna dos direitos humanos (os direitos fundamentais) a partir de uma constituição do tipo rígida, o Brasil também elegeu, com a Constituição Federal de 1988, o garantismo penal como modelo normativo legitimador do poder punitivo estatal. Alguns fatores levam à essa conclusão.

A escolha por um modelo de Estado Democrático de Direito e a positivação constitucional de boa parte dos dez axiomas garantistas elaborados por Luigi Ferrajoli apontam o caminho para um direito penal mínimo e garantista que se põe sempre à serviço do oprimido, seja ele a vítima no momento do crime, o acusado frente ao aparato acusatório ou o apenado quando da execução da pena.

Não fosse pela característica fundamental dos Estados Democráticos de Direito (limitação e equilíbrio no exercício do poder), que, por si só, aponta para a necessidade de restringir a incidência do sistema punitivo de repressão, a Constituição brasileira eleva, à categoria de fundamento da República, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e enumera, no extenso rol do artigo 5º, inúmeras garantias penais e processuais penais de índole liberal que deixam absolutamente clara a tendência humanista do constituinte originário (PINHO, 2006, p. 50).

Ao lado desses dois fatores, a Constituição Federal de 1988 formatou um Poder Judiciário autônomo, independente e comprometido, sobretudo, com a concretização dos direitos fundamentais, reforçando a concepção garantista do nosso ordenamento jurídico. Não bastaria para um regime jurídico garantista a formatação de um Estado Democrático de Direito que dispusesse, explícita ou implicitamente, sobre os dez axiomas do sistema garantista se não houvesse um Poder Judiciário com as características apontadas.

Esse terceiro elemento do garantismo penal adotado no Brasil se torna relevante ao estudo que aqui se propõe, na medida em que a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020 do CNJ foi editada por um órgão do Poder Judiciário e sua materialização, no caso concreto, também pressupõe o exercício da atividade judicante dos tribunais brasileiros que trará - ou deveria trazer - concretude à cada uma das recomendações, independentemente das manifestações majoritárias acerca das medidas penais e processuais penais de desencarceramento.

A legitimidade do Poder Judiciário, diferentemente dos outros que constituem a República (Legislativo e Executivo), não decorre do voto popular, mas de sua missão de promover a defesa e a garantia dos direitos fundamentais, inclusive das minorias. Por isso se diz que “o Poder Judiciário tem o dever de se portar como um dique constitucional contra os abusos do sistema penal à liberdade, auxiliando na construção da muralha constitucional do Estado Democrático de Direito Material” (BIZZOTTO, 2009, p. 95).

Garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais é papel do Poder Judiciário no regime jurídico garantista, ainda que, por vezes, essa função tenha que ser exercida contramajoritariamente. Luigi Ferrajoli enfatiza que “o consenso do eleitorado não só é desnecessário, mas pode ser até mesmo perigoso para o correto exercício das suas funções de averiguação da verdade e da tutela dos direitos fundamentais das pessoas por ele julgadas” (FERRAJOLI, 2002, p. 476).

Parece claro, portanto, que a vontade do constituinte brasileiro foi estabelecer um regime jurídico garantista capaz de conferir legitimidade ao poder punitivo do Estado. Pode-se dizer, assim, que o Brasil possui a forma de um Estado Democrático de Direito, cuja Constituição do tipo rígida prevê expressamente boa parte dos dez axiomas garantistas formulados por Luigi Ferrajoli e garante a atuação de um Poder Judiciário autônomo, independente e comprometido com a concretização dos direitos fundamentais.

Seguindo essa concepção garantista do nosso ordenamento jurídico, o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, §4º da CF/88), publicou a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, prorrogada por atos posteriores, recomendando às juízas e aos juízes brasileiros a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Enquanto órgão do Poder Judiciário, portanto, o Conselho Nacional de Justiça, atento à sua função contra-hegemônica no sistema de justiça, recomendou a adoção de medidas substancialmente garantistas em favor daqueles submetidos ao sistema de justiça penal e socioeducativo, pois, além de buscar evitar a propagação das contaminações pelo novo coronavírus - que sob o ponto de vista da saúde pública já seria extremamente relevante - também almeja preservar todos os direitos fundamentais do indivíduo submetido ao jugo penal e socioeducativo que, vale frisar, não sofre qualquer tipo de restrição em seus direitos a não ser em sua liberdade de ir e vir.

Não se pretende discutir aqui se a referida Recomendação tem ou não força normativa para obrigar as juízas e os juízes a seguirem seus comandos. Essa discussão que envolveria os fundamentos da Teoria Geral do Direito acaba ficando em segundo plano quando o que interessa, em verdade, é que ao Poder Judiciário se reservou a missão constitucional de garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Tratando-se a Recomendação nº 62/2020 do CNJ de verdadeira disposição normativa acerca dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos submetidos ao sistema de justiça penal ou socioeducativo, não resta dúvida de que o exercício da tutela jurisdicional será imprescindível à sua concretização. O Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão do Poder Judiciário, assumiu seu papel, e o que se espera agora é que juízes e juízas façam o que determina a Constituição Federal para garantir a saúde das pessoas privadas de liberdade.

3. O legado autoritário e sua relação com a inefetividade da norma de cunho garantista no Brasil

A opção por um sistema penal democrático no Brasil não é capaz de impedir a formação de um abismo entre o plano normativo abstrato e a prática operativa das agências estatais de persecução penal. Não se pode fechar os olhos à substancial discrepância existente entre normatividade e efetividade desse conjunto de normas garantistas limitadoras do poder punitivo que dão forma ao Estado Democrático de Direito brasileiro, e isso ocorre também com a concretização destas recomendações editadas pelo Conselho Nacional de Justiça no contexto social da pandemia provocada pelo novo coronavírus.

Luigi Ferrajoli ao desenvolver a teoria do garantismo penal fala em “graus de garantismo” por compreender que haverá sempre uma discrepância entre normatividade e efetividade da norma penal de cunho garantista. Para o professor italiano, a “coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema de garantias” (FERRAJOLI, 2002, p. 752).

Em notas prefaciais à primeira edição de Direito e razão: teoria do garantismo penal, Norberto Bobbio acrescenta que “até mesmo o mais perfeito sistema do garantismo não pode encontrar em si mesmo sua própria garantia e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa dos direitos que, ainda quando se encontrem normativamente declarados, nem sempre estão definitivamente protegidos” (BOBBIO, 2002, p. 12).

Essa discrepância entre o ser e o dever ser normativo também define as ações cotidianas das agências de persecução penal por aqui, inclusive aquelas praticadas pelo próprio Poder Judiciário, concebido no Brasil para assegurar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos submetidos ao jugo criminal, mas que, com certa frequência, se submete à perspectiva punitivista majoritariamente presente na sociedade brasileira.

Há circunstâncias peculiares inerentes ao sistema punitivo brasileiro que tornam esse abismo entre o plano formal e o real ainda mais evidente, e compreendê-las pode auxiliar na superação democrática desses obstáculos que impedem a concretização de direitos fundamentais no Brasil, especialmente daqueles indivíduos socioeconomicamente vulneráveis.

A redemocratização do sistema político brasileiro ocorrida na década de 1980 não foi suficiente para a plena democratização do sistema de justiça penal, tanto no campo normativo como da prática operativa das agências de persecução penal. Mesmo que tenha havido alguma mudança, “as políticas de segurança e justiça criminal, formuladas e implementadas pelos governos democráticos, não se diferenciam grosso modo daquelas adotadas pelo regime autoritário” (ADORNO, 1993, p. 121).

A falta de uma justiça de transição, a não instauração de uma comissão da verdade, a militarização da polícia preventiva e a vigência dos Códigos Penal e Processual Penal, ambos da década de 1940, são alguns fatores que dificultam o rompimento com o passado autoritário, o que inviabiliza a máxima concretização das normas penais e processuais penais de cunho garantista estabelecidas constitucionalmente.

A influência desse passado autoritário também é percebida na atividade judicante, especialmente no que diz respeito à sua função contramajoritária de afirmação dos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao Estado penal.

Sob a perspectiva do Poder Judiciário, formatado constitucionalmente para exercer sua função de maneira contra-hegemônica, sua relação com o passado autoritário também impede maior concretude do sistema normativo garantista em período democrático, o que acaba por aproximar a prestação jurisdicional das práticas autoritárias e antigarantistas.

Essa conclusão pode ser extraída do estudo feito por Anthony W. Pereira (2010), que ao comparar os regimes autoritários do Brasil, Chile e Argentina chegou à conclusão de que o grau de “legalidade autoritária” vigente no período de exceção influencia a atuação das instituições em período democrático. Assim, quanto mais vinculado o regime de exceção tiver sido à legalidade e à tutela jurisdicional maior será a dificuldade de se redemocratizar o sistema de justiça criminal.

Para o autor de *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, dentre os três países foi o Brasil quem mais se utilizou dos tribunais e do sistema de justiça, e não apenas da força bruta no trato com os opositores do regime autoritário. Essa aparência de normalidade institucional trazida também pela atuação do Poder Judiciário segundo algum parâmetro legal acabou escondendo os verdadeiros entraves para a constituição de um sistema de justiça penal democrático.

Os sistemas legais conservadores que conseguem se adaptar aos regimes autoritários adquirem certa capacidade de conter os excessos das forças de segurança e de abrir algum espaço para a defesa dos direitos humanos, como mostrado no capítulo 7. Esses sistemas, entretanto, geram não apenas interesses burocráticos profundamente arraigados como também uma ‘história oficial’ que podem colocar imensas barreiras aos esforços de reforma após o fim do regime autoritário. No Brasil, ainda mais que no Chile e na Argentina, a herança da legalidade autoritária lançou suas sombras sobre a democracia (PEREIRA, 2010, p. 252).

Portanto, esse elo do Poder Judiciário com o passado autoritário é um dos fatores que impede a superação da cultura punitivista que tem inviabilizado, em grande medida, a efetivação da normatividade garantista. Essa cultura repressiva herdada do período autoritário tem impedido a concretização de medidas que garantem a efetivação dos direitos humanos das pessoas submetidas ao poder penal.

Se o propósito da Recomendação n° 62, de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça é garantir, sobretudo, a saúde dos indivíduos submetidos ao sistema de justiça penal e socioeducativo, ainda que para tanto seja necessário adotar medidas desencarceradoras, certamente haverá muita resistência das agências de persecução penal em sua implementação, inclusive por parte do próprio Poder Judiciário.

Não surpreenderia, porém, se a tutela jurisdicional reconhecesse no caso concreto a força vinculante de algumas recomendações, aplicando-as de maneira seletiva. Ou seja, seria possível que as juízas e os juízes aplicassem algumas de suas disposições e deixassem de aplicar outras, e nesse comportamento seletivo restaria evidente que a discussão não está no campo da Teoria Geral do Direito, mas no compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais do sujeito submetido aos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Como exemplos dessa aplicação seletiva das recomendações poderiam ser mencionadas a realização de audiências de instrução, debates e julgamento de forma virtual no processo penal e a não realização de audiências de custódia. Tais medidas parecem ter sido adotadas pelos tribunais brasileiros nesse período de vigência das medidas de isolamento social provocadas pelo novo coronavírus e elas não estão, por razões óbvias, em sintonia com os direitos e garantias fundamentais dos réus acusados criminalmente ou dos adolescentes submetido ao procedimento infracional.

Portanto, o alinhamento com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e com os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao processo penal e infracional fazem com que a Recomendação n° 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça não seja efetivamente aplicada na prática, pouco importando qualquer discussão acerca de sua força vinculante.

4. Conclusão

O constitucionalismo brasileiro converge com a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Essa conclusão é extraída do próprio texto constitucional e pressupõe, dentre outros fatores, a existência de um Poder Judiciário autônomo, independente e capaz de garantir a aplicação dos direitos fundamentais, independentemente da vontade da maioria. Ou seja, mesmo quando não interessar ao pensamento hegemônico, a prestação jurisdicional deve reconhecer e garantir os direitos humanos, inclusive daqueles submetidos ao sistema de justiça penal e socioeducativo.

Seguindo esse modelo normativo do nosso ordenamento jurídico, o Conselho Nacional de Justiça, no contexto social da pandemia provocada pelo novo coronavírus, publicou a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020 recomendando aos juízes e às juízas a adoção de uma série de medidas desencarceradoras. Além de estar em sintonia com as práticas sanitárias destinadas à não propagação das contaminações pela COVID-19, tais medidas vão ao encontro dos direitos fundamentais de todos que de alguma maneira estão submetidos ao jugo penal e socioeducativo, especialmente daqueles que estão privados de liberdade, seja provisória ou definitivamente.

Porém, a concretização dessas recomendações depende do provimento judicial específico, ou seja, torna-se indispensável a tutela jurisdicional no caso em concreto para que haja a efetivação dessa normatividade garantista. É exatamente por força dessa circunstância que a referida Recomendação tende a não ser cumprida, salvo quando ela, em si, estiver em confronto com os direitos fundamentais do cidadão, como é o caso das hipóteses de audiências virtuais e da não realização das audiências de custódia.

Muitos fatores inviabilizam a efetividade da norma garantista no Brasil, mas aqui se destacou a forte influência que o passado autoritário ainda gera sobre a atuação do Poder Judiciário. Evidentemente que esse não é o único elemento propulsor das práticas antigarantistas nos sistemas de justiça penal e socioeducativo, mas essa constatação se torna relevante na medida em que a discussão envolve a aplicação de direitos fundamentais que são mitigados ou até mesmo suprimidos em períodos de exceção.

Portanto, não é a natureza vinculativa ou não da Recomendação nº 62/2020 do CNJ que levará à sua inefetividade, mas, sim, seu alinhamento com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e com os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao processo penal e infracional.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Violência, controle social e cidadania: dilemas da administração da justiça criminal no Brasil. In: Revista Crítica de Ciências Sociais n. 41, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

BIZZOTTO, Alexandre. A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a aplicação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. Prefácio a 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jun. 2021

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst., Curitiba: Conceito, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução de Alexander Araújo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Ministerio Público de la Defensa Argentina. Buenos Aires: La Ley. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Junior. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 3. São Leopoldo: Unisinos, 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 23 jun. 2020.

MACHADO, Antônio Alberto. Teoria geral do processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. (org.) Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina. Tradução de Ana Luiza Pinheiro e Octacilio Nunes. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PERALVA, Angelina. Violência e democracia: o paradoxo brasileiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PEREIRA, Anthony W. Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Tradução de Patrícia Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Direito penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Covid-19 e Sistema Prisional: Escancarando a Necropolítica

Leonardo Biagioni de Lima
Thiago de Luna Cury
Mateus Oliveira Moro

Desde que a Organização Mundial de Saúde declarou que o surto do novo coronavírus (2019-nCoV) constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em 30 de janeiro de 2020¹⁸ e, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde caracterizou COVID-19 como pandemia¹⁹, previu-se um cenário caótico quando chegasse às unidades prisionais.

Isso porque, como a transmissão do vírus ocorre por meio de contato pessoal ou com superfícies contaminadas, a partir de gotículas respiratórias da saliva ou de secreções da tosse ou espirro, as principais medidas de prevenção seriam evitar a aglomeração de pessoas e o contato físico, além de higienização constante das mãos.

Neste cenário, é fato notório que o sistema prisional brasileiro encontra-se absolutamente falido, a ponto de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido seu estado de coisas inconstitucional, na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 347, tamanho o vilipêndio à Carta Maior diante das mais diversas e reiteradas violações aos direitos das pessoas que se encontram encarceradas pelo Estado.

Segundo levantamento do DEPEN, o Brasil, em 2017, atingiu a espantosa marca de 748.009 pessoas privadas de liberdade, que se amontoam nas 442.349 vagas disponibilizadas. Havia, portanto, déficit de cerca de 305 mil vagas, acarretando em 170% de ocupação no Sistema Penitenciário, 83.345 de déficit só no estado de São Paulo.

18 A íntegra da declaração pode ser vista no site oficial da Organização Panamericana de Saúde - OPAS-OMS http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812.

19 A íntegra da declaração pode ser vista no site oficial da Organização Panamericana de Saúde - OPAS-OMS http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&catid=1272&Itemid=836.

Essa superlotação retira qualquer possibilidade de garantir condições mínimas para o cumprimento da pena de acordo com as previsões legais, o que significa distribuição insuficiente (às vezes, inexistente) de itens de higiene básicos, insuficiência de atendimentos de saúde, falta de profissionais de saúde na esmagadora maioria das unidades prisionais, falta de estrutura para fornecer água aquecida para banho e baixíssima qualidade, quantidade e variedade da alimentação servida, tudo a impossibilitar o efetivo combate e o tratamento de enfermidades, levando à morte ou ao agravamento de situações absolutamente tratáveis em situação de liberdade²⁰, além de outras nefastas consequências.

A falta de dignidade e condições mínimas para o cumprimento de penas nas unidades prisionais fica devidamente ilustrada com essa chocante constatação: “Um preso morre a cada 19 horas em São Paulo”²¹.

Ora, se em situações de normalidade da saúde pública, em que se enfrentam doenças já conhecidas, com baixo índice de contágio e com protocolos bem estabelecidos de atuação, a situação já se mostra aterradora, com um grande número de mortes pela ausência de garantia do direito à saúde dentro das unidades prisionais, a perspectiva diante da pandemia do Covid-19 é ainda mais preocupante.

Com intuito de lançar alguma luz nas masmorras do sistema prisional paulista e subsidiar atuações que possam garantir direitos à população presa no estado, importante destacarmos que existe uma Política Institucional sólida na Defensoria Pública do Estado de São Paulo de inspeções de monitoramento das condições materiais de aprisionamento nos estabelecimentos destinados à privação da liberdade de adultos, a qual é realizada pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC). Tal política foi instituída pela Deliberação nº 296/2014 do Conselho Superior da Defensoria deste Estado, a fim de se verificar como vem sendo garantidos os direitos das pessoas presas no estado.

20 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/massacre-silencioso-mortes-por-doencas-trataveis-superam-mortes-violentas-nas-prisoas-brasileiras.htm>. Acesso em 16/07/2021, às 11h52min.

21 Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/267901/um-presos-morre-cada-dezenove-horas-em-sao-paulo.htm>. Acesso em: 16/07/2021, às 11h52min.

22 Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=50677&idModulo=5010>. Acesso em 16/07/2021, às 11h56min.

Através dos dados coletados a partir dos relatórios produzidos após as inspeções e das ações judiciais propostas pelo Núcleo, é possível traçar um panorama das condições de (in)salubridade em que as pessoas presas no estado de São Paulo são obrigadas a viver.

Dessa atividade, verificou-se que há racionamento de água em, pelo menos, 70% das unidades prisionais inspecionadas. Ou seja, 7 em cada 10 unidades prisionais, ao menos, não oferecem água - elemento essencial à própria vida - em período suficiente para a população.

Por sua vez, a prevenção de contaminação do COVID-19²³ está intimamente relacionada à prática de higiene e lavagem das mãos, sendo uma das medidas mais eficazes contra a contaminação, isto porque este vírus, diferente de outros, não se propaga somente pela via aérea, se prolifera também pela superfície de contato (toque a objetos) e depois o toque da mão à boca ou rosto. De tal forma, como é possível que se mantenha rotina de lavagem das mãos se não há água em boa parte do dia para uso?

Não bastasse, durante as inspeções no período de pandemia, verificou-se que a situação piorou. Isso porque 85% das unidades prisionais visitadas estavam racionando água no período.

Somada à rotina de higiene para evitar-se a contaminação, é importante a efetivação do direito à assistência material, ou seja, a entrega de itens de higiene de maneira suficiente. Ocorre que a maioria das unidades prisionais não conta com distribuição de kits de higiene de maneira periódica e suficiente.

Note-se que 69% das pessoas presas entrevistadas em rotina de inspeção afirmaram que não recebem sabonete todas as vezes que necessitam.

O vestuário também não é distribuído de forma adequada na maioria esmagadora das unidades prisionais. As pessoas presas têm acesso a pouquíssimas peças de roupa. daquelas que responderam a entrevista sobre tal tema, mais da metade afirma que não há reposição de peças de roupa.

Além disso, um dos maiores problemas é a falta de oferta de opções de roupas para as mais diferentes variações climáticas. Nesse sentido, 59,2% das pessoas presas afirmaram que as roupas fornecidas são insuficientes, o que agrava eventuais problemas respiratórios e reduz a imunidade.

²³ <https://noticias.r7.com/saude/lavar-a-mao-e-uma-das-medidas-mais-eficazes-contracoronavirus-02022020>. Acesso em 16/07/2021, às 11h59min.

O estado de calamidade das condições de aprisionamento é brutal. As pessoas estão expostas a condições que fogem de qualquer parâmetro de humanidade. Assim, sem a reposição dos kits de higiene, ficam proibidas de maneira involuntária de se prevenirem. As vestimentas, que não acompanham as mudanças climáticas, fazem com que essas pessoas não consigam se proteger de outros problemas de saúde, fiquem expostas à friagem e contraiam outros agravos de saúde que podem prejudicar seu sistema imunológico e expô-las a ainda mais graves desfechos caso contraiam o COVID-19.

Nesse sentido, verifica-se que a maioria das unidades prisionais do estado de São Paulo não possui sequer equipe mínima de saúde completa de acordo com a Portaria Interministerial nº 1/2014, que constitui a Política Nacional de Atenção à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) ou, ao menos, com a Deliberação Comissão Intergestores Bipartite CIB n. 62.

Diversas unidades não têm sequer médicos em seu quadro de funcionários. Muitas equipes são compostas unicamente por auxiliares de enfermagem.

As celas, em sua maioria, não possuem circulação de ar ou ventilação natural, de modo que as pessoas presas ficam confinadas durante a maior parte do dia, em ambientes propícios à proliferação das mais diversas doenças. As portas das celas, em sua maioria, são chapeadas (não gradeadas) e não há janelas (principalmente para as pessoas no setor disciplinar).

A médica infectologista Sandra de Oliveira Campos (professora da UNIFESP) afirma que a abertura de janelas e a circulação de ar pode evitar a propagação do vírus .

Assim, é notória a falta de condições de um estabelecimento prisional superlotado conter o contágio entre as pessoas que estão presas ou que trabalham e circulam nesse ambiente.

A única solução seria mitigar a lotação desses estabelecimentos, observando-se radicalmente a Constituição Federal e a legislação nacional, evitando-se e fazendo cessar as violações de direitos daqueles/as que estão presos/as e de todos/as que trabalham ou de alguma forma são atingidos pelo sistema prisional.

24 Disponível em: <https://www.jcnet.com.br/noticias/nacional/2020/03/717668-abrir-as-janelas-pode-reduzir-chances-de-contagio-pelo-coronavirus.html>. Acesso em 16/07/2021, às 11h16min.

Nesta esteira, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 62/2020, onde reconhece

“o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros, características inerentes ao “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 347”.

A referida normativa recomenda a substituição da prisão preventiva e do cumprimento de pena nos regimes fechado e semiaberto para prisão domiciliar de diversos grupos populacionais, sobretudo os mais fragilizados, como mulheres gestantes, lactantes ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou com deficiência, idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco.

Também, recomenda-se a substituição do cumprimento de pena em regime semiaberto por prisão domiciliar ou regime aberto, principalmente onde não se tenha equipe mínima adequada (ou seja, em todas as unidades prisionais), bem como naquelas que estejam superlotadas.

Isso, claro, fora elaborado, sabendo-se que não é possível evitar o avanço da doença nas unidades prisionais, tendo em vista o estado de coisas inconstitucional ali instalado. Assim, a única forma é esvaziar os presídios, a fim de se minorar os gravames.

Em que pese tal recomendação, as solturas necessárias para se preservar a vida das pessoas presas não ocorreram como deveriam.

Veja-se que, conforme levantamento realizado pela Defensoria Pública do estado de São Paulo, de 25,8 mil processos no estado de São Paulo em que tiveram pedidos de soltura em razão da pandemia mundial, em apenas 3% houve expedição de alvará de soltura .

25 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-08/justica-sp-deferiu-pedidos-soltura-base-cnj>. Acesso em 16/07/2021, às 12h19min.

A mesma situação vem ocorrendo com as medidas coletivas tentadas pela Defensoria Pública.

Os *habeas corpus* coletivos que se impetrou em favor da população prisional que compõe grupo de risco no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo sequer foram sendo distribuídos pela Presidência da Seção Criminal do Tribunal para julgamento por desembargador competente, sob a alegação de impossibilidade de impetração de *habeas corpus* coletivo.

Ora, a possibilidade do *habeas corpus* como instrumento de tutela da liberdade frente a possíveis coações ilegais é um direito fundamental da maior relevância, conforme positivado no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal. A complexificação e a massificação das relações sociais, no entanto, têm representado um grande desafio à concretude de tal dispositivo. A situação das pessoas presas é uma clara ilustração disso, com a explosão das estatísticas de encarceramento nos últimos anos que deu origem ao fenômeno comumente conhecido como encarceramento em massa.

É extremamente difícil a tutela individualizada de violações que acontecem de maneira massificada e com vítimas que se encontram dificultadas de vocalizar suas demandas por conta da situação de aprisionamento, sendo necessárias medidas coletivas para efetivar o real direito à liberdade e melhores condições no cárcere. Este tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal em demandas da mais elevada importância nos últimos anos. Cabe destacar a decisão paradigmática proferida em sede do HC 143.641/SP, cujas pacientes circunscreveram-se a *“todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”*. Cumpre citar o importante trecho abaixo:

“É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados. Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (...), é razoável supor

que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los.” (STF. HC 143.641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 24/10/2018)

Da mesma forma tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, como demonstra decisão do Ministro Relator Sebastião Reis Júnior em sede do habeas corpus n. 568.693/ES:

Inicialmente, cumpre ressaltar que, diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea - "sociedade de massa" -, imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal. Em face de um novo contexto socioeconômico e jurídico-material, o modelo processual individualista mostra-se insuficiente, podendo vir a gerar os seguintes entraves: risco de decisões judiciais conflitantes, morosidade e gastos excessivos, litigiosidade contida - fenômeno em que se desiste de buscar o Poder Judiciário por considerá-lo complicado, caro e inútil, gerando uma insatisfação que pode se converter em instabilidade social e, conseqüentemente, violência social - e, pouca efetividade das decisões (Interesses difusos e coletivos. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; e ANDRADE, Landolfo - 8. ed. rev. atual. e ampl - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018). A reunião em um único processo de questões que poderiam estar diluídas em centenas de habeas corpus importa em economia de tempo, esforço e recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional desta Corte Superior mais célere e eficiente.

No entanto, em completo arrepio à Constituição Federal, à legislação e à jurisprudência dos Tribunais Superiores, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem negando completamente a possibilidade de impetração de habeas corpus coletivo.

Não bastasse a ausência de deferimentos de pedidos de liberdade por parte do Poder Judiciário, que seria a medida mais eficaz no combate à pandemia, os poucos direitos garantidos às pessoas presas vêm sendo retirados.

Cita-se aqui a negativa de saída temporária pela Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo nos dois períodos que ocorreriam no ano de 2020. Neste caso, a Corregedoria atuou ativamente para impedir um alívio na superlotação do sistema

prisional, impedindo a saída temporária de cerca de 34 mil pessoas, o que significaria a possibilidade, por exemplo, de utilização dessas vagas para permitir o adequado isolamento das pessoas com suspeita de contaminação. Ato ilustrativo da forma como parte do judiciário lida com a vida e a saúde das pessoas presas.

Também, foram suspensas as visitas de familiares às pessoas presas pelo Poder Judiciário inicialmente e, posteriormente, também, pela Secretaria da Administração Penitenciária.

Em relação a este tema, é importante destacar que o Núcleo Especializado de Situação Carcerária, em face da ausência de contato entre as pessoas presas e seus familiares desde o final de março/2020, ingressou com ação civil pública para que fossem instalados telefones públicos nas unidades prisionais, bem como fosse efetiva a visita virtual por meios de comunicação telemática de áudio e imagem, a fim de se possibilitar o contato da pessoa presa com seus familiares, havendo o julgamento procedente em relação às visitas virtuais, minimizando-se com isso a ausência de contato no cárcere.

Não bastasse, estão suspensas as atividades educacionais e trabalho externo, assim como em diversas unidades prisionais restou reduzido o horário de banho de sol.

Nestes termos, nada tem sido realizado para a garantia da liberdade ou melhores condições para as pessoas privadas de liberdade e, se não bastasse, vem havendo maiores restrições aos direitos das pessoas presas. O fato é que nada disso vem resolvendo.

O avanço desenfreado da pandemia pelo mundo e, por conta da falta de qualquer plano nacional para a contenção em nosso país, principalmente no Brasil, aprofunda a necropolítica levada a efeito pelo processo de encarceramento em massa de um lado e o genocídio da população jovem, negra e periférica de outro.

As condições de nosso sistema prisional, conforme já reconhecido diversas vezes pelas instituições nacionais, são precárias e não garantem os direitos previstos na Constituição ou na Lei de Execuções Penais, passando longe até mesmo da falácia da ressocialização pelo trabalho que aproximou cárcere e fábrica, em especial na Europa, servindo apenas como armazenamento de corpos

Assim, essas condições pré-existentis acrescidas de uma doença que não pode ser contida dentro dos muros das prisões e complementada com a inércia do poder judiciário em dar a única resposta possível - o desencarceramento -, escancara a

pouca ou nenhuma preocupação do poder público brasileiro com a vida das pessoas pobres que escolheu encarcerar.

Dessa forma, a falta de medidas concretas e efetivas em relação ao sistema prisional, as quais deveriam passar necessariamente por um desencarceramento em massa, parece fazer parte de uma política mórbida de extermínio dos mais pobres, que não tendo condições de serem explorados pela sua força de trabalho, tem seus corpos usados para reforçar a estigmatização da população jovem, negra e periférica, legitimando, na ótica de parcela da sociedade, a morte dessa população dentro e fora das prisões.

Some-se a isso o fato de que, em plena pandemia (2020), o governo paulista, segundo dados da Plataforma Justa²⁶, cortou R\$14 milhões do atendimento à saúde nas prisões e R\$31 milhões de ações como a aquisição de produtos de higiene. Além dos cortes, houve redução nos investimentos em todas as ações do Programa de Gestão de Reintegração Social da População Penal. Para cada R\$6,00 previstos na Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2020, ao menos R\$1,00 foi cortado durante o ano. Da previsão de R\$92,8 milhões, a gestão empenhou R\$76,5 milhões, uma queda de R\$16,3 milhões. Os valores nominais empenhados neste programa durante o primeiro ano de enfrentamento da COVID-19 são menores que os investimentos realizados nos últimos cinco anos.

Todo esse descaso trouxe ao cenário atual a seguinte realidade: Até o dia 14 de julho de 2021, 14.822 pessoas presas, no mínimo, teriam sido infectadas pelo vírus no estado de São Paulo e, para piorar, nos últimos quatro meses, o número de mortes de pessoas presas é maior que o número de mortes do primeiro ano da pandemia. Até 3 de fevereiro de 2021, eram 35 mortes e hoje já chegamos a 74 mortes, 39 mortes a mais .

Nesse cenário, veja-se que, apesar de a população privada de liberdade ter sido incluída no Programa Nacional de Imunização como um dos grupos prioritários (apesar de constar como um dos últimos grupos), o estado de São Paulo excluiu essa prioridade.

26 Disponível em: <https://justa.org.br/2021/03/folha-de-s-paulo-doria-corta-da-saude-prisonal-e-engorda-o-caixa-em-ano-de-pandemia/>. Acesso em 16/07/2021, às 11h38min.

27 Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/covid-19/boletim-covid-14-07-21.pdf. Acesso em 16/07/2021, às 11h40min.

Pior que isso. Sequer tem vacinada a população encarcerada de acordo com o público em geral. Em que pese estarmos vacinando pessoas acima de 36 anos neste Estado (15/07/2021) e, embora existam 72.143 acima de 36 anos presas em São Paulo, conforme dados da própria Secretaria da Administração Penitenciária, até o dia 13 de julho apenas 18.102 pessoas presas foram vacinadas em São Paulo conforme informações da própria SAP.

Veja-se, portanto, que se escancara um plano de necropolítica estatal, mantendo-se pessoas, em plena pandemia, confinadas, sem direitos mínimos dentro do cárcere e sem a possibilidade de medidas preventivas à contaminação pela Covid-19 e, agora, sequer vacinando-as. Na contramão, assim, daquilo que era necessário antes da pandemia e tornou-se urgente neste período: o desencarceramento e a revisão da política falida criminal existente em nossos país.

Mulheres, Cárcere e Pandemia

Nalida Coelho Monte²⁸
Joyce Santos de Oliveira²⁹

No início da pandemia da Covid-19, que no momento, já fez mais de meio milhão de vítimas fatais no Brasil, muito se falava que o vírus era democrático, pois não escolhia as pessoas a serem infectadas. Todavia, logo se percebeu que a infecção não era tão democrática assim, pois dependia da possibilidade ou não de as pessoas ficarem em casa em isolamento social ou terem que trabalhar se aglomerando em transportes públicos, por exemplo. Tampouco havia igualdade na recuperação, uma vez que se observou que pessoas idosas e com determinadas comorbidades tinham maiores chances de desenvolver estados graves da doença e vir a óbito. No topo de tudo isso, foi e ainda é preciso lidar com o negacionismo, atraso na vacinação em massa e mesmo boicote à superação deste estado de verdadeira necropolítica.³⁰

De todo modo, foi preciso que o mundo lançasse um olhar mais atento para os grupos vulneráveis, pois estes são, sem dúvida, os que sofrem as piores consequências deste vírus mortal. Se para os grupos vulneráveis as recomendações de distanciamento social, máscara, uso de álcool gel e não aglomeração são máximas a serem seguidas com o maior rigor possível, como aplicá-las à população carcerária brasileira que está submetida a penitenciárias superlotadas e com condições precárias de salubridade?

28 Defensora Pública do Estado de São Paulo, Coordenadora Auxiliar do NUDEM (Núcleo Especializada de Direitos das Mulheres da Defensoria Pública de São Paulo).

29 Defensora Pública do Estado de São Paulo, integrante do NUDEM (Núcleo Especializada de Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública de São Paulo). Mestre pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

30 A partir a noção de biopoder de Foucault, Achille Mbembe engendra as categorias “necropolítica” e “necropoder” para mostrar que, na sociedade contemporânea, a noção de biopoder é insuficiente para dar conta das condições de vida que populações são submetidas. Ele sugere que, em certos governos, a soberania não é exercida para a busca da autonomia de um povo, mas para administrar os corpos que devem viver e os que devem morrer, exercendo-se sobre estes últimos diversas ações e omissões. “Este ensaio pressupõe que a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder.” MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte*. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 04.

O Brasil é a terceira maior população carcerária do mundo e a quarta maior população feminina e a que mais cresce. Segundo os últimos dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)³¹, o Brasil possuía, no primeiro semestre de 2020, 765.070 pessoas privadas de liberdade, empilhadas em apenas 446.738 vagas disponibilizadas, em franca aglomeração. Esses números perfazem um déficit de 231.768 (30%) de vagas nas unidades prisionais. Deste total, 30,15% são presos provisórios - ainda sob o manto da presunção de inocência. Além disso, 68,61% são jovens entre 18 e 34 anos de idade, sendo 21,22% entre 18 e 24 anos; 20,69% entre 25 e 29 anos e 16,7% entre 30 e 34 anos. Outro dado revelador do perfil da população carcerária é o fato de 66,31% serem pretos e pardos, número bem maior que a representatividade deste grupo na sociedade brasileira que é cerca de 56%³².

Ao se analisar o recorte de gênero, o primeiro semestre de 2020 computava cerca de 37.000 mulheres encarceradas, dentre elas, 106 lactantes, 176 gestantes/parturientes e um total de 1.850 crianças com suas mães nos estabelecimentos prisionais. Outro dado que chama a atenção é o fato de o número de mulheres presas no Brasil ter saltado de 5,6 mil para cerca de 37 mil entre os anos de 2000 e 2019, representando um aumento de 660%, enquanto a população carcerária geral aumentou 321% no mesmo período. O encarceramento em massa de mulheres se deu, principalmente, após a promulgação da Lei das drogas em 2006 com a política de guerra às drogas, pois enquanto 31,23% dos homens presos o são pelo delito de tráfico de entorpecentes e afins, quase o dobro de mulheres - 57,76% - estão encarceradas pelo mesmo delito. Segundo Valois, "o que torna tanto mulheres quanto homens vulneráveis à prisão é a pobreza, embora a condição de mulher amplie a complexidade do sofrimento, principalmente no cárcere, sendo também a guerra às drogas um fator de inclusão da mulher na

31 O SISDEPEN é a plataforma do DEPEN de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que substituiu o INFOPEN e sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>.

32 De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2019, 42,7% dos brasileiros se declararam como brancos, 46,8% como pardos, 9,4% como pretos e 1,1% como amarelos ou indígenas. Disponível em <https://educa.ibge.gov.br>. Vale lembrar aqui outra passagem do livro *Necropolítica* de Mbembe: "Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição da morte e tornar possíveis as funções assassinas do Estado. Segundo Foucault, essa é 'a condição para a aceitabilidade do fazer morrer.'" (p. 09)

esfera da repressão policial”.³³ O modo como a Lei de drogas vem sendo aplicada, tem, portanto, impacto desproporcional para mulheres, constituindo-se em ato discriminatório.

O sistema prisional brasileiro reproduz uma estrutura androcêntrica que não leva em conta as questões específicas das mulheres encarceradas. Esse fato ficou escancarado no livro de Nanda Queiroz, *“Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras”*³⁴, que reúne relatos reais de mulheres encarceradas e cujo título já revela por si só que o Estado negligencia as necessidades básicas das mulheres, por exemplo, não fornecendo absorventes íntimos³⁵. Além disso, conforme dados do Depen³⁶, no primeiro semestre de 2020, havia uma capacidade para 568 bebês nos berçários e para 192 crianças em creches dos estabelecimentos prisionais, além de apenas 69 dormitórios ou celas adequadas para gestantes, embora sejam 1850 crianças presente no cárcere com suas mães e 176 gestantes/parturientes, conforme mencionado anteriormente.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, se as estruturas prisionais têm o escopo principal de administrar os corpos, transformando-os em corpos dóceis, como ensina Michel Foucault³⁷, para as mulheres encarceradas, a vigilância e a punição se tornam uma requintada vingança àquelas que, ao praticar um delito, teriam

33 VALOIS, O Direito Penal de Guerra às Drogas. Belo Horizonte. D'Plácido, 2017. p. 637.

34 QUEIROZ, NANDA. Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. 1ed - Rio de Janeiro: Record, 2015.

35 Em relação a este tema é importante observar que as ações de políticas voltadas para as mulheres encarceradas são orientadas pela Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas (PNAMPE), publicada por meio da Portaria Interministerial nº 210/201417 e que a política estabelece como meta o incentivo aos órgãos estaduais de administração prisional para que promovam a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos estabelecimentos prisionais e dentre estes direitos destaca a assistência material que abrangeria além da alimentação básica, direito ao vestuário definido pela política como enxoval básico composto por, no mínimo, uniforme específico, agasalho, roupa íntima, meias, chinelos, itens de cama e banho, observadas as condições climáticas locais e em quantidade suficiente e itens de higiene pessoal: kit básico composto por, no mínimo, papel higiênico, sabonete, creme e escova dental, xampu, condicionador, desodorante e absorvente, em quantidade suficiente. A despeito disso, conforme respostas enviadas pela Secretaria de Administração Penitenciária aos ofícios enviados pelo Núcleo Especializado de Direitos das Mulheres e Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo constatou-se que não vem sendo entregues 24 pacotes de absorventes por ano em média às mulheres, razão pela qual por meio do ofício NUDEM 118/21 e NESC 38/21, datado de 21 de junho de 2021, os órgãos recomendaram a distribuição de, ao menos, 2 (dois) pacotes de absorventes, com 8 unidades cada um, para cada mulher presa no estado de São Paulo, mensalmente, a fim de se garantir o direito à higiene menstrual de forma adequada, nos termos da Resolução nº 04/2017 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

36 Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>.

37 FOUCAULT, Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

subvertido, perante a sociedade, o papel de mulher submissa, esposa, cuidadora e serva de seus maridos. Um indício do sofrimento dessas mulheres é a taxa de suicídio delas no cárcere, que é o dobro da dos homens encarcerados (15,22% e 7,68% respectivamente)³⁸, enquanto na população em geral a taxa de suicídio é cerca de três vezes maior entre homens³⁹.

A partir dos dados disponíveis, facilmente se percebe que as mulheres encarceradas são negras, jovens e pobres e sofrem colateralmente uma maior punição para além da privação da liberdade. Os últimos dados mais aprofundados sobre o perfil das mulheres encarceradas foram publicados pelo Depen há mais de 3 anos, no INFOPEN Mulheres de 2017, nele constava que 63,55% das mulheres presas eram pretas ou pardas, contra um percentual de 55,4% desses grupos entre toda a população feminina conforme dados da PNAD Contínua de 2017. Já com relação à escolaridade, 44,42% das mulheres presas possuíam ensino fundamental incompleto e 28,76% não possuíam ensino médio completo - novamente um dado superior ao constatado no restante da população brasileira através da PNAD⁴⁰. Assim, ao se valer da categoria interseccionalidade de Kimberlé Crenshaw, a qual afirma que muitos dos problemas de justiça social se sobrepõem, criando níveis múltiplos e complexos de injustiças, as mulheres encarceradas, além de negras e pobres, têm ainda o estigma do crime e do cárcere, sofrendo, portanto, inúmeras discriminações sobrepostas. Não é difícil concluir que elas são também as mais afetadas pela pandemia do coronavírus, por conta das múltiplas exclusões sociais mencionadas. Nesse contexto, este pequeno ensaio busca discutir o agravamento da vulnerabilidade da mulher encarcerada durante a pandemia do coronavírus e a deficiência das políticas públicas voltadas para esse público.

38 <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>.

39 Disponível em <https://www.acessa.com/saude/arquivo/setembroamarelo/2020/09/02-relacao-entre-suicidio-genero/>. Acesso em 25/07/2021.

40 Disponível em: https://www.gov.br/depen/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf

41 CRENSHAW, Kimberlé. A urgência da interseccionalidade, TEDWomen 2016, Kimberlé Crenshaw <https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality?language=pt-br>

2. O estado de coisas inconstitucional e mulheres encarceradas

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu na Arguição de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF/347) o “estado de coisas inconstitucional” das penitenciárias brasileiras, declarando ser de responsabilidade dos poderes executivos, legislativos e executivos tomar providências para sanar as constantes e múltiplas violações de direitos humanos das pessoas encarceradas. A corte reconheceu que o sistema carcerário do país, como um todo, fere sistematicamente os direitos das pessoas presas, previstos em vários Tratados internacionais de direitos humanos como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, bem como a Lei de Execução Penal. O Ministro Marco Aurélio em seu voto declarou que “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”.⁴² Nesse contexto, segundo Luís Carlos Valois o “estado de coisas inconstitucional” deve servir como princípio interpretador e orientador da aplicação da pena:

*Assim, a declaração de “estado de coisas inconstitucional” deve servir como princípio para a interpretação e aplicação das leis relativas ao sistema penitenciário, a inconstitucionalidade de cada situação, verificado o caso específico, devendo ser ressaltada, lembrada, para que realmente se faça da prisão a ultima ratio.*⁴³

No que concerne, especificamente, à situação das mulheres encarceradas no Brasil, as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras - Regras de Bangkok - foram aprovadas na Assembleia Geral das Nações Unidas em 2010 e, embora o Brasil tenha participado deste compromisso internacional, apenas em 2016 estas regras foram traduzidas para o português e publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴⁴. Estas regras firmam a necessidade de se considerar as especificidades de gênero, como princípio orientador da execução das penas por mulheres em conflito com a lei.

42 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 03/07/2021.

43 VALOIS, Luís Carlos. Processo de Execução Penal e o Estado de Coisas Inconstitucional. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p.22.

44 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecd40afbb74.pdf>

Dentre seus dispositivos, merecem destaque a Regra 42.2 que dispõe que o regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as e que nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças, a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais; a Regra 45 que insta as autoridades penitenciárias a conceder, da forma mais abrangente possível, opções como saídas temporárias, regime prisional aberto, albergues de transição e programas e serviços comunitários, com o intuito de facilitar sua transição da prisão para a liberdade, reduzir o estigma e restabelecer contato com seus familiares o mais cedo possível e a Regra 57 que determina que deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

Embora as Regras de Bangkok criem as obrigações acima mencionadas para os Estados membro, inclusive o Brasil, os direitos e peculiaridades das mulheres presas no país vêm sendo constantemente violados. Em 2013, a Defensoria Pública de São Paulo precisou ajuizar uma ação civil pública em face do Estado de São Paulo para garantir o fornecimento de absorventes para presas da região de Ribeirão Preto (SP), pois as detentas precisavam usar miolos de pão no lugar de absorventes durante o fluxo menstrual mensal.

O estudo “Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil” de 2014 mapeou o perfil das mulheres gestantes encarceradas e as que vivem com seus filhos e filhas em unidades prisionais e constatou que das 241 mães entrevistadas, 45% tinham menos de 25 anos de idade, 57% de cor parda, 53% com menos de oito anos de estudo e 83% multíparas. O acesso à assistência pré-natal foi inadequado para 36% destas mulheres e, durante o período de hospitalização, 15% declararam que sofreram algum tipo de violência ou verbal ou psicológica ou física, além de o uso de algemas na internação para o parto ter sido confirmado por mais de 30% das mulheres.

45 Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2013/01/presas-em-colina-sp-usam-miolo-de-pao-como-absorvente-diz-defensoria.html>. Acesso em 01/07/2021.

46 Ayres, Barbara, Leal, Maria do Carmo, Esteves-Pereira, A.P, Sánchez, Alexandra, Larouze, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Cien Saude Colet* [periódico na internet] (2016/Abr). Disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/nascer-na-prisao-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil/15596?id=15596>. Acesso em 25/07/2021.

Já a pesquisa *"Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão"* mostrou vários dos aspectos psicológicos que a vivência da maternidade no cárcere traz às mulheres, principalmente o drama da abrupta ruptura delas com suas crianças, após o período de amamentação e necessidade de entregá-la a algum familiar. O estudo concluiu que esta vivência traz maior vulnerabilidade às mulheres e uma forma silenciosa de punição.

No que tange ao aspecto psíquico, a vivência da expectativa da ruptura desde a gestação, mesclada à presença ininterrupta durante o período de convivência entre mãe e bebê nos primeiros meses após o parto, somada à ruptura ao fim desse período, na maioria das vezes sem acompanhamento psicológico, certamente, como nos foi possível apreender, é fator de vulnerabilização. A queixa comum a todas as puérperas que ficavam com suas crianças em espaços pequenos e com poucas opções de atividade, permeada pela expectativa da quebra súbita da relação, nos levou a formular o que chamamos do paradoxo da hipermaternidade versus hipomaternidade.⁴⁷

Nos últimos anos, algumas alterações legislativas buscaram amenizar a situação calamitosa de violação dos direitos humanos das mulheres encarceradas no Brasil. A Lei 13.257/2016, por exemplo, criou o Estatuto da Primeira Infância, que assegura o direito de a criança ter sua mãe presente durante a primeira infância. A partir desta alteração, o artigo 318 do Código de Processo Penal passou a dispor que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar no caso de gestantes e mulheres com filho de até 12 (doze) anos incompletos, garantindo à mulher estar presente na criação de seus filhos e filhas fora do ambiente prisional, em um louvável movimento de levar a mãe para fora do cárcere, ao invés de trazer a criança para dentro destas instituições. Já a Lei 13.769/2018 incluiu o artigo 318-A no Código de Processo Penal que prevê duas hipóteses objetivas para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar: a) não ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça; b) não ter sido o delito cometido contra filho ou

47 ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 12, n. 22, p. 229-239, 2015. Disponível em: https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf. Acesso em 28/06/2021. P. 235.

dependente, não podendo os juízes/juízas e desembargadores/desembargadoras negar a prisão domiciliar em outras hipóteses, inclusive no caso de tráfico de drogas, delito pelo qual a maioria das mulheres são encarceradas. Todavia, conforme mencionado anteriormente, ainda havia 1850 crianças, 106 lactantes e 176 gestantes/parturientes em unidades prisionais brasileiras, no primeiro semestre de 2020⁴⁸, período em que se agravou a pandemia da Covid-19 no país.

Partindo dos parâmetros estabelecidos pela legislação, o Supremo Tribunal Federal, por meio do habeas corpus coletivo n. 143.641, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências.⁴⁹

3. Mulheres encarceradas e pandemia

Segundo estudo divulgado pela Fiocruz, o Brasil é o país com o maior número de mortes maternas devido à Covid-19. Entre mulheres grávidas e puérperas, a taxa de mortalidade atinge 7,2% - quase três vezes maior do que a atual taxa de mortalidade por Covid-19, de 2,8%. Em 2020, foram registradas 560 mortes pela Covid-19 em mulheres grávidas e puérperas e, em 2021,⁵⁰ foram registradas 1.156 mortes até junho, mais que o dobro de casos que em 2020.

48 Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 28/07/2021.

49 Ementa: "HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS- PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO." (STF. HC 143641. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgado em 24/10/2018). Disponível em www.portal.stf.jus.br. Acesso em 22/07/2021.

50 https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_covid_2021_extraordinario_junho_parte2.pdf

Esse número pode ser ainda maior, pois pelos dados divulgados pelo Observatório Obstetrício Covid-19, seriam ao menos 1.461 grávidas, sendo 1.007 em 2021, podendo ser maior, já que em muitos casos não se faz o teste da Covid-19 antes do óbito. De fato, o Brasil é hoje o país onde mais morrem gestantes infectadas pela Covid-19 em todo o mundo. De acordo com o estudo publicado na revista *International Journal of Gynecology and Obstetrics* utilizando dados do Ministério da Saúde, 77% de todas as mortes de gestantes e lactantes por Covid-19 no mundo ocorreram no Brasil⁵¹. Há evidências científicas no sentido de que a gestação e o pós-parto aumentam o risco de complicações e morte por Covid-19⁵², aos quais se somam a falta de assistência adequada, como falhas nos cuidados pré-natais (como a suspensão de consultas), falta de insumos terapêuticos, de testes diagnósticos e de leitos de UTI específicos para as pacientes obstétricas, tornando muito além do aceitável os já altos índices de mortalidade materna em nosso país. Ademais, pesquisas demonstram que o risco de morte materna em mulheres negras (pretas e pardas) por Covid-19 é duas vezes maior que em mulheres brancas. Além disso, houve uma alta expressiva no número de nascimentos de bebês prematuros, relacionados com infecção da Covid-19 em gestantes. Muitos casos de cesárea de urgência são feita em gestantes entubadas que, posteriormente, vêm a óbito e deixam uma legião de órfãos.

51 COLUCCI, Claudia. Caso único, Brasil passa de 200 mortes de grávidas e puérperas por Covid-19. São Paulo: Jornal Folha de SP. Matéria publicada em 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35TyNYI>. Acesso em 15.04.2021.52f

52 Disponível em: (a) Characteristics of Women of Reproductive Age with Laboratory-Confirmed SARS-CoV-2 Infection by Pregnancy Status – United States, January 22–June 7, 2020 | MMWR (cdc.gov);

(b) Public Health Agency of Sweden's Brief Report: Pregnant and postpartum women with severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 infection in intensive care in Sweden - Collin - 2020 - Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica - Wiley Online Library;

(c) Characteristics and Maternal and Birth Outcomes of Hospitalized Pregnant Women with Laboratory-Confirmed COVID-19 – COVID-NET, 13 States, March 1–August 22, 2020 | MMWR (cdc.gov);

(d) SARS-CoV-2 Infection Among Hospitalized Pregnant Women: Reasons for Admission and Pregnancy Characteristics – Eight U.S. Health Care Centers, March 1–May 30, 2020 | MMWR (cdc.gov);

(e) Update: Characteristics of Symptomatic Women of Reproductive Age with Laboratory-Confirmed SARS-CoV-2 Infection by Pregnancy Status – United States, January 22–October 3, 2020 | MMWR (cdc.gov).

(f) Pregnancy, Postpartum Care, and COVID-19 Vaccination in 2021. February 8, 2021, *Jama Network*.

Acessos em 18.04.2021.

53 Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1317-mortalidade-materna-por-covid-entre-negras-e-duas-vezes-maior-que-entre-brancas-diz-doutora-em-saude-durante-live-do-cns#:~:text=De%20acordo%20com%20os%20registros,%2C2%25%20foram%20a%20C3%B3bito>. Acesso em 15.04.2021.

54 Brasil tem 'legião de bebês prematuros' com alta de covid em grávidas. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57529513.amp>

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atento às condições de vulnerabilização que as pessoas encarceradas enfrentam, já no início da pandemia, instou o poder judiciário a rever as prisões preventivas e execuções penais, para reduzir os riscos epidemiológicos de propagação do vírus, por meio da Recomendação 62, de 11/03/2020, no caso de: "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."⁵⁵

A despeito da Recomendação do CNJ, foi preciso que as Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Pará, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Maranhão, Rondônia, Bahia, Sergipe, Paraná, Espírito Santo, Goiás, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraíba, Alagoas e do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores (GAETS) impetraram o Habeas Corpus 186.185/Distrito Federal pugnando pela concessão de liberdade provisória ou de prisão domiciliar para todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou lactantes. Isso porque, verificou-se existência de 208 mulheres grávidas presas em todo o país, às quais soma-se 44 puérperas e 12.821 mães de crianças menores de doze anos, sendo muitas destas últimas ainda lactantes. Somando-se a isso havia e há um descumprimento em massa e generalizado nos tribunais do país em relação à Recomendação nº 62/2020. A ordem foi apenas parcialmente concedida e não acarretou qualquer alteração fática na realidade, uma vez que apenas determinou que as autoridades coatoras indicadas observassem a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, especialmente quanto às medidas de cuidado e prevenção da Covid-19. A Pastoral Carcerária Nacional também produziu uma pesquisa, entre maio e agosto de 2020, sobre a situação das mulheres encarceradas durante o período da

55 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>

pandemia da Covid-19, mas informou que teve dificuldade em obter os dados, tendo um retrato apenas parcial da situação, pois a pesquisa constituiu-se a partir de um questionário enviado às secretarias penitenciárias de 19 estados, sendo que apenas 13 responderam. Segundo os dados parciais obtidos, permaneciam encarceradas o total de 124 gestantes, 70 bebês e 778 idosas, também pertencentes ao grupo de risco. Um importante dado que a pesquisa trouxe também foi o fato de que a maior parte das iniciativas adotadas nas unidades prisionais brasileiras para evitar a proliferação do vírus, resultou em restrições de direitos, com suspensão das visitas de familiares e atendimento por entidades religiosas e filantrópicas, bem como a cessação de envio e recebimento de cartas e do “jumbo” (alimentos, roupas e itens de higiene pessoal que as pessoas presas podem receber de seus familiares).⁵⁶

*A entrega de itens pessoais, que no início da pandemia foi suspensa - especialmente os de higiene, agravou ainda mais a situação de vulnerabilidade da população prisional que vive em um ambiente superlotado e com péssimas condições sanitárias, alerta a pesquisa. Finalmente, é recorrente o acometimento de agravos à saúde mental desta população em decorrência do distanciamento dos vínculos familiares*⁵⁷

Mesmo ante as expectativas de melhoria em relação ao enfrentamento à pandemia de Covid-19, em todo mundo, em razão da disponibilização de vacinas é fato que também se verifica a existência de desigualdade vacinal como reflexo das desigualdades já existentes na sociedade. Tanto é assim, que estudo do Instituto Pólis destacou que “o planejamento da imunização e as ações de vigilância e controle epidemiológico não podem ignorar os efeitos desiguais da pandemia sobre a população e é fundamental que o fator racial seja entendido como um elemento-chave nas ações de combate ao coronavírus”. O estudo aponta que a vacinação, que leva em conta apenas critérios etários e desassociadas de outros fatores de desigualdade, pode ter como consequência a produção de maior iniquidade em termos de acesso à saúde e a consequente sobrelevação de mortes em regiões periféricas da cidade,⁵⁸ havendo, pois, a necessidade de compreender os efeitos desiguais da pandemia sobre o território. A desigualdade vacinal observada no

56 <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/pandemia-virou-ferramenta-de-tortura-contra-mulheres-presas-denuncia-pesquisa-da-pastoral-carceraria>

57 Idem.

58 Disponível em: <https://polis.org.br/estudos/territorio-raca-e-vacinacao/>

estudo do Instituto Pólis se acentua ainda mais ao se levar em consideração as prisões.

Nesse contexto, o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação-PNO contra a Covid-19 coloca as pessoas encarceradas como prioridade, em razão da acentuada vulnerabilidade social decorrente das más condições de aprisionamento no país, em que se verifica condições de superlotação, racionamento de água, falta de produtos higiênicos individuais e para limpeza coletiva e ausência de assistência à saúde. Essa especial condição de vulnerabilidade é reconhecida pelo PNO, conforme se observa a seguir:

*Outro grupo vulnerável é a população privada de liberdade, suscetível a doenças infectocontagiosas, como demonstrado pela prevalência aumentada de infecções transmissíveis nesta população em relação à população em liberdade, sobretudo pelas más condições de habitação e circulação restrita, além da inviabilidade de adoção de medidas não farmacológicas efetivas nos estabelecimentos de privação de liberdade, tratando-se de um ambiente potencial para ocorrência de surtos, o que pode fomentar ainda a ocorrência de casos fora desses estabelecimentos*⁵⁹.

A despeito do quanto estabelecido no PNO, informações do site do Ministério da Saúde dão conta que ante uma população carcerária estimada em 753.966 pessoas, apenas 84.298 receberam vacinas⁶⁰. No Estado de São Paulo, enquanto a vacinação já alcança 53% dos adultos, apenas 6% dos presos e presas receberam ao menos uma dose de vacina⁶¹. A situação torna-se, ainda, mais preocupante caso se considere que as gestantes e puérperas fazem parte do grupo de risco para Covid-19 e, que na condição de cárcere, estão sem acesso à vacina.

A situação de mulheres encarceradas é tão invisibilizada que municípios do Estado de São Paulo, a exemplo da capital, chegaram a exigir, como condição para vacinação de gestantes e puérperas, a apresentação de relatório médico, embora o cenário de contaminação no Brasil e o índice de mortalidade materna indiquem a necessidade de vacinação para este grupo, com base no critério risco/

59 Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2021/04/PLANONACIONALDEVACINACAOCOVID19_ED06_V3_28.04.pdf.

60 Disponível em: https://qsprod.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Vacina/DEMAS_C19Vacina.html.

61 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/07/presos-sem-vacina.shtml?origin=folha>.

benefício. A exigência do relatório ou prescrição médica funcionou como barreira de acesso à vacinação para mulheres que não possuíam contato facilitado com médicos e médicas, uma vez que elas ficavam sujeitas a esperar a consulta do pré-natal ou marcar uma consulta médica somente para ter acesso ao relatório.⁶² Se as condições já eram dificultadas para mulheres fora das prisões, essa exigência tornaria impossível a vacinação para gestantes e puérperas privadas de liberdade, em que, em nenhum local do país, há preenchimento do número mínimo de médicos, segundo parâmetros estabelecidos pela Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), instituída pela Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014.

A situação se mostra ainda mais alarmante, quando se analisa os dados do CNJ sobre o monitoramento da Covid-19 no sistema penitenciário⁶³, pois até 30/06/2021, os números de casos nas unidades prisionais eram de 87.420 pessoas (63.332 presos/as e 24.088 servidores/as) com 514 mortes (242 presos e 272 servidores), com um aumento de 14,5% nos últimos 30 dias. Observa-se, porém, que este monitoramento não faz distinção de gênero, dificultando o real mapeamento da situação das mulheres encarceradas. Estas mulheres estão invisibilizadas e não é possível ter a dimensão das mazelas enfrentadas por elas, durante a pandemia da Covid-19. Portanto, é urgentíssimo que se investigue as múltiplas injustiças sofrida pelas mulheres presas no Brasil e que se identifique as deficiências das políticas públicas de desencarceramento até aqui adotadas, levando-se em conta a sobreposição estrutural do racismo, capitalismo, machismo, androcentrismo e heteronormatividade⁶⁴ vigentes na sociedade brasileira.

62 A orientação acima foi alterada após Recomendação do Núcleo Especializado dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública do Estado de São Paulo conforme consta em orientação para gestantes e puérperas constante no site da Prefeitura de São Paulo que assim dispõe: Conforme o Documento Técnico da Campanha de Vacinação contra a COVID-19 de 09 de junho de 2021 - 16ª atualização - Anexo 2; O posicionamento da SOGESP: VACINAÇÃO CONTRA COVID-19 PARA GESTANTES E PUÉRPERAS - CORONAVIRUS de 08 de junho de 2021, disponível no site da Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo; E ofício GS nº 1.802/2021 da Diretoria Técnica do CVE/SP para a Defensoria Pública Estado SP - Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres: Todas as gestantes, puérperas do MSP poderão dirigir-se às UBS para imunização de Covid-19 com as vacinas Coronavac ou Pfizer. Disponível em <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/index.php?p=307599> acesso em 18/07/21.

63 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos>.

64 AKOTIRENE, Carla. Interseccionalidade. -- São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 12, n. 22, p. 229-239, 2015. Disponível em: https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf.

Acesso em 28/06/2021. P. 235.

AYRES, Barbara, Leal, Maria do Carmo, Esteves-Pereira, A.P, Sánchez, Alexandra, Larouze, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Cien Saude Colet [periódico na internet] (2016/Abr). Disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/nascer-na-prisao-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil/15596?id=15596>. Acesso em 25/07/2021.

AKOTIRENE, Carla. Interseccionalidade. -- São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, ADPF 0003027-77.2015.1.00.0000 DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 03/07/2021.

BRASIL tem 'legião de bebês prematuros' com alta de covid em grávidas. BBC News Brasil, 2021. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57529513.amp>>. Acesso em 22/07/2021.

Characteristics and Maternal and Birth Outcomes of Hospitalized Pregnant Women with Laboratory-Confirmed COVID-19 – COVID-NET, 13 States, March 1-August 22, 2020 | MMWR (cdc.gov).

Characteristics of Women of Reproductive Age with Laboratory-Confirmed SARS-CoV-2 Infection by Pregnancy Status – United States, January 22-June 7, 2020 | MMWR (cdc.gov)

COLUCCI, Claudia. Caso único, Brasil passa de 200 mortes de grávidas e puérperas por Covid-19. São Paulo: Jornal Folha de SP. Matéria publicada em 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35TyNYI>. Acesso em 15.04.2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016.

CRENSHAW, Kimberlé. A urgência da interseccionalidade, TEDWomen 2016, Kimberlé Crenshaw. Disponível em: https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality?language=pt-br. Acesso em 03/06/2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 28/05/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGEeduca, 2021. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br>. Acesso em 20/06/2021.

FOUCAULT, Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. São Paulo: n-1 edições, 2018.

OBSERVATÓRIO COVID-19 DA FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_covid_2021_extraordinario_junho_parte2.pdf. Acesso em 05/07/2021.

PREGNANCY, Postpartum Care, and COVID-19 Vaccination in 2021. February 8, 2021, Jama Network. Acesso em 18.04.2021.

PRESAS em Colina, SP, usam miolo de pão como absorvente, diz Defensoria. G1 Ribeirão e Franca, 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2013/01/presas-em-colina-sp-usam-miolo-de-pao-como-absorvente-diz-defensoria.html>. Acesso em 01/07/2021.

PUBLIC Health Agency of Sweden's Brief Report: Pregnant and postpartum women with severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 infection in intensive care in Sweden - Collin - 2020 - Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica - Wiley Online Library.

QUEIROZ, NANDA. Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. 1ed - Rio de Janeiro: Record, 2015.

RELAÇÃO entre suicídio e gênero. Acessa.com, 2020. Disponível em: <<https://www.acessa.com/saude/arquivo/setembroamarelo/2020/09/02-relacao-entre-suicidio-genero/>>. Acesso em 25/07/2021.

SILVA, Marcos Vinícius Moura. Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade - Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

VALOIS, O Direito Penal de Guerra às Drogas. Belo Horizonte. D'Plácido, 2017. p. 637.

VALOIS, Luís Carlos. Processo de Execução Penal e o Estado de Coisas Inconstitucional. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p.22.

SARS-CoV-2 Infection Among Hospitalized Pregnant Women: Reasons for Admission and Pregnancy Characteristics – Eight U.S. Health Care Centers, March 1-May 30, 2020 | MMWR (cdc.gov)

Update: Characteristics of Symptomatic Women of Reproductive Age with Laboratory-Confirmed SARS-CoV-2 Infection by Pregnancy Status – United States, January 22-October 3, 2020 | MMWR (cdc.gov)

Vidas Impassíveis de Luto: a Pandemia e os Novos Contornos do Estado de Coisas Inconstitucional do Cárcere Brasileiro

Camilo Zufelato⁶⁵

Carolina Trevisan de Azevedo⁶⁶

A enfermidade se transforma em uma nova arma de violência, responsável pela matança e pelo adoecimento de pessoas negras, pobres e marginalizadas. A pandemia virou mais uma engrenagem de tortura nessa operante máquina de morte que é o cárcere (Pastoral Carcerária)

INTRODUÇÃO

Durante a atual pandemia ocasionada pelo novo Coronavírus (Covid-19), diversos grupos sociais já vulnerabilizados passaram a lidar com os novos desafios agregados pela crise sanitária. Entre esses grupos está a população carcerária, tendo em vista as condições nada propícias das prisões para o cumprimento das medidas de prevenção da infecção.

No presente ensaio, buscamos tecer considerações a respeito dos novos contornos que o Estado de Coisas Inconstitucional do cárcere brasileiro adquiriu durante a pandemia, mediante a aparente anuência do Poder Judiciário. Para isso, propomos um diálogo com pesquisas que investigaram o posicionamento dos magistrados e magistradas frente aos pedidos de concessão de medidas desencarceradoras nesse período, assim como pesquisas que abordam o contexto da crise sanitária.

Para guiar as reflexões e inferências construídas a partir dessas pesquisas, adotamos como marco teórico os estudos de Judith Butler (2017) a respeito de como as relações de poder e violência produzem diferentes enquadramentos da realidade, resultando no maior reconhecimento e proteção de determinadas vidas quando comparadas com outras.

65 Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: camilo@usp.br.

66 Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: carolina.azevedo@usp.br

A COVID-19 E O SUPERISOLAMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Desde o início da atual crise sanitária, devido ao alto índice de transmissibilidade do novo Coronavírus (Covid-19), o cárcere se tornou alvo de especial preocupação, tendo em vista o elevado risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos como consequência das péssimas condições de higiene, saúde e superlotação presentes nesses locais (FAUSTINO, 2020).

Dados mais recentes do Registro de Contágios e Óbitos, atualizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), indicam que o número de infectados e mortos continua crescendo, como demonstra o boletim de 16 de junho de 2021, no qual consta um acúmulo de 61.641 casos confirmados entre as pessoas privadas de liberdade e 23.812 casos de confirmação entre servidores, o que representa um aumento geral de 8,1% em comparação com o mês anterior. O número de óbitos também vem crescendo, com acúmulo de 496 mortos incluindo os dois grupos, o que representa um crescimento de 16,7% quando comparado com o número aferido 30 dias antes. (CNJ, 2021) .

Em resposta às condições propícias do cárcere à transmissão do vírus, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Recomendação 62, de 17 de março de 2020, propondo diversas medidas desencarceradoras, com o intuito de minimizar a propagação da infecção e privilegiando, sobretudo, os grupos de risco da doença. Desde então, o documento sofreu algumas alterações, adquirindo, no geral, um caráter mais restritivo (CNJ, 2020).

Em meio a esse cenário, a despeito da incompatibilidade do cárcere com a proteção da Saúde dos indivíduos privados de liberdade, algumas pesquisas vêm apresentando resultados que convergem ao assinalar a resistência do Poder Judiciário em efetivar medidas em prol da redução do contingente da população prisional. Dentre essas pesquisas estão a que o presente ensaio acompanha, a de Vasconcelos; Machado; Wang (2020) e a de Valença; Freitas (2020).

67 Em meio a esse cenário, em maio de 2021, o CNJ afirmou ter recebido dados do início da vacinação da população privada de liberdade em nove estados brasileiros, com 0,23% de pessoas tendo tomado a primeira dose e 0,03% a segunda.

68 Nesse sentido, a Recomendação nº 91 do CNJ, atualmente vigente, determina, por exemplo, por meio do art.1 §1º, a exclusão de alguns tipos penais das sugestões desencarceradoras previstas nos artigos 4º e 5º da Recomendação nº 62.

No caso da segunda pesquisa, foram analisadas 6.771 decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) que julgaram habeas corpus nos quais houve menção à pandemia, além de serem analisados grupos de casos dentro dessa amostra. Em termos quantitativos, a pesquisa identificou uma taxa de quase 90% de indeferimentos. Já na terceira pesquisa, foi realizada uma análise qualitativa com 62 decisões, também de habeas corpus, individuais e coletivos, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Apesar de não abordarem dados quantitativos, os autores apontam, a partir dos resultados encontrados, uma resistência do órgão na concessão dos pedidos.

Em ambos os estudos foram abordados os argumentos dos Tribunais para denegar os habeas corpus, alguns deles problematizados ao longo do ensaio, mas importa, em um primeiro momento, ressaltar as conclusões centrais dos autores quanto à postura do Poder Judiciário diante da pandemia. Nesse sentido, Valença; Freitas (2020, p.23) apontam a noção de que “houve, no geral, uma defesa da ideia de que soltar pessoas para proteção de suas vidas implicaria colocar a sociedade como um todo em risco”. Já Vasconcelos; Machado; Wang (2020, p.1) concluíram que “as razões para decidir dos juízes ignoram os riscos da pandemia para as pessoas em privação de liberdade”.

A percepção dos autores indica que a crise sanitária trazida pela pandemia não foi capaz de transpor o “perigosismo social” brasileiro e a estigmatização de grupos sociais em torno dos quais o Estado construiu a imagem do “inimigo” a ser combatido (BATISTA, 2000; ZAFARONI, 2013). Ao contrário, a Covid-19 parece ter reafirmado a indiferença do Poder Judiciário com relação à vida da população carcerária, cujo risco de morte não parece exercer grande impacto sobre as decisões judiciais.

A criminalização de determinados grupos, conforme elucida Zaffaroni (2010; 2013), é objeto de estudo da criminologia crítica, que denuncia a tradicional seletividade do Sistema Criminal. Essa seletividade, de acordo com o autor, está voltada a grupos socioeconomicamente vulneráveis, cujo estereótipo de periculosidade atua de modo a promover sua desumanização.

O perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil, segundo os dados mais recentes, indica uma maioria de pretos e pardos (63,6%), jovens (54% até 29 anos), de baixa renda e baixa escolaridade (51,3% com Ensino Fundamental Incompleto) (DEPEN, 2017). Trata-se de perfil que materializa o cruzamento de diferentes

marcadores sociais, cujas significações e seu impacto sobre a (des)proteção dos indivíduos interessa ao presente ensaio.

Nesse sentido, valemo-nos dos estudos de Butler (2017), que busca compreender, a partir das discriminações de gênero, raça, classe, nacionalidade, entre outras, as motivações que fazem com que determinadas vidas sejam mais valorizadas e protegidas quando comparadas com outras, desencadeando maior comoção quando perdidas, temática que se tornou latente durante a atual crise sanitária.

Ao abordar a existência de um “continuum” de vida, no qual algumas vidas são mais valorizadas e protegidas do que outras, Butler (2017) aponta a existência de extremos nos quais figuram, de um lado, vidas plenas e, do outro, “não vidas” às quais, a despeito de sua existência biológica, não é oferecida proteção. Essa significação atribuída a cada indivíduo ou grupo influencia suas possibilidades de sobrevivência, uma vez que determina a garantia ou não de direitos ofertados pela ação Estatal e pela sociedade como um todo.

O processo por meio do qual se concretiza essa espécie de classificação é denominado pela autora como enquadramento e reflete a interpretação da realidade, construída a partir de relações de poder e violência, que são também abordadas pela criminologia crítica como operadoras da criminalização de determinados grupos. Butler (2017) se refere a normas de inteligibilidade como aquelas que definem os critérios para o reconhecimento de uma vida plena.

Dessa maneira, o tratamento que o Estado destina para diferentes grupos responde ao preenchimento ou não dessas “condições de reconhecimento”. Pensando no perfil da população carcerária, podemos observar que, de modo geral, os marcadores sociais que se cruzam não preenchem os enquadramentos que recebem maior proteção. Entre os enquadramentos explorados pela autora, estão as formas de racismo, responsáveis por deslocar as vidas negras, que são as mais presentes intramuros, do alvo de proteção estatal.

Dessa forma, como explora Lauris (2015, p.18), para determinados grupos o Estado se apresenta por meio da imagem de disciplinador. Nesse sentido, o acesso à justiça à parcela da população à qual se refere como “sociedade civil incivil”, objeto de exclusão, torna-se a justiça criminal, “fenômeno popularmente conhecido como acesso à justiça pela porta dos fundos”.

Nesse contexto, entendemos pertinente abordar as reflexões de Butler (2019) acerca do que denomina processo de normalização, referindo-se ao papel exercido pelas normas ao delinear a oposição entre o que se considera “comum”, no sentido de atender aos padrões da comunidade, em oposição ao que se estabelece como “incomum”, ou seja, que não se adequa aos padrões estabelecidos. Trata-se de um processo por meio do qual, de acordo com Butler (2017), as normas constroem uma unidade por meio de um processo de exclusão.

A criminologia crítica aprofunda a forma como essa exclusão se materializa por meio da criminalização de determinados grupos. Nesse sentido, podemos observar esse processo em dois momentos: quando são elaboradas as normas, etapa na qual a seleção de condutas criminalizadas ocorre de forma abstrata (criminalização primária) e quando se persegue os indivíduos suspeitos de terem cometido as condutas previamente definidas. Em ambos os momentos é possível observar a seletividade do Sistema Criminal (ZAFFARONI et al, 2010).

Ainda que o Poder Judiciário não seja, em regra, responsável pela redação de normas, nos moldes elucidados por Facio (1999), as instituições e seus agentes, ao aplicar as normas, constroem a partir de sua seleção, interpretação, combinação, entre outros processos, novas normas, não promulgadas ou formalmente escritas, mas que influenciam a administração da justiça. Ademais, é evidente o papel dessa instituição no processo de criminalização secundária.

A oposição entre “comum” e “incomum” explorada por Butler (2017), no processo de criminalização de determinados grupos, se concretiza na noção de oposição entre a sociedade e os indivíduos privados de liberdade, como se eles não fizessem parte dela (ZAFFARONI, 2010). Essa percepção foi abordada por Vasconcelos; Machado; Wang (2020, p.564) ao pontuarem que “existe um reconhecimento explícito de que a situação de excepcionalidade que a pandemia traz a toda a sociedade não inclui o sistema prisional”.

Nesse sentido, Valença; Freitas (2020, p.591) observaram em sua pesquisa que o pertencimento dos pacientes ao grupo de risco da Covid-19 foi sopesado pelos julgadores com a gravidade do crime supostamente cometido. Em suas palavras, “trata-se de um risco real de morte que é relativizado face a um risco hipotético de que pôr alguém em liberdade que é réu em um processo por crime grave expõe bens jurídicos de outras pessoas”. Os autores interpretam que se trata de discurso que assume a pena de morte como possibilidade.

Para levantar reflexões quanto à desproteção da população carcerária em meio à pandemia, valemo-nos novamente dos ensinamentos de Butler (2017). A autora apresenta a noção de que todas as vidas são precárias no sentido de que são finitas e sujeitas a lesões. Para que sejam conservadas, demandam então as chamadas “condições de vida”, de natureza social e econômica, como alimentação adequada, remédios, educação, dentre outras, sem as quais conforma-se uma “condição precária”.

No caso da população carcerária, conforme pontua Freitas (2013), a seletividade penal faz com que uma parcela da população já privada dessas condições extramuros seja alvo da política de encarceramento estatal. No ambiente prisional, essa população, já previamente vulnerabilizada, enfrenta rotineiramente uma violação sistemática de direitos e, a partir dos conceitos apresentados por Butler (2017), podemos dizer que se tornam ainda mais expostas à precariedade.

Se habitualmente, por meio de suas péssimas condições, o cárcere manifesta a desvalorização da vida da população privada de liberdade, durante a pandemia esse cenário se intensificou diante do acréscimo de novas “condições de vida” negadas em meio ao contexto causado pela Covid-19. Entre as recomendações estabelecidas frente à crise sanitária estão o isolamento social e a intensificação da higiene, incompatíveis com o ambiente prisional, caracterizado por deficiências estruturais que incluem pouca ventilação, superlotação, má alimentação e quantidade insuficiente de água para o banho, a limpeza das celas e até mesmo para o consumo (SÁNCHEZ et al, 2020; VALENÇA; FREITAS; 2020).

Nesse cenário, podemos dizer que a população carcerária convive com as novas demandas da pandemia, inviáveis de concretização intramuros, ao mesmo tempo em que está sujeita à resistência do Poder Judiciário quanto a medidas desencarceradoras. Nesse sentido, Vasconcelos; Machado; Wang (2020, p.564) apontam, com base no tribunal analisado, que a pandemia “poderia servir para alterar as trajetórias institucionais”, mas “não consegue ultrapassar a vontade dos agentes, ou seja, a interpretação que tem do direito, do papel do tribunal e, especialmente, das pessoas presas”.

Em contrapartida, o sistema penal vem adotando medidas de contenção à pandemia que ampliam a violação aos direitos das pessoas privadas de liberdade. Nesse sentido, podemos citar restrição de atividades em grupo, como práticas

esportivas e religiosas, assim como a limitação das visitas recebidas⁶⁹, que para além do componente afetivo, representam também a ocasião na qual os familiares dos detentos frequentemente levam produtos de subsistência na tentativa de amenizar as carências no seu fornecimento⁷⁰ (SÁNCHEZ, et al, 2020).

Aqui podemos refletir sobre como a liberdade de locomoção se apresenta como um direito primário, uma vez que sua restrição limita o exercício dos demais direitos⁷¹ (CHEQUER, 2014). No contexto em análise, representa a restrição do direito a uma alimentação adequada, ao lazer, ao convívio familiar, além de direitos fundamentais básicos como o direito à saúde, física e mental, e, possivelmente, do direito à vida.

Em sua pesquisa, Carvalho et al (2020) pontuam, como um dos obstáculos de investigar, por meio de estudos científicos, a Covid-19 e demais doenças infecciosas no ambiente carcerário, a dificuldade de acessar essa parcela da população. Para obter informações a respeito das condições intramuros durante a crise sanitária, a Pastoral Carcerária enviou formulários para todos os estados do país, inicialmente em abril de 2020, e também após um ano.

Esses questionários foram respondidos principalmente pelos familiares da população privada de liberdade, mas também por funcionários das instituições carcerárias. Entre os resultados apresentados, na primeira leva de resposta, com relação às visitas, 98,4% das respostas indicaram sua impossibilidade, porcentagem que permaneceu elevada na segunda leva, sendo de 73,8%.

De forma paralela, em 65,9% dos formulários referentes ao primeiro envio, as respostas indicaram que os alimentos e os produtos de higiene não estavam entrando nas prisões, enquanto em 8,9% das respostas, as pessoas responderam não saber. Após o segundo envio, esses valores se alteraram para 20,8% e 20,5% respectivamente. O aumento da porcentagem de pessoas que afirmaram não ter informações com relação a esse ponto em específico acompanha, segundo o relatado pelo texto da Pastoral, uma tendência geral.

69 No painel de "Medidas de combate ao Covid-19" do DEPEN, consultado em 17/05/2021, constavam 69,7% de suspensão total e 30,3% de manutenção com restrições.

70 Limitações que, conforme explicam Sánchez, et al (2020) se somam à ansiedade e ao medo gerados pela Covid-19.

71 É a partir dessa restrição da autonomia do indivíduo que Valença; Freitas (2020) analisam, entre os argumentos apresentados pelo STJ para indeferir pedidos de habeas corpus, a alegação da impossibilidade de certificar que uma pessoa privada de liberdade está mais exposta à contaminação pela Covid-19 do que as demais. Os autores pontuam a discrepância entre o indivíduo optar por descumprir o isolamento social e o Estado submetê-lo de forma forçada a estar em um local impassível de distanciamento, favorecendo assim o seu contágio.

A partir dos questionários, que foram acompanhados de perguntas diretas, mas também de abertura para relatos, a Pastoral transmitiu a percepção de um “processo de fechamento do cárcere”, fazendo com que a desinformação das pessoas extramuros a respeito do que se passa no ambiente carcerário tenha aumentado de forma intensa⁷². O número de respostas ao questionário diminuiu para quase metade após o período de um ano, sendo que algumas pessoas entraram em contato com a Pastoral justificando que não iriam responder diante da ausência de informações a contribuir.

Esses silêncios, descritos como uma negação da dor vivida intramuros, carrega de maior significado as reflexões de Carvalho et al (2020) quanto à condição de superisolamento vivida pela população privada de liberdade. O termo foi utilizado para diferenciar o isolamento vivido extramuros devido à pandemia da condição particular enfrentada pelas pessoas privadas de liberdade, que engloba as medidas de contenção já mencionadas e que, conforme indicam os dados coletados pela Pastoral, não dá sinais de melhora.

CONCLUSÃO

As pesquisas mencionadas no presente ensaio contribuem para demonstrar a forma como o cenário de violações sistemáticas dos direitos da população carcerária - velho conhecido - adquiriu novos contornos com a pandemia. Nesse sentido, pudemos explorar o impacto das medidas de contenção da Covid-19 intramuros, que levaram a um superisolamento dessa parcela da população.

Em meio a um cenário de subnotificações e escassez de informações, os dados que puderam ser produzidos pelos órgãos oficiais e por pesquisas indicam que as condições insalubres do cárcere brasileiro, atreladas à crise sanitária, seguem produzindo um cenário crescente de contaminações e mortes.

Diante da precarização das condições de vida dessa parcela da população e do iminente risco de vida representado pelo ambiente intramuros, o Poder Judiciário se mostra indiferente, manifestando resistência na concessão de medidas desencarceradoras. Essa resistência, enraizada no discurso que estabelece uma relação de oposição entre a sociedade e os grupos criminalizados, evidencia o desvalor atribuído à vida dessas pessoas, cujo risco de perda não causa comoção.

72 Apesar da pouca informação, os relatos recebidos denunciaram uma falta de prevenção contra a doença intramuros. Com relação à vacinação, 83% das respostas foram no sentido de não ter notícias.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. O mesmo olhar positivista. Boletim IBCCrim - Edição Especial, v.95, n.8, 2000.

BUTLER, Judith. Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CARVALHO, Sergio Garofalo de et al. The pandemic in prison: interventions and overisolation/A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. Ciência & Saúde Coletiva, vol. 25, no. 9, 2020, p. 3493.

CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. Habeas Corpus Coletivo: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova summa divisio constitucionalizada direitos individuais e coletivos. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Itaúna, Itaúna, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021, junho). Registros de Contágios e Óbitos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>. Acesso em: 19 de jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Covid-19: vacinação em unidades de privação de liberdade é registrada em nove estados. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/covid-19-vacinacao-em-unidades-de-privacao-de-liberdade-e-registrada-em-nove-unidades-da-federacao/>.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2021, maio). Medidas de combate ao Covid-19. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contrapandemia/painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>. Acesso em: 17 maio. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FREITAS, Mariana Moulin Brunow. Entre mortificações e resistências: a saúde e o psicotrópico no sistema prisional. Espírito Santo. Dissertação [Mestrado em Psicologia Institucional] - Universidade Federal do Espírito Santo, 2013.

LAURIS, Élida. Para uma concepção Pós Colonial do direito de acesso à Justiça. *Hendu* 6(1):5-25, 2015.

PASTORAL CARCERÁRIA. Questionário sobre coronavírus nas prisões revela que situação no cárcere está muito pior um ano após o início da pandemia. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/questionario-sobre-coronavirus-nas-prisoos-revela-que-situacao-no-carcere-esta-muito-pior-um-ano-apos-o-inicio-da-pandemia>.

SÁNCHEZ, Alexandra et al. Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: COVID e a população privada de liberdade. Rio de Janeiro: Fiocruz/CEPEDES. Cartilha, 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41680>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. O cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira. *Parecer. UERJ Direitos. Clínica de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da UERJ*, 2015, p. 1-28.

VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O Direito à vida e o ideal de defesa social em decisões do STJ no contexto da pandemia da Covid-19. *Direito Público*, v. 17, n. 94, 2020.

VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Henrique Yu Jiunn. Pandemia Só das Grades para Fora: os Habeas Corpus Julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. *Direito Público*, v. 17, n. 94, 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito penal brasileiro II*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

**Relatório Acesso à Justiça e Desigualdades em Tempos de
COVID-19**

**Comunicação Institucional da Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto - USP**

Organização e revisão:

Fabiana Cristina Severi

Layout e diagramação:

Fabiana Silva Martins

Letícia Costantini Pelicer

Marcela Viana

Fotografia:

**TJSP passa a adotar Juízo 100% Digital | Inovação no
Judiciário (bernardodeazevedo.com)**

<https://images.app.goo.gl/Jg64dYhjDwZ7byDb7>