

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Manuel Lopes Rodrigues; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-331-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Uma vez mais impossibilitados do encontro presencial em razão da vigência da Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, reunimos, numa tarde de sábado do inverno brasileiro, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tamanha é a envergadura dos trabalhos ora apresentados que a ausência do contato pessoal e do calor dos debates presenciais foi minimizada pela profundidade e qualidade das discussões virtuais que versaram sobre os assuntos doravante apresentados.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, publicado em razão do III Encontro Virtual do Conpedi:

Os autores Filipe Ribeiro Caetano e Carmen Hein De Campos, em A ‘GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA’ COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO PARA A PRISÃO PREVENTIVA, discutem a (in)validade da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (*periculum libertatis*) para a imposição da segregação cautelar. Trata-se, pois, de trabalho crítico quanto às práticas ora vigentes em cotejo com a Constituição Federal de 1988.

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque e Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque, em A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ, sustentam que os procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados em casos de delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinação da medida de pena. Objetiva o artigo, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, assim, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Moraes Silva, em A EVIDENTE AUSÊNCIA DE CELERIDADE NO PROCESSO PENAL: INÚTIL

TENTATIVA DE CELEBRAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, analisam o atraso da prestação jurisdicional e o conseqüente declínio das garantias fundamentais. O marco teórico se sustenta no pensamento Iluminista de Beccaria frente ao autoritarismo de um Estado punitivista. A problemática situa-se na investigação das conseqüências da ausência de celeridade na prestação jurisdicional penal. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que as garantias processuais estatuídas na Carta Constitucional ficam fragilizadas, à medida que o Estado não cumpre metas humanitárias. A nova ordem processual garantista não compactua com a morosidade de um Estado que não prima pela efetividade dos direitos fundamentais.

Gisele Mendes De Carvalho e João Vitor Delantonia Pereira, em A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A RÉUS REINCIDENTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA, externam uma compreensão sobre os fundamentos e os requisitos necessários ao emprego do princípio da insignificância, bem como criticam o entendimento doutrinário e jurisprudencial que nega sua aplicabilidade aos réus reincidentes. Com efeito, estudam o princípio bagatelar como causa de exclusão de tipicidade material, em consonância com a teoria da tipicidade conglobante. Noutra giro, examinam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhendo-se o entendimento da Corte sobre a temática. Por fim, expõem as razões que os levaram a consignar a total viabilidade da aplicação do princípio da insignificância às condutas perpetradas por réus reincidentes.

Cristina de Albuquerque Vieira e Geovana Faza da Silveira Fernandes, em A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E OS DESAFIOS NA GESTÃO DAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS, externam que a necessidade de realização do isolamento social, decorrente do novo coronavírus, ensejou uma migração abrupta do trabalho presencial para o remoto, obrigando o Poder Judiciário a tomar iniciativas imediatas a fim de retomar o andamento dos processos judiciais. Uma das medidas mais impactantes na esfera criminal foi a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça de realização das audiências de modo virtual. Assim, propõem examinar os desafios estruturais, materiais e éticos de implantação das audiências criminais virtuais, bem como algumas estratégias de superação, orientadas ao cumprimento das finalidades para as quais o ato processual se destina.

José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, em A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARSCOV-2, discutem a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Concluem o texto

com o entendimento de que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, não sendo possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário.

Carolina Trevisan de Azevedo, em *A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF*, explora, a partir do HC 188.820 do STF, a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Opta-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Pontua a autora que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Andréa Flores e Karina Ribeiro dos Santos Vedoatto, em *A TUTELA DA DIGNIDADE DAS VITIMAS CRIMINAIS NO DIREITO BRASILEIRO– AVANÇOS E PERSPECTIVAS*, sustentam que, com as atrocidades decorrentes da 2ª Guerra Mundial, inicia-se a busca pela tutela da dignidade das vítimas. A partir daí, pesquisas buscaram identificar a vitimização, suas causas, espécies e consequências, levando ao surgimento de documentos reconhecendo direitos dos ofendidos, que não se mostraram suficientes para tutelá-los. As pesquisas demonstraram que muito deve ser feito no ordenamento jurídico brasileiro, em que, embora haja legislações reconhecendo direitos às vítimas, o caminho a ser percorrido é longo, seja pela edição de legislações, seja pela implementação de políticas públicas.

Yasmin Monteiro Leal e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, em *ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019 E A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NO PROCESSO PENAL*, tecem uma análise crítica da PEC nº 199/2019, que visa antecipar o trânsito em julgado para segunda instância. Para efetivar tal intento, apresentam uma pesquisa qualitativa, alcançada por meio de pesquisa tecnológica, livros e artigos. Apresentam, outrossim, uma síntese do processo penal brasileiro, além de uma cronologia plenária do STF relacionada ao princípio da presunção de inocência e ao momento da execução penal, sem prejuízo da apresentação da referida PEC. Obteve-se, em conclusão, que o atual processo penal influencia para impunidade e insegurança jurídica.

Marcelo de Almeida Nogueira e Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento, em AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, fazem uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade e lembram a incidência grande de reincidência. Nessa ordem de ideias, fazem uma apologia das chamadas penas restritivas de direitos, uma vez que, afinal, a pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Pedro Franco De Lima, Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima, em ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, buscam demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, em que o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS, externa uma problemática radicada na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Isabela Andrezza dos Anjos e Fábio André Guaragni, em CORRUPÇÃO PRIVADA E TRATAMENTO INTERNACIONAL, intentam averiguar qual é o tratamento conferido pelos instrumentos internacionais e pela legislação estrangeira à corrupção e, mais especificamente, à corrupção privada. Para tanto, realizando uma pesquisa explanatória e utilizado como procedimento de pesquisa o bibliográfico e o documental, busca-se compreender como a doutrina vem interpretando o tema e avaliar se existe uma orientação

quanto à criminalização da corrupção privada no âmbito internacional e consenso quanto aos modelos de tipificação. Ao final, foi observada grande heterogeneidade no que diz respeito aos modelos de tipificação.

Gabriela Silva Paixão, em **HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS FUNDAMENTOS E PERMANÊNCIA**, revela que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), um híbrido de hospício e prisão, permanece no Brasil em oposição à desinstitucionalização promovida pela Reforma Psiquiátrica. Diante dessa contradição, a autora analisa os fundamentos teórico-normativos de sua existência; a conjugação do interesse científico do Direito Penal e da Psiquiatria em patologizar o crime; e sua permanência baseada apenas na noção de periculosidade presumida do louco-infrator. Busca-se, também, compreender como a medida de segurança atua enquanto instrumento de contenção do crime-louco. Para tanto, realizou-se pesquisa teórica sobre o tema, por meio de acesso à bibliografia especializada e da coleta de dados legislativos e jurisprudenciais.

Marcelo Costenaro Cavali e Vanessa Piffer Donatelli da Silva, em **INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA**, examinam aspectos do crime de uso indevido de informação privilegiada, previsto no art. 27-D da Lei n. 6385/1976 desde o advento da Lei n. 10.303/2001. Além da jurisprudência existente sobre esse crime nos vinte anos de vigência do tipo penal, são analisadas questões controversas, como a competência para o julgamento e processamento do delito, os possíveis sujeitos ativos do crime, o conceito de informação privilegiada e o significa de seu uso indevido, além do rol de valores mobiliários.

Priscilla Macêdo Santos e Lorena Melo Coutinho, em **MÃES VIGIADAS: UM ESTUDO SOBRE A EFICÁCIA SOCIAL DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 CONCOMITANTE À APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DE ALAGOAS**, apresenta uma pesquisa empírica elaborada no Estado de Alagoas para averiguar os efeitos do HC coletivo 143.641 deferido pelo STF em 2018, que decidiu por converter a prisão processual preventiva em prisão domiciliar para mulheres na condição de gestantes ou mães com filhos de até 12 anos, associado à aplicação da medida cautelar do monitoramento eletrônico. Partindo da abordagem dedutiva, buscou-se contribuir ao debate processual penal com análise documental de decisões judiciais alagoanas concomitante à realização de entrevistas semiestruturadas com todos os atores processuais e administrativos envolvidos no afã de averiguar os impactos na realidade das mães vigiadas pelo Estado.

Fernanda Analu Marcolla e Alejandro Knaesel Arrabal, em **MEDIAÇÃO TECNOLÓGICA E FRAUDE DIGITAL: IMPACTOS NA PANDEMIA POR COVID-19**, externam trabalho que tem por objeto de investigação o fenômeno da fraude digital no plano da mediação tecnológica, considerando os impactos presentes na pandemia da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, em decorrência no isolamento social, muitas atividades econômicas migraram para a modalidade home office, o que aumentou o número de acessos a rede global de computadores. Observou-se que a falta de segurança tecnológica associada ao crescente acesso à rede por usuários tecnologicamente vulneráveis, tem implicado no incremento de fraudes digitais.

Adriane Garcel, Laura Gomes de Aquino e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em **O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA**, objetivam, como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, em **O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: ESTABELECENDO AS REGRAS PARA UMA RACIONALIDADE PENAL**, objetivam efetivar uma análise do Poder Punitivo Estatal e dos direitos fundamentais do acusado à luz de uma racionalidade penal crítica e valorativa. O escopo é o de entender quais os limites para que o exercício do jus puniendi estatal não sacrifique os direitos e garantias do réu, reservando a este um papel de inimigo estatal. Para tanto, será proposto o estudo das relações de Poder Estatal, especialmente no âmbito criminal; dos direitos fundamentais do acusado; e das regras que devem ser obedecidas para a construção de um Direito material e processual Penal mais efetivo, crítico e constitucionalizado.

Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, em **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**, tratam da competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, a partir da utilização do método lógico-abstrato, a questão é discutida à

luz do texto constitucional, que não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso, e o Pacto de São José da Costa Rica.

André Giovane de Castro e Emanuele Dallabrida Mori, em PANDEMIA DE COVID-19 E MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, os autores revelam que a pandemia de Covid-19 desafia os controles sanitário e securitário. Enfatizam que o trabalho objetiva analisar o sistema carcerário brasileiro à luz dos direitos humanos e da violência, bem como refletir a adoção do monitoramento eletrônico, com o intuito de conter a disseminação do vírus, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir da metodologia do estudo de caso, considerando a seleção e o exame de jurisprudência, observou-se a resistência à utilização da tornozeleira eletrônica e a necessidade de contestar a racionalidade punitiva.

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, em TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: O RECONHECIMENTO DO CRIME A PARTIR DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR, revela que, apesar de formalmente proibido, o trabalho em condições análogas a de escravo continua sendo utilizado no Brasil. O estudo tem como objetivo analisar a interpretação dada ao artigo 149 do CPB pelo TRF-3 e permitiu constatar que, no âmbito do TRF 3, diferentemente dos demais, o conceito de trabalho escravo é desassociado da necessária restrição de liberdade do trabalhador, sendo reconhecida a alternatividade do tipo penal e, ainda, a tutela da dignidade da pessoa como bem jurídico protegido.

Alexander Rodrigues de Castro e Wanderson Fortunato Loiola Silva, em VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, abordam o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostram a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, apontam alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Lidiane Moura Lopes e Maria Vitória de Sousa, em ‘GASLIGHTING’ E A SAÚDE MENTAL: OS EFEITOS DA PANDEMIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, discutem a violência psicológica contra a mulher,

que ganha contornos de crueldade na figura do “gaslighting”, já discutido a tempo na dramaturgia e que se revela como o comportamento que leva o agressor a incutir na mente da vítima que esta está perdendo a sanidade. Analisa-se a proteção constitucional dada a mulher contra as formas de violência doméstica, as principais medidas de enfrentamento da questão, notadamente diante do isolamento social provocado pela pandemia causada pelo COVID-19.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2021

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF

THE TENSION BETWEEN THE INCARCERATION POLICY AND THE RIGHT TO HEALTH IN THE MIDDLE OF THE PANDEMIC CRISIS: AN ANALYSIS FROM HC 188.820 OF THE STF

Carolina Trevisan de Azevedo ¹

Resumo

A partir do HC 188.820 do STF, o artigo explora a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Optou-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Observou-se que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Palavras-chave: Hc coletivo, Grupo de risco, Covid-19, Saúde, Encarceramento

Abstract/Resumen/Résumé

Based on HC 188.820 of the STF, the article explores the tension observed in the Brazilian Courts between the Incarceration Policy and the Right to Health during the current pandemic. The bibliographic review methodology was chosen to achieve some considerations regarding the preliminary decision that partially accepted, in December 2020, the request for the grant of house arrest for members of the Covid-19 risk group, in overcrowded establishments, since the prisoner do not answer for crimes involving violence or serious threats. It was observed that, despite representing an advance, the decision has a restrictive character and presents some open questions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collective hc, Group of risk, Covid-19, Health, Incarceration

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). E-mail: carolina.azevedo@usp.br.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo explora, a partir do Habeas Corpus (HC) nº 188.820, a problemática relacionada à tensão entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde da população carcerária, que adquiriu um contexto particular com a chegada da crise sanitária causada pelo novo coronavírus (Covid-19). No processo, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou, em 3 de março de 2021, a liminar proferida pelo Ministro relator Edson Fachin em 17 de dezembro de 2020, que acolheu parcialmente o pedido dos impetrantes.

A escolha pela análise desse HC está relacionada aos seus pacientes: pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos superlotados, que pertencem ao grupo de risco da pandemia e que respondem por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. Trata-se, portanto, de medida coletiva que lida diretamente com o Direito à Saúde de um grupo especialmente vulnerável. Ademais, ao ser julgada pela maior instância do Poder Judiciário, a decisão apresenta impacto nacional.

Desde o início da pandemia, vem sendo construída uma agenda de pesquisa voltada à situação do cárcere em meio a essa crise sanitária, de modo a explorar como o ambiente prisional contribui para o potencial alastramento da doença e também qual tem sido a resposta dos juízes e Tribunais diante do risco à saúde e à vida da população intramuros. A presente pesquisa se insere nessa agenda e, por partir de um HC Coletivo, abarca também discussões referentes à medida. Trata-se de um instrumento processual novo, cujos requisitos e aplicação também vem sendo objeto de análise da comunidade acadêmica.

Os principais objetivos do artigo são explorar a tensão mencionada e como ela se refletiu na construção das diretrizes delineadas pela liminar do STF, assim como a forma como pode impactar seu cumprimento. Além disso, parte-se do pressuposto de que o Direito, como observa Fanti (2017), é uma arena de disputas entre diferentes atores sociais e, nesse sentido, a pesquisa procura realizar considerações e pensar em agendas de pesquisa que possam ser úteis para a atuação estratégica em prol da defesa dos direitos da população privada de liberdade.

Para isso, faz-se necessário, de início, apresentar a liminar em estudo e explorar o cenário no qual ela está introduzida para, na sequência, inserir a decisão do STF no contexto de resposta do Poder Judiciário à pandemia e à coletivização do HC. Para percorrer esse caminho, é utilizado o diálogo com outras pesquisas e um breve paralelo com o HC 143.641/STF, considerado um marco para o reconhecimento do HC Coletivo. Nesse sentido, adota-se como técnica de pesquisa, a revisão bibliográfica, sendo o percurso metodológico adotado qualitativo e exploratório.

2. O CASO

O Habeas Corpus (HC) n° 188.820 possui como pacientes todas as pessoas presas em locais acima de sua capacidade, que integram os grupos de risco para a Covid-19 e não respondem por crimes com violência ou grave ameaça. O pedido de liminar foi julgado e parcialmente aceito em 17 de dezembro de 2020, por meio de decisão monocrática confirmada, em 3 de março de 2021, pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF). O processo segue em curso e aguarda decisão definitiva.

Impetrado pela Defensoria Pública da União, o HC passou a ter também, no polo ativo, o Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores (GAETS), após deferimento concedido pelo relator, Ministro Edson Fachin. Foram indicadas no processo como autoridades coatoras, mediante a apresentação de algumas ementas: o Superior Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior Eleitoral, todos os Tribunais de Justiça dos Estados, todos os Tribunais Regionais Federais das Cinco Regiões, os Juízos Criminais Federais, os Juízos Criminais Estaduais e os Juízos de Execução Penal Federais, além dos Juízos de Execução Penal Estaduais.

O relator indicou os principais argumentos dos impetrantes, que incluem: o fato de a pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19) intensificar o cenário caótico do sistema prisional brasileiro, caracterizado pela superlotação e precárias condições de higiene; a resistência e as divergências do Poder Judiciário quanto à aplicação da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), justificando a análise urgente por parte da Corte Suprema (STF); dados que contestam os pedidos negados pelos coatores, inclusive em sede de HC Coletivo, com ênfase para o STJ; a proteção tanto dos indivíduos que forem soltos, quanto dos que permanecerem no sistema prisional, assim como dos profissionais de saúde, devido à redução da população carcerária, que possibilita uma menor circulação de pessoas e um maior distanciamento; a concessão da ordem, nos termos requisitados não significar uma soltura generalizada.

Antes de adentrar a análise de mérito do pedido, Fachin pontuou a admissão do HC Coletivo enquanto instrumento processual para reivindicar direitos de natureza individual homogênea, mencionando alguns julgados nesse sentido. Além disso, ressaltou a importância do instrumento para a isonomia no tratamento jurisdicional e o acesso à justiça. Já na análise de mérito, a primeira discussão realizada pelo ministro diz respeito à plausibilidade jurídica do pedido. Diante do contexto internacional de emergência em saúde pública provocado pela pandemia, o relator mencionou documentos nacionais e internacionais que sugerem a adoção

de medidas desencarceradoras. Os documentos selecionados, assim como a decisão do relator como um todo, refletem um ponto central: a tensão entre o Direito à Saúde da população carcerária e a defesa da segurança pública que, como será abordado, frequentemente é utilizada para justificar a Política de encarceramento do sistema penal.

Todos os documentos mencionados possuem em comum o destaque para a especial vulnerabilidade de certos grupos, considerados de risco frente à Covid-19. A Nota de posicionamento da ONU é um desses documentos e, para além de recomendar mecanismos de liberação prisional (como indultos, livramentos antecipados e medidas alternativas à prisão), ressalta a necessidade de fornecer produtos de higiene e realizar triagens na população carcerária.

Em âmbito nacional, Fachin destacou a identificação dos grupos de risco da Covid-19 pela Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020 e a Recomendação 62 do CNJ, de 17 de março, prorrogada e atualizada pela última vez por meio da Recomendação 91, de 15 de março de 2020, atualmente vigente. Estão incluídos no grupo de risco pessoas acima de 60 anos, com doenças crônicas ou respiratórias, aquelas com obesidade e ainda mulheres grávidas ou puérperas (até duas semanas após o parto).

A Recomendação do CNJ é dirigida a juízes e Tribunais e sugere diferentes medidas desencarceradoras, entre as quais a excepcionalidade e revisão de prisões provisórias e a concessão de prisão domiciliar para presos em cumprimento de pena nos regimes aberto e semiaberto. Entre os parâmetros de liberação se incluem a superlotação carcerária e a existência de grupos de risco, além de privilegiar os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, fatores que foram relacionados por Fachin para a concessão parcial da liminar. À favor da Recomendação em questão, o ministro apontou o Direito à Saúde previsto no art. 196 da CRFB/88 e, no caso da população carcerária em específico, alguns artigos da Lei de Execuções Penais (art 10; 11, II; 14; 41), que dispõe também como um dever do Estado a assistência à Saúde para essa parcela da população.

Trata-se de obrigação que, conforme explica, citando o entendimento do próprio STF, pode ensejar responsabilizações estatais em caso de omissão, assim como ocorre com as demais violações a direitos fundamentais da pessoa presa, considerando sua condição de custodiada pelo poder público. Para além dos direitos dos detentos, o ministro assevera os efeitos extramuros das medidas sugeridas, tendo em vista o envolvimento de outras pessoas, como os servidores públicos que trabalham nas penitenciárias, os terceirizados e os advogados.

As deficiências estruturais e de políticas públicas também foram exploradas na fundamentação da liminar, que citou a ADPF 347, na qual o STF reconheceu o Estado de Coisas

Inconstitucional do cárcere brasileiro, assim como alguns dados, incluindo a superlotação das prisões, que dificulta o combate ao vírus causador da pandemia. Nesse sentido, o relator destaca que essa superlotação não atrapalha apenas o isolamento preventivo, mas também a manutenção do padrão de higiene recomendado.

Outros dados utilizados foram os do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) do CNJ, responsáveis por indicar um crescimento maior de casos da doença dentro dos presídios, mesmo diante da baixa testagem e subnotificação¹. Da mesma forma, os dados coletados demonstram uma resistência das Cortes em conceder pedidos de liberação/prisão domiciliar aos integrantes do grupo de risco da Covid-19². Além dessa resistência, o relator destacou a disparidade de soltura de presos a partir da Recomendação 62 do CNJ³.

Considerando o grande número de idosos (10.273) e pessoas com diagnóstico de comorbidades (31.742), Fachin ressalta a necessidade de medidas capazes de proteger o grupo, especialmente vulnerável frente à pandemia, sobretudo nos casos de superlotação. O ministro também pontua que a liminar, ao beneficiar indivíduos acusados de crimes praticados sem violência ou grave ameaça, preserva a segurança pública, também protegida pelo Estado, fazendo menção ao art. 144 da CRFB/88.

Em diálogo com o cenário internacional, o relator mencionou algumas medidas desencarceradoras adotadas por outros países, assim como os resultados positivos que obtiveram no sentido de reduzir a população prisional. Ainda, ressaltou que o Brasil foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, devido às deficiências estruturais do cárcere brasileiro e às altas taxas de contágio e morte pela Covid-19 em âmbito prisional, resultando em um comunicado que solicitou ao Estado a redução da população carcerária, com a adoção de medidas alternativas à prisão.

Diante da urgência caracterizada pelo risco de morte, o relator optou por julgar a liminar a despeito de a Procuradoria Geral da República (PGR) ainda não ter se manifestado e, diante dos argumentos apresentados, acolheu parcialmente o pedido. O relator, com base na então vigente Recomendação 78 do CNJ, optou por restringir os beneficiários da decisão,

¹ Entre esses dados estão a taxa de infectados a cada 100 mil pessoas, sendo que, segundo o relator, enquanto a taxa nacional é de 2.533,3, entre os presos ela é de 4.561,4 e, entre os servidores, é de 8.579,6.

² Nesse sentido, é mencionada a pesquisa “COVID-19 in prisons: a study of habeas corpus decisions by the São Paulo Cort of Justice”, cujos dados, baseados na análise de 6.781 hc’s julgados pelo TJSP, indicam 88% de pedidos negados.

³ Fachin citou o Relatório de Monitoramento da Covid-19 e da Recomendação 62/2020 do CNJ, utilizando como exemplo o contraste entre o estado do Maranhão, com 30,2% de presos soltos, e o estado do Tocantins, com porcentagem de soltura de 1,46%.

excluindo aqueles acusados de crimes previstos na Lei 12.850/2013 (referente à organização criminosa), na Lei 9.613/1988 (que trata da lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), voltados à administração pública (como corrupção e prevaricação), hediondos ou de violência doméstica contra a mulher. Ademais, estabeleceu que a concessão da prisão domiciliar ocorra a partir de uma análise individualizada, realizada pelo juízo de origem, em processo próprio, por estar mais próximo ao caso concreto.

Em termos probatórios, fixou como diretriz a necessária comprovação médica da inclusão no grupo de risco da Covid-19, além de facultar que o juízo competente negue o pedido quando presentes os seguintes requisitos, de forma cumulativa: inexistência de casos de Covid-19 no estabelecimento prisional, com aplicação de medidas preventivas à doença e manutenção de atendimento médico adequado. Para além dessa hipótese, determinou também a faculdade na aplicação da ordem em situações excepcionalíssimas, capazes de afastar o risco à saúde e levando em conta o risco que a liberação do detento possa representar à segurança pública.

Por fim, no dispositivo da liminar, o relator determinou que, cumpridas as diretrizes estabelecidas, com relação à progressão antecipada de regime, os juízes da execução penal, de ofício ou mediante requerimento, concedam a progressão antecipada da pena a condenados que se encontram no regime semiaberto, desde que: se encontrem em presídios com a capacidade máxima ultrapassada; comprovem pertencer a algum grupo de risco; estejam cumprindo pena por crimes sem violência/grave ameaça, com as exceções indicadas; estejam a 120 dias de completar o requisito objetivo para progressão.

Com relação à prisão domiciliar e à liberdade provisória, determinou que, ao preferirem ordens de prisão cautelar, juízes singulares e Tribunais, nos mesmos moldes indicados para a progressão de regime, concedam prisão domiciliar ou liberdade provisória, que podem ser cumuladas com medidas diversas da segregação. Por fim, Fachin fixou a vigência da liminar até o encerramento da situação de emergência de saúde pública ou mediante decisão judicial em sentido contrário.

3. DISCUSSÃO

3.1 Direito à Saúde, Covid-19 e sistema carcerário

O Direito à Saúde é um dos direitos fundamentais de segunda geração, previsto na CRFB/88 como prerrogativa de todos os cidadãos brasileiros. Ao receber uma condenação criminal, o indivíduo segue sendo cidadão, conservando seus direitos, a despeito de algumas restrições (à liberdade e a direitos políticos). Ainda que a própria Lei de Execuções Penais reforce a óbvia manutenção dos Direitos Humanos das pessoas privadas de liberdade, a

realidade aponta para sua violação sistemática, conforme reconhecido pelo STF na ADPF 347 (BONATO, VENTURA; CAETANO, 2020).

Como consequência das condições físicas insalubres do cárcere, Freitas (2013) ressalta a vulnerabilidade da população privada de liberdade no que diz respeito a determinadas doenças. A autora pontua a seletividade do sistema penal, voltado a indivíduos que mesmo antes de serem presos enfrentam dificuldades de acesso a direitos como educação e saúde (que inclui uma alimentação balanceada, prevenção e tratamento de enfermidades). Esse quadro prévio, como explica, se soma às condições carcerárias, também precárias.

Acerca das deficiências estruturais do cárcere, Sánchez et al (2020) destacam a superlotação⁴, a baixa ventilação, iluminação insuficiente, restrição a serviços de saúde, más condições de higiene (que incluem falta de lençóis e cobertores), má alimentação e agressões físicas e psicológicas entre os internos e por parte dos funcionários. No mesmo sentido, Valença; Freitas (2020) ressaltam o racionamento de comida, sua má qualidade (chegando a estar estragada), a limitação de água potável para beber, para banho e limpeza das celas, além da carência de produtos básicos de higiene.

A influência do cenário descrito para a proliferação da Covid-19, como visto, foi destacada por Fachin na liminar, sendo a superlotação carcerária e as condições de higiene apontadas como fatores que dificultam as recomendações de combate ao vírus, para as quais o distanciamento social e a higiene pessoal e do ambiente são centrais.

As consequências desse quadro podem ser observadas nos dados trazidos pelo relator e em outros mais recentes, como os encontrados nos Registros de Contágios e Óbitos do CNJ relacionados à Covid-19, os quais indicam uma linha crescente, demonstrando que a crise gerada pela doença não vem apresentando melhora. O último boletim divulgado (10 de março de 2021) aponta um aumento de 13,5% nos casos de óbitos e 5,5% nos casos de contágios de pessoas privadas de liberdade e servidores, com período de comparação de 30 dias⁵. Nos 3 boletins anteriores, o aumento na taxa de óbitos foi de 9% (23 de fevereiro), 5,4% (3 de fevereiro) e 4,5% (20 de janeiro), o que revela um agravamento em termos de letalidade (CNJ, 2021).

Conforme visto, os pacientes do HC em análise são os detentos que pertencem ao grupo de risco da doença (idosos, pessoas com comorbidades, gestantes e puérperas) e que se

⁴ Os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Sisdepen), referentes ao primeiro semestre de 2020, indicam 759.518 pessoas privadas de liberdade nos Sistemas Penitenciários e em outras prisões. Ademais, apontam um déficit de 231.768 vagas (DEPEN, 2020).

⁵ Os dados indicam, à época da decisão, de acordo com o relator, 122 óbitos entre servidores e 147 entre pessoas privadas de liberdade.

encontram em estabelecimentos superlotados. Entre as doenças cuja contaminação é maior no ambiente prisional, e que afetam o prognóstico da Covid-19, estão o HIV, hepatites B e C e tuberculose (KAMARULZAMAN et al, 2016). Com relação à Tuberculose, por exemplo, Sánchez; Larouzé (2016) indicam que sua frequência é 35 vezes maior no ambiente carcerário.

Em sintonia com o quadro exposto, Bonato; Ventura; Caetano (2020) afirmam que a pandemia causada pela Covid-19, para além da evidente crise sanitária, vem sendo responsável por uma crise na garantia dos Direitos Humanos da população carcerária. As autoras, por meio de uma revisão sistemática de literatura, aprofundaram a situação da tuberculose nos presídios brasileiros, com o objetivo de refletir sobre o impacto desse quadro no contexto pandêmico.

A partir disso, asseveram que a dinâmica institucional carcerária prejudica a manutenção de rotinas de saúde e concluíram que os detentos estão mais sujeitos a se contaminarem com a doença estudada devido às condições do ambiente prisional. Acrescentam que, majoritariamente, não recebem o tratamento adequado, o que inclui maiores taxas de interrupção de cuidados diante das deficiências do sistema carcerário, que promovem diversas barreiras ao acesso à saúde.

Nesse sentido, pontuam que, apesar dos avanços nas políticas de saúde carcerária, elas ficam comprometidas pela lógica de segurança na qual se espelha a dinâmica prisional, de caráter disciplinar. Acrescentam, ademais, a fragilidade dos vínculos entre as equipes de saúde e a população prisional, considerando fatores como as transferências de detentos sem aviso prévio. Da mesma forma, ressaltam a carência de medidas preventivas e a dificuldade de alterar o cenário de contaminações sem mudanças estruturais no ambiente e nos recursos humanos.

Diante desse cenário, as autoras observam que a saúde e o bem-estar da população prisional ficam em segundo plano com base no argumento da proteção da sociedade, afirmando que “a lógica de segurança não possibilita tão facilmente uma abertura a outras lógicas que lhe sejam aparentemente antagônicas, como, por exemplo, a lógica do cuidado”. Nesse sentido, apontam que, simultaneamente aos avanços legais, é preciso alterar a cultura de punição presente na justiça criminal, voltada a um determinado perfil de pessoas (BONATO, VENTURA; CAETANO, 2020, p.536).

Essa tensão entre a segurança da sociedade e os direitos individuais da população prisional aparece na liminar em alguns momentos. O relator, ao mesmo tempo em que argumenta a importância de efetivar medidas desencarceradoras em prol do Direito à Saúde e do Direito à Vida das pessoas privadas de liberdade, ressalta a necessidade de conciliar essas medidas com a proteção social, utilizada como fundamento para restringir os beneficiários da

decisão, excetuando aqueles acusados de determinados crimes, ainda que não envolvam violência ou grave ameaça, como visto.

Para além da saúde física, o presente artigo destaca os impactos emocionais da pandemia na população privada de liberdade. Os efeitos das condições carcerárias sob a saúde mental da população prisional, antes mesmo da crise sanitária, podem ser observados na elevada taxa de suicídios ocorridos entre os detentos. Os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Sisdepen), referentes ao primeiro semestre de 2020, com relação à mortalidade nos Sistemas Prisionais, apontam o suicídio como causa de 7,68% das mortes entre os homens e 15,22% entre as mulheres (DEPEN, 2020).

Nesse sentido, Sánchez et al (2020) destacam, em cartilha divulgada pelo Ministério da Saúde, a necessidade de proteger o Direito à Saúde e a atenção psicossocial da população carcerária, pontuando os novos desafios acrescentados pela pandemia. Os autores mencionam o impacto psicológico das medidas de contenção do vírus intramuros, que incluem a suspensão de visitas e de atividades em grupo, citando como exemplos práticas esportivas/religiosas. Acrescentam a esse quadro de restrições, a ansiedade e o medo motivados pela possibilidade de contaminação pessoal e de familiares.

Ainda que a versão atual da Recomendação 62 do CNJ recomende a flexibilização do calendário de visitas, em atenção à garantia do Direito ao contato familiar, trata-se de uma retomada gradual, sendo que, no painel de “Medidas de combate ao Covid-19” do DEPEN consta, com relação à situação das visitas nas diferentes regiões brasileiras, 93,94% de suspensão total e 6,06% de manutenção com restrições⁶ (DEPEN, 2021). Para além do impacto emocional dessa suspensão, Sánchez et al (2020) pontuam ser comum que os familiares aproveitem as visitas para levar remédios, alimentos e produtos de higiene para os detentos.

Essa mesma questão é abordada por Oliveira; Rocha; Abreu (2020), que ressaltam como consequência desse cenário a soma da escassez no fornecimento itens pessoais e de notícias dos familiares. Com relação a essa falta de comunicação, salientam a ausência de preparo dos estabelecimentos para utilizar meios digitais como alternativa, tendo em vista a carência de equipamentos e de profissionais treinados.

As autoras destacam, nesse contexto, que a concepção social de encarceramento está atrelada a uma cultura de punição/tortura corporal e psicológica, que inclui a naturalização das violações de Direitos Humanos. Apesar de afirmarem que a Covid-19 agravou esse quadro para homens e mulheres, ressaltam que, no caso destas, a situação é ainda mais crítica, considerando

⁶ Com base na atualização de 30 de março de 2021.

os maiores níveis de abandono⁷ e as condições dos estabelecimentos femininos que, em geral, não possuem estrutura adequada e adaptada às necessidades do grupo. Com relação à falta de assistência para as mulheres, Sánchez et al (2020) mencionam violações específicas a seus direitos, como a violência obstétrica e a ausência de acesso a cuidados ginecológicos, entre outros.

No caso dos pacientes do HC 188.820 há uma soma de vulnerabilidades, considerando que convivem com as precariedades, restrições e preocupações descritas, ao mesmo tempo em que apresentam um prognóstico mais grave em caso de contaminação por pertencerem ao grupo de risco do vírus. Sánchez et al (2020), ao explorarem as particularidades de certos grupos, mencionam, por exemplo, o caso das pessoas idosas, tendentes a apresentar maior número de doenças crônicas, agravadas pelas condições carcerárias.

Além disso, em sintonia com a Recomendação do CNJ e com o pedido parcialmente atendido pela liminar, destacam como uma das principais medidas de enfrentamento à crise sanitária a redução da superlotação carcerária, inclusive por meio da liberação de detentos que respondam por crimes de baixo potencial ofensivo/cometidos sem violência, além de mencionarem especificamente a adoção de medidas alternativas como a prisão domiciliar para indivíduos com comorbidades capazes de agravar o possível contágio pela Covid-19.

3.2 HC 188.820: Reflexões, considerações e agendas de pesquisa

3.2.1 O comportamento do Judiciário brasileiro durante a pandemia

O HC 188.820 integra o grupo de HC's Coletivos voltados ao grupo de risco da Covid-19, impetrados em diferentes instâncias (outros exemplos são o HC 568.981⁸ e o HC 570.440⁹, negados liminarmente pelo STJ). O HC Coletivo não possui previsão legal, mas vem sendo construído pela jurisprudência e apresenta como marco o HC 143.641, por ter sido julgado (em fevereiro de 2018) pela maior instância do poder judiciário (STF) com efeitos para todo o país (ALMEIDA; COSTA, 2019). Apesar de não ser o escopo do artigo aprofundar o reconhecimento jurisprudencial que vem recebendo ou não a medida, ressalta-se que, de acordo com os impetrantes da ADPF 758, os Tribunais das diferentes instâncias ainda divergem com relação ao seu conhecimento, requisitos e abrangência.

⁷ As autoras mencionam o Relatório Temático Sobre Mulheres Privadas de Liberdade, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em 2019, no qual aparece o dado de que, mesmo em condições normais, as mulheres recebem um número menor de visitas.

⁸ Para a definição dos pacientes também foi utilizado o filtro dos crimes sem violência ou grave ameaça, mas sem menção à superlotação.

⁹ De caráter mais abrangente, foram identificados como pacientes todas as pessoas presas ou que viessem a ser presas, desde que integrantes dos grupos de risco da pandemia.

Nesse sentido, a liminar proferida por Fachin e confirmada pela 2ª Turma do STF, ao reforçar o cabimento desse instrumento, representa um avanço, considerando que o HC Coletivo vêm sendo apontado por autores como Sarmento; Borges; Gomes (2015), Almeida; Costa (2019) e Lima et al (2019) como uma forma de ampliar a proteção de direitos fundamentais violados intramuros¹⁰. Pode-se dizer, considerando seu contexto, que a decisão em análise lida com uma questão material nova - a pandemia -, que se soma ao cenário anterior de violações sistemáticas aos direitos da população carcerária, entre os quais a saúde, ao mesmo tempo em que reafirma uma novidade processual.

No dispositivo da decisão, o relator determinou que a concessão da prisão domiciliar aos pacientes deve ser analisada individualmente, no juízo competente, com base nas diretrizes estabelecidas. Trata-se de uma opção que demanda reflexões a partir da interação entre os agentes do Sistema de Justiça. Entre esses agentes está a Defensoria Pública, destacada por Sarmento; Borges; Gomes (2015) como protagonista na defesa do *status libertatis* da população prisional. Os autores destacam o aparelhamento ainda precário do órgão, assim como a insuficiência de defensores públicos, realidade que dificulta a resposta imediata no sentido de analisar a situação individual de cada pessoa presa e sua adequação à liminar, com a impetração de HC's para cada paciente. A essa sobrecarga, soma-se a morosidade do judiciário, para a qual os autores destacam que o HC Coletivo deveria contribuir, favorecendo a celeridade processual.

O quadro descrito apresenta impacto sobre os demais aspectos da decisão, que incluem a restrição do direito à prisão domiciliar, no caso dos detentos em regime semiaberto, àqueles que estejam a 120 dias de atingir o requisito objetivo para a progressão de regime. A interação descrita acima motiva questionamentos quanto à possibilidade de que até percorrer todo o caminho processual para conseguir a concessão da prisão domiciliar, a pessoa em regime semiaberto não goze da medida alternativa de forma antecipada, ou seja, antes da data original para a progressão. Uma segunda implicação da determinação apontada é que a efetividade da ordem concedida depende das instâncias inferiores, tornando relevante contextualizar o comportamento do Poder Judiciário frente aos pedidos de HC's durante a crise motivada pela Covid-19, assim como estudos acerca do cumprimento de outros HC's Coletivos por juízes e Tribunais.

¹⁰ Entre os demais argumentos utilizados pelos autores para defender o cabimento da medida estão a relevância do direito em pauta (liberdade), a supremacia do interesse social, prevista pela CRFB/88, a possibilidade de uma maior isonomia no tratamento judicial e o reconhecimento pela jurisprudência do Mandado de Injunção Coletivo mesmo antes de sua previsão legal.

Entre os estudos que possuem essa temática, Vasconcelos; Machado; Wang (2020, p.4) analisaram 6.771 decisões de HC's que mencionam a pandemia, julgados pelo TJSP, apontando uma taxa de quase 90% de indeferimentos, além de realizar uma análise aprofundada de grupos de casos dentro dessa amostra. A pesquisa destaca a Recomendação 62 do CNJ, - na qual se apoia a liminar em estudo -, afirmando que a mesma incita os Tribunais a “assumirem sua responsabilidade pelos resultados do sistema, considerando a pandemia um momento em que tendências por uma política criminal repressiva a todo custo deveriam ser suspensas em prol da saúde e bem-estar das pessoas presas”.

Ao investigar o impacto dessa Recomendação e de suas diretrizes nas decisões selecionadas, os autores expõem que somente 54% delas mencionam o texto, na maior parte das vezes (mais de 90%), para indeferir o pedido. Esse resultado é semelhante ao encontrado por Moser; Budó (2020), que também incluíram essa investigação em sua pesquisa. As autoras observaram o impacto da pandemia para a concessão de prisão domiciliar a grávidas e mães de filhos menores de 12 anos pelo STJ e pontuam que, entre as decisões analisadas, poucas mencionam a Recomendação¹¹.

Já Valença; Freitas (2020, p.571) analisaram 62 decisões de HC's individuais e coletivos julgados pelo STJ, órgão destacado pelos impetrantes entre as autoridades coatoras do HC 188.820. Os autores também abordam a Recomendação 62 do CNJ, assim como as funções do órgão, que incluem o controle/fiscalização do Poder Judiciário e a gestão de políticas penais. Com relação à aplicação do texto, apontam que o fato de as medidas sugeridas não possuírem caráter obrigatório foi utilizado como um dos principais argumentos nas decisões que negaram a liberação dos detentos.

Os autores afirmam que, desde a publicação da Recomendação, existe uma disputa de diferentes narrativas e políticas em torno dela. Contrastam, nesse sentido, duas interpretações: a de que representa um caminho para garantir a proteção da saúde e da vida da população carcerária e a de que incentiva a impunidade e prejudica a segurança pública, uma vez que seriam liberados indivíduos considerados perigosos.

Para além da aplicação da Recomendação em si, essas pesquisas investigam o conteúdo geral das decisões dos Tribunais mencionados. Pensando nos pacientes do HC em análise, cabe destacar os resultados da pesquisa de Vasconcelos; Machado; Wang (2020) quanto à influência da alegação de pertencimento ao grupo de risco da Covid-19. Os autores

¹¹ As autoras analisaram 227 decisões julgadas antes da Recomendação 62 do CNJ, desde dezembro de 2018, e 27 proferidas após a publicação do texto, até junho de 2020. Entre as decisões autuadas após a Recomendação, afirmam que a mesma foi mencionada em apenas 40% delas.

concluíram que o resultado das decisões não foi afetado por esse fator, acrescentando que outros elementos, como a origem do julgador, se mostraram mais determinantes (com maior tendência de deferimentos no caso de julgadores com origem externa à magistratura)¹²¹³.

Com relação ao grupo específico formado por mães, lactantes e grávidas, indicam que também não foi identificada correlação entre a alegação e o resultado da decisão. Quando substituído pela variável gênero, por outro lado, os autores encontraram uma probabilidade 5,3% maior de concessão do pedido para mulheres em geral. A pesquisa de Moser; Budó (2020), conforme dito, está centralizada no grupo citado e trás dados ainda mais preocupantes, afirmando que, dentre as decisões selecionadas, o indeferimento de pedidos de prisão domiciliar analisados pelo STJ aumentou 11,7% após o início da pandemia¹⁴.

Ao voltar o olhar para o crime pelo qual respondem os indivíduos, Vasconcelos; Machado; Wang (2020) indicam que, com base em seus resultados, existe uma tendência de o julgador indeferir o pedido quando aponta a gravidade do crime, ainda que não envolva violência ou grave ameaça, como é o caso do furto e do tráfico de drogas. Sobre esse aspecto, ressalta-se que a própria Recomendação 62 do CNJ, em sua redação atual, estabelece algumas exceções quanto à prioridade na liberação de indivíduos acusados por crimes sem violência ou grave ameaça.

A liminar do HC 188.820, conforme ressaltado, observou a sugestão do CNJ e também exclui da ordem concedida alguns crimes, entre os quais aqueles voltados à administração pública e os que o ordenamento jurídico prevê como hediondos, sem fazer menção expressa aos crimes equiparados a esse status. Nesse sentido, cabe destacar a situação do crime de Tráfico de Drogas, cuja forma privilegiada já teve sua hediondez equiparada afastada pelo STF¹⁵, diferente da modalidade comum¹⁶.

Considerando que, segundo os dados do Sisdepen, referentes ao primeiro semestre de 2020, trata-se do crime pelo qual respondem quase 60% das mulheres privadas de liberdade e mais de 30% dos homens nessa condição, a interpretação da jurisprudência acerca do alcance

¹² Dentro do grupo de risco, a análise aprofundada de parte dos casos incluiu 23 decisões com pacientes idosos, entre as quais houve apenas 1 deferimento.

¹³ Nesse sentido, os pesquisadores indicam, por exemplo, que as chances de provimento nas decisões são até 27% maiores no caso de magistrados provenientes da OAB.

¹⁴ As autoras ressaltam a desproporção entre o número de decisões analisadas antes e depois da Recomendação 62 do CNJ, sendo o primeiro grupo consideravelmente maior.

¹⁵ O que pode ser observado no HC 188.536/MS julgado pelo STF em 2016.

¹⁶ Quando Vasconcelos; Machado; Wang (2020) realizaram sua pesquisa a Recomendação do CNJ ainda não havia estabelecido essas exceções, sendo o único parâmetro para liberação prioritária a acusação por crime envolvendo ou não violência/grave ameaça, o que os autores consideraram um avanço, mencionando justamente o crime de tráfico de drogas e o fato de o critério de gravidade estabelecido pelo texto não se basear nos limites mínimo e máximo da pena prevista para o crime.

dessa exceção exercerá um impacto significativo sobre a aplicação da liminar e do texto elaborado pelo CNJ (DEPEN, 2020). Trata-se de uma agenda de pesquisa que dialoga com o tema da guerra às drogas¹⁷ e que também envolve o debate acerca da individualização da pena, prevista pelo art. 5º, XLVI da CRFB/88, no sentido de observar se os magistrados estão analisando o caso concreto dos pacientes no momento da decisão ou reduzindo-a ao crime supostamente cometido, com base na exceção prevista ou na noção de gravidade abstrata do delito.

A partir de uma revisão integrativa entre as pesquisas de Valença; Freitas (2020) e Vasconcelos; Machado; Wang (2020), é possível identificar percepções e discussões convergentes. Nesse sentido, ambas mapearam, entre os principais argumentos utilizados pelo STJ e TJSP para denegar os HC's selecionados: a insuficiência de provas quanto ao pertencimento ao grupo de risco da Covid-19, assim como a inexistência de casos da doença na penitenciária.

Da mesma forma, identificaram alegações no sentido de o paciente não demonstrar que estar preso o torna mais vulnerável à doença do que estaria extramuros. Nesse sentido, Valença; Freitas (2020) destacam a fundamentação quanto à não comprovação da incapacidade do estabelecimento de promover um atendimento de saúde adequado (mesmo em casos de superlotação). Já Vasconcelos; Machado; Wang (2020) pontuam a existência de afirmações genéricas, sem sustentação, com relação à adequação da estrutura carcerária/ausência de risco em concreto no estabelecimento, assim como menção a ofício da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) informando a adoção das medidas cabíveis.

Como críticas a esses argumentos, Valença; Freitas (2020) pontuaram que as más condições carcerárias, que incluem a falta de acesso à saúde e contrariam as medidas de combate ao vírus (distanciamento, higiene, etc), são fato notório, sendo dispensável a atividade probatória¹⁸. Acrescentam que a presença de equipes médicas não afeta, por exemplo, a maior probabilidade de indivíduos do grupo de risco apresentarem complicações e maiores taxas de letalidade em caso de contaminação.

Em ambas as pesquisas os autores ressaltam a baixa quantidade de testagens de contaminação nas penitenciárias e a falta de transparência nos dados oficiais, tornando duvidosa a inexistência de casos de Covid-19 nas unidades. Trata-se de reflexões que dialogam com a liminar do HC 188.820, afinal, apesar de a decisão mencionar a realização insuficiente de testes

¹⁷ Para aprofundar o tema, ler “O Direito Penal da Guerra às Drogas” (VALOIS, 2016).

¹⁸ Sobre a exigência excessiva de provas, Vasconcelos; Machado; Wang; (2020, p.21) afirmam que “ignora a estreita margem de atuação da advocacia pública e privada, bem como do nível de blindagem do sistema prisional”.

para a doença e o Estado de Coisas Inconstitucional do cárcere (ADPF 347), seu dispositivo prevê que o juízo competente pode deixar de conceder a prisão domiciliar quando não houver registros de casos de contaminação na penitenciária, forem implementadas medidas preventivas e atendimento médico disponível.

3.2.2 Traçando um paralelo entre o HC 188.820 e o HC 143.641

Ainda com relação aos argumentos utilizados pelo STJ para denegar HC's, Valença; Freitas (2020) apontam a alegação de questões processuais, como a supressão de instâncias, inclusive nos casos de HC's Coletivos. Nesse sentido, a pesquisa vai ao encontro da afirmação da ADPF 758 quanto à divergência de entendimentos nos Tribunais brasileiros sobre esse instrumento. Assim como os aspectos processuais quanto ao cabimento da medida, a resposta das instâncias inferiores aos HC's Coletivos também é uma agenda de pesquisa em aberto e que pode contribuir para a formulação de estratégias capazes de responder ao comportamento do Poder Judiciário.

Para além do cenário da pandemia, como ressaltado, o HC em análise também se insere no campo de discussão a respeito do HC Coletivo, medida em construção na jurisprudência brasileira. Nesse sentido, O HC 143.641/STF, é considerado, conforme dito, um marco para o reconhecimento do HC Coletivo e pode ser aproveitado enquanto paralelo para reflexões acerca da liminar. Por meio dele, a 2ª Turma do STF concedeu a ordem para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para grávidas e mães com filhos de até 12 anos/deficientes, desde que não sejam acusadas de crimes com violência/grave ameaça, exceto situações excepcionálíssimas. Essa hipótese de exceção à concessão da prisão domiciliar também foi prevista no HC 188.820, julgado pela mesma Turma e atrelada ao risco à segurança pública.

Algumas pesquisas investigaram a aplicação do primeiro HC e identificaram alguns obstáculos ao cumprimento da ordem concedida pelo Tribunal. Entre essas pesquisas estão a de Ravagnani; Ito; Neves, (2019); Tabuchi (2020) e Rudncki; Silva; Veeck (2020). As três pesquisas, em comum, apontaram para a predominância do descumprimento da ordem concedida e, a partir da análise de decisões judiciais de diferentes Tribunais de Justiça brasileiros (TJSP, TJPR e TJRS respectivamente), entenderam que a aplicação da situação excepcionálíssima se tornou a regra.

Nas palavras de Ravagnani; Ito; Neves (2019, p.13), essa previsão “possibilitou ao subjetivismo dos julgadores as hipóteses de concessão da ordem”. Nesse sentido, essas pesquisas, em conjunto, apontam que fatores como a reincidência da paciente e a gravidade em abstrato do delito (muito presente no caso do tráfico de drogas) foram utilizados para justificar

a alegação de excepcionalidade. A partir dessas observações, cabe analisar como a jurisprudência irá aplicar essa hipótese no caso do HC 188.820. Trata-se de uma questão a ser pensada estrategicamente pelos Tribunais, de modo que possam, por exemplo, adotar um maior detalhamento quanto ao termo genérico “situações excepcionalíssimas”¹⁹, com o objetivo de restringir a margem para sua utilização enquanto regra, como as pesquisas apresentadas indicam ter ocorrido no caso do HC 143.641.

Outro ponto de reflexão, no qual se cruzam o cenário da pandemia e o paralelo com o HC marco, é a questão das provas. No subtópico anterior, a revisão integrada de pesquisas acerca do comportamento do Judiciário brasileiro durante a atual crise sanitária apontou como um dos resultados comuns dos estudos a presença de argumentos referentes à inexistência/insuficiência de provas. Da mesma forma, essa fundamentação foi identificada pelas 3 pesquisas mencionadas neste subtópico como um dos empecilhos à efetivação da ordem concedida no HC voltado a grávidas e mães de crianças/deficientes. Entre as provas requeridas os autores mencionam a comprovação das deficiências estruturais do estabelecimento penal e questões específicas do pleito, como a demonstração da imprescindibilidade materna.²⁰

No caso do HC 188.820, Fachin determinou que a concessão da ordem estabelecida no dispositivo está subordinada à comprovação médica do pertencimento ao grupo de risco, todavia, não especifica ou exemplifica quais provas são suficientes, ampliando assim a margem para aplicações restritivas da determinação, tendo como base a tendência identificada nos estudos apresentados, tanto no contexto da pandemia quanto do HC 143.641.

No cenário atual, destaca-se que a produção de provas está limitada, tendo em vista as medidas restritivas de combate à crise sanitária, previstas de forma diversa nos diferentes estados e municípios brasileiros, com períodos de menor ou maior abrangência. Um exemplo é a Portaria nº 117 da Secretaria Municipal de Saúde (SMS) de São Paulo²¹, de 5 de março, atualizada pela Portaria nº 124, de 17 de março, do mesmo órgão, que restringe o atendimento de consultas presenciais, exames e procedimentos para a população em geral.

3.2.3 Últimos apontamentos acerca da Política de encarceramento em confronto com o Direito à Saúde/Vida da população carcerária

¹⁹ No caso do HC 143.641, o relator realizou alguns esclarecimentos sobre a hipótese alguns meses depois, em uma decisão de acompanhamento da ordem.

²⁰ Circunstância prevista pelo relator do HC 143.641 como presunção.

²¹ Capital do estado de São Paulo, que concentra a maior população carcerária de acordo com o Painel Interativo do DEPEND, referente a dezembro de 2019.

As discussões apresentadas no decorrer do artigo apresentam como pano de fundo a tensão entre a Política de encarceramento e os direitos da população carcerária, evidenciada a todo o momento. Trata-se de um conflito antigo, atrelado a práticas estatais de controle social de determinados grupos, e que alimenta a manutenção de desigualdades por meio dessa seletividade (LIMA et al, 2019). No caso brasileiro, Flauzina (2006) destaca seu nascimento, ainda no período colonial, enquanto instrumento de controle da população negra, com potencial genocida, adquirindo com o tempo mecanismos mais sofisticados de ação, sem alterar sua vocação. O conflito apresentado se manifesta de diversas formas, entre elas pode ser observado na estrutura e organização dos estabelecimentos penais, conforme explorado no tópico 3.1, e no comportamento do Judiciário brasileiro.

No contexto de sua análise de decisões do TJSP, Vasconcelos; Machado; Wang (2020, p.24) asseveram que a atual crise sanitária “não consegue ultrapassar a vontade dos agentes, ou seja, a interpretação que tem do direito, do papel do tribunal e, especialmente, das pessoas presas”. Os autores apontam para uma separação, nos discursos analisados, que resumem por meio da oposição “nós e eles”. A partir de seus resultados, pontuam a exclusão do sistema prisional da condição de excepcionalidade impulsionada pela pandemia na sociedade.

Da mesma forma, Valença; Freitas (2020, p.2) apontam que, nas decisões do STJ analisadas, o risco real de morte enfrentado pela população prisional é relativizado frente ao risco hipotético representado pela liberação dos pacientes, mesmo quando o bem-jurídico supostamente violado pelo réu é de cunho patrimonial. Nesse sentido, afirmam que a Justiça brasileira é marcada por um punitivismo radical. Os autores pontuam que prevalece “um ideal de defesa social”, que compreendem como uma visão que privilegia “a proteção de interesses coletivos da sociedade em detrimento do direito à vida”. Acrescentam que o sistema punitivo como um todo está amplamente ligado a esse ideal.

Trata-se de sistema que, no entendimento de Baratta (2004), ao invés de solucionar problemas, alimenta novos, promovendo outros conflitos. O autor acrescenta que a ideologia da defesa social, assim como as teorias utilitárias, estão relacionadas ao discurso oficial que assevera a existência de funções socialmente úteis para a pena, inviáveis diante da estrutura organizativa do sistema penal. Nesse sentido, Lima (2013) aborda a transição brasileira para o regime democrático a partir da CRFB/88, ressaltando que as instituições ligadas à segurança e justiça criminal são em muitos casos anteriores a essa mudança. O autor destaca o desafio de reconstruí-las com base em um modelo cuja ideia de segurança pública aplique a democracia, efetivando os direitos e as liberdades dos indivíduos.

Para exemplificar as questões envolvidas nesse processo, destaca os conceitos de ordem pública e de segurança pública, que se autorreferenciam, mas não possuem definições na legislação, sendo manejados de diferentes formas pela doutrina e jurisprudência. Ambos foram mencionados por Vasconcelos; Machado; Wang (2020) como fundamentações dos julgadores do TJSP para denegar os pedidos de HC's, sendo destacado pelos autores a frequência com que tais argumentos são utilizados na Justiça Criminal, consistindo em “um dos principais motores do hiperencarceramento em nosso país”. Para mencionar um contexto prévio à Covid-19, na análise do cumprimento do HC 143.641, Ravagnani; Ito; Neves (2019) também identificaram a alegação da manutenção da ordem pública como motivadora da negativa de pedidos de HC's.

Ainda com relação ao Direito Penal, Lima (2013) destaca seu baixo grau de interdisciplinaridade com áreas como a sociologia, a antropologia e demais ciências sociais e humanas. No presente estudo, analisar a resposta do Judiciário à pandemia inclui a análise de como Direito Penal dialoga (ou não) com a área da saúde, em conjunto com as demais áreas mencionadas. Ademais, o objetivo proposto está em sintonia com a preocupação do autor de que sejam explorados os filtros e vieses das instituições criminais.

A tensão descrita, como visto, também está presente no HC 188.820, apesar do acolhimento parcial do pedido em caráter liminar. Ainda que seja reconhecida pelo relator a perpetuação de violações sistemáticas de direitos intramuros, assim como o favorecimento do ambiente carcerário para o alastramento da Covid-19, é ressaltada a necessidade de, na análise das medidas liberatórias salvaguardar a segurança pública, o que, para o caso em particular levou às restrições já descritas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões apresentadas ao longo do artigo indicam a complexidade do Direito enquanto campo de disputa entre diferentes atores sociais. A análise dos diversos elementos da liminar esmiuçada permite inferir que uma mesma decisão pode representar um avanço em alguns aspectos e, simultaneamente, possuir um caráter restritivo em outros.

Nesse sentido, foi destacada a contribuição da decisão para o reconhecimento do HC Coletivo enquanto instrumento processual, assim como descritas as considerações do relator acerca das condições carcerárias e de como potencializam os efeitos da pandemia, demandando medidas liberatórias. Por outro lado, observou-se a necessidade de ampliar o conceito de Saúde aprofundado por ele, de modo a abranger também a saúde mental dos indivíduos. Do mesmo

modo, explorou-se a influência da tensão entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde intramuros para as determinações da decisão.

Trata-se de conflito que se concretiza frequentemente por meio da oposição entre a proteção dos Direitos da população carcerária e a segurança pública, com base em uma presunção de periculosidade dos detentos e na gravidade em abstrato de determinados crimes, a partir de critérios guiados pela seletividade penal. Na decisão analisada, a questão foi abordada a partir da exclusão de determinados crimes da concessão da ordem, ainda que não envolvam violência ou grave ameaça, assim como da abertura para a inobservância da ordem concedida em certos casos.

Para além das discussões acerca da tensão mencionada, foram abordados também os desafios apresentados para o cumprimento da decisão pelo Poder Judiciário como um todo. Nesse sentido, as pesquisas apresentadas indicam uma resistência dos juízes e Tribunais em efetivar medidas liberatórias diante da pandemia, incluindo dados que afetam diretamente os pacientes do HC 188.820, como a pouca influência da alegação de pertencimento ao grupo de risco da pandemia para o resultado das decisões.

Por fim, o artigo alcançou reflexões quanto à necessidade de, a partir desse cenário, pensar em estratégias capazes de responder ao comportamento do Judiciário brasileiro, de modo a favorecer a proteção do Direito à Saúde/Vida, entre outros direitos da população prisional. Com relação à liminar em estudo, as pesquisas que abordam o contexto da crise sanitária, assim como aquelas utilizadas para estabelecer um paralelo com o HC nº 143.641, indicam como sensíveis a interpretação dos juízes e Tribunais quanto à produção de provas e a menção à hipótese genérica de descumprimento da ordem representada pela expressão “situações excepcionáísimas”, sugerindo a demanda por um maior delineamento desses pontos em futuras decisões.

Dentro do propósito de pensar em novas estratégias de ação frente à violação sistemática de direitos intramuros, foram apresentadas também algumas agendas de pesquisa, que seguem a linha de estudos acerca do comportamento judicial. Nessa lógica, investigar o cumprimento do HC 188.820 enquanto HC Coletivo e também como medida liberatória de combate à proliferação da Covid-19 poderá indicar novas questões sensíveis, como a interpretação dos juízes e Tribunais acerca da situação do Tráfico de Drogas e a observância ou não do cumprimento de uma ordem coletiva.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**: A tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

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

BONATO, Patrícia de Paula Queiroz; VENTURA, Carla Aparecida Arena; CAETANO, Maria Helena Donadon. Covid-19 e o Sistema de Justiça Criminal Brasileiro: da Crise Sanitária à violação epidêmica do Direito Humano à Saúde no contexto prisional. **Direito Público**, v. 17, n. 94, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 758**, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6043357>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 188.820**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF. Data de julgamento da liminar: 17 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5963414>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021, março). **Registros de Contágios e Óbitos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>. Acesso em: 23 de mar. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Sisdepen)**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 de mar. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2021, março). **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: 20 mar. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Painel interativo dezembro/2019**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 12 fev. 2021.

FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, direito e Poder Judiciário: um encontro teórico. **Sociologia Política das Instituições Judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, v. 1, p. 241-274, 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

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.

KAMARULZAMAN, Adeeba et al. Prevention of transmission of HIV, hepatitis B virus, hepatitis C virus, and tuberculosis in prisoners. **The Lancet**, v. 388, n. 10049, p. 1115-1126, 2016.

LIMA, Débora Nachmanowicz de. Seletividade penal, encarceramento em massa e a decisão pela prisão domiciliar de mães & grávidas. In **Pela Liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 69-75.

LIMA, Ricardo Sérgio de. Fluxos da Justiça Criminal. In **Pesquisa Empírica em Direito: Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

MOSER, Manuela; BUDÓ, Marília de Nardin. **Que pandemia? Superior Tribunal de Justiça mantém padrão de decisões sobre prisões preventivas para gestantes, mães de crianças e responsáveis por pessoas com deficiência**. 21 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/stj-mantem-padrao-de-decisoes-sobre-prisoas-preventivas-para-mulheres?categoryId=184056>. Acesso em: 15 mar. 2021.

OLIVEIRA, Josilene Ribeiro de; ROCHA, Rosilene Oliveira; ABREU, Anne Kelly Macêdo de. A pandemia intramuros:(in) comunicabilidade de mulheres encarceradas em João Pessoa-PB. **Revista Interdisciplinar em Cultura e Sociedade**, v. 6, n. 2, p. 120-141, 2020.

RAVAGNANI, Christopher Abreu; ITO, Josielly Lima; NEVES, Bruno Humberto. Maternidade e prisão: pesquisa empírica no TJSP após o HC coletivo 143.641 do STF. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 7, n. 2, 2019, p. 129-145.

RUDNICKI, Dani; SILVA Joana Coelho da; VEECK Matheus Oliveira. O HC143.641/STF e a Prisão Domiciliar de Mães no Rio Grande do Sul. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 5, 2020, p.529.

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.

SÁNCHEZ, Alexandra; LAROUZÉ, Bernard. Tuberculosis control in prisons, from research to action: the Rio de Janeiro, Brazil, experience. **Ciencia & saude coletiva**, v. 21, p. 2071-2080, 2016.

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.

SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE. **Portaria nº 124 de 17 de março de 2021**. Determinou a restrição temporária do atendimento de consultas presenciais, exames, procedimentos. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-secretaria-municipal-da-saude-sms-124-de-17-de-marco-de-2021>. Acesso em: 20 mar. 2021.

TABUCHI, Mariana Garcia. Maternidade e Cárcere: Uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Paraná frente a Lei 13.769/2018. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 8, n. 1, p. 155-174, 2020.

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.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

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 Paulo1. **Direito Público**, v. 17, n. 94, 2020.