

V O T O

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Compartilho as razões que me levaram a deferir em parte, *ad referendum* da 2ª Turma da Corte, o pedido de medida cautelar formulado no presente *habeas corpus*:

“[...] Preliminarmente, cumpre destacar que o impetrante, mesmo que, minimamente, aponta decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em sua compreensão, estariam a descumprir a Recomendação n.º 62/2020 do CNJ. Argumenta, ainda, a resistência dos Tribunais em aplicar referida Recomendação. Desse modo, ao menos *in status assertionis*, a impetração comporta conhecimento no ponto.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal, em analogia com o mandado de segurança de natureza coletivo (art. 5º, LXX, da CF), tem admitido a impetração de *habeas corpus* coletivo para discutir pretensões de natureza individual homogênea. Trata-se de uma forma de prestigiar a isonomia na prestação jurisdicional e de facilitar o acesso à Justiça. Nesse sentido: HC 143.641, rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 165.704, rel. Min. Gilmar Mendes; HC 143.988, de minha relatoria.

Assim, entendo que o presente *habeas corpus*, impetrado em favor de todas as pessoas presas em locais acima de sua capacidade integrantes de grupos de pisco para a Covid-19 e que não tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, merece ser conhecido.

Ultrapassadas as questões preliminares, examino os pressupostos para o deferimento da medida liminar.

O deferimento da medida liminar, resultante do concreto exercício do poder geral de cautela outorgado aos juízes e tribunais, somente se justifica em face de situações que se ajustem aos seus específicos pressupostos: a existência de plausibilidade jurídica (*fumus boni juris*), de um lado; e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), de outro. Sem que concorram esses dois requisitos, essenciais e cumulativos, não se legitima a concessão da medida liminar.

No caso dos autos, em um juízo de cognição não exauriente, tenho como presentes os requisitos para o deferimento da medida liminar, ainda que de forma parcial.

1. Da plausibilidade jurídica do pedido

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou a epidemia de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus – Sars-Cov-2, como emergência em saúde pública de importância internacional.

A Organização das Nações Unidas – ONU, atenta aos perigos de propagação da Covid-19 em estabelecimentos prisionais e aos efeitos dessa contaminação generalizada para a saúde pública em geral, divulgou Nota de Posicionamento em 31 de março de 2020. Na referida Nota, a ONU salienta que o novo coronavírus representa maior risco para as populações prisionais para as quais o isolamento social não é uma opção. Assim, alertou que as medidas de prevenção da Covid-19, por si só, podem se revelar insuficientes para evitar a infecção e a propagação do vírus para muitos sistemas prisionais que enfrentam superlotação ou outros desafios sistêmicos. Para tanto, recomendou que os países, sem comprometimento da segurança pública, adotassem medidas para reduzir o número de novas entradas nos presídios e acelerassem a libertação de determinadas categorias de preso.

A ONU acrescentou que “os mecanismos de libertação serão particularmente relevantes para pessoas privadas de liberdade para as quais a COVID-19 apresenta riscos particulares, tais como idosos e presos afetados por doenças crônicas ou outras condições de saúde”, assim como outras categorias de detentos, dentre elas, mulheres grávidas, presos que se aproximam do fim de sua pena e presos condenados por “crimes menores.” Quanto aos mecanismos de liberação, o Organismo internacional recomendou que fossem considerados pelos países indultos, anistias, livramentos condicionais ou antecipados e medidas alternativas à prisão.

Na mesma linha, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos – OEA recomendou aos países membros, dentre eles o Brasil, a adoção de medidas para evitar a disseminação do novo coronavírus no ambiente carcerário. Além de medidas preventivas como fornecimento de produtos de higiene e proteção individual, isolamento de casos suspeitos, triagem de pessoas que ingressam no estabelecimento prisional, a CIDH, por meio da Resolução n.º 1/2020, instou os países membros a:

45. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, **incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19**, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes.

46. Asegurar que, **en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión.** En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones, tales evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables. (sem grifo no original)

Diante desse cenário mundial, considerada a situação de emergência de saúde pública ocasionada pela doença Covid-19 e presente a necessidade de se evitar a contaminação generalizada em ambientes de confinamento, diversos países adotaram medidas preventivas à infecção e à propagação do novo coronavírus em estabelecimentos prisionais.

Nos Estados Unidos da América, a título de exemplificação, dado o forte federalismo e a competência estadual para dispor sobre direito processual e execução penal, as políticas criminais de enfrentamento ao Covid-19 nos presídios variaram conforme o estado da Federação.

No Alabama, foram liberadas pessoas que respondiam a crimes não violentos, presos acima de 55 anos de idade, ou que possuíam condições médicas vulneráveis à Covid-19. Assim, em alguns locais do estado, reduziu-se a população carcerária em 16%. O Departamento da Correção e Reabilitação da Califórnia, por sua vez, deliberou que pessoas presas por crimes não violentos com menos de 180 dias para cumprirem suas penas são elegíveis para a liberdade condicional. A Califórnia também acabou com a fiança para crimes de baixo potencial ofensivo e, ao fim, de maio deste ano, reduziu sua população prisional em 30% no condado de Los Angeles e 45% no condado de Orange. Na mesma linha, o Departamento de Correção do Colorado, por meio de ordem executiva do Governador, liberou detentos que faltavam 180 dias para obter a liberdade condicional. A Georgia, na mesma direção, libertou presos que cumpriam pena por crimes não violentos e que finalizavam sua pena ou estavam elegíveis para a liberdade condicional em 180 dias. A Suprema Corte de Massachusetts autorizou a libertação de pessoas que respondiam a processos por crimes não violentos ou que estavam presas por terem violado a condicional. Tal fato reduziu a população carcerária em torno de 20% em alguns condados do estado. A Carolina do Sul, após decisão da Suprema Corte local, libertou pessoas acusadas de crimes não violentos. E o condado de Tavis no Texas decidiu liberar detentos acusados de crimes não violentos e com problemas de saúde, mediante fiança(<https://www.prisonpolicy.org/virus/virusresponse.html>).

No Reino Unido, o programa “*End of Custody Temporary Release - ECTR*” foi elaborado para permitir a soltura antecipada e temporária de presos que estão a dois meses ou menos de serem soltos. Os detentos devem passar por avaliação individual de risco. Condenados por crimes violentos ou sexuais ou a quatro anos ou mais por posse de arma, dentre outros listados, estão excluídos do programa. Nem todos que cumprirem com os requisitos serão soltos: a definição será por prisão, para aliviar pressões circunstanciais relacionadas a Covid-19 e conforme diretrizes de saúde pública. O Governo impõe uma série de condições ao preso solto, como, por exemplo, estar no endereço residencial entre 19h e 7h, não consumir álcool ou entrar em bares, não entrar em contato com a mídia e não sair do Reino Unido. Além do ECTR, o Reino Unido dispõe também de um programa geral, pré-covid, para soltura temporária por indulgência. Normalmente, valem-se desse programa presos com doenças terminais ou severamente incapacitados. Nas atuais circunstâncias, presos definidos como “extremamente vulneráveis” à covid-19 pelo Sistema Nacional de Saúde (NHS), mulheres grávidas e detentos com filhos pequenos sob sua custódia podem utilizar esse programa para soltura temporária. (<https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-prison-releases>).

Por sua vez, em Portugal, foi aprovada, em 10 de abril de 2020, a Lei nº 9/2020, que estabeleceu um regime excepcional de flexibilização da execução penal com a previsão de perdão parcial de penas de prisão; regime especial de indulto das penas; antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional. No caso de perdão, a título de exemplificação, perdoou-se “as penas de prisão de reclusos condenados por decisão transitada em julgado, de duração igual ou inferior a dois anos”, assim como “os períodos remanescentes das penas de prisão de reclusos condenados por decisão transitada em julgado, de duração superior à referida no número anterior [dois anos], se o tempo que faltar para o seu cumprimento integral for igual ou inferior a dois anos, e o recluso tiver cumprido, pelo menos, metade da pena.”

No caso do indulto, estabeleceu-se que o membro do Governo português responsável pela área da justiça poderá propor ao Presidente da República “o indulto, total ou parcial, da pena de prisão aplicada a recluso que tenha 65 ou mais anos de idade à data da entrada em vigor da presente lei e seja portador de doença, física ou psíquica, ou de um grau de autonomia incompatível com a normal permanência em meio prisional, no contexto desta pandemia.”

Contudo, referida Lei excluiu do perdão de penas e do indulto condenados pela prática de delitos como: homicídio, crimes de

violência doméstica e maus tratos, crimes contra a liberdade sexual, crime de organização criminosa, crimes de favorecimento pessoal, corrupção ativa e passiva, dentre outros.

Em relação à liberdade condicional, a lei portuguesa previu a sua antecipação pelo juízo da execução por um período máximo de 6 meses para os presos que já contem com saídas temporárias. Já, em relação aos presos provisórios, a lei disciplinou que o juiz deve proceder ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva independentemente do decurso dos três meses referidos na legislação penal do país, de modo a reavaliar a necessidade da medida, considerado que a prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem manifestamente inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação.

Medidas de prevenção e controle da Covid-19 nas prisões também foram adotadas em outros países como Albânia, Austrália, Azerbaijão, Bahrein, França, Grécia, Índia, Indonésia, Irlanda, Israel, Jordânia, Nepal, Polônia, Sudão e Turquia. (https://www.gov.br/dep/pt-br/UNODC_NotaDePosicionamentoCOVID19Virus_PreparedbyNN.pdf)

No Brasil, a Lei 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. No tocante aos estabelecimentos prisionais, a lei somente prevê ser “obrigatório o uso de máscaras de proteção individual nos estabelecimentos prisionais e nos estabelecimentos de cumprimento de medidas socioeducativas” (art. 3º- F incluído pela Lei 14.019/2020). Medidas relacionadas à execução penal não são disciplinadas.

A seu turno, a Portaria Interministerial n.º 7, de 18 de março de 2020, do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Saúde, estabelece diversas medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) a serem adotadas no sistema prisional do País. Dentre as medidas preventivas estão: identificação pelos profissionais de saúde que atuam no estabelecimento prisional de casos suspeitos da doença; isolamento de casos suspeitos ou confirmados de covid-19 quando for possível; triagem no ingresso aos estabelecimentos prisionais; adoção de medidas para proteção individual de custodiados e servidores.

A Portaria Interministerial ainda disciplina os grupos de risco para a covid-19 no âmbito dos estabelecimentos prisionais:

§ 3º Os profissionais de saúde que atuam nos estabelecimentos prisionais deverão priorizar a identificação e o monitoramento da saúde de custodiados nos **seguintes grupos de risco**:

I - pessoas acima de 60 (sessenta) anos;

II - pessoas com doenças crônicas ou respiratórias, como pneumopatia, tuberculose, cardiovasculopatia, nefropatia, hepatopatia, doença hematológica, distúrbio metabólico (incluindo diabetes mellitus), transtorno neurológico que possa afetar a função respiratória, imunossupressão associada a medicamentos, como neoplasia, HIV/aids e outros;

III - pessoas com obesidade (especialmente com IMC igual ou superior a 40);

IV - grávidas em qualquer idade gestacional; e

V - puérperas até duas semanas após o parto.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, por meio da Recomendação n.º 62 de 17 de março de 2020, traz diversas medidas judiciais relacionadas à execução penal e aos processos criminais de conhecimento a serem adotadas pelos juízes e Tribunal. No âmbito da execução penal, o CNJ recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção das seguintes medidas:

Art. 5º Recomendar 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;

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.

No concernente ao processo penal de conhecimento, a Recomendação 62/2020 do CNJ assim dispõe:

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;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

O prazo de vigência da Recomendação n.º 62/CNJ foi prorrogado pela Recomendação n.º 68/2020 e, posteriormente, pela Recomendação n.º 78/2020 e está atualmente em vigor.

A Recomendação n.º 78/2020 ainda dispõe que as medidas previstas nos artigos 4º e 5º da Recomendação n.º 62/2020 “não se aplicam às pessoas condenadas por crimes previstos na Lei nº 12.850

/2013 (organização criminosa), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher.”

Evidencia o acerto das Recomendações do Conselho Nacional de Justiça não apenas as Recomendações de Organismos Internacionais, mas também a adoção de medidas judiciais para evitar a propagação do novo coronavírus em países como os Estados Unidos da América, o Reino Unido, Portugal. Confirma, ainda, que o Brasil não se encontra isolado no disciplinamento de medidas preventivas à propagação da Covid-19 nos estabelecimentos prisionais.

Aliada à experiência institucional de outros países, no contexto brasileiro, cito que a Constituição da República, em seu artigo 196, prevê a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Em sintonia com o comando constitucional, a Lei de Execuções Penais assegura a saúde como um direito das pessoas privadas de liberdade, ao mesmo tempo que coloca a assistência à saúde do detento como um dever do poder público (arts. 10; 11, II; 14; 41, todos da Lei de Execução Penal).

Em igual direção, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que o preso, justamente, porque submetido à custodia do Estado, tem direito à assistência médico-hospitalar por parte do poder público (RHC 94358, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008). Ademais, a ação ou omissão do Estado violadoras de direitos fundamentais da pessoa sujeita ao cárcere são aptas a ensejar a responsabilização do ente público, nos termos do art. 36, § 7º, Constituição Federal (RE 580252, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017).

As medidas para evitar a infecção e a propagação da Covid-19 em estabelecimentos prisionais, contudo, não devem ser enxergadas apenas sob a ótica do direito à saúde do detento em si. Trata-se, igualmente, de uma questão de saúde pública em geral. Isso porque a contaminação generalizada da doença no ambiente carcerário implica repercussões extramuros. Não se pode olvidar que há terceiros envolvidos nessa dinâmica: servidores do sistema penitenciário, terceirizados, visitantes, advogados. Além disso, vale consignar que o próprio detento, a depender da situação em que se encontra a execução penal, goza de contato com a sociedade em geral, em razão, por exemplo, do trabalho e do estudo externos, das saídas temporárias.

A par do enfrentamento da Covid-19 nos espaços de confinamento como uma questão de saúde pública, cumpre anotar que o sistema penitenciário nacional lida com a difícil realidade da superlotação. Segundo dados do DEPEN, ao final de 2019, o Brasil possuía uma população prisional de 773.151 mil pessoas. Caso fossem

considerados presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, o país detinha 758.676 presos. Por outro lado, havia um déficit de, aproximadamente, 312 mil vagas.

Essa realidade do sistema prisional brasileiro não passou ao largo desta Corte. O Supremo Tribunal Federal, na ADF 347 – MC, reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional, dado que presente um “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais” das pessoas recolhidas ao cárcere decorrente de falhas estruturais e de políticas públicas (ADPF 347 MC, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015). Confira-se a ementa do referido precedente:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. **SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.** Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. **FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO.** Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. [...] (ADPF 347 MC, Relator (a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-03 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

Diante desse cenário de falhas sistêmicas e de superlotação carcerária, entendo que o enfrentamento da questão nos presídios brasileiros mostra-se, significativamente, complexa. Em presídios com a ocupação acima da capacidade para as instalações físicas e com condições de higiene precária, o combate ao novo coronavírus torna-se mais difícil. Não somente pela adversidade de se implementar o distanciamento físico entre os custodiados, como também pela difícil observância da necessária higienização pessoal dos detentos e dos espaços de confinamento para se evitar a contaminação pelo vírus. O perigo à saúde do preso é ainda maior quando se cuida de pessoa incluída no grupo de risco para a Covid.

Os dados trazidos aos autos pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho

Nacional de Justiça – DMF/CNJ bem demonstram essa situação. Por esses dados, pode-se constatar o aumento exponencial do número de casos de Covid nos presídios em quantidade maior que entre a população em geral, mesmo diante de um cenário de subnotificação e baixíssima testagem de presos apontados pelo CNJ:

O aumento de casos de Covid-19 entre a população geral no país chegou a atingir 477% entre os meses de maio e junho, **609% entre a população privada de liberdade, e 672% entre trabalhadores das unidades prisionais no mesmo período.**

[...]

Ao se analisar a evolução da Covid-19 no sistema prisional, em comparação ao observado no contexto nacional como um todo, um aspecto importante se destaca: a grande diferença na taxa de casos registrados por 100 mil indivíduos entre os servidores do sistema, a população privada de liberdade e a população brasileira em geral. **Considerando os casos registrados até 22 de outubro, entre os presos a taxa observada é de 4.561,4 ocorrências de Covid-19 a cada 100 mil indivíduos. Já entre os servidores esse índice é de 8.579,6 ou seja, cerca de duas vezes maior. Em comparação com a taxa nacional da doença na mesma data – que é de 2.533,3 – a incidência de casos de Covid-19 entre presos é 80% maior, e a de servidores alcança índice superior a mais do que três vezes a registrada entre a população como um todo.** (eDoc 40, p. 5-6).

É dizer: a incidência de casos de Covid-19 na população privada de liberdade e entre os servidores do sistema penitenciário é, significativamente, superior ao constatado na população em geral. Ademais, a alta incidência da Covid-19 entre a população carcerária e os servidores do sistema penitenciário bem demonstra que os presídios são foco de contágio para o novo coronavírus.

Diante disso, a afirmação contida em acórdãos colacionados na inicial no sentido de atribuir ao preso o ônus de comprovar “o risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segregado do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida” para a concessão de medidas alternativas ao cárcere não encontra amparo nos dados estatísticos trazidos aos autos.

O DMF-CNJ aduz ainda que, embora não possua dados gerais do cumprimento da Recomendação n.º 62/CNJ, levantamento realizado nos sítios dos Tribunais de Segunda Instância indica “uma tendência de as Cortes recusarem a concessão (ou mesmo a apreciação) de pedidos de ordens coletivas de soltura ou colocação em prisão domiciliar de pessoas presas integrantes do grupo de risco da COVID-19.” (eDOC 41, p. 10).

A par disso, o DMF-CNJ acrescenta que a pesquisa denominada “*COVID-19 in prisons: a study of habeas corpus decisions by the São Paulo Court of Justice*” avaliou 6.781 (seis mil, setecentas e oitenta e

uma) decisões proferidas em *habeas corpus* no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 18 de março a 4 de maio deste ano. Referido estudo concluiu que 88% (oitenta e oito por cento) dos *habeas corpus* foram negados e 67% (sessenta e sete por cento) das decisões mencionou, de forma expressa, a Recomendação nº 62/2020 do CNJ.

Demais disso, consoante Relatório de Monitoramento da Covid-19 e da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, consigno haver uma considerável diferença entre os Estados da Federação com relação à soltura de presos por força da Recomendação em comento. A título de exemplificação, enquanto no Estado do Maranhão foram soltos 30,2% dos presos, no Estado do Tocantins foram liberados 1,46% dos detentos (eDoc. 43, p. 10).

Tais dados estatísticos conferem plausibilidade ao alegado na inicial no sentido de haver resistência ou, ao menos, divergência, entre os Tribunais quanto à aplicação e incidência da Recomendação nº 62/2020 do CNJ.

O DMF-CNJ ainda informa que, dentre população privada de liberdade, o Brasil possui 10.273 indivíduos com 60 anos ou mais e 31.742 pessoas com diagnóstico de comorbidades. Esses números consideráveis também reforçam a necessidade da adoção de medidas efetivas para se resguardar os direitos fundamentais desse grupo mais vulnerável ao Covid-19, sobretudo quando estão em presídios com ocupação superior à comportada pelas instalações físicas.

O impetrante, além dos requisitos da lotação acima de capacidade do presídio e de o detento fazer parte do grupo de risco para a Covid-19, traz um terceiro requisito cumulativo para a liberação. Os beneficiários devem estar presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Assim como os demais pressupostos, em um juízo preliminar, tenho que trata de um requisito proporcional à finalidade almejada. De um lado, tem-se pessoas em grupo de risco para a doença com significativo perigo de lesão ao direito fundamental à saúde e à integridade física. De outro, por se tratarem de crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, tem-se um risco menor à segurança pública, bem também a ser protegido pelo Estado brasileiro (art. 144 da CF).

Ademais, como antes consignado, países como Estados Unidos da América e Reino Unido adotaram, dentre os critérios de liberação de presos, a baixa lesividade dos delitos. A Recomendação do CNJ também confere especial tratamento aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Nessa direção, dentre as medidas propostas, o CNJ recomenda que se analisem, com propriedade, as prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Por outro lado, considerando outros dispositivos constitucionais e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ao menos em uma primeira análise, entendo que alguns delitos, mesmo que cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, devem ser excluídos do objeto da medida liminar, tal como prevê o art. 5º-A da Recomendação do CNJ n.º 62/2020 (incluído pela Recomendação n.º 78 /2020), quais sejam, crimes previstos na Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação, dentre outros), crimes hediondos e crimes de violência doméstica contra a mulher.

Quanto aos crimes previstos na Lei de Organização Criminosa, na Lei de Lavagem de Dinheiro e os crimes contra a administração pública, assento que o Brasil assumiu compromissos internacionais para a adoção de mecanismos para eficazes enfrentamento e punição à corrupção e ao crime organizado (Convenção Interamericana da Organização dos Estados Americanos Contra a Corrupção – internalizada pelo Decreto Presidencial n. 410/02; Convenção da Organização das Nações Unidas Contra a Corrupção – internalizada pelo Decreto Presidencial n. 5.687/06).

Na mesma direção, a Constituição Federal confere especial proteção ao patrimônio público (arts. 5º, LXXIII; 23, I; 129, III). Registro que Portugal, em sentido similar, excluiu das medidas preventivas à propagação do novo coronavírus, o crime de organização criminosa, assim como os crimes de favorecimento pessoal, corrupção ativa e passiva.

Com relação aos crimes cometidos no contexto de violência doméstica, consigno que a Constituição Federal prevê a criação de mecanismos para o combate à violência no âmbito das relações familiares (art. 196, § 8º, da CF). A par disso, segundo aduz o CNJ, houve acréscimo do cometimento desses delitos durante a pandemia.

Por fim, com relação aos crimes hediondos (Lei 8.072/90), cumpre assentar que houve mandado de criminalização expresso previsto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XLII), os quais são insusceptíveis de graça e anistia. Isto é, o próprio Constituinte conferiu tratamento mais gravoso aos mencionados delitos.

2. Do perigo da demora

Além da presença da plausibilidade jurídica do pedido, a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação também restou configurada.

Primeiro, cumpre registrar que, conforme os dados trazidos à presente impetração, os riscos de contágio pelo novo coronavírus nos estabelecimentos prisionais são, significativamente, maiores que os riscos de contaminação no ambiente externo, notadamente quando se considera locais de confinamento com capacidade superior à lotação.

Ademais, cuida-se de proteger uma população privada de liberdade pertencente ao grupo de risco para a Covid-19. Ou seja, o perigo de lesão à integridade física e morte, em caso de contágio pela doença, é maior que o relativo aos segregados que não estejam inseridos nesse grupo. De onde, portanto, extraí-se a urgência em tutelar direitos fundamentais, em especial, a saúde e a vida, dessa parcela da população carcerária.

Igualmente, anoto que as pessoas privadas de liberdade foram excluídas da Plano Nacional de Imunização para a Covid-19 divulgado pelo Poder Executivo, situação que novamente reforça a urgência do provimento jurisdicional liminar.

No mais, consigo que, diante das falhas estruturais do sistema penitenciário brasileiro e das altas taxas de contágio e morte pela doença nos presídios, o País foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, órgão da Organização dos Estados Americanos – OEA. Diante da denúncia apresentada, a CIDH, em 8 de agosto do corrente ano, instou o Brasil a reduzir a superlotação carcerária e a adotar mecanismos contra a proliferação da covid-19 nos estabelecimentos prisionais, especialmente com a adoção de medidas alternativas à prisão para os detentos que se encontram em situação de risco. Confira-se o comunicado:

‘A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) expressa sua preocupação pela situação na qual se encontram as pessoas privadas de liberdade no Estado brasileiro, e que, no contexto da pandemia do vírus do COVID-19, enfrentam um especial risco para sua vida, saúde e integridade, tendo em vista os altíssimos níveis de superlotação e as condições de detenção que prevalecem nas penitenciárias do país.

A situação das pessoas privadas de liberdade constitui uma das principais preocupações da CIDH. **Nesse sentido, o Brasil é o terceiro país com maior população penitenciária em nível mundial.** Dados oficiais indicam uma taxa de superlotação de 140,74% em dezembro de 2019, assim como um aumento de 224,5% desta população entre os anos 2000 e 2019 . Por outro lado, a Comissão já se referiu às deploráveis condições de detenção nas prisões brasileiras, que se caracterizam por níveis alarmantes de superlotação, infraestrutura deficiente, atendimento médico negligente, completa falta de higiene, ausência de artigos de primeira necessidade, e alimentação inadequada. Tais condições criariam um ambiente propício para a proliferação e avanço do vírus do COVID-19.

Em especial, no contexto da pandemia do COVID-19, a CIDH observa que o Estado adotou diversas medidas para prevenir e tratar intramuros o vírus originado pelo COVID-19. Nesse sentido, por

intermédio do seu comunicado de imprensa de 31 de março de 2020, a Comissão saudou a Recomendação 062/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que determina a libertação de pessoas privadas de liberdade no país. Tal iniciativa chama as autoridades judiciais a adotar medidas para reduzir a população de pessoas privadas de liberdade. Entre as ações voltadas a esta finalidade, encontram-se a revisão de casos de prisão preventiva, e a aplicação de medidas alternativas. Do mesmo modo, segundo informação recebida por parte do Estado, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), teria realizado ações como a elaboração de protocolos de controle e prevenção do vírus, e a análise técnica sobre impactos da pandemia no sistema penitenciário a fim de determinar as opções para a criação de espaços alternativos de detenção. Igualmente, em conjunto com o Ministério da Saúde, teriam sido desenvolvidos manuais com orientações técnicas às administrações penitenciárias para o tratamento da enfermidade.

Apesar do acima relatado, a **CIDH observa com preocupação as altas taxas de contágio e falecimento nas penitenciárias brasileiras em virtude do vírus do COVID-19**. Nesse sentido, conforme informação de Depen, em fins de julho era contabilizado um total de 11.437 contágios, 3.021 casos suspeitos, e 73 mortes. Esses números podem ter sido ainda mais altos, considerando que em 31 de julho teriam sido realizados testes unicamente em 32.682 pessoas, o que corresponde a menos de 0,4% do total da população penitenciária. Ainda, de acordo com informe do Mecanismo Nacional para Prevenir e Combater a Tortura (MNPCT), publicado em junho deste ano, as condições de detenção que prevalecem nas penitenciárias brasileiras impossibilitariam ao Estado garantir a saúde e a integridade das pessoas privadas de liberdade. Nesse sentido, por exemplo, as unidades carcerárias do estado de Pernambuco estariam superlotadas e contariam com um número baixo de profissionais da saúde ativos; de modo similar, somente cerca de 39 % das unidades penitenciárias em São Paulo contariam com o número mínimo exigido de profissionais da saúde. Igualmente, o estado do Acre careceria de equipamentos de proteção individual (EPI) e materiais de higiene concebidos para as pessoas que trabalham em penitenciárias e para as que estão privadas de liberdade. A situação que as pessoas presas enfrentam no contexto do COVID-19 também foi relatada por organizações da sociedade civil no último mês de junho. Nesse sentido, relataram à CIDH que as condições carcerárias tornariam impossível ao Estado cumprir com as medidas recomendadas para o distanciamento social, assim como viabilizar mínimas condições de saúde.

Diante do exposto, a **Comissão reitera ao Estado brasileiro que adote medidas para reduzir a superlotação nas unidades de privação de liberdade, tais como a avaliação da concessão de medidas**

alternativas, especialmente com respeito aos que se encontram em situação especial de risco. Do mesmo modo, o Estado deve adequar as condições de detenção para evitar o contágio e fornecer tratamento à enfermidade do COVID-19. Nesse sentido, a CIDH insta o Estado a seguir as diretrizes na matéria emitidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). A adoção dessas medidas é de especial urgência considerando que as consequências da pandemia representam um risco maior para a vida, saúde e integridade das pessoas privadas de liberdade.'

No ponto, válido registrar que a omissão do País pode ensejar responsabilidade e punição no âmbito internacional.

Portanto, tenho como devidamente demonstrado o perigo da demora necessário para se deferir o provimento jurisdicional liminar.

3. Da adequação do pedido liminar às circunstâncias concretas a serem verificadas pelo juízo competente

Por outro lado, ainda que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, entendo que, ao menos nesta análise prefacial, não se mostra adequada a concessão da liminar nos moldes em que requerida.

Afora a exclusão de determinados crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa por força de comandos constitucionais e compromissos internacional pelo País, entendo que a concessão de medidas alternativas deve partir de uma análise individualizada a ser verificada pelo juízo competente, que está mais próximo do caso concreto.

Primeiro, porque há a necessidade de se aferir se o condenado ou preso provisório insere-se dentro dos parâmetros fixados na presente decisão. A par de aferir esses requisitos, é preciso a comprovação médica de que o detento pertence a grupo de risco para a Covid-19. A aferição da presença dos requisitos para a concessão das medidas alternativas ao cárcere, dentre elas, a comprovação de que o detento faz parte de grupo de risco, inegavelmente, terá de ser feita no juízo de origem em processo próprio no qual se assegure o contraditório e a ampla defesa.

Segundo, conforme documentos acostados aos autos pelo DEPEN, pelo Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal (DEECRIM) 10^a RAJ da Comarca de Sorocaba e pelo Diretor do Presídio de Sorocaba/SP, diversos estabelecimentos prisionais têm adotado medidas preventivas à infecção pelo vírus, tais como, uso obrigatório de equipamentos de proteção individual, aumento da frequência de limpeza nos espaços de confinamento e de circulação de pessoas, assepsia e aferição de temperatura na entrada, período de observação de 14 dias para o ingresso de novos detentos, mapeamento dos grupos de risco, isolamento de casos suspeitos, dentre outros (eDocs. 30 e 34).

Assim, neste juízo preliminar, entendo ser o caso de facultar que o juízo de origem no cumprimento da presente decisão liminar e na análise dos casos individuais, deixe de conceder as medidas alternativas à prisão, quando presentes as seguintes hipóteses cumulativas: 1) ausência de casos de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo; 2) adoção de medidas de preventivas ao novo coronavírus pelo presídio; 3) existência de atendimento médico adequado no estabelecimento prisional. Penso que a presença desses requisitos objetivos cumulativos, nesta análise prefacial, afasta o risco iminente à vida e à integridade do condenado ou preso provisório.

Alternativamente, considerando a imensidão de hipóteses que a situação concreta pode exigir, facuto ainda ao juízo de origem que, na análise dos casos individuais, deixe de conceder as medidas alternativas ao cárcere constantes na presente decisão sob a ótica global, quando presentes situações excepcionalíssimas que afastem de modo concreto e objetivo o risco à saúde do detento e quando a soltura do detento cause demasiado risco à segurança pública que as medidas cautelares diversas da prisão, como monitoração eletrônica ou prisão domiciliar (art. 319 do CPP), mostrem-se manifestamente inadequadas.

Entendo que essas considerações e requisitos, ao menos tempo que buscam trazer efetividade à Recomendação n. 62/CNJ e à concessão da medida liminar, alinhram-se aos precedentes desta Corte no sentido de que a análise do risco prisional à Covid-19 deve ser realizada a partir da situação individualizada pelo Juízo de origem, autoridade judicial com condições mais propícias para a verificação do preenchimento dos requisitos para a soltura ora impostos. Nesse sentido, cito: Petição na APDF 347/DF, Plenário, rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes; HC 193240 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 16/11/2020.

4. Dispositivo

Ante o exposto, diante da persistência agravada do quadro pandêmico da emergência sanitária decorrente da Covid-19, presentes a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação a direitos fundamentais das pessoas levadas ao cárcere, para fins da efetividade da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, observado o contido no art. 5º-A nela incluído pela Recomendação nº 78/2020, **DEFIRO, em parte, a medida liminar, ad referendum da Segunda Turma**, nos termos seguintes termos:

Quanto à progressão antecipada da pena: DETERMINAR que os juízes de execução penal do País, de ofício ou mediante requerimento das partes, desde que presentes os requisitos subjetivos (art. 112, § 1º, da LEP), concedam progressão antecipada da pena aos condenados que estejam no regime semiaberto para o regime aberto em prisão domiciliar e que, cumulativamente, atendam aos seguintes requisitos :

i) estejam em presídios com ocupação acima da capacidade física; ii) comprovem, mediante documentação médica, pertencer a um grupo de risco para a Covid-19 conforme contido no art. 2º, § 3º, da Portaria Interministerial n.º 7, de 18 de março de 2020; iii) cumpram penas por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, exceto os delitos citados no art. 5º-A da Recomendação n.º 62/2020 do CNJ (incluído pela Recomendação n.º 78/2020 do CNJ); iv) faltem 120 (cento e vinte) dias para completar o requisito objetivo para a progressão do regime semiaberto para o aberto (art. 112 e parágrafos da LEP).

As condições do regime aberto em prisão domiciliar serão fixadas pelo juízo da execução penal respectivo.

Na apreciação dos processos individuais, não obstante, o juízo competente, caso entenda adequado, poderá deixar de conceder ao condenado em cumprimento de pena em regime semiaberto a progressão antecipada para o aberto em prisão domiciliar, caso objetivamente presentes as seguintes hipóteses cumulativas : 1) ausência de registro de caso de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo; 2) adoção de medidas de preventivas ao novo coronavírus pelo presídio; 3) existência de atendimento médico adequado no estabelecimento prisional. **Alternativamente**, o juízo competente, na apreciação dos processos individuais, poderá deixar de conceder a progressão ao regime aberto em prisão domiciliar, **caso presentes situações excepcionalíssimas** que demonstrem objetivamente a ausência de risco concreto e objetivo à saúde do detento na hipótese de sua manutenção no cárcere e que o regime aberto em prisão domiciliar, ainda que com monitoração eletrônica, mostra-se manifestamente inadequado ao caso concreto e causa demasiado risco à segurança pública.

Quanto à prisão domiciliar e à liberdade provisória : **DETERMINAR** que os juízes singulares e os Tribunais do País quando emissores da ordem de prisão cautelar, de ofício ou mediante requerimento das partes, concedam prisão domiciliar ou liberdade provisória, ainda que cumuladas com medidas diversas da segregação (art. 319 do CPP), **a presos que, cumulativamente, atendam aos seguintes requisitos** : i) estejam em presídios com ocupação acima da capacidade física; ii) comprovem, mediante documentação médica, pertencer a um grupo de risco para a Covid-19 conforme contido no art. 2º, § 3º, da Portaria Interministerial n.º 7, de 18 de março de 2020; iii) não estejam presos por crimes praticados sem violência ou grave ameaça, exceto os delitos citados no art. 5º-A da Recomendação n.º 62/2020 do CNJ (incluído pela Recomendação n.º 78/2020 do CNJ).

As condições da prisão domiciliar e da liberdade provisória, inclusive, a eventual cumulação de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), serão definidas pelos juízos de origem ou Tribunais quando emissores da ordem de prisão.

Na apreciação dos processos individuais, não obstante, o juízo competente, caso entenda adequado , poderá deixar de conceder a prisão domiciliar ou a liberdade provisória, caso objetivamente presentes as seguintes hipóteses cumulativas : 1) ausência de registro de caso de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo; 2) adoção de medidas de preventivas ao novo coronavírus pelo presídio; 3) existência de atendimento médico no estabelecimento prisional. **Alternativamente** , o juízo competente, na apreciação dos processos individuais, poderá deixar de conceder prisão domiciliar ou liberdade provisória, caso **presentes situações excepcionalíssimas** que demonstrem objetivamente a ausência de risco concreto e objetivo à saúde do detento na hipótese de sua manutenção no cárcere e que a soltura , mesmo com imposição de medidas cautelares diversas à prisão (art. 319 do CPP), mostra-se **manifestamente inadequada ao caso concreto** e causa **demasiado risco à segurança pública** .

O órgão emissor da decisão no processo individual, em analogia ao art. 316, parágrafo único, do CPP, deverá reavaliar a presença dos critérios fixados na presente decisão, a cada 90 dias.

A presente medida liminar possui vigência até o fim da situação de emergência de saúde pública decretada pela autoridade responsável (art. 1º, § 2º, da Lei 13.979/2020) ou até decisão judicial em sentido contrário.

Comunique-se, **com urgência** , os Tribunais de Justiça dos Estados, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça.

Consigno que, em caso de eventual descumprimento da presente decisão, o instrumento cabível é o recurso apropriado, e não a reclamação, conforme assentado, nos HC 143.641, relator Min. Ricardo Lewandowski e HC 143.988, de minha relatoria.”

As razões que me levaram ao deferimento em parte da medida cautelar permanecem presentes. O número de registro de casos do novo coronavírus mantém-se crescente em diversos locais do País. O programa nacional de imunização ainda é incipiente, de modo que os reflexos da vacinação, sobretudo entre a população carcerária, ainda não puderam ser mensurados.

Sendo assim, diante da persistência do quadro pandêmico de emergência sanitária decorrente da Covid-19, presentes a plausibilidade

jurídica do pedido e o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação a direitos fundamentais das pessoas levadas ao cárcere, proponho o referendo da medida cautelar deferida.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/02/2021 00:00