

POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Autores: Alexandre Imbriani, Gabriel Domingues e Lucie Antabi**

Diante dessa nova era que a humanidade esta vivenciando, por conta da moléstia da Covid-19, o Ministério da Saúde recomenda algumas medidas para evitar a proliferação do vírus, sendo elas: evitar aglomerações, isolamento, lavar bem as mãos, utilizar máscaras e luvas, isto porque a transmissão do vírus se dá de forma veloz tanto pela contaminação interpessoal por contato ou vias respiratórias.

No entanto, nos deparamos com um questionamento emblemático: como enfrentar a proliferação do vírus do “outro lado do muro”, isto é: quais são os efeitos decorrentes da Covid-19 dentro das penitenciárias?

Inicialmente é relevante pontuar as razões pelas quais uma pessoa pode se encontrar custodiada em um estabelecimento prisional. O cárcere, deste modo, poderá decorrer da prisão, enquanto medida cautelar, como também do cumprimento de uma pena.

A prisão cautelar será determinada no transcurso de uma investigação policial ou no decorrer de um processo criminal, ou seja, antes da ocorrência de uma sentença penal condenatória definitiva. Neste caso, a prisão apenas poderá ser decretada quando fundamental para garantir a eficácia da investigação ou do processo, sendo possível a custódia em razão da decretação da prisão preventiva ou temporária. A temporária terá prazo determinado e apenas será aplicável na fase investigativa. A preventiva, por sua vez, não possui prazo determinado e poderá ser decretada tanto na fase investigativa quanto na processual.

Já a prisão enquanto cumprimento de pena, poderá ocorrer somente após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, ou seja, quando não subsistir mais a possibilidade de recurso. Apenas neste caso poderá considerar uma pessoa culpada pela prática de um determinado crime.

A reforma penal brasileira ocorrida em 1984 estruturou, sob a ótica da ressocialização, um sistema progressivo para cumprimento da pena. Ao prolatar a sentença o juiz deverá definir o regime prisional ao condenado (fechado, semiaberto ou aberto). Em um segundo momento, no decorrer do cumprimento da pena, o custodiado progredirá para regimes menos severos ou terá a liberdade antecipada por meio da liberdade provisória.

O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo. Para melhor avaliar a questão, voltemos para o ano de 2019. De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho do ano passado¹, ao todo 752.277 pessoas encontram-se presas, ultrapassando em 264.527 o número total de vagas. Desse montante, 347.661 cumprem pena em regime fechado. Em regime semiaberto totalizam 125.686 presos, enquanto em regime aberto há 26.874 pessoas. Chama atenção o número de pessoas que está encarcerada em razão de prisão cautelar: 248.929 presos.

¹https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTk3ZTdmMDEtMTQxZS00YmExLWJhNWYtMDA5ZTIiNDQ5NjhlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MUYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&fbclid=IwAR0NVZMorASGgPtmdQbNBqQZLW1fY-cnFWn77nqTAdiPTBf_9851RUjz9qU

Ainda segundo dados do ano passado, 9.736 presos possuem mais de 60 anos, ou seja, integram o grupo de risco da Covid-19. Em 2018, mais de 10.000 presos foram diagnosticados com tuberculose, doença esta que igualmente à Covid-19 é transmitida na maioria das vezes por gotículas de saliva expelidas pela tosse, fala ou espirro. Em 2018, para cada 10 casos confirmados 1 ocorreu em penitenciárias, representando a proliferação 35 vezes maior dentro dos presídios do que fora²

No entanto, os estabelecimentos prisionais não possuem condições dignas para tratar da saúde dos custodiados, tampouco para evitar a proliferação de moléstias altamente contagiosas, como a tuberculose e a Covid-19.

Apurou-se que a cada 10 estabelecimentos prisionais, apenas 4 contam com consultórios médicos, sendo que 48% dos presídios não possuem farmácias ou sala de estoque de medicamentos e 81% não possuem sala de lavagem ou descontaminação.

As condições dos presídios, portanto, são tenebrosas. Há superlotação, faltam condições mínimas de higiene e o atendimento à saúde é precário. Não por acaso o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

Vale lembrar, aqui, que os presídios não estão envoltos em “cápsulas”, de modo que eventual transmissão interna do vírus poderia facilmente se alastrar entre funcionários que trabalham nas unidades prisionais, que continuam transitando entre o seu trabalho e suas casas todos dias. Isso significa que os agentes carcerários podem tanto levar o vírus para dentro dos presídios quanto propagarem o vírus para fora dos presídios, aos seus familiares e pessoas de seus convívios.

Segundo matéria jornalística veiculada no UOL no dia 04.04.2020, estima-se que pelo menos 10.000 presos precisarão eventualmente ser internados em Unidades de Terapia Intensiva (UTI) para tratamento de complicações pela moléstia, caso o cenário observado na Europa e na Ásia se repita no Brasil³. Caso esse número seja atingido, o Sistema de Saúde não poderá tratar todos os infectados, tantos os presos quanto as pessoas que se encontram em liberdade.

Conhecedor desta problemática e diante da pandemia que enfrentamos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, em 17.03.20, a Recomendação nº 62/2020.

Nesta recomendação, mais especificamente em seu artigo 4º, recomendou aos juízes criminais de todo o país que, seguindo os termos do artigo 316 do Código de Processo Penal, reavaliassem as prisões preventivas já decretadas.

Tal orientação vai de encontro à prática comum da justiça criminal, que é a de decretar as prisões preventivas como regra, ainda que, de acordo com a verdadeira regra (conhecida como Código de Processo Penal), sejam tratadas como exceções, justamente em atendimento ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Em relação aos presos que estão cumprindo pena, recomendou-se que os magistrados permitam a concessão de saída antecipada dos regimes fechados e semiabertos, preferencialmente às mulheres gestantes e lactantes, mães ou pessoas responsáveis por crianças de até 12 anos, aos idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais presos que se encontrem em grupo de risco.

²https://apublica.org/2020/03/em-alerta-por-coronavirus-prisoas-ja-enfrentam-epidemia-de-tuberculose/?fbclid=IwAR0nqms0w282geszrVPMLfjqDFI2MB6vQ_GRhGYPC5Q6lob-BeJywEMxxc

³<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/04/04/coronavirus-presos-infectados->

A recomendação também abarca às pessoas presas em estabelecimentos prisionais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde ou que as instalações favoreçam a propagação do vírus.

Além do mais, recomendou-se a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em regime aberto ou semiaberto, mediante as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juiz responsável pela execução da pena.

Ao preso com diagnóstico suspeito ou confirmado da Covid-19, deverá ser avaliada a possibilidade de transferi-lo à prisão domiciliar, caso inexista espaço adequado para isolamento dentro da penitenciária.

Diante do atual cenário e a partir da recomendação do CNJ, cabe-nos observar como os magistrados estão enfrentando a temática. Para isso, separamos alguns julgados, relacionados a pedidos de revogação de prisão preventiva e de progressão de regime, que foram proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça paulista.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Rogério Schietti Cruz deferiu o pedido liminar afeito ao *Habeas Corpus* nº 567.457 -DF, determinando que o paciente aguardasse em liberdade até o julgamento do mérito do *Writ*. No caso, o paciente é réu em ação penal que lhe imputa a prática do crime de roubo, realizado em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo.

O Ministro Sebastião Reis Júnior igualmente deferiu o pedido liminar relacionado ao *Habeas Corpus* nº 567006 - SP, entendendo-se pela aplicação imediata da recomendação do CNJ. No entanto, neste caso, o Ministro determinou a substituição da prisão preventiva, determinada ao paciente que é réu em ação penal que apura a prática de tráfico de drogas, pela prisão domiciliar.

Já o Ministro Antonio Saldanha Palheiro indeferiu liminarmente o *Habeas Corpus* nº 569.650 que visava a revogação da prisão preventiva determinada ao paciente que figura como réu em ação penal que lhe imputa a prática do crime de tráfico de drogas. Na ocasião, entendeu que não teria comprovação de enfermidade do paciente, tendo citado que a Resolução do CNJ apenas para apontar que foram adotadas medidas preventivas contra propagação do vírus.

Baseando-se nas recomendações do CNJ atinentes aos presos que se encontram custodiados cumprindo pena, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca concedeu a medida liminar ao *Habeas Corpus* nº 569.362, para determinar o retorno do paciente ao regime aberto, com cumprimento de prisão domiciliar.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vislumbrou-se que a 16ª Câmara, por meio de julgamento virtual, concedeu a ordem ao *Habeas Corpus* nº 2011096-80.2020.8.26.0000 para substituir a prisão preventiva imposta ao paciente por medidas cautelares diversas da prisão. O paciente, neste caso, figura como réu em uma ação penal que apura a prática do crime de tráfico de drogas e receptação. Em tal julgado, entendeu-se que os requisitos autorizadores da prisão preventiva estavam presentes. No entanto, asseverou-se que a atual situação pandêmica autorizaria a substituição da prisão por outras medidas cautelares diversas ao cárcere.

Por outro lado, em sede do *Habeas Corpus* nº 2055643-11.2020.8.26.0000 foi indeferido liminarmente, a partir de decisão monocrática proferida pelo Desembargador Relator do

feito e integrante da 10ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Justificou-se a manutenção no cárcere a partir das considerações da magistrada do feito, que salientou as condições pessoais do paciente e pelo fato de inexistir casos confirmados da Covid-19 no estabelecimento prisional em que o paciente permanece custodiado.

No que tange à progressão de regime, verifica-se na grande maioria dos casos que foram objeto do presente estudo, tem-se visto que o Tribunal de Justiça paulista não tem se debruçado na matéria por meio *Habeas Corpus*, pois em diversos julgados tem asseverado que a análise deveria ser feita inicialmente pelo Juízo responsável pela execução.

Em outros casos, em que tivesse sido negado o pedido de progressão pela primeira instância, entendeu-se pela impossibilidade de analisar a matéria por meio de *Habeas Corpus*, sob a justificativa de que a decisão deveria ser combatida por meio de recurso próprio, no caso agravo em execução.

Por fim, a presente análise foi feita com base em algumas das decisões já proferidas em sede de análise de *Habeas Corpus*. Conforme apurou-se, as recomendações do CNJ estão sendo analisadas de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Em poucas semanas veremos qual foi o caminho majoritariamente adotado e quais serão suas consequências. O apelo, contudo, é que as medidas sejam tomadas com a inteligência e sensibilidade que merecem.

***Alexandre Imbriani**, advogado criminalista, atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados, pós-graduando em Direito Penal Econômico pela FGV/SP e graduado pela FAAP/SP.

in

***Gabriel Domingues**, advogado criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

in

***Lucie Antabi**, advogada criminalista, atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados, Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela FGV/SP e graduada pela FAAP/SP.

in