

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
SÃO PAULO**

*"É possível julgar o grau de civilização de uma sociedade visitando suas prisões".
"Crime e Castigo", Fiódor Dostoiévski.*

A **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, através de sua *Defensoria Regional de Direitos Humanos em São Paulo*, e a **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio de seu *Núcleo Especializado de Situação Carcerária* e de seu *Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres*, instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, dos necessitados, vem, com fundamento no art. 5º, LVII e LXVIII, e no art. 134 da Constituição Federal, no art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no art. 4º, I, VII, e IX, da Lei Complementar 80/94, e Lei Complementar estadual de São Paulo, n. 988/2006, impetrar

HABEAS CORPUS COLETIVO, REPRESSIVO E PREVENTIVO, COM PEDIDO LIMINAR

em favor de **TODAS AS PESSOAS PRESAS OU QUE VIEREM A SER PRESAS E ESTEJAM NOS GRUPOS DE RISCO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS, AQUELES EM REGIME SEMIABERTO E OS CONDENADOS OU ACUSADOS POR CRIMES SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA**, contra atos coatores do **Tribunal de Justiça de São Paulo e de todos os Juízos criminais e de execução penal de São Paulo**, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

1. DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

O mundo assiste atônito à maior pandemia em gerações com o avanço do **CORONAVÍRUS**. Há um claro consenso entre especialistas e autoridades governamentais dos diversos países já atingidos que se deve evitar a aglomeração de pessoas, especialmente em locais fechados. Já se observou, também, que os grupos de risco, aqueles que padecem com a maior incidência de casos graves e de letalidade, são os idosos, portadores de doenças crônicas (diabetes, hipertensão, doenças cardíacas, doenças pulmonares), portadores de doenças respiratórias, de doenças renais, imunodeprimidos, pessoas com deficiência, pessoas com doenças autoimunes, gestantes e lactantes e pessoas com cirrose hepática (grupos indicados pelo próprio TJ/SP como de risco, conforme art. 4º do Provimento n. 2545/2020, do Conselho Superior da Magistratura).

A Organização Mundial de Saúde declarou que o surto do novo coronavírus (2019-nCoV) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em 30 de janeiro de 2020.¹ Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde caracterizou COVID-19 como pandemia.²

No Brasil já foram identificados 621 casos e 7 óbitos em decorrência do COVID-19³, dos quais 286, cinco deles com óbito, são no estado de São Paulo⁴ e diversas medidas vem sendo tomadas em vários âmbitos. Os números provavelmente já são muito maiores, já que as autoridades de saúde têm reiteradamente afirmado que não há kits

¹ A íntegra da declaração pode ser vista no site oficial da Organização Panamericana de Saúde - OPAS-OMS http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812, consultado em 15 de março de 2020.

² A íntegra da declaração pode ser vista no site oficial da Organização Panamericana de Saúde - OPAS-OMS http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&catid=1272&Itemid=836, consultado em 15 de março de 2020.

³ <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/19/casos-de-coronavirus-no-brasil-em-19-de-marco.ghtml> <acesso em 19 de março de 2020>

⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/19/casos-de-coronavirus-no-brasil-em-19-de-marco.ghtml>>. Acesso em 19 de março de 2020, às 11h48.

para testar todos as pessoas que apresentem sintomas, o que já deve ter gerado subnotificação da doença.

A Portaria nº 188/2020 do Ministério da Saúde⁵, decretou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo Coronavírus. O Governo do Estado de São Paulo publicou o Decreto nº 64.862/2020⁶, em que estabelece medidas temporárias e emergenciais de prevenção do contágio pelo vírus. E na cidade de São Paulo, onde vive aproximadamente ¼ da população deste Estado, foi publicado o Decreto Municipal nº 59.283⁷ para declarar a situação de emergência do Município e estabelecer medidas de enfrentamento.

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

É de se observar, portanto, que as denominadas medidas não farmacológicas de combate ao COVID-19 são essenciais e segundo dados divulgados no Boletim Epidemiológico 05 do Ministério da Saúde, de 17 de março de 2020, que trata da doença do coronavírus⁸, na China reduziram em cerca de **94%** a transmissão/propagação do vírus.

⁵ Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em 17 de março de 2020.

⁶ Disponível em: <http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav_v5/index.asp?c=4&e=20200314&p=1>. Acesso em 17 de março de 2020.

⁷ Decreto Municipal nº 59.283, de 16 de março de 2020. Publicado no **Diário Oficial da Cidade de São Paulo**, nº 51, disponível em: <http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav_cidade/index.asp?c=1&e=20200317&p=1&clipID=648d3631c23fe44687e64edf95db8dca>. Consulta em 17 de março de 2020.

⁸ Disponível em: <http://maismedicos.gov.br/images/PDF/2020_03_13_Boletim-Epidemiologico-05.pdf>. Acesso em 17 de março de 2019.

Nesse sentido, uma série de medidas excepcionais tem sido recomendadas para conter a infecção, dentre as quais pode-se destacar: alterações e restrições ao funcionamento de órgãos públicos, suspensão do rodízio de veículos, regime de teletrabalho, suspensão/adiamento de eventos em que haja aglomeração de pessoas, além de recomendação de uso de álcool em gel 70%, uso de papel toalha para limpeza das mãos e superfícies e recomendação de distância entre pessoas de pelo menos dois metros.

Medidas também vem sendo adotadas no mundo todo para conter o avanço na população prisional e na sociedade como um todo, **como por exemplo nos Estados Unidos⁹, no Irã¹⁰ e no Bahrein¹¹.**

Não só em âmbito internacional, mas também internamente já há medidas nesse sentido, como do TJ/MG pela portaria conjunta n. 19/PR-TJMG/2020.

Art. 3º Recomenda-se que todos os presos condenados em regime aberto e semiaberto devem seguir para prisão domiciliar, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução.

A Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ adotou medida liberando os presos que já haviam sido “beneficiados com visita periódica ao lar”, sem necessidade de retorno, conforme documento em anexo.

Também, destaque-se, o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, em acertadíssima posição, adotou medidas liberatórias e humanitárias em relação aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa pelo Provimento n. 2546/2020 do CSM.

⁹ <https://www.nydailynews.com/coronavirus/ny-coronavirus-inmates-released-ohio-jail-over-virus-concerns-20200316-yxukbzspwnfhzkk5gcfnmizqpi-story.html>

¹⁰ <https://istoe.com.br/aproximadamente-70-mil-prisoneiros-sao-soltos-no-ira-por-conta-do-coronavirus/>

¹¹ <https://aawsat.com/english/home/article/2177896/bahrain-royal-decree-pardons-901-inmates>

A par dessas medidas, não se pode descuidar do fato de o sistema prisional paulista (e brasileiro) e as pessoas lá custodiadas fazem parte da sociedade e, da mesma forma, merecem a proteção aos seus direitos, em especial ao seu direito à vida e à saúde, sendo de rigor a análise da situação de determinados grupos para fazer cessar ou evitar a violação de seus direitos, principalmente com a colocação em liberdade de parcela da população prisional.

Lembremos que caso medidas concretas e efetivas não sejam tomadas em relação ao sistema prisional, sem que haja violação aos direitos das pessoas presas, como já ocorreram, as unidades prisionais serão palco de um **genocídio sem precedente** e epicentro da continuidade de disseminação dessa nova enfermidade, por conta da combinação da pandemia com a situação caótica dos presídios paulistas, em especial de sua superlotação.

No Brasil, como se sabe, o sistema prisional está falido, a ponto de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido seu estado de coisas inconstitucional, na ADPF 347, tamanho o vilipêndio à Carta Maior diante das mais diversas e reiteradas violações aos direitos das pessoas que se encontram encarceradas pelo Estado.

Aliás, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação Nº 62, de 17 de março de 2020, que recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo **CORONAVÍRUS** – COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Não se olvide que a incolumidade física do preso é dever do Estado que o encarcera. Nesse momento de gravíssima crise no sistema de saúde mundial, manter alguém preso, ainda mais aqueles integrantes de grupos de risco, nas desumanas penitenciárias brasileiras, é assinar antecipadamente o atestado de óbito de milhares de pessoas, além de permitir a criação de focos incontroláveis da doença que fatalmente

alcançará os funcionários dos presídios e do sistema judiciário criminal, e os familiares dos presos.

Ocorre que, para a população carcerária do Estado de São Paulo, ainda não foi adotada NENHUMA medida efetiva de saúde pública para a proteção da saúde e vida das pessoas presas e dos agentes penitenciários que trabalham nas 176 unidades prisionais do estado.

Por ora, a única medida adotada pela Secretaria de Administração Penitenciária foi a suspensão de visitas de pessoas gripadas ou doentes e limitar a um único visitante para cada pessoa presa e a restrição de 01 visitante por pessoa nas unidades prisionais, que serão submetidas a triagem a ser feita não se sabe por quem, tendo em vista que a esmagadora maioria das unidades não conta com equipe de saúde. Ademais, em muitas pessoas o vírus não apresenta sintomas.

Isso sem dizer que tal medida não tem condições de barrar qualquer contágio, tendo em vista que as pessoas que trabalham nos estabelecimentos prisionais e as saídas para as audiências ou outra atividade externa e cumprimento de mandados judiciais antes da sua total paralisação já são suficientes para o contato das pessoas presas com os vírus, **sendo a única saída, com respeito à Constituição Federal, a diminuição da população prisional.**

Logo se vê, portanto, que a **situação excepcionalíssima** exige do Judiciário também uma prestação jurisdicional excepcionalíssima à altura, tendo por norte, como não poderia deixar de ser em nenhum momento, mas especialmente neste, a consagração da dignidade da pessoa humana.

2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, PANDEMIA e CONDIÇÕES DOS PRESÍDIOS PAULISTAS

Ao receber a ADPF n. 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o **Estado de Coisas Inconstitucional** do sistema carcerário brasileiro, o que legitimaria a adoção de medidas excepcionais para caminhar em direção à solução do problema, principalmente em situações como a atual em que se vê uma PANDEMIA sem precedentes.

Conforme exposto na inicial da referida ação, se tem o estado de coisa inconstitucional quando há

*“(i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada **omissão das autoridades** no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário”.*

Assim, ao admitir a ADPF n. 347, o STF reconheceu todas os requisitos apontados e se posicionou pela necessidade de enfrentamento da questão, que deve passar prioritariamente pela **diminuição no número de pessoas presas no país**, até porque, no bojo da referida ADPF foi reconhecida a superlotação como a origem dos demais problemas encontrados no sistema prisional, repetindo relatório de CPI de 2009.

*Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o **problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males**. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”.*

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal adotou medidas temporárias para prevenção e contágio do COVID-19, através da Resolução Nº 633, de 12 de março de 2020, na qual, dentre outras medidas, prevê a possibilidade trabalho remoto às pessoas com mais de 60 anos ou com doenças crônicas (art. 5º).

Os dados recentes acerca da população prisional publicados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/MJ), no INFOPEN/2017, trazem um diagnóstico contundente desse problema.

Os dados alarmantes publicados demonstram que, segundo levantamento do primeiro semestre de 2017, o Brasil atingiu a espantosa marca de 726.354 pessoas privadas de liberdade, que se amontoam nas 423.242 vagas disponibilizadas. Havia, portanto, déficit de cerca de 303 mil vagas, acarretando em 171,62% de ocupação no Sistema Penitenciário, 89.150 de déficit só no estado de São Paulo¹² (isso sem contar aqueles que estão presos em delegacias).

O Conselho Nacional de Justiça divulgou, ainda, em julho do ano passado, que atualmente o país já registra **pelo menos 812.564 pessoas presas**.

Essa **superlotação** retira qualquer possibilidade de garantir condições mínimas para o cumprimento da pena de acordo com as previsões legais, o que significa **distribuição insuficiente (as vezes inexistente) de itens de higiene básicos, insuficiência de atendimentos de saúde, falta de profissionais de saúde na esmagadora maioria das unidades prisionais, falta de estrutura para fornecer água aquecida para banho e baixíssima qualidade, quantidade e variedade da alimentação servida**, tudo a impossibilitar o efetivo combate e o tratamento de

¹² <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>

enfermidades, levando a morte ou ao agravamento de situações absolutamente tratáveis em situação de liberdade¹³, além de outras nefastas consequências.

A falta de dignidade e condições mínimas para o cumprimento de penas nas unidades prisionais fica devidamente ilustrada com essa chocante constatação: “Um preso morre a cada 19 horas em São Paulo”¹⁴.

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

É de conhecimento público que a medida mais eficiente para evitar a disseminação do vírus causador da COVID-19 é o isolamento e a evitação de aglomerações em locais fechados e sem ventilação, medidas impossíveis de se tomar em um sistema que tem **em média (171% de superlotação).** Em grande parte das unidades prisionais, a taxa de ocupação é ainda mais assustadora, como na **Penitenciária III de Lavínia**, que conta com 844 vagas, mas cuja população carcerária atinge 1.949 pessoas presas¹⁵, numa taxa de inaceitáveis **230,92 de ocupação e outras em situações similares.**

Segue abaixo a falta de ventilação e a insalubridade em imagens:

¹³ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/massacre-silencioso-mortes-por-doencas-trataveis-superam-mortes-violentas-nas-prisoas-brasileiras.htm>

¹⁴ <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/267901/um-presos-morre-cada-dezenove-horas-em-sao-paulo.htm>

¹⁵ <http://www.sap.sp.gov.br/> - pesquisa em 16/03/2020





(estado interno das celas e “janelas” – CDP I de Pinheiros/SP – setembro de 2017. A capacidade da unidade prisional é de 521 pessoas, mas hoje vivem 1317 pessoas, ou seja, a **taxa de ocupação é de inaceitáveis 252,78%¹⁶⁾**)

¹⁶ Dados obtidos em consulta ao Portal Eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária em 19 de março de 2020.

XXXXX

(celas sem espaço para circulação de pessoas na ala de progressão do CDP de Belém/SP. Na data da inspeção - 30.01.2017 a taxa de superlotação era de 301%. Atualmente a situação é ainda mais alarmante, a taxa de superlotação é de **353%**. A ala de progressão que tem capacidade para abrigar 110 pessoas abriga 353¹⁷.)

XXXX

(cela na Penitenciária de Taquarituba/SP – abril de 2018. A taxa de superlotação na unidade na data da inspeção era de **212,51%**. A unidade que tem capacidade para abrigar 847 pessoas na época abrigava 1800)

Além disso, é preciso manter a higienização das mãos e recintos, mas a insuficiência na entrega de sabonete e materiais de limpeza é corriqueira. Álcool em gel para desinfecção das mãos nunca se viu dentro de uma unidade prisional. **Sequer garante-se água com regularidade para tanto.**

Assim, é notória a falta de condições de um estabelecimento prisional superlotado conter o contágio entre as pessoas que estão presas ou que trabalham e circulam nesse ambiente. A única solução é mitigar a lotação desses estabelecimentos, observando-se radicalmente a Constituição Federal e a legislação nacional, evitando-se e fazendo cessar as violações de direitos daqueles/as que **estão presos/as e de todos/as que trabalham ou de alguma forma são atingidos pelo sistema prisional.**

Agora segue abaixo imagens que mostram a superlotação:

XXXXXXX

(CPP de Pacaembu – “mar de gente” - vista do pátio com parcela da população prisional do estabelecimento. Na data da inspeção -20/02/2018- a taxa de superlotação era de 271%. A situação hoje¹⁸

¹⁷ Dados obtidos em consulta ao Portal Eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária em 19 de março de 2020.

¹⁸ Dados obtidos em consulta ao Portal Eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária em 19 de março de 2020.

é ainda mais alarmante a unidade tem taxa de superlotação de **278,57%**, a unidade tem capacidade para 686 pessoas, mas abriga 1911)

XXXXXXXXXX

(CPP de Pacaembu - algumas pessoas precisam dormir no banheiro pela falta de espaço. Na data da inspeção-20.02.2018- a taxa de superlotação era de 271%. A situação hoje¹⁹ é ainda mais alarmante a unidade tem taxa de superlotação de **278%**, a unidade tem capacidade para 686 pessoas, mas abriga 1911)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

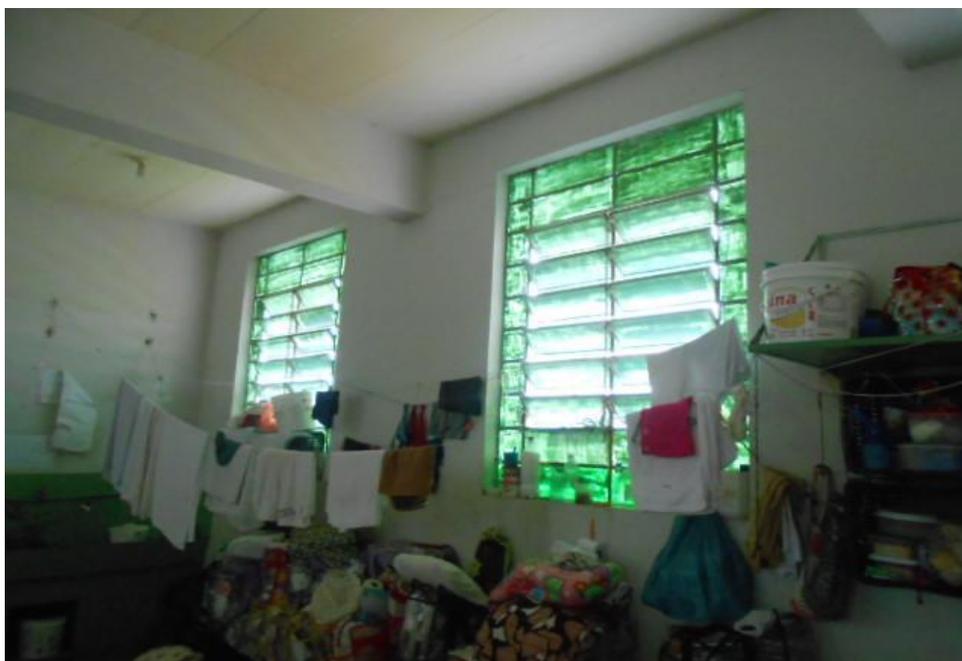
(CPP de Pacaembu - vista de um dos pavilhões. Na data da inspeção-20.02.2018- a taxa de superlotação era de 271%. A situação hoje²⁰ é ainda mais alarmante a unidade tem taxa de superlotação de **278%**, a unidade tem capacidade para 686 pessoas, mas abriga 1911)



(Ala de Progressão Feminina de Tupi Paulista - Não há espaço para a circulação. Na data da inspeção- 20.10.2017 - a unidade tinha **taxa de superlotação de 275%**)

¹⁹ Dados obtidos em consulta ao Portal Eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária em 19 de março de 2020.

²⁰ Dados obtidos em consulta ao Portal Eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária em 19 de março de 2020.



(Ala de Progressão Feminina de Tupi Paulista - Os pertences pessoais ficam amontoados e se confundem.
Na data da inspeção- 20.10.2017 - a unidade tinha **taxa de superlotação de 275%**)

2.1. Panorama das condições de aprisionamento em São Paulo

a) Inspeções feitas e medidas judiciais decorrentes das inspeções

Inicialmente, vale expor a forma como foram coletados os dados a seguir apresentados.

Neste ponto, importante destacarmos que existe uma Política Institucional sólida na Defensoria Pública do Estado de São Paulo de inspeções de monitoramento das condições materiais de aprisionamento nos estabelecimentos destinados à privação da liberdade de adultos, a qual é realizada pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária

(NESC). Tal política foi instituída pela Deliberação nº 296/2014²¹ do Conselho Superior da Defensoria deste Estado.

Desde a publicação da referida deliberação até hoje, o Núcleo Especializado de Situação Carcerária já realizou aproximadamente 175 inspeções em estabelecimentos prisionais deste Estado.

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

Embora este Núcleo Especializado de Situação Carcerária já tenha realizado aproximadamente 175 inspeções, desde abril de 2014, como acima apontado, os dados abaixo expostos se referem a 130 inspeções feitas por tal Núcleo no período de abril de 2014 a julho de 2019, pois foram os dados compilados até a semana passada através de métodos específicos.

Nestas inspeções, foram feitas entrevistas com os diretores das unidades para saber sobre o funcionamento e estrutura de cada unidade, além de entrevistas com centenas de pessoas presas para apuração de violações de direitos e coleta de queixas de saúde individuais. Também são feitos registros fotográficos e anexados aos relatórios que endossam a falta de estrutura e condições de (in)salubridade.

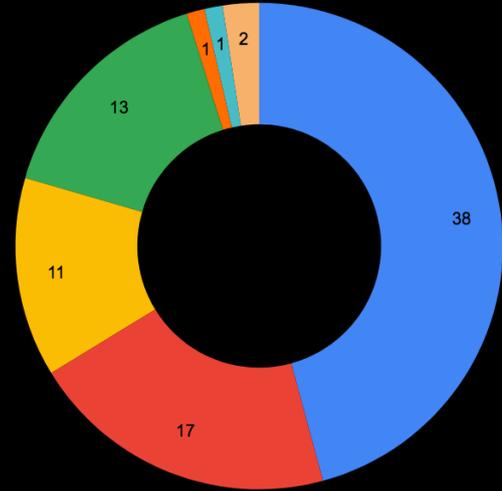
Neste mesmo período, após a elaboração de relatório de inspeção, foram propostas 83 medidas judiciais (gráfico abaixo) pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo frente às mais diversas violações de direitos encontradas nas unidades prisionais.

²¹<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=50677&idModulo=5010>



Ações judiciais propostas pelo NESC em decorrência de inspeções

- Pedido de Providências Coletivo
- Pedido Coletivo de providências para atendimento individuais de saúde
- Ação Civil Pública
- Pedido com base na Súmula nº 56 do STF
- MS
- HC coletivo
- Outros



Período de abril de 2014 a junho de 2019 (130 inspeções)

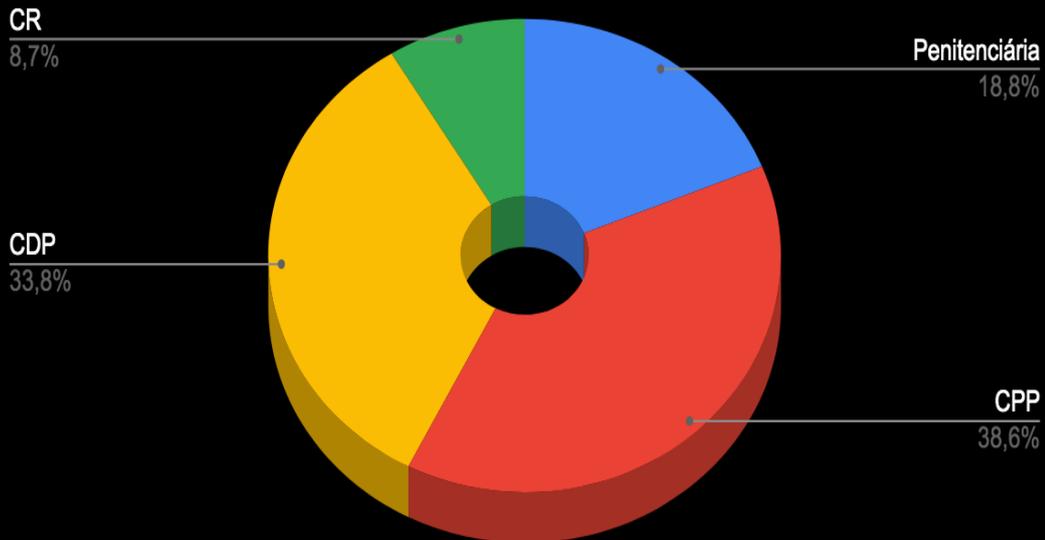
b) Superlotação e perfil demográfico da população idosa

Segundo dados colhidos no portal eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária em 17 de março de 2020, é possível concluir que **124 unidades prisionais do estado estão superlotadas, em outras palavras, 69% das unidades abrigam mais pessoas que a sua capacidade** (gráfico abaixo).



Unidades prisionais superlotadas no estado de São Paulo

(dados retirados do portal eletrônico da SAP em 17.03.2020)



Este dado é importante baliza para debatermos a propagação de doenças com alto poder de contaminação, como o caso do COVID-19. A superlotação somada às demais condições de insalubridade “*servem de potencializadores das mais diferentes iniquidades e enfermidades nesse ambiente fechado*” (MINAYO e CONSTANTINO, 2015, p.30).

Algumas unidades prisionais chegam a ter taxa de **278% de superlotação**, como é o caso do Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu (fotos abaixo).

XXXXXXXXXX

(CPP de Pacaembu: vista interna de um dos pavilhões habitacionais. Na data da inspeção-20.02.2018- a taxa de superlotação era de 271%. A situação hoje²² é ainda mais alarmante a unidade tem taxa de superlotação de **278%**, a unidade tem capacidade para 686 pessoas, mas abriga 1911)

Na Itália, país onde houve grande propagação do vírus e as pessoas estão cumprindo quarentena obrigatória, há recomendação para que quando necessitem sair obedeam **distanciamento de 1 metro entre uma pessoa e outra**²³ para se evitar propagação do vírus.

De que maneira, em uma cela projetada para 10 a 12 pessoas que abriga 40, seria possível manter distanciamento?

Uma vez que a primeira pessoa presa contrair o vírus os efeitos serão devastadores e ampliar-se-ão a **todas as pessoas que vivem nos municípios e cidades** em que estão localizadas as unidades prisionais. As masmorras dos estados, sempre isoladas, como depósito de pessoas consideradas “menos humanas”, podem se tornar um grande propulsor e alastrador desta epidemia.

Segundo os médicos e pesquisadores do COVID-19, a população de **pessoas idosas** é uma das que mais apresenta chances de ter complicações respiratórias com a contaminação pelo vírus, principalmente aquela que possui outras comorbidades associadas, como é o caso da maioria das pessoas idosas presas.

A taxa de mortalidade de pessoas idosas chega a ser de 14%²⁴ (tabela abaixo). Segundo os dados obtidos em inspeções feitas pelo NESC, a população de pessoas com mais de 60 anos em unidade prisionais paulistas é de 1.909 pessoas.

²² Dados obtidos em consulta ao Portal Eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária em 19 de março de 2020.

²³ <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51859631> <acesso em 17 de março de 2020>

²⁴ <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/13/idosos-mortes-letalidade-coronavirus-china-estudo.htm> <acesso em 17 de março de 2020>

Por óbvio que, com as condições insalubres e desumanas de aprisionamento, esta taxa de 14% de mortalidade aplicada a pessoas em liberdade se eleva na população idosa encarcerada.

Segue abaixo dados de mortalidade pelo CORONAVÍRUS na China por faixa etária que demonstram a maior vulnerabilidade da pessoa idosa.

| | Casos | Mortes | Mortes por casos |
|------------------------|-------|--------|------------------|
| 0 a 9 anos | 416 | 0 | 0% |
| 10 a 19 anos | 549 | 1 | 0,20% |
| 20 a 29 anos | 3619 | 7 | 0,20% |
| 30 a 39 anos | 7600 | 18 | 0,20% |
| 40 a 49 anos | 8571 | 38 | 0,40% |
| 50 a 59 anos | 10008 | 130 | 1,30% |
| 60 a 69 anos | 8583 | 309 | 3,60% |
| 70 a 79 anos | 3918 | 312 | 8,00% |
| mais de 80 anos | 1408 | 208 | 14,80% |

Fonte: Centro para a Prevenção e Combate a Doenças da China , em 11 de fevereiro de 2020

c) Racionamento de água

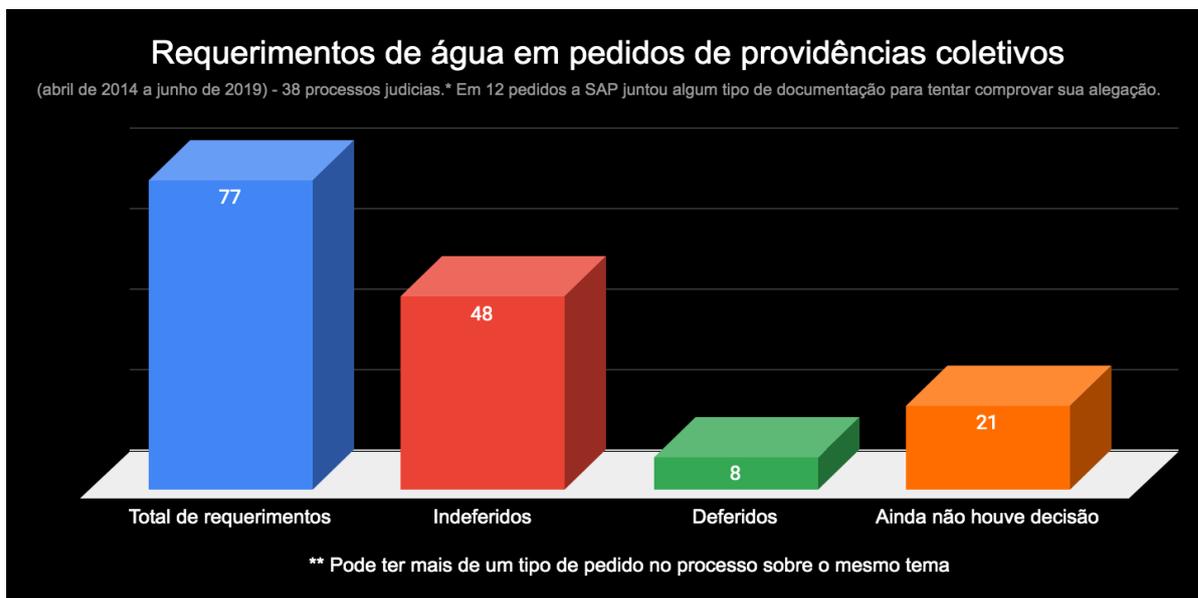
O racionamento de água é a realidade na maioria das unidades prisionais do estado de São Paulo. Conforme gráfico abaixo, **70,8% das unidades se utiliza da prática desumana e degradante de racionamento, sob a “justificativa” estapafúrdia de “uso racional de água”**.

Em pedidos de providências propostos por este Núcleo em sede de Juízos Corregedores de Presídios do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foram feitos 77 requerimentos relacionados à água, dentre eles a proibição do racionamento de água, controle da qualidade da água, entre outros (gráfico abaixo). Entretanto, **apenas em 10%**



dos casos o respectivo Juízo deferiu os pedidos pleiteados, ou seja, na maioria esmagadora dos casos o Judiciário não sanou o problema apresentado e as unidades continuam sem fornecimento adequado de água.





Desta feita, o que se pode observar é que na realidade fática **milhares de pessoas presas NÃO têm acesso à água** mesmo com tentativas judiciais para a garantia de tal direito.

Por sua vez, a prevenção de contaminação do COVID-19 está intimamente relacionada à prática de higiene e lavagem das mãos²⁵, sendo uma das medidas mais eficazes contra a contaminação, isto porque este vírus, diferente de outros, não se propaga somente pela via aérea, se prolifera também pela superfície de contato (toque a objetos) e depois o toque da mão à boca ou rosto. De tal forma, como é possível que se mantenha rotina de lavagem das mãos **se não há água em boa parte do dia para uso?**

d) Assistência material (itens de higiene e vestimenta)

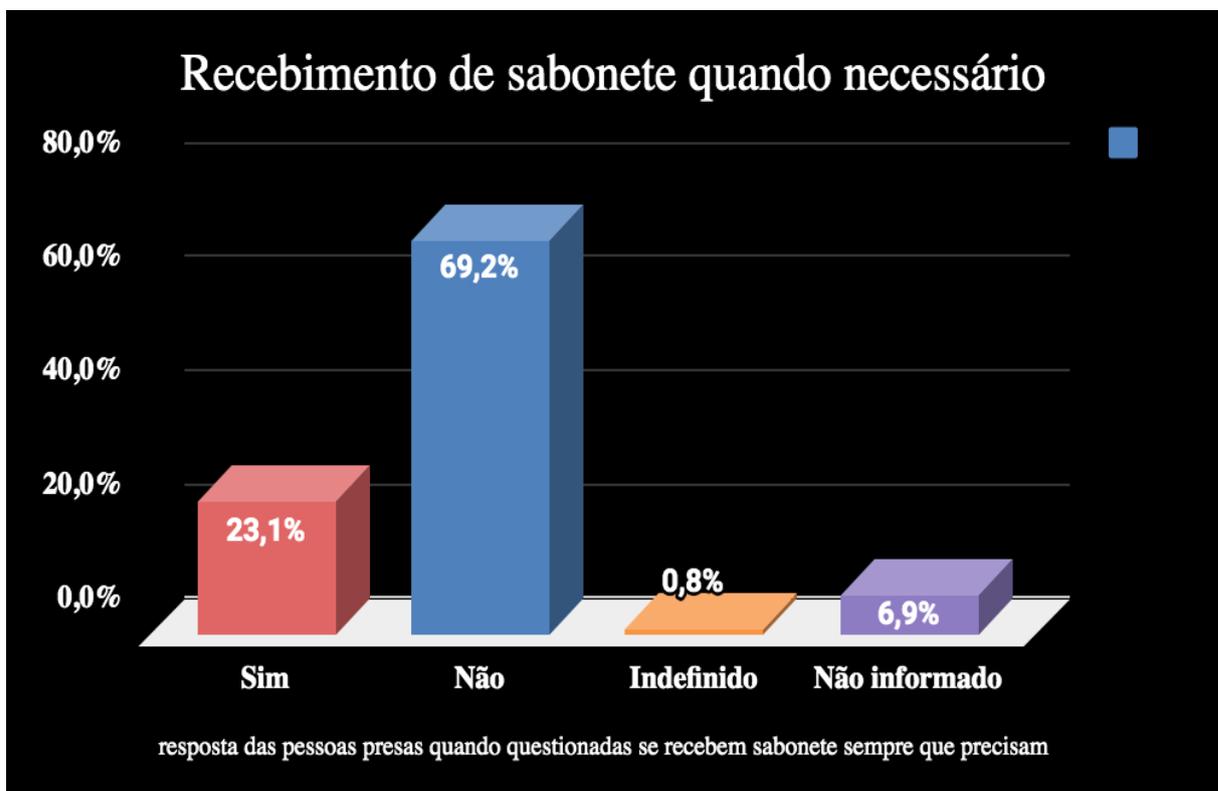
Como explicitado acima a rotina de higiene é um dos passos fundamentais para evitar a contaminação. Ocorre que a maioria das unidades prisionais não conta com distribuição de *kits* de higiene de maneira periódica e suficiente. Não há nenhuma

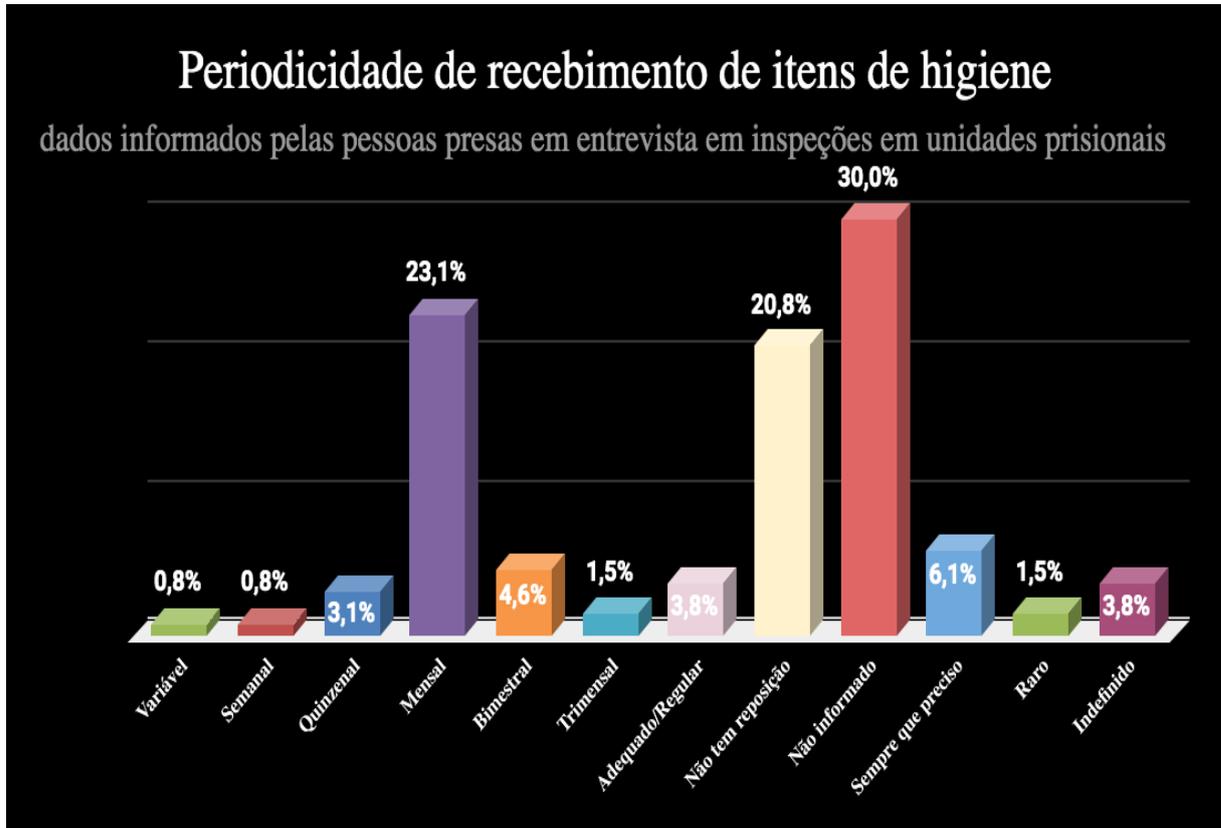
²⁵ <https://noticias.r7.com/saude/lavar-a-mao-e-uma-das-medidas-mais-eficazes-contracoronavirus-02022020> <acesso em 17 de março de 2020>



previsão de distribuição de álcool em gel, a SAP não fez nenhum pronunciamento anunciando a compra de álcool em gel, inclusive para uso dos funcionários.

Nas 130 inspeções objeto de análise deste panorama, **69%** das pessoas presas entrevistadas pelos defensores afirmaram que **não recebem sabonete** todas as vezes que necessitam (gráfico abaixo). E quanto à periodicidade relataram receber **apenas mensalmente** os itens de higiene em sua maioria (gráfico abaixo).

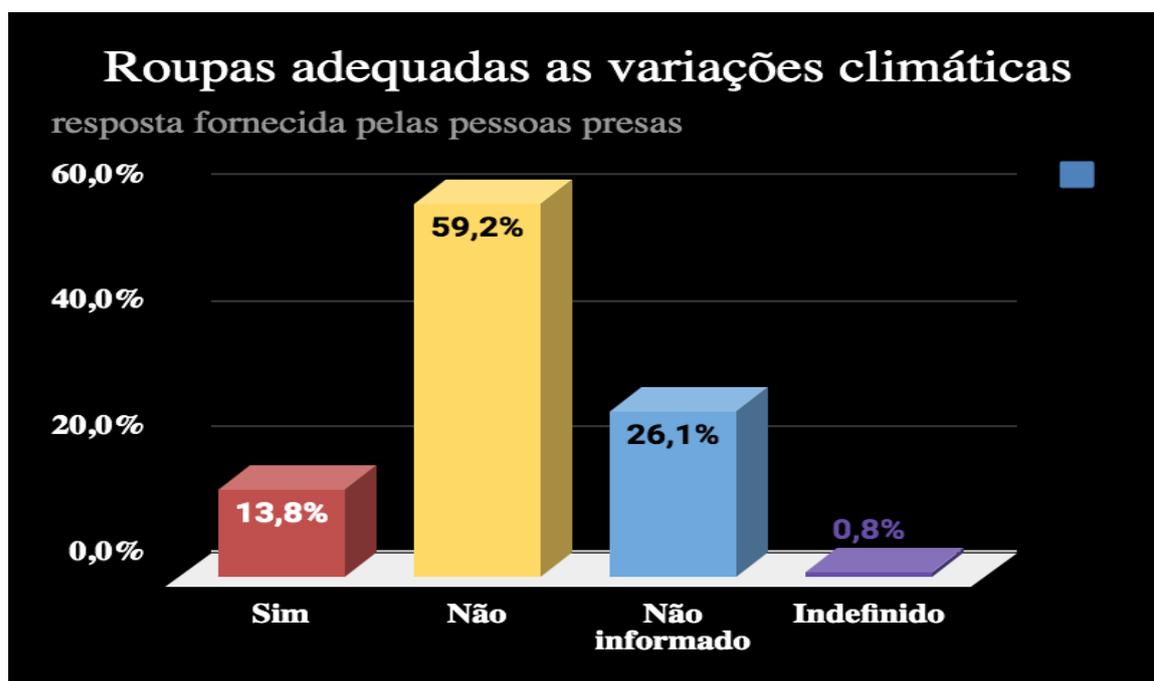


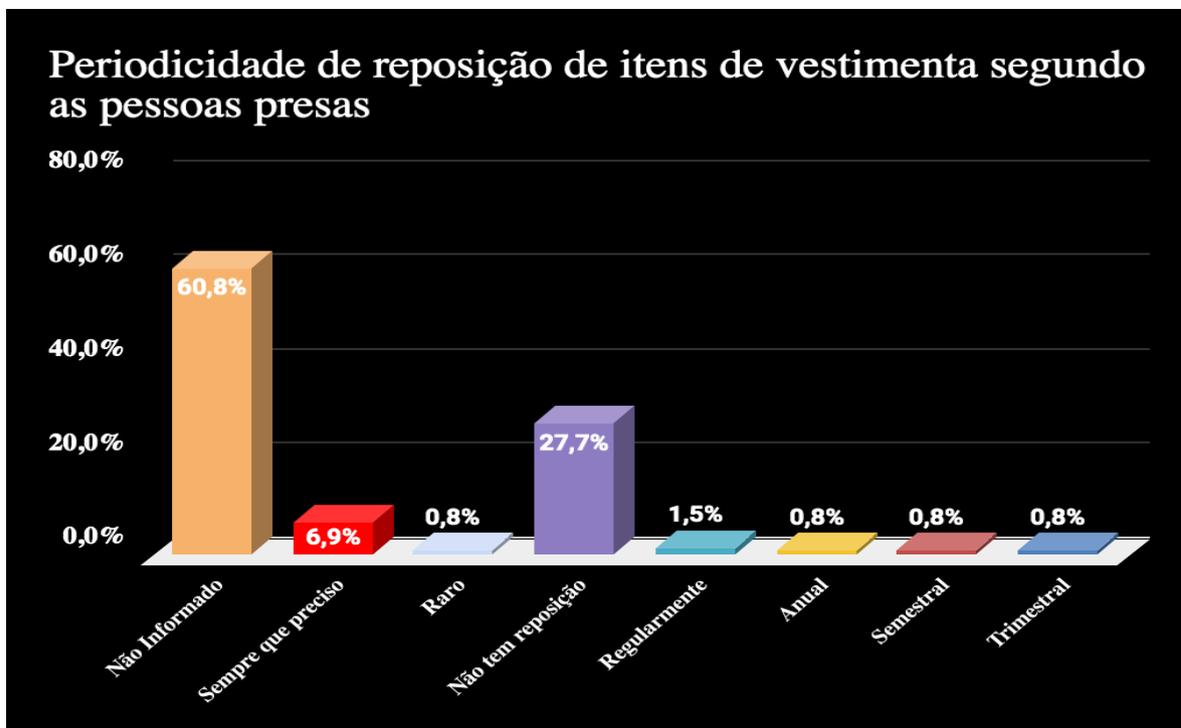


O vestuário também não é distribuído de forma adequada na maioria esmagadora das unidades prisionais. As pessoas presas têm acesso a pouquíssimas peças de roupa. daquelas que responderam a entrevista sobre tal tema, mais da metade afirma que **não há reposição de peças de roupa**. Chama a atenção a péssima qualidade das roupas devido à falta de reposição (foto abaixo).



Além disso, uma das maiores questões é a falta de oferta de opções de roupas para as mais diferentes variações climáticas, **59,2%** das pessoas presas afirmaram que as **roupas fornecidas são insuficientes, o que agrava eventuais problemas respiratórios e reduz a imunidade.** (gráfico abaixo).





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

e) Saúde - ausência de equipe mínima de saúde e comorbidade

A maioria das unidades prisionais do estado de São Paulo não possui equipe mínima de saúde completa de acordo com a Portaria Interministerial nº1/2014 (PNAISP) ou, ao menos, com a Deliberação Comissão Intergestores Bipartite CIB n. 62.

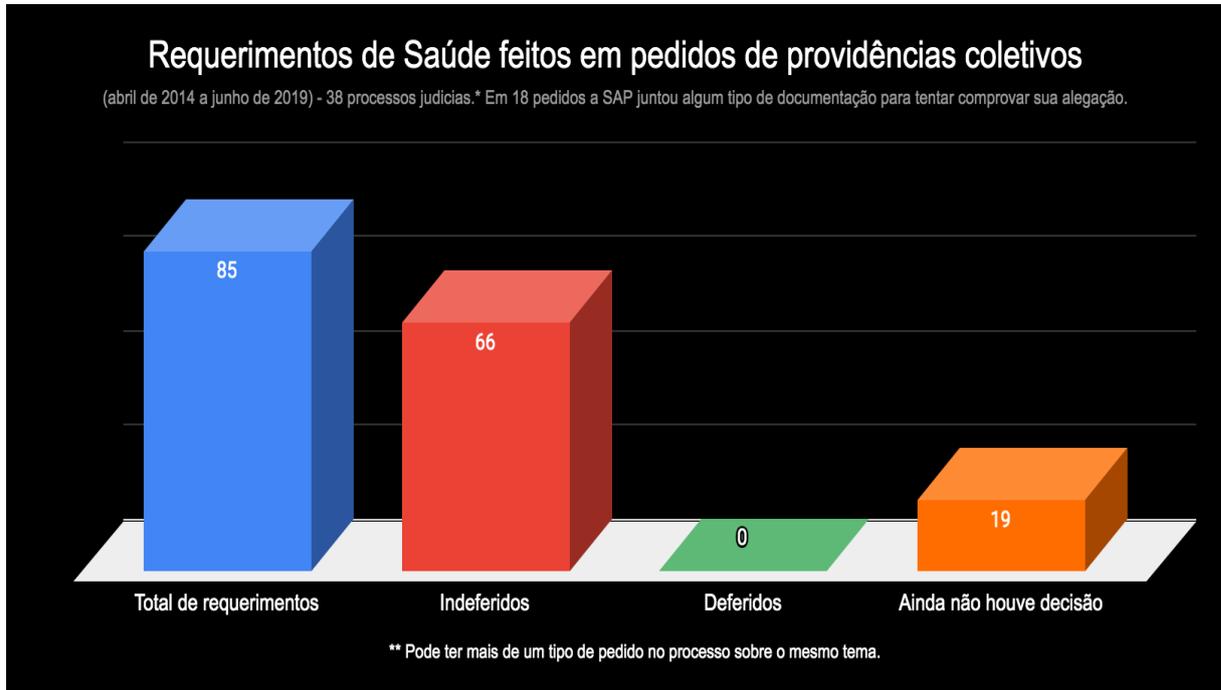
Diversas unidades não têm sequer médicos em seu quadro de funcionários. Muitas equipes são compostas unicamente por auxiliares de enfermagem.

Segundo o levantamento de dados feitos através de resposta de ofícios à unidades prisionais (das 130 unidades inspecionadas 110 unidades responderam ao ofício), podemos concluir que: 77,28% das unidades prisionais no estado NÃO possuem equipe mínima de saúde (24 unidades têm equipes de acordo com a CIB n.62, ou seja, equipe bem mais enxuta e com menos profissionais de diferentes áreas e apenas uma unidade possui equipe de saúde de acordo com o PNAISP).

Neste ponto, vale ressaltar que, no ano de 2018, nas unidades prisionais paulistas 1 pessoa presa morreu a cada 19 horas²⁶. O dado já é capaz de revelar a brutal realidade vivida pelas pessoas presas, entretanto, se levarmos em consideração o caráter pandêmico do **CORONAVÍRUS** e sua fácil proliferação este número certamente será ainda mais alarmante.

Em 38 pedidos de providências coletivos propostos por este Núcleo, em sede da Corregedoria de Presídios, foram feitos 85 requerimentos em relação à saúde, em sua maioria para complementação de equipe de saúde. Entretanto, mesmo com a constatação de que a maioria das unidades não possui equipe mínima de saúde completa, NENHUM pedido foi deferido (gráfico abaixo).

²⁶ <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/267901/um-presos-morre-cada-dezenove-horas-em-sao-paulo.htm> <acesso em 18 de março de 2022>



Através dos noticiários temos visto a dificuldade que as equipes de saúde em todo mundo têm passado para conseguir dar conta do atendimento de todas as pessoas infectadas pelo vírus ou que têm suspeita de estarem infectadas. Os profissionais estão exaustos. Imaginemos, agora, um contexto de alta proliferação do vírus: de que maneira, em uma unidade prisional, se daria conta do atendimento de diversas pessoas que não têm a possibilidade de fazer quarentena por falta de equipe mínima de saúde e estrutura física na unidade?

Uma das grandes preocupações relacionadas à PANDEMIA do vírus, e, por isso, medidas drásticas são adotadas (fechamento de estabelecimentos, escolas, cancelamentos de eventos públicos), é evitar a sua propagação, pois caso haja uma curva ascendente epidemiológica, o SUS não conseguirá prestar todos os atendimentos médicos necessários²⁷ (tabela abaixo), como tem acontecido na Itália, por exemplo.

²⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/03/sus-nos-estados-nao-tem-leitos-de-uti-contra-o-coronavirus.shtml> <acesso em 17 de março de 2020>



UTIs nos estados na crise do coronavírus

Proporção **menor que 1** mostra despreparo

| | Leitos de UTI por 10 mil hab. | Leitos de UTI do SUS por 10 mil hab. | Leitos de UTI não SUS por 10 mil hab. |
|----------------|-------------------------------------|--|---|
| Sudeste | | | |
| Minas Gerais | 2,06 | 1,3 | 3,14 |
| Espírito Santo | 2,72 | 1,19 | 5,6 |
| Rio de Janeiro | 3,79 | 0,97 | 8,7 |
| São Paulo | 2,63 | 1,19 | 3,8 |

Deste modo, é evidente que para além de uma questão de saúde individual de milhares de pessoas, deve-se levar em consideração aspectos de saúde pública, no sentido de equacionar de maneira inteligente o uso das vagas em leitos hospitalares para as pessoas que realmente terão de fazer uso destes.

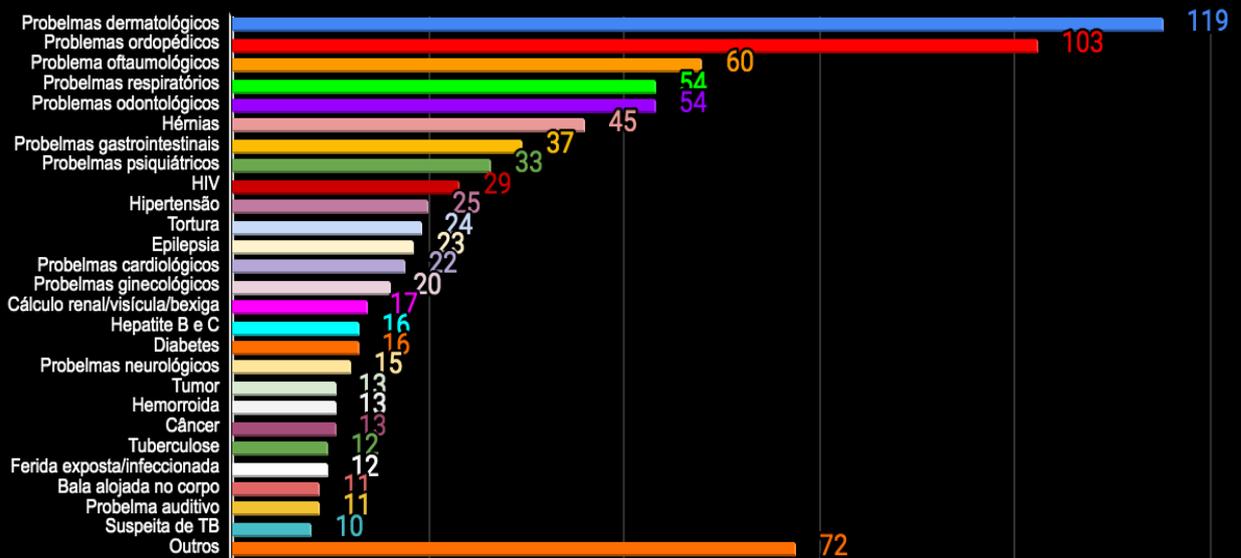
Entre o período de maio de 2016 a junho de 2019 a Defensoria Pública do Estado de São Paulo fez pedidos em processos judiciais de providências coletivos para o atendimento médico de **797 pessoas presas** com as mais diferentes enfermidades (gráfico abaixo).

Observa-se que algumas das comorbidades **mais comuns são problemas respiratórios, HIV, diabetes, tuberculose e problemas cardiológicos. Assim, fica claro que grande parte das pessoas presas fazem parte do grupo de risco.**



Problemas de saúde relatos pelas pessoas presas em 17 pedidos coletivos de providências para atendimento individual de saúde

(maio de 2016 a junho de 2019)



* uma pessoa pode apresentar mais de um problema de saúde

Importante destacar que a pessoa presa conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral - artigo 38 do Código Penal. Assim, não há como olvidar que o direito à saúde, bem como qualquer outro direito da pessoa em situação de privação da liberdade, deve permanecer integralmente preservado, e, nessa condição, deve ser respeitado e promovido pelo Estado, nos termos do artigo 6.º da Constituição Federal (Brasil, 1998): “São direitos sociais a educação, a SAÚDE, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Assim, o direito universal ao acesso à saúde se apresenta como direito imposto a todos, independente da complexidade, custo e natureza dos serviços envolvidos. A universalização do direito à saúde implica na substituição do modelo

contributivo de seguro social que vigorava no Brasil, onde se atrelava o acesso à saúde à contribuição com a previdência social (NORONHA, LIMA e MACHADO, 2013). Neste contexto, a Lei 8080/90 - responsável pela implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), corrobora com a Constituição garantista de 1988 e assegura, mais uma vez, **o direito ao acesso universal aos serviços de saúde** - artigo 7º, inciso I da Lei 8080/90.

Portanto, a atuação deve ser SEMPRE no sentido da prevenção, inclusive para minimizar custos econômicos e evitar com que pessoas adoeçam e corram riscos de sequelas ou, até mesmo, morte. As pessoas presas, vale ressaltar, são SERES HUMANOS como nós e devem ser tratadas como tal.

Assim, se a recomendação para todas as demais pessoas é quarentena voluntária, por que o mesmo não deve ser aplicado às pessoas presas?

f) Banho de sol

As celas, em sua maioria, não possuem circulação de ar ou ventilação natural (fotos abaixo). As pessoas presas ficam confinadas, durante a maior parte do dia, em ambientes propícios à proliferação das mais diversas doenças. As portas das celas, em sua maioria, são chapeadas (não gradeadas) e não há janelas (principalmente para as pessoas no setor disciplinar). A médica infectologista Sandra de Oliveira Campos (professora da UNIFESP) afirma que a abertura de janelas e a circulação de ar pode evitar a propagação do vírus²⁸.

Os horários do banho de sol são restritos, poucas horas diárias, e mesmo no horário de banho de sol há aglomeração de pessoas na quadra, pois não há espaço físico para circulação (foto abaixo). Através das informações coletadas nos relatórios

²⁸ <https://www.jcnet.com.br/noticias/nacional/2020/03/717668-abrir-as-janelas-pode-reduzir-chances-de-contagio-pelo-coronavirus.html> <acesso em 17 de março de 2020>

elaborados após as referidas 130 inspeções é possível fazer algumas afirmações sobre o tempo de banho de sol:

- a) Banho de sol no setor convívio: **a média de horas de banho de sol** diária para as pessoas presas neste setor **é de 7h30;**
- b) Banho de sol no setor “seguro”²⁹ - A média de tempo diminui significativamente em relação ao setor convívio: **3h30 diárias**. Em 21 unidades prisionais não há oferta de banho de sol para as pessoas presas no setor. E em 3 unidades o banho de sol é ofertado a cada dois dias;
- c) Banho de sol no setor disciplinar³⁰- a situação mais alarmante é para as pessoas presas no setor disciplinar, **84 unidades prisionais não respeitam o direito ao banho de sol, não garantem nenhuma hora diária de banho de sol**. As pessoas presas são obrigadas a ficarem confinadas nesses espaços fechados sem circulação de ar e iluminação.



(foto de celas sem iluminação artificial, a luz é do flash da câmera)

(pessoas em cela com praticamente nenhuma iluminação ou ventilação)

²⁹ em 32 das 130 unidades não há setor “seguro”

³⁰ Em resposta de ofícios encaminhados à SAP em 17 unidade prisionais não houve resposta acerca dos questionamentos de horários de banho de sol. E 16 unidade não possuem setor disciplinar.

Todos os elementos até aqui expostos dão conta da **gravidade** da questão. Neste ponto, não há nenhum tipo de discussão que tangencie ou que coloque em dúvida a gravidade do COVID-19, inclusive ganhando conotação de pandemia pela OMS. Assim, basta assumir o risco que está se correndo caso não seja tomada nenhuma providência concreta para preservar a vida das pessoas presas, dos agentes penitenciários e de toda uma coletividade.

3. DO CABIMENTO DO PRESENTE *HABEAS CORPUS*

Inócua e inoportuna qualquer discussão sobre a possibilidade de tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. O ordenamento jurídico brasileiro, o cuidadoso trabalho da doutrina e o avanço paradigmático da jurisprudência não trazem qualquer dúvida acerca da ampla gama de direitos materiais a serem tratados coletivamente e dos vários instrumentos processuais para a tutela coletiva de direitos, sejam eles também coletivos ou sejam direitos individuais que possam igualmente serem tratados em um mesmo processo.

No tocante ao processo civil, as possibilidades de atuação coletiva já estão consolidadas há tempos, mas em relação à matéria penal ainda surgiam algumas vozes contrárias. Sem razão. A mesma sociedade complexa que exige respostas coletivas em matérias cíveis, é aquela que exigirá respostas coletivas na temática criminal, sempre tendo em vista a necessária diferenciação entre processo civil e processo penal, que tem natureza e escopos diversos, destacando que o segundo, ao contrário do primeiro, não é instrumento para a obtenção de um direito do autor, mas garantia do cidadão contra o poder punitivo estatal, o que deve ser levado em conta nessa “coletivização”.

Como bem destacado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, no *habeas corpus* impetrado em prol das mulheres grávidas e mães de filhos menores de 12 anos e deficientes, “*Se tem impacto coletivo a ação violadora, a individualização do remédio*”

obscurece as causas, enfraquece os pacientes e faz persistir a ilegalidade” (HC n. 143.641, STF). Ou seja, existem situações que não poderão ser resolvidas de maneira individualizadas e exigirão uma avaliação global da situação para possibilitar a adequada aplicação da lei e da Constituição.

Seguindo essa trilha, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, superando controvérsias anteriores, no julgamento do referido habeas corpus, confirmou a possibilidade de manejo de habeas corpus de abrangência coletiva apresentando robustos fundamentos.

Com a palavra o Ministro Ricardo Lewandowski, em 2018, no HC n. 143.641,

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente writ coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do habeas corpus, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direto de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o habeas corpus individual ou coletivo.

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. Law & Society Review, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los.



O primeiro ponto a ser levantado é que, como referido, o sistema prisional brasileiro encontra-se em um **estado de coisas inconstitucional**, o que demanda, segundo o julgamento liminar proferido na ADPF n. 347, atuação propositiva dos poderes constituídos para enfrentar os problemas crônicos encontrados, sendo a falta de vagas um dos principais, que deve ser implementado de forma orgânica, o que seria inviável em atuações individuais e atomizadas, que escondem o todo.

Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio, no julgamento da mencionada ADPF,

*Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do **Judiciário**, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade.*

*Trata-se do que a doutrina vem designando de “**litígio estrutural**”, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, **novas interpretações e aplicações das leis penais**, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. (g.n.).*

Soma-se a isso, como também já apontado, a situação de PANDEMIA, conforme reconhecido pela Organização Mundial de Saúde, exigindo-se, ainda com maior força, a adoção de medidas excepcionais, dada a necessidade de enfrentamento de situação excepcional.

Ressalte-se que se as medidas necessárias não forem adotadas com a máxima urgência serão inócuas para garantir os direitos daqueles que se encontram presos nas masmorras medievais, sendo impossível, portanto, exigir-se o peticionamento de maneira individual, seja pela impossibilidade do próprio peticionamento, seja pela impossibilidade de análise desses pedidos em tempo hábil, tornando imprescindível a coletivização da demanda.

É bom destacar que o ordenamento jurídico precisa garantir instrumentos para dar efetividade aos direitos previstos, sendo esse um direito elencado no art. 25, I, do Pacto de São José da Costa Rica.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Ora, se a situação não pode ser enfrentada de maneira atomizada, somente um instrumento coletivo é capaz de fazer valer essa garantia prevista em tratado internacional recepcionado como, no mínimo, norma supralegal e que deve ser observado pelo estado brasileiro. Negar a possibilidade de atuação de maneira mais ampla, significa negar o direito de recorrer ao judiciário para sanar as violações.

Ademais, é importante mencionar que essa coletivização do *habeas corpus* tem fundamento legal expresso, seja com a possibilidade de juízes e tribunais concederem ordem de *habeas corpus* de ofício (art. 654, §2º, CPP), seja pela previsão do artigo 580, do Código de Processo Penal - CPP, que garante a extensão de efeitos do *writ* para demais **pacientes na mesma situação**. Tanto é assim que a famosa decisão proferida no ano de 2018 pelo STF não é a primeira do judiciário brasileiro a reconhecer a necessidade dessa coletivização.

Destaca-se o julgamento, pelo STJ, do HC 142.513/ES, um dos casos mais emblemáticos de garantia de direitos humanos no Brasil. Na ocasião, julgava-se a legalidade da prisão cautelar realizada em *container* de metal. Nas palavras do Ministro Nilson Naves, a situação de “manifesta ilegalidade” tornou **obrigatória a extensão da “ordem a tantos quantos – homens e mulheres – estejam cautelarmente presos nas mesmas condições”** (g.n.). A decisão visou sanar quadro de violações reconhecido até

pela ONU, não deixando o Tribunal da Cidadania de enfrentar a situação excepcional com a força necessária.

E nem se diga que os pacientes seriam indeterminados e indetermináveis, pois **é plenamente viável que a Secretária de Administração Penitenciária apresente listagem de todos os presos e presas com condições de serem alcançados pela ordem que aqui se pleiteia.**

Neste ponto, merece destaque outra reflexão trazida pelo Ministro Dias Toffoli, Relator do *Habeas corpus* coletivo nº 118.536, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para garantir banho de sol a pessoas presa nos setores disciplinares (“castigo”) e de seu segurança (“seguro”), ou seja, a possibilidade de determinação dos pacientes:

*Admissível, portanto, o cabimento desse remédio constitucional na sua forma coletiva, para se discutir direitos individuais homogêneos, sobretudo por se tratar de **grupo de pessoas determinadas ou determináveis**, o que viabilizará a apreciação do constrangimento ilegal.*

Por fim, deixa-se assente que a jurisprudência admite de forma pacífica a utilização de *habeas corpus* para fazer cessar os excessos de execução e a violação dos direitos relacionados à execução, tendo em vista que a temática se relaciona com a liberdade de locomoção.

O *habeas corpus* n. 142.513, STJ, foi admitido para evitar o cumprimento de pena em situação aviltante, degradante e desumana, **como qualquer pena para esses grupos na situação atual de PANDEMIA reconhecida pela OMS.**

Assim, pelo próprio caráter do *habeas corpus*, ação constitucional que se reveste igualmente do manto de garantia fundamental, e que, portanto, com força no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem aplicação imediata, deve lhe ser adotada a interpretação mais extensiva possível, de modo a assegurar, em sua plenitude, o conteúdo

do art. 5º, LXVIII, da Constituição da República, como o remédio para debelar qualquer violência ou ameaça à liberdade de locomoção, em razão de ilegalidade ou abuso de poder, inclusive para uma coletividade de indivíduos indeterminados (embora determináveis) que estejam sofrendo da mesmíssima violação.

É o caso da presente impetração, que visa garantir, ao menos para os integrantes dos grupos que serão indicados, a chance de não serem contaminados, com consequências drásticas e potencialmente fatais, enquanto estiverem encarcerados nas insalubres pocilgas penitenciárias brasileiras.

Se o Estado brasileiro não pode garantir a incolumidade física de um preso seu, isso é motivo bastante para que não possa mantê-lo preso, ou a prisão deixa de ser medida cautelar ou execução de condenação para tornar-se pena capital.

4. DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A maleabilidade e a ductilidade do *habeas corpus* no sistema jurídico brasileiro são amplamente conhecidas e reconhecidas. De início, é instrumento que prescinde de capacidade postulatória, ou melhor, é ferramenta que garante a todos, indistintamente, a capacidade postulatória para sua impetração, tamanha sua importância como salvaguarda primeira de direitos fundamentais. Nessa mesma senda, são já consagrados os efeitos extensivos da eventual concessão da ordem, a atingir igualmente todos os corréus, investigados ou indiciados que se encontram na mesma situação do paciente - característica, aliás, que comprova cabalmente a possibilidade de manejo de um *habeas* coletivo - fruto da aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal. Ainda, como exceção absoluta a justificar sua alcunha de remédio heróico, o *habeas corpus* é a única ação que, ainda que não preencha os elementos indispensáveis para que seja processualmente conhecida, permite ao julgador a concessão da ordem de ofício, nos

termos do art. 654, § 2º, do CPP. Em outras palavras, a instrumentalidade do processo é elevada, no manejo do *writ*, a seu mais alto grau, já que o mérito, verificada a ilegalidade ou o abuso de poder a macular o direito de locomoção do cidadão, será apreciado, ainda que não haja o preenchimento de requisitos processuais.

Por tudo isso, a nosso ver, o *habeas corpus* coletivo, assim como sua tradicional e consagrada versão individual, poderia ser interposto por qualquer pessoa ou entidade. Estéril, no entanto, enveredar por tal caminho quando, em relação à Defensoria Pública, não remanesce qualquer dúvida quanto à legitimidade.

Retomando o HC 143.641/SP do STF, ali restou decidido que os legitimados para a impetração coletiva seriam, por analogia, aqueles listados no art. 12 da Lei de Mandado de Injunção, dentre os quais se inclui, indene de dúvida, a Defensoria Pública, no inciso IV. E, ainda que não houvesse tal previsão, o art. 134 da Constituição Federal e o art. 4º, I, VII, e IX, da Lei Complementar 80/94 já seriam fundamentos bastantes para justificar a atuação coletiva da Defensoria Pública no caso em apreço, seja em razão de seu perfil constitucional de garantidora dos direitos humanos, seja pela sua missão institucional de defesa dos necessitados, a maioria absoluta daqueles submetidos a processo criminal no Brasil, seja em razão da máxima efetividade que se deve assegurar ao *habeas corpus* para que possa ser concretizado como garantia fundamental.

No caso, importa destacar que a maioria absoluta dos presos que foram condenados na Justiça Federal de São Paulo e que foram assistidos pela Defensoria Pública da União cumpre pena em presídios estaduais, o que justifica a presente impetração conjunta com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

5. DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante a obviedade, pouco é preciso dizer para demonstrar a legitimidade da Defensoria Pública do Estado de São Paulo para a propositura do presente *writ* impetrado

em favor de pessoas presas em estabelecimentos prisionais de São Paulo que tem agravada a situação desumana e degradante corriqueira nos estabelecimentos prisionais do estado de São Paulo.

A missão da instituição de promoção dos direitos humanos, de forma individual ou coletiva, em todos os graus dos necessitados, é trazida na Constituição da República no art. 134,

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Soma-se a isso o entendimento corrente de que o termo “necessitados” não se resume aos hipossuficientes financeiros, mas, também, aos organizacionais, como destacou em seu parecer Ada Pellegrini Grinover³¹,

4 – Como deve ser interpretado o art. 134 da CF, que atribui à Defensoria Pública a assistência jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados?

R. A exegese do texto constitucional, que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo necessitados abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja os socialmente vulneráveis.

Não se pode olvidar que a Defensoria Pública, como instrumento de ação afirmativa, visa à concretização do princípio da isonomia ou igualdade, na medida em que o Estado, por meio dela, trata desigualmente os desiguais (*necessitados*), almejando à

³¹https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3075747/mod_resource/content/1/Grinover%2C%20parecer%20Adin%20Defensoria.pdf

igualdade de condições. Nas palavras da atual Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA³²,

A definição jurídica objetiva e racional de desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como forma de promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política e econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

A rigor, tal discussão ainda era relevante à época, mas com a positivação da legitimidade da Defensoria Pública de propor ações civis públicas em 2007 e, posteriormente, com a edição da lei n. 13.300 de 2016, que inclui a Defensoria Pública como legitimada para a proposição de mandado de injunção individual ou coletivo, qualquer divergência sobre isso restou superada.

Aliás, foi com base na referida lei que o STF, no julgamento do HC coletivo n. 143.641, **substituiu o pólo ativo naquele processo, reconhecendo a legitimidade ativa da Defensoria Pública da União, em razão da abrangência territorial da questão**, que ali ultrapassava os limites de um estado da federação.

[...] parece-me que a legitimidade ativa deve ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. No caso sob exame, portanto, incidiria o referido dispositivo legal, de maneira a reconhecer-se a legitimidade ativa a Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação de abrangência nacional, admitindo-se os impetrantes como amici curiae. Dessa forma, e sem demérito nenhum aos demais impetrantes, os quais realizaram um proficiente trabalho,

³² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Direito Público, n.º 15/85.

garante-se que os interesses da coletividade estejam devidamente representados. (STF – HC n. 143.641 – Min. Rel. Ricardo Lewandowski)

Neste diapasão, fazendo um paralelo baseado no entendimento do STF acerca da abrangência territorial e da legitimidade da Defensoria Pública da União para pleito com extensão nacional, se a abrangência da questão posta no presente *writ* é regional/estadual, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo é legitimada para impetrá-lo.

Ora, o simples fato de estarem presos os pacientes que serão abrangidos pelo presente já denúncia não só a hipossuficiência organizacional, mas, como é de conhecimento público, a própria hipossuficiência financeira, tendo em vista a acentuada seletividade do sistema penal, que encarcera apenas pessoas pobres – as exceções confirmam tal regra.

Como se não bastasse, a lei de execuções penais elenca a Defensoria Pública como órgão de execução, que tem como função, de acordo com o art. 81-A, LEP, velar

*“pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, **de forma individual e coletiva.**”*

Nota-se, portanto, que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, inegavelmente, é instituição legitimada para buscar a concretização dos direitos das pessoas presas nos estabelecimentos de regime semiaberto superlotados, através do manejo do único instrumento jurídico hábil para a efetivação desses direitos.

6. DA IDENTIFICAÇÃO DAS AUTORIDADES COATORAS E DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

É impossível identificar **neste momento**, ante a urgência que o caso demanda, quantos e quais presos estariam circunscritos nos grupos de risco da COVID-19, bem como aqueles que devem ser postos em liberdade para evitar violação a seu direito próprio e ao direito da coletividade de evitação da propagação desenfreada da doença.

No caso presente, o que se tem é a possibilidade de TODOS os juízos criminais e de execução penal da primeira instância do Judiciário Paulista terem determinado a prisão de cidadãos que hoje são os mais expostos a efeitos letais produzidos pelo coronavírus, ainda que, ao tempo em que exaradas as decisões que determinaram as prisões, elas tenham sido eventualmente adequadas e indispensáveis.

Desse modo, como é de sabença geral, a competência para julgamento dos *habeas corpus* contra ato dos juízes de direito é do Tribunal de Justiça respectivo.

Não se olvida, contudo, que há decisões exaradas também pelo próprio TJ/SP e que agora estão igualmente cobertas pelo constrangimento ilegal superveniente, ainda que fossem eventualmente adequadas quando prolatadas. Identificada uma ilegalidade na prisão, mesmo que superveniente, é certo que o órgão prolator tem, inclusive *ex officio*, o dever de debelar tal ilegalidade. Assim, no caso, caberia a extensão da ordem ora requerida às decisões do próprio TJ.

Assim, e considerando também a já mencionada necessidade de medidas urgentes e excepcionais para enfrentamento da PANDEMIA em um sistema prisional reconhecidamente em estado de coisas inconstitucional, inegável a competência desse E. Tribunal de Justiça para o julgamento do presente.

7. DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL – EXCESSO DE EXECUÇÃO – VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DO DIREITO À VIDA

Como dito, o presente *habeas corpus* visa combater evidente excesso de execução configurado com a incapacidade de o estado de São Paulo garantir a saúde e, conseqüentemente, a vida das pessoas que mantêm sob sua custódia nos caóticos estabelecimentos prisionais, especialmente em tempos de PANDEMIA.

Também já foi apontado e é pacífico na jurisprudência pátria, que o remédio constitucional em tela é indicado para sanar qualquer excesso na execução da pena (entendida *latu sensu*), uma vez que tais violações atingem o direito à liberdade, mormente no caso em tela em que a garantia do direito à saúde e a vida das pessoas que estão presas, inclusive daqueles que eventualmente não serão abarcados pela concessão da ordem, somente pode se dar pela garantia da liberdade dos grupos de pessoas que serão indicados.

Para deixar assente a dimensão do alcance do HC no sentido aqui trazido, cita-se o HC n. 142.513, STJ, que reconheceu excesso de execução por condições indignas de aprisionamento das pessoas confinadas em *containers* de metal no Espírito Santo, bem como o HC n. 107.701, STF, que concedeu ordem para garantir o direito do preso a receber visita, cabendo ressaltar o seguinte trecho:

Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa, em tese, acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir. Direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade. Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente. Eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução da pena podem e devem ser sanados via habeas corpus, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social. Habeas corpus conhecido (STF - HC: 107.701 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-061 DIVULG 23-03-2012. PUBLIC 26-03-2012).

Assim, resta evidente que a violação ao direito à saúde das pessoas presas no estado de São Paulo, repise-se, configura excesso de execução a ser sanado por meio do presente.

Neste ponto, entendemos que nem se precisaria salientar, mas a situação de barbárie nos leva ao óbvio: destacar que **aqueles homens e mulheres encarcerados são pessoas, como nós**, e que devem ter garantidos todos os seus direitos não suprimidos em decisão judicial amparado na lei, dentre eles o direito à saúde, a vida e a integridade física e moral, sob pena de configuração de ilegalidade.

Com efeito, a Constituição da República, em seu artigo 5.º, inciso XLIX, dispõe que “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”.

No mesmo toar, reproduzindo a injunção da Carta Magna, a Lei de Execução Penal assim determina: *Art. 40 -Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.*

Como o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (artigo 38 do Código Penal), está fora de dúvida que o direito à saúde da pessoa em situação de privação da liberdade permanece integralmente preservado, e nessa condição deve ser respeitado e promovido pelo Estado, nos termos do artigo 6.º da Lei Maior:

São direitos sociais a educação, a SAÚDE, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Assim, para dar cumprimento à Carta Magna e ao Código Penal, estabelece a Lei de Execução Penal:

*Art. 41 -Constituem direitos do preso:
VII -assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;*

Art. 88 –O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único –São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

Não se pode olvidar, nessa esteira, o quanto disposto no Pacto de San Jose de Costa Rica, de que o Brasil é signatário:

Art. 5º:

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Nesse viés, as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, estabelecendo uma longa série de normas, dentre as quais observações relativas à proteção à saúde do preso, cumprindo ressaltar o disposto nos itens 24 e 25:

Regra 24

1. O provimento de serviços médicos para os presos é uma responsabilidade do Estado. Os presos devem usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade, e os serviços de saúde necessários devem ser gratuitos, sem discriminação motivada pela sua situação jurídica.

2. Os serviços de saúde serão organizados conjuntamente com a administração geral da saúde pública e de forma a garantir a continuidade do tratamento e da assistência, inclusive nos casos de HIV, tuberculose e outras doenças infecciosas, abrangendo também a dependência às drogas.

Regra 25

1. Toda unidade prisional deve contar com um serviço de saúde incumbido de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos presos, prestando particular atenção aos presos com necessidades especiais ou problemas de saúde que dificultam sua reabilitação.

2. Os serviços de saúde devem ser compostos por equipe interdisciplinar, com pessoal qualificado suficiente, atuando com total independência clínica, e deve abranger a experiência necessária de psicologia e psiquiatria. Serviço odontológico qualificado deve ser disponibilizado a todo preso.

Sem embargo às demais normas de direito internacional, constitucional e penitenciário aplicáveis à matéria, em extenso rol, cita-se, por fim, as regras estatuídas pela própria Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, na Resolução SAP -144:

Artigo 22 - Constituem direitos básicos e comuns dos presos provisórios, condenados e internados:

I - ser tratado com humanidade, com respeito à dignidade inerente ao ser humano e com igualdade, exceto quanto às exigências de individualização da pena;

III - receber assistência material que garanta as necessidades básicas no que concerne:

c) às condições de habitabilidade adequadas, conforme padrões estabelecidos pela Lei de Execução Penal e pela Organização Mundial de Saúde;

d) às instalações e aos serviços de saúde, educação, trabalho, esporte e lazer, proporcionando a distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação.

XVI - receber tratamento médico-hospitalar e odontológico gratuitos, com os recursos humanos e materiais da própria unidade prisional ou do Sistema Único de Saúde (SUS);

Artigo 119 - a coordenadoria de saúde deve planejar, juntamente com as coordenadorias regionais e as unidades prisionais, programa de prevenção social e sanitária para a população prisional.

Parágrafo único - As áreas de saúde e de reintegração de cada unidade prisional devem desenvolver os programas a que se refere o caput deste artigo.

Não se pode negar, em consequência, que um vasto conjunto de normas, inclusive de natureza constitucional, já é violada corriqueiramente, mas com a situação de PANDEMIA tornam-se ainda mais gravosas essas violações, demandando ação imediata do Poder Judiciário para sanar lesão a direitos fundamentais de pessoas que estão sob a custódia do Estado.

Nesse contexto de morte anunciada, caso nada seja feito, é inevitável que haja rebeliões e fugas, medidas desesperadas daqueles que não querem bovinamente

aguardar a chegada da epidemia aos presídios. Aliás, já se tem notícias de fugas em presídios paulistas.³³

Além disso, como dito, ante a chocante realidade das condições carcerárias somadas às graves consequências da pandemia de **CORONAVÍRUS**, a manutenção de prisões, especialmente, das pessoas integrantes dos grupos de risco, ante a iminência de severos danos à saúde e altíssima probabilidade de morte, passou a configurar verdadeiro constrangimento ilegal, que se busca debelar com o presente *writ*.

Embora os sintomas iniciais da covid-19 se assemelhem àqueles de uma gripe comum, importante ressaltar que o coronavírus causa também dificuldades respiratórias e sequelas nos pulmões, de modo a ter acarretado, desde o começo da pandemia, **mais mortes dentre a população idosa, hipertensa, cardiopata, diabética e asmática, juntamente àqueles portadores de problemas crônicos nos pulmões, tais como fibrose, justamente por conta da imunidade já enfraquecida dessas populações e também de suas fragilidades respiratórias.**

Em relação ao tratamento da doença, há a recomendação por parte dos órgãos federais e estaduais de saúde de que os casos suspeitos ou doentes com sintomas sejam mantidos em casa, isolados, o que a toda evidência seria impossível de adotar-se em relação aos infectados que fossem mantidos presos. A verdade é que, não bastasse a insalubridade que viceja no sistema carcerário brasileiro, hoje não há nos presídios brasileiros nenhuma garantia de que os presos que vierem a ser infectados por coronavírus possam vir a receber algum tratamento médico, e, além de facilitar a disseminação da doença, **coloca-se em risco a vida dos demais presos, dos funcionários do sistema penitenciários, dos familiares, das forças de segurança e dos integrantes do sistema de justiça, como juízes/as, promotores/as e defensores que trabalham em unidades prisionais.**

³³<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/03/16/presidios-de-sao-paulo-tem-fugas-e-rebelioes.ghtml> (consultado em 17.03.2020, às 09h40).

Atento à gravidade do problema, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação 62/2020, onde reconhece *“o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros, características inerentes ao “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 347”*.

Assim, com o intuito de fazer cessar (ou ao menos mitigar) o excesso de execução de todas as pessoas presas no estado de São Paulo, caracterizado pela violação do direito à saúde e à vida dessas pessoas, é imprescindível que esse Tribunal conceda a ordem para as situações elencadas a seguir.

7.1. Pessoas presas preventivamente

A presunção de inocência, consagrada tanto na Constituição Federal, no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, quanto no art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é reconhecidamente o pilar garantidor dos direitos do indivíduo contra um processo criminal em uma democracia. No Brasil, a garantia constitucional da presunção de inocência não se resume a um princípio, já que o texto magno claramente traz consigo também uma regra. Destarte, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal tem em si embutidas duas normas: 1) a garantia fundamental da presunção de inocência, norma principiológica, pela qual se presume a inocência de qualquer indivíduo até que o órgão judicial competente aprecie sua culpa e 2) uma regra, um direito fundamental, pelo qual a presunção de inocência só cede à certeza da culpa após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. A literalidade do texto constitucional conjugada com a expectativa de máxima efetividade e eficácia dos direitos e garantias fundamentais, impossibilita o reconhecimento da culpa antes de passada em julgado a decisão condenatória. E sem culpa, como consequência não só lógica, mas também deontológica e axiológica,

impossível o início do cumprimento da pena de quem, ainda, pela regra inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não pode ser considerado culpado.

O art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos apenas reforça o que já está claramente resolvido pela Carta Cidadã. Ao dispor que *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*, o texto convencional transferiu aos Estados a possibilidade de prever, com clareza, em suas legislações domésticas, como se forma legalmente a culpa, o que no Brasil, como já se expôs, foi determinado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ou seja, após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Ou seja, só o trânsito em julgado é apto para formar e integrar o título executivo que justificará o cumprimento da pena.

Toda prisão anterior ao édito condenatório irrecorrível é, portanto, cautelar, e como tal, mesmo que seja óbvio afirmar isso, deve ser tratada.

Sem adentrar o mérito acerca da necessidade das prisões cautelares atualmente em vigor por determinação do Judiciário Paulista, por seus mais diversos órgãos de primeira e segunda instância, certo é que vivemos uma situação excepcional, na qual a manutenção na prisão de algum cidadão que compõe algum grupo de risco da Covid-19 pode fatalmente, por tudo que já se expôs, significar sua morte. Dentro desse contexto, ainda mais em relação àqueles que ainda se presume inocentes, não há justificativa para que se mantenha o **encarceramento quase genocida, eugenista, que pode vir a exterminar grande parte da população carcerária.**

Nesse sentido, em seu art. 4º, estabelece a referida Recomendação:

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

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

- a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;
- b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;
- c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

O constrangimento ilegal, portanto, como se vê no caso presente, adquire um viés de volatilidade que talvez não o acompanhe normalmente, e que pode até ser considerado superveniente. Com isso se quer afirmar que, ainda que todas as prisões cautelares determinadas por órgãos do Judiciário Paulista sejam formalmente legais, vê-se, na hipótese presente, a necessidade de comprovação de um única circunstância bastante para a identificação do constrangimento ilegal: **o alto risco de contaminação por coronavírus a que está exposto o preso que vier a ser mantido encarcerado, especialmente aqueles que integram algum grupo de risco, e o consequente alto risco de letalidade caso venha contrair covid-19.**

7.2. Pessoas idosas e com deficiência

O estatuto do idoso (Lei n. 10.741/2003), em vigor há mais de 16 anos, estabelece a idade de 60 anos ou mais para que qualquer pessoa seja considerada idosa, apesar disso, não se desconhece que diversas normas relativas à execução, em especial os indultos editados, comumente estabelecem a idade de 70 anos para estabelecer requisitos diferenciados para obtenção do direito, com exceção da acertada disposição do Decreto de Indulto das Mulheres de 2018, que fixou a idade em 60 anos.

Assim, tendo em vista a motivação do presente *writ*, qual seja, garantir o direito à saúde e a vida das pessoas presas, deve ser adotada, no mínimo, a idade legal, pois se trata da faixa de idade que classifica uma pessoa como mais vulnerável aos efeitos da COVID-19.

Entretanto, não se deve olvidar, ainda, que, em pesquisa desenvolvida pelo Instituto Terra Trabalho e Cidadania, Mulheres Sem Prisão restou constatado que as mulheres presas desenvolvem um processo de envelhecimento precoce que é intensificado pela experiência do cárcere:

“Em verdade, percebemos que as longas trajetórias de violência e a falta de acesso a serviços públicos básicos desencadeiam para essas mulheres um aprofundamento do processo de envelhecimento, e até mesmo um envelhecimento precoce — processo que vai na contramão da expectativa de vida das mulheres na sociedade, que é cada vez mais alto. Essas mulheres selecionadas pelo sistema penal estão, ainda, muito longe da expectativa da “melhor idade”, uma vez que, mesmo após todos os anos vividos, continuam tendo suas rotinas determinadas pela necessidade de dar conta de demandas materiais urgentes”³⁴.

Entende-se que as vulnerabilidades vivenciadas pela população impactam diretamente na sua vida cotidiana e conseqüentemente no processo de envelhecimento. Se voltarmos nosso olhar para o cárcere, este por si só já aglutina e potencializa as vulnerabilidades pré-existentes, desencadeando uma situação de exclusão quase irreparável, principalmente a partir de certa etapa da vida.

WACHELESKI³⁵, apoiada nas considerações de GHIGGI³⁶, nos provoca ao lembrar que o envelhecer dentro do cárcere tem impacto fundamental na vida do sujeito.

³⁴ Disponível em <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf>

³⁵ WACHELESKI, N. R. As configurações da situação de encarceramento de idosos em Porto Alegre/RS. 2015. 180f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social)-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2015. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/7197>>

³⁶ GHIGGI, M. P. O IDOSO ENCARCERADO: CONSIDERAÇÕES CRIMINOLÓGICAS. 2012. 16f (parcial). Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2012. Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1837/1/000445011-Texto%2BParcial-0.pdf>>

Assim, “(...) o idoso preso pode ter mais características fragilizantes do envelhecimento do que alguém em liberdade que tenha sua mesma idade cronológica”.

Cabe ressaltar que o envelhecimento é mais que um processo biológico, ele é um processo biopsicossocial, assim, o contexto sociohistórico em que a pessoa vive, o ambiente, as relações interpessoais, a profissão e as condições de saúde implicarão diretamente na velhice, portanto não existe um modelo único de velhice, os pesquisadores da gerontologia usam o termo “velhices”.

As pessoas não se tornam velhas repentinamente, assim como a adolescência não ocorre de um momento para o outro. Podemos nascer com expectativas de vida similares, mas os acontecimentos no decorrer da vida nos levam a um envelhecer singular. Portanto se a velhice é heterogênea as políticas públicas deveriam ser pensadas no sentido de contemplar essa diversidade de necessidades.

A sociedade, justamente por falhar nessa atenção às necessidades sociais do envelhecimento, pode acabar realizando processo de exclusão com seus idosos; (...) Embora avançados no sentido de previsão de direitos, os diplomas legais brasileiros estão em desarmonia no sentido de quem consideram idosos, variando a idade na previsão de benefícios e direitos, sem motivos esclarecidos para tanto. (GHIGGI, 2012, p.10-11)

Deste modo, a idade de 60 anos ainda é elevada, pois, se desigual o envelhecimento no espaço de privação de liberdade, o ordenamento jurídico deve se ater a essa diferença e, então, nivelar essa desigualdade, garantindo-se a liberdade a pessoas com idade inferior à regra geral, **sugerindo-se o patamar de 50 anos de idade, mais condizente com a concreta situação de envelhecimento das pessoas encarceradas.**

Caso Vossa Excelência entenda de forma diversa, **no mínimo, fixe o patamar em 60 anos de idade, do mesmo modo que o Estatuto do Idoso, bem como o Decreto das Mulheres de 2018.**

Em relação às pessoas com deficiência aprisionadas existe uma completa invisibilização de suas condições e própria presença no sistema prisional.

As estruturas e equipamentos nos estabelecimentos prisionais impõem barreiras permanentes às pessoas com deficiência e representam uma **grave violação de seu direito à acessibilidade.**

Nesse cenário, é preciso reconhecer a incompatibilidade do cárcere com políticas de promoção da autonomia e acessibilidade dessas pessoas, como prescrevem a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência — Lei n.º 13.146/15) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em um contexto de superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros e de **PANDEMIA COM O NOVO CORONAVIRUS**, as condições de pessoas idosas e/ou com deficiência é ainda mais agravado, implicando em **desenvolvimento de doenças graves, dificuldades de acesso a trabalho e estudo, assim como diversas barreiras a locomoção.**

Ademais, requer-se que se adote o **conceito de pessoa com deficiência** previsto no Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Lei Brasileira da Inclusão, a saber: *“Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.*

7.3. Pessoas com câncer, portadores de cardiopatia crônica, de diabetes, portadores de doenças pulmonares crônicas, de insuficiência renal crônica, de HIV, portadores de doenças autoimunes e de cirrose hepática

Sabe-se que pessoas com doenças crônicas correm maior risco ao serem contaminados com o vírus causador da COVID-19, pois a resposta imunológica não ocorre

de maneira suficiente para garantir o combate da enfermidade, trazendo maior risco de agravamento da doença e de eventual morte.

Assim, pessoas com doenças respiratórias crônicas, diabetes, doenças cardíacas crônicas, pessoas com HIV, hipertensão, pessoas com insuficiência renal crônica, com câncer ou outras enfermidades que debilizem o sistema imunológico ficam ainda mais expostas aos perigos da doença e devem ser alvo prioritário das políticas voltadas à mitigação dos efeitos da pandemia.

Somada a baixa imunidade própria, no caso das pessoas presas, está a **falta de alimentação adequada, dificuldade na dispensação de medicamento, pouco ou nenhum acompanhamento médico, péssimas condições de habitabilidade das celas e locais comuns dos presídios, inexistência de aquecimento da água para banho e restrição de acesso a itens básicos de higiene e material de limpeza**, tudo conforme já apontado inicialmente

Esse quadro torna imprescindível a liberação dessas pessoas, sob pena de condená-las a morte no sistema penitenciário, o que, por óbvio, é vedado pela Constituição Federal.

Aliás, o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo editou, através do Conselho Superior da Magistratura, o provimento n. 2546/2020, determinando a colocação em liberdade de adolescentes que se enquadrem nesses grupos, reconhecendo a necessidade de esvaziamento ao máximo das unidades que custodiam pessoas.

Art. 4º. Os adolescentes, internados provisoriamente, que sejam gestantes e lactantes e aqueles portadores de doenças que possam ser agravadas com a COVID-19, tais como doenças pulmonares crônicas, portadores de cardiopatia, diabetes insulino dependentes, insuficiência renal crônica, HIV, doenças autoimunes, cirrose hepática, em tratamento oncológico, deverão ser colocados em liberdade, pelo juízo competente, assim que tome conhecimento da situação, mediante comunicação do diretor da unidade da Fundação CASA.

A acertada determinação deve, com maior razão, ser aplicada ao sistema prisional, pois as condições dos presídios, sabidamente, são incomparavelmente piores do que aquelas encontradas na Fundação CASA.

7.4. Mulheres gestante e lactantes

Dada a descoberta recente do vírus, não existem ainda muitas pesquisas consolidadas acerca dos efeitos do COVID-19 em relação a mulheres gestantes, assim, o que se tem utilizado é, principalmente, a aplicação das pesquisas relacionadas à esse público com outros vírus, como o H1N1, além de estudos dos casos noticiados, sobretudo da China.

O estudo do *Royal College of Obstetricians & Gynecologists* alerta para a possibilidade de a forma agravada da infecção ocorrer em mulheres grávidas causando **pneumonia e hipóxia**, tal como ocorre com grupos considerados de risco, como idosos ou pessoas portadoras de doenças crônicas. O mesmo estudo destaca, ainda, a possibilidade da existência de correlação entre a infecção e a **antecipação do parto**, conforme foi registrado em um caso na China. Por fim, o documento esclarece que as mulheres gestantes são mais suscetíveis às infecções no geral, especialmente as respiratórias, uma vez que estão sujeitas a mudanças no sistema imunitário e a nível fisiológico. Além disso, mulheres gestantes que possuam outras condições de atenção especial ao vírus, como doenças respiratórias ou cardíacas e diabetes, podem ter os sintomas agravados.³⁷.

A médica Rosana Richtmann, infectologista em São Paulo, informa que não há, ainda, informações sobre a transmissão vertical do vírus, ou seja, da gestante para a criança, porém, há registros de que a infecção, se adquirida no primeiro trimestre da

³⁷ Ver documento elaborado pelo Royal College of Obstetricians e Gynecologists: Coronavírus(COVID-19) Infection in pregnancy. Version 2, published em 13, march, 2020 e disponível em: <https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/coronavirus-covid-19-infection-in-pregnancy-v2-20-03-13.pdf>. Acesso em 17 de março de 2020.

gestação, pode causar **abortamento espontâneo e, em um estágio mais avançado da gravidez, pode induzir a trabalhos de parto prematuros**³⁸.

Sobre a condição das gestantes, o médico infectologista Francisco Ivanildo declarou que:

O fato a que precisamos ficar atentos é o de que, apesar de não ter evidência suficiente sobre essa epidemia, a condição da gestante é sempre uma preocupação. A gravidez, seja pelas alterações metabólicas ou hormonais, ou pela restrição mecânica do aparelho respiratório, por conta do crescimento da barriga, coloca as mulheres em um grupo que adquire formas mais graves de doenças respiratórias quando é infectado. Não há certeza se isso ocorre com o coronavírus, mas é importante aumentar a precaução”³⁹

A Febrasgo (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia) emitiu nota⁴⁰ evocando as orientações já oferecidas para a profilaxia da infecção pelo H1N1, entre as quais salienta-se que as gestantes devem **evitar aglomerações, contato com pessoas febris e apresentando sinais de infecção respiratórias**. Além disso, considerar que a higienização das mãos, evitar contato das mãos com boca, nariz ou olhos são as medidas mais efetivas contra a disseminação destas infecções.

Também nesse sentido manifestou-se a Associação de Ginecologia e Obstetrícia do Estado de São Paulo (SOGESP), alertando para a “*a necessidade imperiosa*

³⁸ *40 Semanas: Coronavírus e gravidez: o que gestantes precisam saber sobre a Covid-19.* Entrevistadores: Renan Sukevicius e Melina Cardoso. Entrevistada: Rosana Richtmann. São Paulo: **Folha de São Paulo**, 9 de março de 2020. Podcast. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/podcasts/2020/03/coronavirus-e-gravidez-o-que-gestantes-precisam-saber-sobre-o-covid-19.shtml>>. Acesso em 17 de março de 2020.

³⁹ Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Saude/noticia/2020/03/coronavirus-como- ficam-gravidez-amamentacao-e-os-cuidados-com-o-recem-nascido.html>>. Acesso em 17 de março de 2019.

⁴⁰ Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/940-infeccao-pelo-coronavirus-sars-cov-2-em-obstetricia-enfrentando-o-desconhecido>. Acesso em 17 de março de 2020.

de suporte avançado de vida para estas gestantes e prognósticos materno e gestacional severamente comprometidos”⁴¹.

É de ressaltar, que a Prefeitura de São Paulo, atendendo às orientações das autoridades de saúde e sanitárias, por meio do Decreto Municipal nº 59.283, de 16 de março de 2020, considerou algumas pessoas como grupo de risco, em razão da sua maior probabilidade de desenvolver sintomas mais graves da doença, tais pessoas, enquanto agentes públicos, serão submetidas à regime de teletrabalho durante a vigência de todo o período de emergência, são elas:

a) as servidoras gestantes e lactantes; b) os servidores maiores de 60 (sessenta) anos; e c) os servidores expostos a qualquer doença ou outra condição de risco de desenvolvimento de sintomas mais graves decorrentes da infecção pelo coronavírus, nos termos definidos pelas autoridades de saúde e sanitária.

O próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme já dito, pelo Provimento n. 2545/2020, CSM, elencou, acertadamente, as grávidas e lactantes como grupos de risco e as dispensaram do trabalho para garantir a saúde de suas servidoras.

Conforme se verifica, os poderes públicos reconhecem a especial situação de risco de suas servidoras gestantes e lactantes, não havendo motivos para que igual situação não fosse reconhecida em relação as mulheres encarceradas.

Quanto ao contato da mãe com o bebê, após o nascimento, e a amamentação, diante da insuficiência de evidências sobre a transmissão do vírus pelo leite materno, em contraposição aos vários e comprovados benefícios da amamentação, a recomendação da OMS por meio da UNICEF, é que a amamentação seja mantida, com as precauções

⁴¹ . Publi DUARTE, Geraldo; QUINTANA, Silvana Maria. *Infecção Pelo Coronavírus Sars-cov-2 Em Obstetrícia. Enfrentando O Desconhecido!*. Disponível em: <<https://www.sogesp.com.br/noticias/infeccao-pelo-coronavirus-sars-cov-2-em-obstetricia-enfrentando-o-desconhecido/>>. Acesso em 17 de março de 2020.

necessárias, que incluem higienização das mãos, objetos e superfícies, além do uso de máscara pela mãe que apresente os sintomas da doença⁴².

Diante de todo o exposto, considerando ausência de vacinas eficazes e o alto índice de contágio do COVID-19, além das sabidas condições precárias de higiene e superlotação dos presídios públicos, resta clara a vulnerabilidade flagrante em que se encontram as gestantes e lactantes no sistema prisional.

Nesse contexto, em termos práticos, seguindo as diretrizes da OMS e as medidas adotadas pelos entes federativos até o momento, evitar que as gestantes passem por situações de aglomeração ou contato com pessoas com infecções respiratórias é medida que se impõe para evitar a propagação da doença e de mais mortes, além dos efeitos ainda desconhecidos sobre os bebês.

Aliás, repete-se, o **próprio Tribunal de Justiça de São Paulo** editou, através do Conselho Superior da Magistratura, o provimento n. 2546/2020, determinando a colocação em liberdade de adolescentes que se enquadrem nesses grupos, reconhecendo a necessidade de esvaziamento ao máximo das unidades que custodiam pessoas.

Art. 4º. Os adolescentes, internados provisoriamente, que sejam gestantes e lactantes e aqueles portadores de doenças que possam ser agravadas com a COVID-19, tais como doenças pulmonares crônicas, portadores de cardiopatia, diabetes insulino-dependentes, insuficiência renal crônica, HIV, doenças autoimunes, cirrose hepática, em tratamento oncológico, deverão ser colocados em liberdade, pelo juízo competente, assim que tome conhecimento da situação, mediante comunicação do diretor da unidade da Fundação CASA.

A acertada determinação deve, com maior razão, ser aplicada ao sistema prisional, pois as condições dos presídios, sabidamente, são incomparavelmente piores do que aquelas encontradas na Fundação CASA.

⁴² Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/coronavirus-o-que-os-pais-precisam-saber>. Acesso em 17 de março de 2019.

7.5. Mulheres mães de filhos/as até 12 anos ou de filhos/as com deficiência

Como já dito e redito, a PANDEMIA tem gerado consequências nunca experimentadas pela população, exigindo-se atenção de todos os poderes constituídos para mitigação de seus nefastos efeitos.

Uma delas é o fechamento de escolas e a determinação para evitação de frequência em locais coletivos, exigindo-se o isolamento dentro de suas casas. Por outro lado, mais uma vez destacamos que os idosos são parte do grupo de risco, conforme reconhecido pela OMS e diversos órgãos públicos no país.

De outro lado, é preciso destacar que as crianças que tem suas mães encarceradas, em sua grande maioria, estão sob a guarda das/os avós/ôs ou instituições de acolhimento. No primeiro caso, aumenta-se o risco de contaminação de pessoas em grupo de risco; no segundo expõe-se a própria criança a maior risco, uma vez que instituições de acolhimento tem maior circulação de pessoas do que uma residência familiar (profissionais do local, outras crianças, autoridades que verificam as condições, visitantes, etc).

Nunca é demais lembrar que o princípio da proteção integral da infância e juventude e a garantia de absoluta prioridade aos direitos das crianças e adolescentes impõem, no presente caso, seja levado em consideração o interesse da criança, **de forma preponderante a qualquer outro interesse**, com o fim de lhe assegurar o sadio desenvolvimento.

Assim, para assegurar o bem-estar e a saúde das crianças, dos idosos e da população em geral é preciso garantir a estrita observância da lei e da Constituição Federal, também no tocante às mulheres presas que têm filhos nessas hipóteses, o que, é claro, também garante a cessação da violação do direito à saúde dessas mulheres, bem

como daquelas que eventualmente não serão postas em liberdade ou prisão domiciliar, pois diminui a concentração de pessoas nos presídios.

Nessa toada, devem ser postas em liberdade ou, ao menos, prisão domiciliar todas as mulheres nessas condições, tanto aquelas presas preventivamente (com ou sem condenação provisória), como aquelas presas definitivamente.

Quanto ao primeiro grupo pouco precisa ser dito, tendo em vista que tanto o Código de Processo Penal, em seus artigos 318 e 318-A trazem previsão expressa dessa solução, configurando-se evidente constrangimento ilegal a manutenção dessas mulheres no cárcere.

Tanto é assim que o STF, no HC n. 143.641 **já concedeu a ordem para aquelas mulheres que se enquadram nessa situação.**

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. (STF – HC 143641 – 2ª TURMA – MINISTRO RELATOR RICARDO LEWANDOWSKI – DJ 20/02/2018)

Por sua vez, no tocante às mulheres condenadas definitivamente, considerando as razões que determinam a solução acima estampada para as presas provisórias são plenamente aplicáveis para as presas definitivas, é preciso estender a ordem também a essas.

Importa mencionar que a proteção à maternidade e à infância, são direitos fundamentais, que devem ser efetivados pelo estado, inclusive para as mulheres que estão presas, conforme expressa disposição constitucional.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

*Art. 6º. São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a **proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.*

Também no plano internacional, nos termos das Regras de Bangkok, de dezembro de 2010, a **adoção de medidas não privativas de liberdade deve ter preferência, no caso de mulheres grávidas e com filhos dependentes.** Nesse sentido, dispositivo das Regras de Bangkok:

2. Mulheres grávidas e com filhos dependentes

Regra 64

Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

Além disso, existe norma antiga, estampada na lei de execução penal, especificamente no art. 117, II, que é aplicável ao caso.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

As normas, é verdade, não são expressas sobre a aplicação às mulheres que estão cumprindo pena, contudo, tendo em vista que o objetivo delas é proteger a mulher gestante ou que precisa cuidar do filho com até 12 anos ou com deficiência, **protegendo assim, também, a criança**, aplicá-las e colocar as mulheres nessas condições em regime aberto domiciliar é interpretação que vai na esteira da doutrina da proteção integral, aplicada à infância, bem como dos diversos pactos internacionais de que o Brasil é signatário, merecendo destaque as *Regras de Bangkok*, assim como é trazer efetividade à própria Constituição Federal, como destacado anteriormente.

Aliás, antes da modificação do art. 318, CPP, a norma do art. 117, LEP, já era alargada para fazer caber a situação da presa provisória que tivesse filhos menores de 12 anos, como se observa no seguinte *habeas corpus*, do qual colaciona-se, também, o voto da Ministra relatora, evidenciando-se a comunicabilidade entre os dispositivos e a possibilidade de se alargar o enunciado em face da leitura microssistema e de proteção à infância e maternidade:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. PRESA PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE AMAMENTAÇÃO DE FILHO RECÉM-NASCIDO. DETENÇÃO EM COMARCA DIVERSA DE ONDE RESIDE E ONDE SE ENCONTRA A CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO. 2. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 117 DA LEP. POSSIBILIDADE. MEDIDA EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROPORCIONAL NO CASO CONCRETO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Mesmo às presas provisórias devem ser garantidas condições de permanecer com o filho no período de amamentação (artigo 5º, L, CR). Não é razoável que a paciente fique presa em comarca diversa da que residia com a criança, ainda mais se já se encontra condenada em primeiro grau e não mais subsiste qualquer interesse probatório na sua proximidade física com o local dos fatos.



2. É possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando-se proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, já que não há estabelecimento adequado para estas circunstâncias na Comarca de Juazeiro.

3. Ordem concedida para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições.

VOTO – MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Nos termos do artigo 3º da Lei de Execução Penais, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei". Assim, quanto mais em relação ao preso provisório, deverá ser-lhe assegurado o exercício destes mesmos direitos. No caso, tem a mãe o direito de amamentar e prestar assistência à criança que gerou. Se não há na Comarca de Juazeiro local adequado para que possa estar perto de sua família e amamentar e cuidar do bebê, ainda que estando recolhida em estabelecimento prisional, penso que deve ser-lhe assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar. Ora, trata-se de direito individual fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil o direito das presidiárias de "permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Nota-se na Lei de Execução, da mesma forma, uma preocupação do legislador em deixar o preso próximo ao seu meio social e familiar, como forma de integração social, fim máximo da execução penal, nos termos do artigo 1º deste mesmo diploma. Dispõe, ainda, o artigo 103 da Lei de Execução Penal que "cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar". Trata-se de artigo aplicável, por óbvio, também ao preso provisório. Há, é verdade, o interesse da administração da justiça em que a paciente fique na comarca em que cometido o delito (Trindade/PE), como ressaltado pelo juízo de primeiro grau. Todavia, o interesse da administração da justiça também há que ser sopesado em relação ao interesse do menor lactente em ter a assistência da mãe nestes primeiros anos de vida. Por outro lado, com a prolação da sentença, penso que não se verifica mais qualquer razão para que a paciente seja mantida na Comarca em que teria sido cometida a infração criminal. Considerando que o regime inicial aplicado em sentença condenatória à paciente foi o regime semi-aberto, é possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, especialmente diante da notícia de que a avó da criança, a quem incumbiam os seus cuidados, ficou viúva recentemente, com a morte de seu marido em 6 de novembro de 2008. Como bem ressaltado no parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

"É notório que a prisão domiciliar só deve ser concedida aos presos condenados no regime aberto (art. 117, da Lei de Execução Penal). Porém, a rigidez da regra deve ser relativizada quando está em jogo o direito da criança. Estabelece o art. 227 da Constituição que 'é



dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão'.

(...)

No caso concreto, a criança, que se encontra em outro Estado e sob os cuidados da avó (que também está em situação difícil, em razão da senilidade e da perda recente do esposo), precisa da proteção materna, de modo que, entendo cabível a prisão domiciliar" (fls. 179/180).

Esta Sexta Turma tem admitido a concessão da prisão domiciliar mesmo em casos de presos provisórios ou de condenados ao regime semi-aberto, quando a medida se mostrar necessária diante das peculiaridades do caso concreto, em nome da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito:

"(...)

1. Constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a condições incompatíveis com a dignidade humana, um dos fundamentos sobre o qual repousa a República Federativa do Brasil, bem como em local mais gravoso que o estabelecido na condenação.

2. Se o sistema prisional mantido pelo Estado não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em prisão domiciliar.

3. O cidadão, mesmo condenado e cumprindo pena, é titular de direitos e estes não podem ser desrespeitados pelo próprio Estado que os conferiu.

4. Ordem concedida." (STJ, Sexta Turma, HC 96719/RS, Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 28/04/2008)

"(...)

4. Ainda que não satisfeitos os requisitos específicos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar também pode ser concedida a preso provisório cujo estado de saúde esteja débil a ponto de não resistir ao cárcere, em respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes.

5. Nessa hipótese, o benefício deve perdurar apenas enquanto a saúde do agente assim o exigir, cabendo ao Juízo de 1º Grau a fiscalização periódica dessa circunstância, o mesmo podendo ocorrer na hipótese de os hospitais credenciados ao sistema penal virem a oferecer os serviços de saúde dos quais necessitam o agente.

6. Recurso parcialmente provido." (STJ, Sexta Turma, RHC 22537/RJ, Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADADO TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 12/05/2008)

*Ante o exposto, **concedo a ordem** para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições.*

É como voto.



Outro exemplo de ampliação do alcance de normas desse tipo, por meio de analogia, para abarcar situações que mereçam a mesma proteção, é aplicação da norma do art. 117, LEP, para o caso de pessoas que não estavam em regime aberto, mas tiveram garantido seu direito à prisão domiciliar por conta de questões de saúde, que não eram solucionadas pelos estabelecimentos prisionais:

Habeas Corpus. Art. 33 da Lei 11.343/06 e art. 273, § 1B, I, do Código Penal. Réu com problemas de saúde. Pedido de prisão albergue domiciliar em razão das doenças. Situação concreta das prisões no País que provocam a impossibilidade de permanência em prisão comum. Ordem concedida. (TJ-SP - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas: 20464550420148260000 SP 2046455-04.2014.8.26.0000, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 28/07/2014, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 29/07/2014)

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Prisão albergue domiciliar deferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais. Irresignação ministerial contra a concessão da medida. Apenado que apresenta delicado quadro de saúde, comprovado através de prontuários médicos juntados aos autos. Medida que se justifica diante da excepcionalidade do caso concreto. Aplicação dos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. Agravo desprovido. (TJ-RJ - EP: 00192093320128190000 RJ 0019209-33.2012.8.19.0000, Relator: DES. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT, Data de Julgamento: 30/07/2012, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/10/2012 19:52)

EMENTA Habeas Corpus. Execução Penal. O impetrante busca a concessão da ordem para autorizar que a paciente cumpra sua pena em prisão domiciliar. Parecer ministerial pelo não conhecimento, uma vez que descabe dilação probatória na estreita via do habeas corpus. No mérito, opinou pela denegação da ordem. 1. Destaco e rejeito a preliminar suscitada pelo Ministério Público, porque qualquer ameaça ao direito de ir e vir do paciente pode ser conjurada através do habeas corpus. 2. Paciente condenada à pena de 19 (dezenove) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, por infração aos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 e artigo 16 da Lei 10.826/2003. 2. A defesa anexou aos autos documentos que demonstram que a paciente não foi submetida à intervenção cirúrgica recomendada no prontuário médico, tampouco foi submetida aos exames necessários à preservação de sua saúde. 3. Em processo anterior, tomamos a decisão de determinar que ela permanecesse em prisão albergue domiciliar, porque o sistema carcerário simplesmente não possui condições de lhe propiciar o tratamento devido. 4. Assim, em que pese a notícia da superveniência de mandado de prisão expedido em outro procedimento criminal, entendo que neste momento, a ordem deve ser conhecida e concedida para determinar que o cumprimento da pena ocorra em regime de prisão

domiciliar, conforme previsto no artigo 318, II, do CPP, consolidando-se a liminar. (TJ-RJ - HC: 00349106320148190000 RJ 0034910-63.2014.8.19.0000, Relator: DES. CAIRO ITALO FRANCA DAVID, Data de Julgamento: 23/10/2014, QUINTA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/10/2014 17:03)

Conforme bem pontuou o Ministro Celso de Melo em seu voto no RHC n. 94.358/RS, o STF tem admitido uma interpretação ampliativa do art. 117, LEP, em nome do respeito à **dignidade** da pessoa humana, tendência que ganha mais força com a mencionada alteração do art. 318, do CPP.

Assinalo, desde logo, que o Supremo Tribunal Federal, na década de 1990, advertiu que o acesso ao benefício legal da prisão domiciliar somente seria possível nas estritas hipóteses, taxativamente enumeradas, previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal (RTJ 142/164 – RTJ 153/540 – HC 71.590/MG).

Essa orientação jurisprudencial, no entanto, sofreu abrandamento, em tempos mais recentes, como o demonstra, p. ex., decisão desta Suprema Corte que admitiu a possibilidade de transferência de paciente idoso, condenado por crime hediondo, para prisão domiciliar, em virtude do precário estado de saúde do condenado:

[...]

Mostra-se importante observar, por necessário, que essa diretriz jurisprudencial, que reconhece a possibilidade da prisão em regime domiciliar, apóia-se no postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Por fim, tal pleito encontra mais força quando alinhado à realidade nacional de encarceramento feminino e da PANDEMIA reconhecida pela OMS.

Veja-se que, no período entre 2007 e 2014, apenas no Estado de São Paulo o crescimento percentual de mulheres encarceradas fora de 127%, contra um aumento

de 48% no número de homens encarcerados⁴³. Não por outro motivo, **o Estado de São Paulo, em 2014, respondia por 39% do total de mulheres encarceradas no país⁴⁴.**

Diante de todo o exposto, inegavelmente a medida mais condizente com o ordenamento jurídico pátrio e com a atual situação do país, é a fixação do regime aberto domiciliar para as mulheres com condenação definitiva. Além como inicialmente apontada, a aplicação da ordem já concedida anteriormente pelo STF para as mulheres nessas condições presas provisoriamente.

7.6. Pessoas em cumprimento de pena em regime semiaberto

Outro grupo que deve ser colocado em regime aberto domiciliar ou livramento condicional são aqueles que cumprem pena no regime semiaberto, em especial aqueles nos grupos de risco já mencionados ou que estão em unidades superlotadas.

Aliás, a solução de antecipação de saída para os que estão em unidades superlotadas já deveria ser aplicada, nos termos da **Súmula Vinculante n. 56, STF**, antes mesmo do quadro atual. Agora, com uma PANDEMIA que tem consequências desconhecidas e pode ocasionar milhares de mortes no sistema prisional, com maior razão deve ser aplicada imediatamente.

Não seria preciso repetir - mas na atual quadra da história o óbvio precisa ser dito e redito - que a pena imposta a qualquer pessoa apenas a privará de seus direitos no limite da lei, sendo ilegal qualquer transbordamento dessa fronteira. E, claramente, dentre esses direitos que não podem ser violados, consta o de cumprir sua pena no regime adequado e com a garantia de manutenção de seus direitos não retirados com a condenação.

⁴³ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acessado em 25/09/2017, às 14h25min.

⁴⁴ Idem.

Esse direito de cumprimento em regime adequado decorre do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), que, conforme reiteradamente decidido pelo STF, tem implicações e deve ser observado durante a sua execução.

Nesse sentido, no voto que o Ministro Gilmar Mendes proferiu, enquanto relator do RE 641.320/RS, que foi seguido por unanimidade pelo plenário, ficou assentado que:

O direito à individualização da pena tem caráter normativo. De um lado, a Constituição incumbe ao legislador a tarefa de conferir densidade normativa adequada à garantia. De outro, permite a ele liberdade de conformação razoavelmente ampla.

A legislação prevê que as penas privativas de liberdade são cumpridas em três regimes – fechado, semiaberto e aberto (art. 33, caput, CP).

O regime é inicialmente fixado pelo juiz da condenação, com base no tipo de pena (reclusão ou detenção) (art. 33, caput, CP), no tempo de pena (§ 2º) e na culpabilidade (§ 3º).

Durante a execução penal, o condenado tem a expectativa de progredir ao regime imediatamente mais favorável, após cumprir, com bom comportamento carcerário, uma fração da pena (art. 112 da Lei 7.210/84).

Não há dúvida de que os regimes de cumprimento de pena concretizam a individualização da pena, no plano infraconstitucional, em suas fases de aplicação e execução.

[...]

*No entanto, o sistema atual foi formatado tendo **o regime de cumprimento da pena como ferramenta central da individualização da sanção, importante na fase de aplicação (fixação do regime inicial), e capital na fase de execução (progressão de regime).***

[...]

*Relembro que **o Supremo Tribunal já afirmou que há direito à individualização na execução penal, pelo que declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, previsto na redação original do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 – HC 82.959, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23.2.2006. (RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016) (g.n.).***

Assim, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional, fruto de inércia histórica para tratar do problema e da sanha punitiva dos poderes constituídos, e a ilegalidade de infligir sofrimento a alguém além dos limites legais, mantendo-o em regime



inadequado e violando o princípio de individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal editou a **súmula vinculante n. 56**, que conta com a seguinte redação:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Em complemento à súmula, trazemos à baila a ementa do recurso extraordinário mencionado:

*Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). **A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.** 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. **4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.** Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas*



*quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados **(i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;** (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto. (RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016) (g.n.)*

Em resumo, portanto, o STF decidiu, de modo a **vincular todo o poder judiciário**, pela possibilidade de colocação em regime aberto daqueles que estejam sofrendo o **constrangimento ilegal**, consistente em **cumprimento de pena em regime**

mais gravoso do que tenha direito, ou seja, aquela pessoa que está em regime fechado e tem seu direito de progressão ao regime semiaberto reconhecido judicialmente, caso não haja vaga no regime semiaberto, será colocada em liberdade, ao passo que **havendo falta de vagas nos estabelecimentos prisionais de regime semiaberto, deve haver a antecipação da saída (não, como foi feito, estourar lotação do estabelecimento).**

A situação peculiar que enfrentamos exige a aplicação imediata dessa súmula vinculante com a antecipação de saída das pessoas que estão presas em regime semiaberto em unidades superlotadas.

Mas, para além disso, tendo em vista que reconhece-se, por meio da previsão de saídas temporárias, que tais pessoas reúnem condições de permanecerem soltas (seguindo o discurso oficial da ressocialização), é preciso, também como forma de garantir o direito à saúde e à vida dessas pessoas, fazendo cessar o constrangimento ilegal configurado pelo excesso na execução, **determinar a saída temporária de todos aqueles que estão cumprindo pena nesse regime, com monitoramento eletrônico, se o caso, por todo o período que durar a situação de PANDEMIA.**

Destaque-se que a medida sequer seria novidade nesse período, uma vez que o TJ/MG fez recomendação nesse sentido por meio da portaria conjunta n. 19/PR-TJMG/2020.

Art. 3º Recomenda-se que todos os presos condenados em regime aberto e semiaberto devem seguir para prisão domiciliar, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução.

Até em âmbito internacional tal medida foi adotada. Na verdade, até com maior extensão do que a aqui pleiteada. Medidas emergências de soltura de pessoas presas em unidades prisionais foram tomadas **em outros países em razão da pandemia**

do novo **CORONAVÍRUS**, como por exemplo nos Estados Unidos⁴⁵, no Irã⁴⁶ e no Bahrein⁴⁷.

Por fim, destaque-se que o CNJ editou recomendação dirigida aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

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

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

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

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

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

⁴⁵ <https://www.nydailynews.com/coronavirus/ny-coronavirus-inmates-released-ohio-jail-over-virus-concerns-20200316-yxukbzspwnfhzkk5gcfnmizqpi-story.html>

⁴⁶ <https://istoe.com.br/aproximadamente-70-mil-prisoneiros-sao-soltos-no-ira-por-conta-do-coronavirus/>

⁴⁷ <https://aawsat.com/english/home/article/2177896/bahrain-royal-decree-pardons-901-inmates>

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

Parágrafo único. Em caso de adiamento da concessão do benefício da saída temporária, o ato deverá ser comunicado com máxima antecedência a presos e seus familiares, sendo-lhes informado, assim que possível, a data reagendada para o usufruto, considerando as orientações das autoridades sanitárias relativas aos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do novo coronavírus.

(Recomendação 62, art. 5º)

Aliás, mais uma vez, menciona-se que o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo editou, através do Conselho Superior da Magistratura, o provimento n. 2546/2020, determinando a suspensão do cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade, que analogamente poderia ser comparada ao regime semiaberto.

Art. 1º. Fica suspenso o cumprimento das medidas socioeducativas de semiliberdade, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 30 dias, prorrogáveis, se necessário.

§1º – Os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade e liberdade assistida deverão ser acompanhados pelos técnicos da medida à distância, a fim de se evitar a quebra de vínculo.

§2º – Caso os técnicos constatem a necessidade de modificação da medida, encaminharão ao juiz, no prazo de 30 dias, relatório fundamentado com a sugestão, o que poderá ocorrer de forma excepcional.

Por fim, com o esvaziamento das unidades prisionais de regime semiaberto, sejam os Centros de Progressão Penitenciária, sejam as Alas de semiaberto, tais locais poderão ser utilizados para realocação de pessoas que cumprem pena em Penitenciárias (regime fechado) ou que estão em Centros de Detenção Provisória superlotados, melhorando-se as condições de habitabilidade em ambos os tipos de unidades prisionais.

7.7. Pessoas acusadas ou condenadas por crimes sem violência ou grave ameaça

A situação de PANDEMIA atual, que a qualquer momento atingirá as unidades prisionais com efeitos nefastos, tendo em conta tudo quanto já foi exposto sobre o cenário do sistema prisional paulista e da enfermidade em questão, somente poderá ser controlada com a redução drástica da população prisional, visando possibilitar a existências de condições mínimas para a evitação ou mitigação da disseminação da doença no sistema prisional (atingindo pessoas presas, servidores das unidades e familiares visitantes) e, conseqüentemente, em toda a sociedade, pois sem a adequada contenção do avanço do vírus também nos presídios, esses espaços continuarão como focos de propagação da doença.

Nessa toada, indispensável repetir que a violação do direito à saúde e a vida das pessoas presas é configurador de constrangimento ilegal, por se tratar de excesso de execução, e também mais uma vez, somente poderá ser sanado com a diminuição da população presa, sendo de rigor a colocação em liberdade, além de todos aqueles grupos já mencionados, também aqueles em que, do ponto de vista oficial, podem cumprir medidas alternativas a prisão, como conforme todas as normativas que dizem respeito a alternativas penais ou penas alternativas, as pessoas acusadas ou condenadas por crimes sem violência ou grave ameaça.

A conduta praticada por essas pessoas não se reveste de ofensividade e gravidade a ponto de justificar a prisão em uma situação como a atual, devendo ser utilizada em casos de comportamentos e condutas que, além de lesarem bens jurídicos fundamentais, tenham repercussão social (portanto, que transcendam o prejuízo meramente individual) e indiquem séria perturbação e grave risco às regras de convivência social democrática.

Os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima exigem que o Direito Penal, instrumento punitivo e de controle mais drástico e extremo à disposição da sociedade, somente seja acionado em defesa de bens juridicamente relevantes e de

condutas que causem transtornos e desordens a ponto de tornar-se intolerável a convivência social.

Na mesma esteira, conforme as lições de Paulo Queiroz, o caráter subsidiário do Direito Penal pugna que este ramo jurídico somente interfira na falência de outras esferas educativas e constrictivas:

O caráter subsidiário do direito penal em face de outras formas de controle social resulta, portanto, de imperativo político-criminal proibitivo do excesso: não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo à liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. A natureza secundária das normas penais é, assim, como diz Maurach, uma exigência político-jurídica dirigida ao legislador (Direito Penal – parte geral. 5º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34).

Além disso, no tocante as pessoas presas provisoriamente, é preciso lembrar que a liberdade dessas pessoas tem fundamento no princípio da homogeneidade, conforme posicionamento de nossos tribunais superiores, exemplificado por esse julgado do STJ.

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. OFENSA. EXCESSO DE PRAZO. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.

1. A prisão cautelar só se legitima quando, além de presentes os requisitos e as hipóteses autorizadoras descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, não exceder o mal que pode ser causado pela imposição da reprimenda a ser aplicada em caso de eventual condenação. Precedentes.

[...]

5. Ordem concedida, determinando-se a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso. (HC 117535/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 01/02/2010)

7.8. Pessoas condenadas em regime inicial diverso do que determinam as súmulas n. 440, STJ e n. 718, STF.

Na mesma toada do tópico precedente, sabe-se que diversas pessoas são condenadas em regime fechado ou regime semiaberto quando, na verdade, deveriam, por expressa disposição legal, as quais são reforçadas por posicionamentos sumulados dos tribunais superiores, serem colocadas em regime inicial aberto, agravando o quadro de superlotação e transformando em ilegal a prisão.

Com a ocorrência da PANDEMIA atual, de rigor que sejam revistas essas condenações, exigindo-se a observância dos parâmetros do art. 33, §2º, c, do Código Penal, conforme posicionamentos sumulados do STF e do STJ:

***Súmula nº 718** – A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

***STJ Súmula nº 440 - Fixação da Pena-Base no Mínimo Legal - Vedação - Estabelecimento de Regime Prisional Mais Gravoso - Gravidade Abstrata do Delito.** Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

7.9. Pessoas em Medida de segurança

Outro grupo vulnerável é aquele composto por pessoas que cumprem medida de segurança na modalidade internação, seja porque efetivamente nem mesmo praticaram crime e ficam “presos” apenas por uma suposta periculosidade, muitas vezes sequer atestada medicamente, seja por conta do fato de o uso contínuo de medicamentos psiquiátricos ter como efeitos colaterais desenvolver problemas crônicos que enquadram os pacientes nos grupos de risco já mencionados, o que, por isso, dispensa maiores debates sobre o constrangimento ilegal que configura a manutenção de suas “prisões”.

Requer-se, em face **da PANDEMIA DO CORONAVÍRUS** e da situação especial de vulnerabilizados em que se encontram pessoas com transtornos psiquiátricos, devem ser todas convertidas em medida de segurança de tratamento ambulatorial ou, ao

menos daqueles que não tiveram sua medida de segurança em regime de internação sustentada em laudo médico com os requisitos da lei antimanicomial (Lei n. 10.216/2001).

8. DA MEDIDA LIMINAR

A urgência e relevância do presente *writ* estão cabalmente demonstradas. A pandemia de coronavírus é real e tem demandado medidas urgentes de todos os órgãos públicos e de toda a sociedade.

Esse mesmo Tribunal de Justiça, inclusive, por meios do Provimento do Conselho Superior da Magistratura n. 2545/2020, determinou diversas medidas excepcionais para evitar a proliferação do vírus.

Entre as novas determinações, ficam suspensos por 30 dias os prazos processuais; as inspeções ordinárias; as audiências; sessões do Tribunal do Júri; cumprimento de diligências pelos oficiais de justiça; o atendimento ao público externo; e o cumprimento dos mandados não urgentes.

Há dois **componentes extremamente perversos** nessa equação, de um lado a absoluta insalubridade dos presídios brasileiros e a conseqüente saúde debilitada de quem é mantido neles encarcerado, e do outro o reconhecimento de que a disseminação do coronavírus é muito mais rápida em ambientes fechados e aglomerados e que a letalidade é muito maior naqueles identificados em algum grupo de risco. A receita para que os presídios brasileiros se transformem em **verdadeiras câmaras mortuárias** em poucas semanas está dada caso não se tome alguma urgente providência.

Deixar de conceder a ordem liminarmente, aguardando-se o julgamento do mérito da presente impetração é compactuar com a continuidade desses constrangimentos ilegais que podem vir a causar a morte de centenas ou milhares de

pessoas, por culpa do Estado que as mantém encarceradas mesmo diante da iminência da pandemia alcançá-las, ainda que sem condições de evitar a propagação e garantir o efetivo atendimento.

9. DO PEDIDO

Por todo o exposto, requeremos:

a) *liminarmente*, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS PRESAS PREVENTIVAMENTE (ou ao menos aqueles que se enquadram nos grupos de risco indicados ou que estejam sendo acusados de crimes sem grave ameaça ou violência contra pessoa)** por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão *ex officio* às decisões desse Tribunal de Justiça, sejam colocadas em liberdade provisória ou, ao menos, em prisão domiciliar;

b) *liminarmente*, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS PRESAS** por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão *ex officio* às decisões desse Tribunal de Justiça, **QUE SEJAM IDOSAS OU COM DEFICIÊNCIA**, sejam colocadas em prisão domiciliar ou regime aberto domiciliar, se o caso;

c) *liminarmente*, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS PRESAS**, por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão *ex officio* às decisões desse Tribunal de Justiça, **QUE TENHAM DOENÇA CRÔNICA E SE ENQUADRAM NOS GRUPOS DE RISCO**, sejam colocadas em prisão domiciliar ou regime aberto domiciliar, se o caso;

d) *liminarmente*, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS PRESAS**, por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão

ex officio às decisões desse Tribunal de Justiça, **QUE SEJAM GESTANTES OU LACTANTES**, sejam colocadas em prisão domiciliar ou regime aberto domiciliar, se o caso;

e) **liminarmente**, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS PRESAS PROVISÓRIA OU DEFINITIVAMENTE**, por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão *ex officio* às decisões desse Tribunal de Justiça, **QUE SEJAM MÃES DE FILHOS ATÉ 12 ANOS OU COM DEFICIÊNCIA**, sejam colocadas em prisão domiciliar ou regime aberto. Subsidiariamente, que ao menos aquelas presas provisoriamente, as que se enquadrem em grupo, que estejam em unidades superlotadas ou em unidades sem equipe mínima de saúde, sejam colocadas em prisão domiciliar;

f) **liminarmente**, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS PRESAS EM REGIME SEMIABERTO**, por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão *ex officio* às decisões desse Tribunal de Justiça, tenham antecipado seus direitos à progressão de regime ou, ainda, que sejam alcançados com o gozo do direito à saída temporária, com monitoramento eletrônico, se o caso, enquanto durar a situação de PANDEMIA. Subsidiariamente, que ao menos aquelas que se enquadrem em grupo, que estejam em unidades superlotadas ou em unidades sem equipe mínima de saúde, sejam colocadas em regime aberto domiciliar;

g) **liminarmente**, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS** presas por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão *ex officio* às decisões desse Tribunal de Justiça, **POR CRIMES PRATICADOS SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA** à pessoa sejam transferidos para regime domiciliar. Subsidiariamente, que ao menos aquelas que se enquadrem em grupo, que estejam em unidades superlotadas ou em unidades sem equipe mínima de saúde, sejam colocadas em regime aberto domiciliar;

h) **liminarmente**, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS** presas por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão

ex officio às decisões desse Tribunal de Justiça, **EM REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE ADMITIDO POR LEI** sejam transferidos para regime aberto domiciliar;

i) **liminarmente**, que seja concedida a ordem para que **TODAS AS PESSOAS em cumprimento de MEDIDA DE SEGURANÇA na modalidade internação** por decisão do Judiciário Paulista, de primeira instância, com extensão *ex officio* às decisões desse Tribunal de Justiça, tenham sua medida convertida em tratamento ambulatorial. Subsidiariamente, que ao menos aquelas que se enquadrem em grupo, que estejam em unidades superlotadas ou em unidades sem equipe mínima de saúde ou que não tenham laudo médico circunstanciado (nos termos da Lei n. 10.216/2001), sejam colocadas em tratamento ambulatorial;

j) após regular trâmite do feito, **no mérito**, que seja concedida a ordem para confirmar todas as liminares requeridas anteriormente, ou, em caso de não concessão de liminares, que seja concedida a ordem para todos os grupos de pessoas presas que se enquadrem nos itens acima;

k) que a Secretaria da Administração penitenciária apresente a listagem de todas as pessoas abarcadas em cada grupo indicado, separadamente;

l) a intimação pessoal das Defensorias Públicas de todos os atos processuais bem como a observância de todas as prerrogativas previstas no art. 44 da LC 80/94.

São Paulo, 20 de março de 2020.

THIAGO DE LUNA CURY

Coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária
da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – NESC

MATEUS OLIVEIRA MORO

Coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária
da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – NESC

PAULA SANT'ANNA MACHADO DE SOUZA

Coordenadora do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres
da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – NUDEM

NÁLIDA COELHO MONTE

Coordenadora do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres
da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – NUDEM

JOÃO PAULO DORINI

Defensor Público Federal
Defensor Regional de Direitos Humanos em São Paulo