

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Isabela Fernandes da Silva

Celas de areia encarceram: as decisões em habeas corpus do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no contexto pandêmico da Recomendação n. 62 do CNJ

Florianópolis

2021

Isabela Fernandes da Silva

Celas de areia encarceram: as decisões em habeas corpus do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no contexto pandêmico da Recomendação n. 62 do CNJ

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Marília de Nardin Budó

Florianópolis

2021

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Celas de areia encarceram: as decisões em habeas corpus do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no contexto pandêmico da Recomendação n. 62 do CNJ”, elaborado pela acadêmica Isabela Fernandes da Silva, defendido em 21/09/2021 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez) cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 21 de setembro de 2021



Documento assinado digitalmente

Marília de Nardin Budó

Data: 22/09/2021 09:08:36-0300

CPF: 000.404.810-50

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof^ª Dr^ª Marília de Nardin Budó
Professora Orientadora

Defensora Pública Anne Teive Auras
Membra de Banca



Documento assinado digitalmente

Rodrigo Alessandro Sartoti

Data: 22/09/2021 09:08:02-0300

CPF: 065.071.099-16

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Rodrigo Alessandro Sartoti
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluna: Isabela Fernandes da Silva

RG: 12.961.967-8

CPF: 090.787.719-25

Matrícula: 16204141

Título do TCC: Celas de areia encarceram: as decisões em habeas corpus do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no contexto pandêmico da Recomendação n. 62 do CNJ

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Marília de Nardin Budó

Eu, Isabela Fernandes da Silva, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 21 de setembro de 2021.



Documento assinado digitalmente

Isabela Fernandes da Silva

Data: 21/09/2021 22:18:18-0300

CPF: 090.787.719-25

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

ISABELA FERNANDES DA SILVA

Ficha de identificação da obra

Silva, Isabela Fernandes da
Celas de areia encarceram : as decisões em habeas corpus do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no contexto pandêmico da Recomendação n. 62 do CNJ / Isabela Fernandes da Silva ; orientador, Marília de Nardin Budó, 2021.
93 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Criminologia Crítica. 3. Recomendação n.62 do CNJ. 4. Judiciário. 5. Retroalimentação. I. Budó, Marília de Nardin. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Este trabalho é dedicado a todos que caminharam comigo e
àqueles subjugados pelos labirintos escritos do poder punitivo.

AGRADECIMENTOS

De todo o caminho percorrido, esse é o momento mais difícil.

Difícil pois a conclusão desse trabalho é fruto de uma trajetória de anos que agora se encerra. Difícil pois, apesar de adorar novos começos e tudo que os seguem, os finais não me agradam. Por isso, escrevo essas palavras após muito adiá-las já sabendo que não há prosa, poema, declaração ou abraço que transmita tudo o que sinto por cada pessoa que me acompanhou até aqui.

Não há como não começar por aqueles que estão comigo desde sempre: meus mais sinceros agradecimento e amor aos meus pais, Cleo e Rodrigo, por sempre acreditarem em mim e fazerem de tudo para que eu possa realizar os meus sonhos. Sem os ouvidos sempre disponíveis para me ouvirem falar e falar sobre meus projetos e minha pesquisa e as incontáveis horas que passei contanto sobre minhas descobertas esse trabalho não teria sido concluído.

Ao meu irmão, Matheus. Obrigada por ser um porto seguro e me manter sã nesses meses de isolamento. Aprendo contigo todos os dias e espero tê-lo por perto por toda a vida.

À minha família que está distante, avós, tio, tias e primos, obrigada por me tornarem quem sou e por permanecerem comigo mesmo a mais de 700 km de distância.

Aos amigos... não tenho palavras para agradecer aos anos de parceria.

Com vocês me descobri e redescobri, me perdi diversas vezes e encontrei meu caminho. Por todo esse percurso, vocês estavam comigo, brincando, errando, aprendendo e *vivendo*. A Ana Bouffleur, Allan, Duda e Thaís mando um abraço apertado e agradeço do fundo da alma pelos anos de amizade. A graduação não teria sido um terço do que foi e eu muito menos teria sobrevivido ao ensino remoto sem vocês comigo.

Leo e João, o tempo no NEPE e o início da minha paixão pela pesquisa não teria sido o mesmo sem vocês. Ana Maronesi, Murilo, Otávio, Vic e Vitória: obrigada pelas inesquecíveis memórias.

Aos amigos de chapa e então amigos da Criminologia: Aline, Chris, Gle e Pietra. Agradeço as risadas e o companheirismo para tornar esse projeto, que transformou a minha vida, em realidade. Aos que entraram durante a caminhada e tanto somaram – Leandro, Duda Marinho, Júlia, Vinícius e tantos outros, deixo meu carinho. Os momentos de trocas e de aprendizados ficarão sempre comigo.

No decorrer da pesquisa e da escrita, muitas foram as dificuldades. Agradeço ao Allan pelas longas conversas comparando resultados, estratégias, anotando epifanias e compartilhando surtos. Trilhar esse caminho contigo tornou a trajetória mais fácil. Impossível não mencionar minha imensa gratidão pelos diversos choques de realidade feitos pelo Gle. Desde a definição do projeto até a mais absurda crise, sempre pude contar com os seus sinceríssimos conselhos. Obrigada por tornar sobrevivível o(s) último(s) ano(s).

Aos colegas da pesquisa coletiva “Covid -19 nas prisões” agradeço pelos meses de dedicação a análise, teorizações e comparações de dados que tornaram possível esse trabalho.

À Universidade Federal de Santa Catarina agradeço por cada momento. As oportunidades proporcionadas pela UFSC me transformaram e terminar a graduação longe do campus evidenciou o que já era claro: educação de qualidade e Universidade Pública que cumpre com suas funções sociais são o caminho para o futuro.

Aos professores Antonio Carlos Wolkmer e Efendy Emiliano Maldonado Bravo agradeço pelos meses de PIBIC no Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE), meu primeiro contato com a pesquisa acadêmica.

Agradeço às mulheres fortes por mostraram que as ciências criminais e a defesa também podem ser meu lugar – as professoras Daniela Bornin, Marília Budó e Vera Andrade e as defensoras Anne e Kiki. A dedicação, a ética e a seriedade do trabalho de vocês abriram meus horizontes e por isso sou imensamente grata.

À defensora Anne agradeço pelos anos de estágio. Durante meu período na Defensoria cresci como profissional e como ser humano. Guardarei para sempre os aprendizados.

À professora Marília... agradeço pela confiança para ser monitora de Processo Penal e pelas inúmeras orientações. Desde que busquei orientação para a minha primeira pesquisa, nunca deixou de guiar-me e incentivar-me a ir além. Obrigada por tudo.

Aos membros da banca, defensora Anne Auras e Me. Rodrigo Sartoti, agradeço por terem aceitado o convite.

“Sair dessa lógica punitiva, sair dessas violências, é em parte o esforço de, apesar de se estar inevitavelmente “dentro”, colocar-se “fora”. Mas nunca tão fora que se deixe de ver aqueles que sofrem. Não porque sejam bons, nem porque tenham razão, mas porque sofrem. E para evitar esse sofrimento.”

(Gabriel Ignacio Anitua)

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo compreender como ocorreu a criação e a aplicação de jurisprudência pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no âmbito da Recomendação n. 62 do CNJ durante a pandemia da covid-19. A seleção da amostra dos acórdãos do Tribunal de Justiça foi feita através da formação de três grupos, compondo o primeiro grupo, e da identificação das decisões referenciadas no primeiro grupo, compondo o segundo grupo. Utiliza-se a Teorização Fundamenta nos Dados na perspectiva trabalhada por Kathy Charmaz para analisar qualitativamente as amostras, categorizando informações e criando uma hipótese do padrão decisório. Tendo como marco teórico a Criminologia Crítica, a deslegitimação do sistema penal latino americano trabalhado por Eugenio Zaffaroni compõe o campo de fundo do trabalho, assim como os mecanismos para fugir da crise deslegitimando do sistema criminal marginal. A ideologia da defesa social, dominante no discurso jurídico oficial e estruturada por Alessandro Baratta, é trabalhada em conjunto com Zygmunt Bauman e a burocratização inerente à modernidade. A pandemia da covid-19 é vista como potencialidade transformadora do sistema de justiça criminal, capaz de causar fissura na blindagem jurídica e permitir que a pena vivida esteja presente nas decisões judiciais. A estruturação das decisões e o objetivo de manter o estado de prisão são identificadas em ambas as amostras. A materialidade presente no discurso jurídico é selecionada para corroborar o objetivo ideológico de defesa social, ignorando a latente crise sanitária. Encontrou-se na pesquisa que as argumentações judiciais não possuem preocupação em fundamentações profundas, refletindo na aplicação das jurisprudências, usadas em baixa frequência. A tendência decisória encontrada possui grandes semelhanças com demais pesquisas realizadas em outros Tribunais, permitindo teorizações sobre o comportamento do judiciário nacional e a (ausente) preocupação com a pena vivida para manter o alinhamento ideológico no momento decisório.

Palavras-chave: Criminologia Crítica; Recomendação n. 62 do CNJ; Judiciário; Retroalimentação.

ABSTRACT

The research aims to understand how the creation and application of jurisprudence by the Court of Justice of Santa Catarina occurred over Recommendation n. 62 of the CNJ during the covid-19 pandemic. The selection of the sample of judgments by Court of Justice was made through the formation of a compound month, composing group one, and the identification of decisions referenced in group one, composing the second group. The Grounded Theory is used on the perspective worked by Kathy Charmaz to qualitatively analyze the samples, categorizing information and creating a hypothesis of the decision pattern. With Critical Criminology as a theoretical framework, the delegitimization of the Latin American penal system worked by Eugenio Zaffaroni composes the background field of the research, as well as the mechanisms to escape the crisis by the delegitimizing marginal criminal system. The social defense ideology, dominant in the official legal discourse and structured by Alessandro Baratta, is operated with Zygmunt Bauman and the bureaucratization inherent to modernity. The covid-19 pandemic is seen as a transforming potentiality of the criminal justice system, capable of causing a fissure in the legal shield and allowing the penalty experienced to be present in court decisions. The structuring of decisions and the objective of maintaining the prison status are identified in both samples. The materiality present in the legal discourse is selected to corroborate the ideological objective of social defense, ignoring the latent health crisis. It was found in the research that legal arguments are not concerned with deep foundations, reflecting reflects in the application of jurisprudence, used in low frequency. The decision-making trend found has great similarities with other research carried out in other Courts, allowing theorizations about the behavior of the national judiciary and the (absent) concern with the penalty lived to maintain the ideological alignment in the decision-making moment.

Keywords: Critical Criminology; Recommendation no. 62 of the CNJ; Judiciary; Creating understanding

LISTA DE QUADROS

Quadro 01 - Argumentos relacionados

Quadro 02 – Identificadores grupo amostral 1

Quadro 03 – Dados gerais 1 grupo amostral 1

Quadro 04 – Dados gerais 2 grupo amostral 1

Quadro 05 – Identificadores grupo amostral 2

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental

CGJ - Corregedoria Geral de Justiça

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

DPE - Defensoria Pública do Estado

GMF - Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional

GP - Gabinete da Presidência

HC – Habeas Corpus

IDDD - Instituto de Defesa pelo Direito de Defesa

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TFD - Teorização Fundamentada nos Dados

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
1.1 O PERCURSO METODOLÓGICO	16
1.1.1 A Teorização Fundamentada nos Dados - TFD ou <i>Grounded Theory</i>	17
1.1.2 A seleção do objeto empírico	18
1.2 O MAPA DA INVESTIGAÇÃO	20
2 CONSTRUINDO PRECEDENTES	22
2.1 A COMPOSIÇÃO DO CENÁRIO	22
2.1.1 As lentes da pesquisa	22
2.1.1.1 <i>Entre discurso e realidade: a deslegitimação do sistema penal e os mecanismos de fuga</i>	23
2.1.1.2 <i>Poder Judiciário: a ideologia jurídico-penal dominante e a burocratização</i>	27
2.1.1.2.1 A ideologia da defesa social	28
2.1.1.2.2 Burocratização do judiciário.....	32
2.1.2 Potencialidade transformadora da pandemia da covid-19	34
2.1.2.1 <i>A Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça</i>	37
2.2 A ARQUITETURA DA PRISÃO	39
2.2.1 Tijolo a tijolo: a construção da prisão	40
2.2.1.1 <i>Recomendação n. 62 do CNJ e pandemia: a não obrigatoriedade da aplicação e o medo do “salvo conduto” da prisão ou O Alicerce</i>	40
2.2.1.2 <i>As medidas contra a Covid: do isolamento como ação de enfrentamento e providências tomadas pelo Poder Público ou As Paredes</i>	42
2.2.1.4 <i>Inversão do ônus da prova: necessidade de comprovar risco frente a todos os possíveis cenários ou O Labirinto ao Redor da Prisão, A Defesa Intransponível</i>	43
2.2.1.5 <i>Argumentação acessória: audiência de custódia não é obrigatória e não conhecimento do habeas corpus</i>	46
2.2.2 A prisão como projeto	46
3 PERPETUANDO ENTENDIMENTOS	50

3.1 O CAMINHO ARGUMENTATIVO: SIMILARIDADES E DIFERENÇAS NA CONSTRUÇÃO DA PRISÃO	50
3.1.1 Composição das categorias	51
3.1.1.1 <i>O Alicerce ou Recomendação n. 62 do CNJ e pandemia</i>	51
3.1.1.2 <i>As Paredes ou As medidas contra a Covid</i>	52
3.1.1.3 <i>O Labirinto ao Redor da Prisão ou Inversão do ônus da prova</i>	53
3.1.1.4 <i>A Argamassa ou Sociedade acima do indivíduo</i>	55
3.1.1.5 <i>Argumentação acessória</i>	56
3.2 FUNDAMENTANDO O CÁRCERE - JURISPRUDÊNCIA E MATERIALIDADE NAS DECISÕES	57
3.3 ENTRE PESQUISAS, PADRÕES E TEORIZAÇÕES	65
4 CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS	73
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS – OBJETO DA PESQUISA	80
APÊNDICE A – IDENTIFICADORES GRUPO AMOSTRAL 1	86
APÊNDICE B – DADOS GERAIS GRUPO AMOSTRAL 1.....	88
APÊNDICE C – IDENTIFICADORES GRUPO AMOSTRAL 2	92

1 INTRODUÇÃO

Discursos jurídicos penais que parecem descolados da realidade não são novidade no sistema de justiça criminal brasileiro. Frequentemente, decisões judiciais parecem ser proferidas sem considerar a realidade brasileira e as consequências do exercício do poder punitivo. Ainda, respeitando a lógica de uniformização das decisões, as manifestações dos Tribunais reproduzem entendimentos já consolidados. Essa continuidade decisória dos entendimentos somada à percepção de ausência de materialidade nas deliberações despertam a atenção.

A pandemia de Covid-19 modificou o mundo. Medidas de segurança sanitária são essenciais, mas ainda assim incapazes de proteger a saúde e a vida em sua totalidade. Nesse sentido, considerando o cenário prisional brasileiro reconhecidamente deficiente e insalubre, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação n. 62, estabelecendo medidas de desencarceramento como tática de preservação da integridade física da população prisional.

A Recomendação n. 62 e o novo coronavírus são eventos novos para o sistema de justiça criminal. Não há entendimento prévio, doutrina escrita ou legislação prescrevendo forma de atuação do judiciário; força-se o judiciário a criar entendimentos e decisões para essa drástica alteração fática. A mudança radical do contexto fático possibilita um momento de reavaliação de condutas tradicionais do sistema de justiça criminal, criando uma janela de oportunidade para que a realidade prisional faça parte do raciocínio decisório.

Derivado da pesquisa coletiva “Covid-19 nas prisões: as decisões dos tribunais de justiça do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina pelas lentes da Criminologia Crítica”¹, coordenada pela Prof^a Dr^a Marília de Nardin Budó, o presente trabalho desenvolveu-se nesse contexto.

Investiga-se na pesquisa como ocorreu a criação e a aplicação de jurisprudência pelo Tribunal de Justiça de Santa no âmbito da Recomendação n. 62 do CNJ durante a pandemia da covid-19. Trabalhou-se com a hipótese de que a jurisprudência criada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no âmbito da Recomendação n. 62 do CNJ não se fundamenta na

¹ O projeto tem por objetivo identificar a forma como os tribunais de justiça do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina receberam a Recomendação n. 62 no discurso de suas próprias decisões, diante da provocação por recurso de habeas corpus propostos em razão da pandemia da Covid-19 nesses estados, e a visão dos presídios pelo judiciário. O projeto é desenvolvido pelo grupo de pesquisa Poder, Controle e Danos Social da UFSC e pesquisadores voluntários, inserido também nas atividades do Instituto Memória e Direitos Humanos (UFSC, 2020).

materialidade do sistema carcerário catarinense e possui forte influência da ideologia da defesa social, sendo posteriormente usada como principal argumento nas decisões, refletindo a retroalimentação hermenêutica punitivista do sistema judiciário catarinense.

A pretensão da pesquisa não é, de modo algum, esgotar o tema e sim realizar singela contribuição sobre o modo de formação e aplicação dos entendimentos criminais no Tribunal de Justiça catarinense.

1.1 O PERCURSO METODOLÓGICO

Marco teórico do trabalho, a Criminologia Crítica refere-se (BARATTA, 2002, p. 159) ao movimento criminológico de superação da criminologia positivista liberal, possibilitado pela junção das teorias da criminalidade baseadas no *labeling approach* (etiquetamento) às teorias conflituais.

A criminologia positivista, baseada no paradigma etiológico, considerava a criminalidade como dado ontológico, aceitando a existência de criminosos natos, entendendo o fato social crime como prévio ao direito penal e à reação social. Com a mudança de paradigma causada pelas teoria do etiquetamento e da reação social, a criminologia crítica supera as implicações ideológicas do paradigma etiológico: a aceitação da criminalidade e do desvio como fatos ontológicos prévios à reação institucional e social e a acrítica aceitação das definições legais daquela afirmada realidade ontológica. Para Criminologia Crítica a criminalidade é um status atribuído a certos indivíduos através de dupla seleção: a escolha de quais bens serão abarcados pelo direito penal e a opção por quais indivíduos serão estigmatizados como delinquentes por cometerem as infrações definidas (Ibidem, p. 160-161).

Buscando “a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos *comportamentos socialmente negativos* e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo” (BARATTA, 2002, p. 159) (grifos originais), a Criminologia Crítica realiza um duplo deslocamento do enfoque do objeto de estudo da criminologia: do autor do delito para as condições estruturais, funcionais e objetivas e das causas do crime para os mecanismos de construção da realidade social (BATISTA, 2011, p. 89).

Partindo desse arcabouço teórico, o percurso metodológico empírico do trabalho se estrutura na perspectiva de Kathy Charmaz da Teorização Fundamentada nos Dados (2001).

Para a seleção do objetivo de pesquisa, utiliza-se o método de mês-composto vinculado à amostragem por saturação (PIRES, 2008).

1.1.1 A Teorização Fundamentada nos Dados - TFD ou *Grounded Theory*

Desenvolvida por Glasser e Strauss, em 1967, a Teorização Fundamentada nos Dados busca, a partir de uma amostra rigorosa, a elaboração de uma teoria² enraizada na realidade material onde os dados obtidos não são mera descrição, e sim instâncias representativas do fenômeno observado. Em sua concepção original, a TFD recusa prévias construções fechadas de conceitos e de hipóteses sobre o objeto estudado, os construindo com a progressão da pesquisa empírica (LAPERRIÈRE, 2008, p. 353-355).

Aperfeiçoada por Kathy Charmaz, a perspectiva construtivista da TFD se afasta das premissas positivistas de objetivismo, adotando as estratégias da Teoria como ferramentas úteis e não prescrições rígidas (CHARMAZ, 2001, p. 6397). Para Charmaz,

A teoria fundamentada nos dados numa perspectiva construtivista trata de perto a coleta de dados. Não pressupõe que os dados simplesmente existam em um mundo externo, aguardando descoberta. Nem pressupõe que um observador possa entrar no cenário da pesquisa como uma *tabula rasa*. Em vez disso, o que os observadores veem e ouvem depende de suas estruturas interpretativas anteriores, biografias e interesses, bem como do contexto da pesquisa, de suas relações com os participantes da pesquisa e dos modos de gerar e registrar dados. As perguntas que os observadores fazem ao mundo que coletam os dados empíricos da forma a estes dados (2001, loc. cit.) (grifos originais) (tradução da autora)³

As conclusões teóricas da pesquisa empírica a partir da TFD fornecem representações interpretativas da realidade, as quais constroem-se com base no marco teórico da investigação (CHARMAZ, 2001, loc. cit.). No presente trabalho, a Criminologia Crítica é a visão de mundo adotada, e as perguntas e descobertas se estruturam levando em conta as teorias e conclusões já postas.

² O termo *teoria* é utilizado em seu sentido mais amplo e completo, podendo consistir em simples hipóteses ou conceituações incipientes (BUDÓ; CAPPI, 2018, p. 37).

³ Texto original: "A constructivist grounded theory attends to data collection closely. It does not assume that data simply exist in an external world, awaiting discovery. Nor does it assume that an observer can enter the research scene as a *tabula rasa*. Rather, what observers see and hear depends upon their prior interpretative frames, biographies, and interests as well as the research context, their relationships with research participants, and modes of generating and recording data. The questions that observers ask of the empirical world shape data that they select from it" (grifos originais).

Dentre as estratégias da Teorização está o retorno a campo para completar eventuais lacunas nos dados e responder questionamentos que surgem durante a escrita, dando mais eficiência à coleta de dados (Ibidem, p. 6397).

A Grounded Theory (BUDÓ; CAPPI, 2018, p. 39) como método de análise de dados possui três etapas: a codificação⁴ aberta, a codificação axial e a codificação seletiva. A codificação aberta (LAPERRIÈRE, 2008, p. 358-360), primeiro momento de análise dos dados, refere-se à formulação de conceitos, a sistematização em categorias abstratas, dos elementos da realidade, codificando todo dado observado. Após, realiza-se a delimitação das propriedades dos conteúdos das categorias, minimizando e maximizando as diferenças, e a avaliação das dimensões das propriedades, avaliando questões como intensidade e frequência. Por sua vez, a codificação axial (LAPERRIÈRE, 2008, p. 360-361) traduz-se na comparação das propriedades e das categorias abertas, começando as elaborações teóricas e realizando o processo de confirmação através do retorno às observações iniciais. A codificação seletiva (LAPERRIÈRE, 2008, p. 361), etapa final do método, integra categoria e teoria, reduzindo o número de conceitos e aumentando a densidade teórica e abstrata, tornando as teorias aplicáveis a mais situações.

No decorrer do processo, as categorias são alteradas, subdivididas e acrescidas até a contradição por dado novo, atingindo a saturação. Isto é, as categorias e teorizações são aperfeiçoadas até que “as novas observações oferecem apenas novos exemplos que se encaixam nas categorias e propriedades já existentes, sem que haja necessidade de remanejá-las, pois não aparece nenhum dado novo relevante” (CAPPI, 2017, p. 408).

As etapas da Teorização não são lineares. Constantemente se realiza o retorno às anotações iniciais e aos dados empíricos, adaptando as categorias à realidade. Comparando dado com dado, conceito com conceito, dado com conceito e categoria teórica com categoria teórica (CHARMAZ, 2001, p. 6397), a TFD possibilita que a codificação dos dados e as reflexões teóricas caminhem juntos, conferindo coerência teórica à pesquisa (LAPERRIÈRE, 2008, p. 361).

1.1.2 A seleção do objeto empírico

⁴ Codificação trata-se da operação na qual são analisados, divididos, conceitualizados e categorizados os dados empíricos selecionados, podendo estabelecer relações de cunho teórico entre os resultados obtidos (BUDÓ; CAPPI, 2018, p. 39).

A seleção do objeto de análise empírica foi pensada a partir do problema de pesquisa - *como ocorreu a criação e a aplicação de jurisprudência pelo Tribunal de Justiça de Santa no âmbito da Recomendação n. 62 do CNJ durante a pandemia da covid-19?* - e da hipótese inicial do trabalho - *a jurisprudência criada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no âmbito da Recomendação n. 62 do CNJ não se fundamenta na materialidade do sistema carcerário catarinense e possui forte influência da ideologia da defesa social, sendo posteriormente usada como principal argumento nas decisões, refletindo a retroalimentação hermenêutica punitivista do sistema judiciário catarinense*. O trabalho busca analisar, considerando a alteração da realidade causada pela pandemia, a criação e a aplicação de jurisprudências nas decisões em sede de habeas corpus proferidas em 2020 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) abordando a Recomendação n. 62 do CNJ.

Objetivando a análise da *aplicação* da jurisprudência, a primeira amostra corresponde às decisões proferidas entre agosto e dezembro de 2020. Utilizou-se os seguintes parâmetros de pesquisa no site de busca de jurisprudências do TJSC: (a) inteiro teor; (b) pesquisa em acórdão do Tribunal de Justiça; (c) procurar resultados com a expressão “recomendação n. 62” "covid-19" "prisão preventiva"; (d) período entre 01/08/2020 a 31/12/2020; (e) filtrar os resultados por classe habeas corpus.

Após a obtenção de 97 resultados, optou-se pela formação de um mês-composto para a criação da amostra. Assim, a primeira semana do mês composto corresponde à primeira semana útil de agosto de 2020, 03 a 07 de agosto, com 9 decisões; a segunda semana, à 07 a 11 de setembro, com 9 decisões; a terceira semana, à 12 a 16 de outubro, é formada por 3 decisões; a quarta semana, correspondente à 23 a 28 de novembro, com 6 decisões; a quinta e última semana com 9 decisões proferidas no período de 01 a 04 de dezembro de 2020. Ao todo, a primeira amostra conta com 36 decisões selecionadas entre agosto e dezembro (Apêndice A).

Pela hipótese inicial da pesquisa, o Tribunal de Justiça, a partir de determinado momento, passou a utilizar as decisões proferidas no início da pandemia, na forma de jurisprudência, como autorreferência, legitimando as decisões. Assim, a segunda amostra foi selecionada a partir de decisões proferidas pelo TJSC e referenciadas na primeira amostra. Identificando as decisões citadas, selecionou-se para análise aquelas proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, resultando em 13 decisões (Apêndice C). Ao todo analisou-se 49 decisões.

A saturação das amostras foi atingida no decorrer da investigação. Através da saturação empírica,

o pesquisador julga que os últimos documentos, entrevistas ou observações não trazem mais informações suficientemente novas, ou diferentes, para justificar uma ampliação do material empírico (...) de um ponto de vista metodológico, ela permite generalizar os resultados para o conjunto do universo de análise (população) ao qual o grupo analisado pertence (generalização empírico-analítica). (PIRES, 2008, p. 198).

O princípio da saturação aplica-se aos limites de toda pesquisa, haja vista a impossibilidade de dar conta da realidade em sua totalidade (PIRES, loc. cit.).

Ademais, frisa-se a compatibilidade entre a técnica de amostragem e o método de análise de dados da TFD, pois para a “construção sistemática de uma teoria validada pelos fatos, o número de casos sustentando as categorias ou suas prioridades não importa tanto quanto a verificação sistemática dos elementos dessa teoria, que esses casos permitem fazer” (LAPERRIÈRE, 2008, p. 368).

1.2 O MAPA DA INVESTIGAÇÃO

A pergunta de pesquisa guiou-se por três objetivos específicos. Ao analisar as primeiras decisões referentes à Recomendação n. 62 do CNJ, buscou-se identificar *quais elementos da materialidade foram considerados na fundamentação decisória*. Já na análise das decisões selecionadas no segundo semestre de 2020, visou-se detectar *qual o peso das jurisprudências nas decisões e qual a relação desta com a materialidade*. O terceiro objetivo, por sua vez, perpassa os demais e almeja verificar a *influência da ideologia da defesa social nas decisões*.

O segundo capítulo dedica-se inicialmente à exposição das lentes teóricas do trabalho. Abordando a deslegitimação do sistema penal latino-americano, o genocídio em andamento da população negra e as técnicas de fuga da crise causada pela deslegitimação, usa-se a teoria de Eugenio Zaffaroni, dados do sistema prisional brasileiro e o pensamento de Luciano Góes. Explorando o Poder Judiciário, a ideologia da defesa social predominante é tratada a partir de Alessandro Baratta e Vera Andrade e a burocratização da agência de controle é analisada com base em Zygmunt Bauman e Eugenio Zaffaroni. Em seguida, discorre-se sobre conjuntura de transformação criada pela pandemia da covid-19 e o contexto da elaboração e do conteúdo da Recomendação n. 62 do CNJ. Adentrando a empiria, a segunda metade do capítulo apresenta

as categorias emergidas da segunda amostra das decisões, referente ao momento de criação da jurisprudência, e a tendência decisória identificada.

A primeira parte do terceiro capítulo destina-se à exposição da análise da primeira amostra das decisões, coletadas por mês composto de agosto a dezembro de 2020, comparando as categorias e as tendências decisórias identificadas e apresentadas no capítulo anterior. Posteriormente, discorre-se sobre o uso da jurisprudência e da materialidade nas decisões, contrapondo os elementos utilizados nas fundamentações com os dados divulgados por observatórios dos presídios. Por fim, realiza-se o diálogo dos resultados da pesquisa com os obtidos por demais pesquisadores brasileiros, visando compreender e levantar teorizações sobre o cenário nacional.

Concluindo o trabalho, realiza-se a retomada das discussões da pesquisa, conferindo se foi comprovada a hipótese inicial da investigação.

2 CONSTRUINDO PRECEDENTES

A descoberta do vírus Sars-Cov-2 altera o mundo há quase dois anos. Situação que modificou radicalmente as relações e o nível de risco à saúde em todos os níveis sociais, a pandemia fornece contexto inusitado às ciências criminais, abrindo oportunidade para que a dura realidade entre nas decisões judiciais. A Recomendação n. 62 foi emitida pelo Conselho Nacional de Justiça nesse cenário, visando o desencarceramento como medida de proteção à saúde e à vida da população privada de liberdade. Não muito depois, pedidos de habeas corpus com fundamento na covid-19 e na Recomendação começaram a chegar ao judiciário, forçando a tomada de decisões. A construção dos precedentes realizada nos meses iniciais da pandemia é objeto de análise do presente capítulo.

Previamente à apresentação das categorias e teoria emergidas dos dados, discorre-se sobre a formação do quadro em que se insere a pesquisa. O campo teórico no qual realiza-se o trabalho é exposto no primeiro momento do capítulo, seguido pela potencialidade transformadora da pandemia e a Recomendação n. 62 do CNJ. Encerra-se a divisão com a apresentação dos resultados da pesquisa empírica referentes à segunda amostra.

2.1 A COMPOSIÇÃO DO CENÁRIO

A compreensão de um objeto requer mais que uma olhadela. Anotações superficiais sobre suas dimensões, sem considerar onde o objeto se encontra e o que incide sobre ele pouco dizem sobre seu conteúdo. O aprendizado sobre o objeto também requer conhecimento sobre a observadora. O ângulo da observação e as ferramentas empregadas na inspeção revelam as informações buscadas pela pesquisa e os limites da investigação.

O tópico apresenta as bases teóricas e práticas do trabalho. Dividindo-se em dois subtópicos, expõe as lentes usadas para analisar os dados e o quadro inicial da pandemia.

2.1.1 As lentes da pesquisa

A investigação do mundo não é realizada às cegas. A maioria dos fenômenos sociais já foram objeto de pesquisas anteriores, com descobertas e definições de perspectivas para estudos futuros. Marco teórico do trabalho, a Criminologia Crítica parte do enfoque materialista

e, através da análise radical das funções reais e dos mecanismos do sistema penal na atual sociedade capitalista marginal, busca a criação de uma política criminal alternativa e autônoma, das classes subalternas (BARATTA, 2002, p. 197). Com a Criminologia Crítica, altera-se o foco de estudos do autor para as condições estruturais, funcionais e objetivas do sistema criminal e o enfoque passa a ser na construção da realidade social e não nas causas do evento desviante (BATISTA, 2012, p. 89).

Isso posto, no primeiro momento do sub tópico discorre-se sobre a deslegitimação do sistema penal no contexto latino-americano e os mecanismos de fuga empregados pelos agentes para evitar a crise do sistema e relegitimá-lo. Após, aborda-se aspectos nucleares do Poder Judiciário moderno, a dominância discursiva da ideologia da defesa social e a burocratização da agência de controle.

2.1.1.1 Entre discurso e realidade: a deslegitimação do sistema penal e os mecanismos de fuga

A situação carcerária brasileira é inquestionavelmente dramática. A realidade do sistema penitenciário pátrio foi reconhecida como Estado de Coisas Inconstitucional⁵ pelo Supremo Tribunal Federal na medida cautelar da ADPF 347, em 2015. O sistema carcerário brasileiro é, portanto, quadro de violações sistemáticas de direitos humanos, sendo verdadeira falha estrutural representada pela falta de coordenação entre as medidas legislativas, orçamentárias, judiciais e legislativas, reconhecendo-se que para superar as violações são necessárias mudanças estruturais (CAMPOS, 2015).

Constatar a precariedade do sistema e efetivamente agir para transformá-lo são coisas distintas. A desconsideração constante das violações de direitos que ocorrem nas prisões, segundo o ministro Gilmar Mendes (GOES, S. 2021) fazem do sistema carcerário brasileiro uma das maiores tragédias humanitárias da história do Brasil.

Buscando a legitimação do sistema criminal, o discurso jurídico oficial proclama (SANTOS, 2012, p. 5-7) que o direito penal visa a proteção de bens jurídicos e de valores importantes para a sociedade mediante a sanção estatal, produzindo uma aparência de neutralidade da atuação do sistema de justiça criminal. Segundo os preceitos declarados, a

⁵ Estado de Coisas Inconstitucional, é, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) “quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.”

atuação do poder punitivo obedece aos princípios da legalidade penal e da legalidade processual, exercendo o poder de punir na estrita medida estabelecida em lei e em todos os casos de violação legal (ZAFFARONI, 1991, p. 21).

A realidade catastrófica do sistema criminal é tão contrastante com o discurso jurídico oficial que o desarma ao mais singelo toque (Ibidem, p. 12). Os preceitos da Criminologia Crítica Latina Americana frente ao lamentável quadro encontram fácil verificação: o sistema penal⁶ não apenas deixa de cumprir as funções declaradas do discurso-jurídico oficial como é projetado para cumprir as funções reais e não declaradas (ANDRADE, 1997; SANTOS, 2012; ZAFFARONI, 1991; BARATTA, 2002).

As funções ou objetivos reais do Direito Penal são compreendidas através do papel político de controle social nas sociedades contemporâneas desempenhado pelo sistema (SANTOS, 2012, p. 6). Tal controle institui e garante as condições materiais da vida social, protegendo as necessidades e interesses dos grupos que possuem o poder político, social e econômico, ao passo que obrigatoriamente excluem ou reduzem os interesses e necessidades dos grupos sociais marginalizados. Na sociedade de classes sociais, com correspondente luta de classes, o papel do Direito Penal é proteger as estruturas da estratificação social, desde as condições materiais dessas estruturas até as formas políticas e jurídicas que regulam a disputa de classes - garantindo a ordem social estratificada, o Direito Penal garante a desigualdade social (Ibidem, p. 7).

A excelência com a qual o sistema penal cumpre seu papel no controle social é indicativo de vícios estruturais do exercício do poder punitivo:

Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. *A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.* (ZAFFARONI, 1991, p. 15) (grifou-se)

⁶ O termo “sistema penal” ou “sistema criminal” é utilizado no sentido de “soma de exercícios de poder de todas as agências que operam independentemente” (ZAFFARONI, 1991, p. 144).

O comportamento do Direito Penal na América Latina possui certas peculiaridades. Na obra *Em busca das penas perdidas*, Zaffaroni (1991, p. 121-122) demonstra a função não declarada de contenção da população do sistema criminal na margem, selecionando prisioneiros e mortos sem processo. A leitura dos dados, segundo o autor, deve ser feita com o percentual de presos preventivos do país: no Brasil, 31,9% dos presos não possuem condenação transitada em julgado (G1, 2021).

A cautelaridade do aprisionamento latino americano evidencia que o poder punitivo marginal é exercido por contenção de indivíduos considerados perigosos, sendo um direito penal com periculosidade presumida (ZAFFARONI, 2007, p. 71). A contenção através da neutralização⁷, seja temporária (prisão) ou definitiva (morte), é eficientemente cumprida.

Há quem tente negar a calamidade do sistema, mas os corpos sequestrados pela máquina punitiva são dados inquestionáveis. A população carcerária brasileira é composta majoritariamente pela população jovem (54%) e negra/parda (63,3%) (INFOPEN, 2017, p. 30-31). Em 2020 foram 6.416 vítimas fatais de intervenções de polícias, uma média de 17,6 mortos por dia pelas polícias estaduais (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 1). A mão violenta do Estado recai sobre os mais vulneráveis, continuando o genocídio (neo) colonialista (ZAFFARONI, op. cit., p. 123-125; FLAUZINA, 2006).

O racismo no Ocidente não pode ser negado. Na realidade, é estrutural, estruturante, ontológico e condicionante de relações de todo o Ocidente, orientando construções político-sociais (NASCIMENTO, 2007 *apud* GOES, L. 2017, p. 56). No que tange a estruturação do sistema punitivo marginal e sua estreita ligação com o racismo, ensina Zaffaroni (1991, p. 77) que a margem não segue o modelo disciplinador de Bentham, e sim o lombrosiano, buscando manter a ordem racial que sustentava a economia periférica mesmo que por meio de violentas agressões e mortes.

Após a abolição da escravatura, o modelo de exploração e exclusão foi redefinido, mas não suprimido. A superioridade racial antes era endossada cientificamente, após passaram a orientar-se pelos preconceitos de cor, objetivando deixar os negros em posições subalternas, onde não ameaçasse as posições sociais dos brancos (GOES, L. 2017, p. 67). A atuação do sistema de controle pelo poder punitivo exerce função central na manutenção da estrutura racista da sociedade contemporânea marginal.

⁷ A teoria da prevenção especial da pena possui três efeitos: a intimidação dos infratores ocasionais, a neutralização dos infratores não suscetíveis de correção e a correção dos delinquentes suscetíveis de correção (ANITUA, 2008, p. 367-369).

Em análise de políticas criminais mais recentes, tem-se que a face oculta(da) da guerra às drogas é o racismo (Ibidem, p. 65). A questão central envolvendo a proibição de certas drogas e a movimentação do aparelho estatal na guerra criada não é a periculosidade da droga e sim o uso dessas pela população negra. É a nova e (re)legitimada face do genocídio negro⁸, criminalizando o “fumu d’Angola” e utilizando o sistema penal como instrumento de dominação racial (Ibidem, p. 13). Nas palavras de Luciano Góes,

O direito penal desigual, nesse plano, é transformado em instrumento a serviço da branquitude, um presente conferido ao branco por um mundo branco, corolário de inúmeros privilégios, concretos e simbólicos (SCHUCMAN, 2014), significando imunização criminológica de seus pares, esvaziando a tutela constitucional (Ibidem, p. 63).

O punitivismo do senso comum é fértil campo para a renovação e proliferação dos perigos causados pela população negra. Nesse sentido, Marildo Menegat (2012), de acordo com Luciano Goes (2017, p. 72), afirma que a cruzada contra o pesadelo do “fantasma negro” que atormenta a “sociedade de bem” deve ser travada na periferia da periferia, sintoma da bárberie em roupas de civilização.

Os dados levantados sobre o sistema criminal brasileiro corroboram a afirmação de continuação do genocídio da população negra. Frente à deslegitimação do sistema pela incoerência entre materialidade (seletividade e genocídio) e discurso jurídico oficial, o sistema penal recorre a mecanismos de negação, buscando conservar a antiga (e ilusória) segurança jurídica (ANDRADE, 2003).

O discurso passa a reconhecer alguns problemas do sistema, à medida que, argumentativamente, evita confrontar a crise - é socialmente falso e perverso. Falso porque se desvirtua do *dever ser* de um *ser que ainda não é* e converte-se em um *ser que nunca será*, enganando e iludindo. E perverso⁹ pois torce-se e retorce-se, realizando verdadeiros malabarismos argumentativos, para ocultar a percepção da função real do sistema punitivo (ZAFFARONI, 1991, p. 12-19)

⁸ O objetivo do trabalho não é aprofundar-se sobre as estruturas racistas e genocidas do sistema de justiça criminal brasileiro, contudo, impossível abordar a realidade do sistema penal sem colocar em pauta tal pilar estruturante. Para aprofundamento do tema, indica-se os escritos de Ana Luiza Pinheiro Flauzina, *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*; Luciano Góes, *130 Anos de (des)ilusão: A farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados*; Felipe da Silva Freitas, *Corpos negros sob a perseguição do Estado: política de drogas, racismo e direitos humanos no Brasil*.

⁹ O termo é utilizado pelo autor no sentido de “verter”, “transformar”, “alterar” (ZAFFARONI, op. cit. p. 19)

Eugenio Zaffaroni (1991, p. 80-84) elenca três mecanismos de fuga: a negação epistemológica da deslegitimação, a fuga para o retribucionismo e a funcionalidade burocrática da agência judicial. O primeiro consiste na redução do discurso jurídico-penal à interpretação da lei, evitando dados da realidade não assimiláveis ao discurso, sob o pretexto da cientificidade e pureza metodológica da ciência jurídica. O uso dos dados é arbítrio do intérprete, mas o fator determinante da inclusão ou exclusão é “a magnitude do incômodo ou a dificuldade incorporativa do dado de realidade para a elaboração do discurso na medida do gosto do expositor” (ZAFFARONI, 1991, p. 80). Fuga para o retribucionismo, muito vinculada ao mecanismo anterior, consiste na atitude de ignorar a deslegitimação do sistema e a palpável crise do discurso oficial por temer o reducionismo sociológico e o aniquilamento do direito penal de garantias. Ignorar um problema por medo dos riscos e perigos que seu reconhecimento pode acarretar é, nas palavras de Zaffaroni (1991, p. 82-83), uma atitude histórica.

Por fim, a funcionalidade da burocracia do sistema judicial é mecanismo de fuga identificado na reação do órgão judiciário de afastar da sua responsabilidade questões sobre a legitimidade geral do sistema penal, centrando sua atuação na solução dos casos concretos conforme a legislação vigente. Apesar de tentar afastar-se do debate sobre legitimidade do sistema, a fuga burocrática acaba deslegitimada pela própria arbitrariedade do órgão¹⁰. A utilização desse mecanismo degrada a atividade judiciária vez que a esvazia de qualquer ética e a reduz a funções burocráticas (ZAFFARONI, 1991).

Não é novidade para a criminologia crítica a deslegitimação do sistema penal. Na América Latina, cujos mortos denunciam a brutalidade e o objetivo do sistema de controle punitivo, o discurso de proteção pela punição é profundamente tensionado pelo confronto com a realidade. Em meio a mortos que falam e vivos sem voz, esquecidos em prisões desumanas, o discurso ideológico prevalece dominante, relegitimando o sistema e dando continuidade ao ciclo de violências.

2.1.1.2 Poder Judiciário: a ideologia jurídico-penal dominante e a burocratização

¹⁰ Sobre a seletividade do sistema de justiça criminal: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal.

O Poder Judiciário brasileiro tem como traços estruturais a orientação ideológica das suas decisões e a divisão burocrática de suas funções (ANDRADE, op. cit., p. 137-138, 176). Compreender tais elementos e como se comunicam é indispensável para ler as decisões proferidas por seus órgãos.

2.1.1.2.1 A ideologia da defesa social

A Dogmática Penal e o homem de rua, conforme apontado por Alessandro Baratta (op. cit., p. 42) e Vera Regina Pereira de Andrade (op. cit., p. 137-138), tem como identidade ideológica declarada a dialetização entre o discurso da ideologia da defesa social e o discurso liberal. O termo ideologia empregado à defesa social é aquele com significado forte, conforme definição de Mario Stoppino: a Ideologia é uma crença falsa. Com origem no conceito definido por Marx, ideologia é falsa consciência das relações entre classes, é conceito negativo que elucida o caráter místico de falsa consciência de crenças políticas, isto é, a crença ideológica não corresponde aos fatos (STOPPINO, 1998, p. 585).

A ideologia da defesa social, definida por Baratta (op. cit., 42-43), é composta nuclearmente pelos seguintes princípios:

a) Princípio do interesse social e do delito natural: o direito penal tem como função proteger os interesses comuns a todos os cidadãos, os delitos naturais, e apenas uma pequena parte dos delitos é formada por arranjos políticos e econômicos, os delitos artificiais;

b) Princípio da finalidade ou da prevenção: a função da pena é de punir e de prevenir o crime; como previsão legal cria uma contramotivação adequada e justa ao comportamento desviante, como sanção concreta ressocializa o criminoso;

c) Princípio de igualdade: a criminalidade é comportamento de uma minoria desviante e a lei penal se aplica a todos os autores de delitos;

d) Princípio da legitimidade: o Estado é o legitimado para reprimir o desvio criminoso por meio de instância de controle, representa a reação legítima da sociedade dirigida à repressão do comportamento desviante e à revalidação das normas e valores sociais;

e) Princípio do bem e do mal: o crime é um dano causado à sociedade; o criminoso é um elemento negativo e disfuncional da sociedade; o crime é o mal e a sociedade é o bem;

f) Princípio da culpabilidade: o crime é a expressão de uma atitude reprovável à nível interno pois contraria os valores e as normas sociais inerentes à sociedade.

O legado da ideologia liberal que se diatiletiza com a ideologia da defesa social é o princípio da legalidade, podendo ser inserido entre os princípios da igualdade e da legitimidade. Isto é, não apenas está o Estado legitimado a controlar a criminalidade, como é autolimitado nessa função pelo Direito Penal, realizando-a dentro da estrita legalidade e do respeito aos Direitos Humanos (ANDRADE, op. cit., p. 137).

Essa identidade ideológica do discurso jurídico-penal oficial, mais do que um elemento técnico do sistema penal, tem função justificante e racionalizante do sistema (BARATTA, op. cit., p. 43). Todavia, os princípios que integram a ideologia da defesa social são confrontados criticamente por teorias sociológicas sobre a criminalidade (Ibidem, p. 47), não passando pelos embates teóricos.

A aplicação criminológica da sociologia do conflito nega o princípio do interesse social e do delito natural. As teorias da sociologia do conflito afirmam serem os interesses resguardados pelo Direito Penal aqueles pertencentes aos possuidores do poder, e não universais à sociedade (Ibidem, p. 117-131).

O *labeling approach* ou teorias da reação social¹¹ ressaltou o papel da interpretação e aplicação das regras jurídicas (Ibidem, p. 85-117). A criminalidade passa a ser entendida não mais como o comportamento de violação de uma norma, e sim uma realidade construída pela definição e reação do sistema criminal sobre o delito. As reações das instituições oficiais de controle atribuem a etiqueta de criminoso a determinados indivíduos, construindo a criminalidade. A pena não possui a função de reeducar o sujeito, prevenindo novos delitos, e sim a função de consolidar as mudanças na identidade deste, introduzindo-o à carreira criminosa. A criminalidade como comportamento rotulado como desviante, através da criminalização primária e secundária¹² estruturada sobre a estratificação social, contrapõe o princípio da igualdade.

As teorias psicanalíticas da sociedade punitiva questionam a validade do princípio da legitimidade e a legitimação do sistema penal. Segundo essas teorias, a reação estatal punitiva ao desvio é fruto de mecanismos psicológicos e considera o delito necessário e não extingüível da sociedade - e não um comportamento voltado a eliminar a criminalidade. (Ibidem, p. 49-58)

¹¹ Sobre a revolução paradigmática do *labeling approach*: ANDRADE, Vera. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social**: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência na ciência e no senso comum.

¹² Criminalização primária corresponde ao processo de definição da conduta desviada - quem detém o poder para dizer o que é crime?. Por sua vez, a criminalização secundária, ou processo de seleção, refere-se ao processo de atribuição do status de criminoso (ANDRADE, 1995, p. 30).

O princípio do bem e do mal foi colocado em xeque pela teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade. Compreendendo o desvio como fenômeno normal da estrutura social, como agente regulador da vida social, a dicotomia delito (mal) x sociedade (bem) perde amparo material (Ibidem, p. 59-67).

Por fim, o princípio da culpabilidade é negado pela teoria das subculturas criminais. Através da demonstração de que há valores e normas específicas dos diferentes grupos sociais (subculturas), nega a existência de um único sistema de valores e a consequente atribuição de culpa ou reprovação àqueles que não o seguem. A teoria vai além, mostrando como a distribuição desigual de acesso à cultura dominante leva as minorias sociais a aprenderem as normas das subculturas criminais, facilitando o comportamento desviante (Ibidem, p. 69-84).

O delinquente, dentro dessa lógica ideológica, é visto como “mal”, um elemento negativo, atuando contra a ordem social, vista como “bem”, atribuindo-se à pena um fim preventivo, buscando ressocializar o indivíduo até que possa retornar à sociedade (MACÊDO, 2019, p. 3). Entretanto, a análise das funções da pena criminal não pode limitar-se ao discurso oficial, devendo desvencilhar-se do véu de aparências da ideologia oficial do discurso jurídico, identificando as funções reais ou latentes da pena criminal, explicando sua existência, execução e aplicação nas sociedades com disputas de classes (SANTOS, 2012, p. 420).

A função principal da pena na ideologia da defesa social é proteger a sociedade do comportamento criminoso, posicionando o indivíduo no cárcere para reeducá-lo e ressocializá-lo para, então, reinseri-lo na sociedade (LEMOS; MORAIS, 2019, p. 72), isto é, possui a função de prevenção especial.

A função preventiva especial da pena possui o caráter positivo de correção, ou ressocialização, do condenado e o caráter negativo de neutralização, ou inocuidade, consistindo na incapacitação para praticar novos delitos (Ibidem, p. 424). Enquanto a prevenção especial positiva possui como pressuposto que o criminoso é um indivíduo errado, a prevenção negativa adiciona a característica de perigoso. Sendo perigoso, o indivíduo pode ser considerado como não passível de correção e a neutralização - por penas longas, perpétuas, morte, isto é, pela eliminação do indivíduo - passa a ser a forma de contenção das ações delitivas (informação verbal)¹³. O desdobramento da preponderância da defesa social frente ao indivíduo, na forma da ideologia da defesa social, aceita essa finalidade da pena.

¹³ Fala do prof. Ricardo Krug no minicurso de Teoria da Pena, curso online pelo INTROCRIM, em junho de 2020.

A pena e a prisão, dentro da lógica ideológica dominante, tornam-se verdadeiros depósitos de indivíduos excluídos da sociedade, neutralizando sua capacidade de fazer mal ao coletivo (BARATTA, 2015, p. 1). Não mais vistas como local e oportunidade para ressocialização, a pena e a prisão passam a ser identificadas como local de neutralização e sofrimento como castigo pelo delito cometido (Ibidem, p. 2). Na sociedade contemporânea, uma vez firmado o estereótipo de população inferiorizada, sem valor social e status, decorrente da mentalidade dualista de *bem e mal e nós vs. eles*, o sacrifício da vida e da dignidade dos “outros” delinquentes é aceito para manutenção da ordem social (LEMOS; MORAIS, 2019, p. 73).

Acrescenta-se que ideologia da defesa social e os seus desdobramentos na teoria da pena devem ser lidas a partir da seletividade do sistema penal, haja vista que a questão criminal se encontra em simbiose com as posições de poder da estrutura social (BATISTA, 2012, p. 23).

A crítica criminológica à teoria da pena define o Direito Penal como desigual em todos os níveis: a) na definição de crimes (criminalização primária), com proteção seletiva de bens jurídicos considerados essenciais pelas classes com poder político e financeiro, criminalizando comportamentos típicos das classes marginalizadas enquanto exclui da persecução penal os comportamentos típicos das classes hegemônicas; b) na aplicação das penas (criminalização secundária), em que a posição social do acusado é fator decisivo, estigmatiza-se seletivamente os marginalizados sociais e imuniza-se as elites políticas e econômicas; c) na execução penal, reprimindo os sujeitos vistos como sem utilidade para a sociedade. Tal concepção evidencia o significado de reprodução social e de conservação realizados pela seletividade do sistema penal, cujas sanções efetuam dupla função - a política de reproduzir e garantir a estratificação social e a ideológica de encobrir comportamentos nocivos das elites enquanto perseguem a população marginalizada (SANTOS, 2012, p. 452-453).

Pode-se falar, portanto, na negação radical do mito do Direito Penal igualitário, base da ideologia da defesa social. O Direito Penal não defende somente os bens essenciais a todos os cidadãos e o grau de tutela penal independe da danosidade das ações, já que este fator não é o determinante pela ideologia, e nem é aplicado o status de criminoso de modo imparcial (ANDRADE, op. cit., p. 282).

A permanência da ideologia da defesa social como ideologia dominante no senso comum e no discurso jurídico, conforme observado por Vera Andrade (op. cit., p. 137-138) e Alessandro Baratta (op. cit., p. 42), torna-se especialmente desconcertante após a negação

sistemática dos princípios formadores da ideologia e das consequências de sua repercussão na teoria da pena.

2.1.1.2.2 Burocratização do judiciário

A matriz do Estado moderno, que detém o monopólio da violência física com controle centralizado, racionalizado e burocratizado, condiciona a natureza do sistema penal (ANDRADE, 1997, p. 176). Dentre as características da modernidade, Zygmunt Bauman (1998, p. 73) destaca o despertar do sentimento de proteção pela noção de superioridade civilizatória. É dizer, a sociedade moderna pensa estar protegida da queda à barbárie devido à alegada superioridade racional e moral - seja em relação ao Outro ou ao Passado - e aos conhecimentos científicos.

A proteção da modernidade não passa de uma ilusão: foi a lógica moderna que possibilitou o Holocausto¹⁴ e que não possuía mecanismos para evitá-lo (Ibidem, p. 76). Apesar da inegável singularidade do Holocausto, somente a combinação dos fatores é incomum; não cada fator em si (Ibidem, p. 81). Não há certeza, completa Bauman, que, se existia algum elemento da ordem social que tornou possível o Holocausto, foi eliminado desde então (Ibidem, p. 75).

Nesse sentido, Bauman destaca dois pontos da modernidade com potencialidade destrutiva:

Primeiro, processos ideativos que por sua própria lógica interna podem levar a projetos de genocídio e os recursos técnicos que permitem a sua efetivação, não apenas se revelaram plenamente compatíveis com a civilização moderna, como foram condicionados, criados e fornecidos por ela. O Holocausto não só, misteriosamente, evitou o choque com as normas e instituições sociais da modernidade, mas foram essas

¹⁴ Sobre o possível alarmismo da utilização do Holocausto e a lógica moderna: “Só podemos suspeitar que as condições que um dia deram origem ao Holocausto não foram radicalmente transformadas (...) seria de bom alvitre evitar a tentação de usar as imagens desumanas do Holocausto a serviço de uma posição partidarista sobre conflitos humanos maiores ou menores mas no geral corriqueiros, de rotina. O extermínio em massa foi a forma extrema de antagonismo e opressão, mas nem todos os casos de opressão, ódio e injustiça comunitários são “como” o Holocausto.” (BAUMAN, 1998, p. 75-76)

“Pelo fato de o Holocausto ser moderno, não segue que a modernidade é um Holocausto. O Holocausto é um subproduto do impulso moderno em direção a um mundo totalmente planejado e controlado, uma vez que esse impulso deixe de ser controlado e corra à solta. A maior parte do tempo, a modernidade é impedida de chegar a esse ponto. Suas ambições chocam-se com o pluralismo do mundo humano; elas não se realizam por falta de um poder absoluto suficientemente absoluto e de um agente monopolista suficientemente monopolista para conseguir desprezar, deixar de lado ou esmagar toda a força autônoma e portanto compensatória e suavizante.” (Ibidem, p. 80)

normas e instituições que o tornaram factível. Sem a civilização moderna e suas conquistas mais fundamentais, não teria havido Holocausto.

Segundo, *mostraram-se ineficazes todas essas redes intrincadas de controle e equilíbrio, barreiras e obstáculos que o processo civilizador erigiu e que, como esperamos e confiamos, nos defenderiam da violência e coibiram todas as forças superambiciosas e inescrupulosas*. Quando chegou a hora do assassinato em massa, as vítimas se viram sozinhas. Não apenas se haviam iludido com uma sociedade aparentemente pacífica e humana, legalista e ordeira — seu senso de segurança seria um fator poderosíssimo da sua ruína. (Ibidem, p. 76) (grifou-se)

O primeiro ponto dialoga com o denunciado pela Criminologia Crítica e aos limites ao qual a ideologia da defesa social pode levar a sociedade. Recorda-se que a neutralização da ameaça que certos indivíduos representam à sociedade, de acordo com a referida ideologia, leva à neutralização em seu caráter mais permanente: a morte. O racismo estrutural e o genocídio em andamento da população negra habitam o mesmo contexto, ampliando os motivos de alerta à modernidade.

Quanto à ineficácia das redes de controle e equilíbrio, destaca-se o papel das agências judiciais e a burocratização dessas. O uso da violência - uma vez estabelecida as condições do sistema penal brasileiro, compreender as decisões judiciais que submetem sujeitos às garras do poder punitivo como violência é o próximo passo racional -, quando submetido a critérios racionais e instrumentais e afastados de valorações morais dos fins, mostra-se mais eficiente e menos dispendioso. É justamente nesse patamar dissociativo que opera a burocracia (Ibidem, p. 84).

A dissociação mencionada é resultado de dois processos, paralelos e centrais ao modelo burocrático moderno: a divisão funcional do trabalho e a substituição moral pela ética. Dividindo-se funcionalmente o trabalho, distancia-se, pratica e mentalmente, o agente do aparelho burocrático do objeto concreto. O distanciamento significa que a maioria dos agentes podem dar ordens sem conhecimento pleno dos seus efeitos. A substituição da responsabilidade moral pela técnica é intimamente relacionada com a separação de funções de trabalho (Ibidem, p. 84-85). A diferenciação entre responsabilidade moral e técnica reside no fato dessa

esquecer que a ação é um meio para alcançar algo para além dela mesma. Como as conexões exteriores da ação são efetivamente removidas do campo visual, o próprio ato burocrático se torna um fim em si mesmo. (...) Uma vez isolados de suas longínquas consequências, a maior parte dos atos funcionalmente especializados ou passa facilmente no teste moral ou é moralmente indiferente. Quando desembaraçado de preocupações morais, o ato pode ser julgado em termos racionais inequívocos. O que importa então é se o ato foi executado de acordo com o melhor conhecimento tecnológico disponível e se o resultado alcançou a melhor relação custo-benefício. Os critérios são claros e fáceis de operar (Ibidem, p. 86)

Feita a dissociação, os funcionários da hierarquia burocrática focam suas preocupações morais na boa execução da tarefa; a moralidade do ato resume-se ao eficiente cumprimento de ordens (BAUMAN, loc. cit.). Mesmo quando a ação da burocracia estatal é imoral, ou seja, quando erros são cometidos pelos funcionários do Estado no âmbito da justiça criminal, as consequências recaem sobre o acusado - a lógica do sistema criminal presume que quem é acusado de um crime está errado, e estando errado não possui direitos (SILVA, I. 2018, p. 234).

Apesar do afastamento do agente burocrático da situação em que atua, limitando a moralidade da ação à execução satisfatória da tarefa, essa execução - com ou sem erros - também deve ser analisada a partir da lógica marginal do sistema de justiça criminal brasileiro: erros e acertos não são ocasionais e sim decisões que compõem a estrutura do sistema (ZAFFARONI, 1991).

De mãos dadas à dissociação anda a desumanização dos objetos da operação burocrática. A partir do momento que, devido ao distanciamento do agente com os objetos, esses são reduzidos a um conjunto de medidas quantitativas, a desumanização começa. A redução a meros números, os objetos - sujeitos humanos - perdem sua identidade e são desprovidos de sua humanidade (BAUMAN, 1998, p. 86-88).

Ainda, Bauman conclui que a repulsa cultural à violência e o culto à racionalidade e à superioridade moral da modernidade não foram suficientes para impedir atrocidades cometidas pelo Estado. Na realidade, as civilizações modernas possuem grande habilidade em coexistir pacificamente com o assassinato em massa (Ibidem, p. 93).

Os efeitos da burocracia moderna abordados por Bauman vão ao encontro do teorizado por Zaffaroni: a funcionalidade burocrática da agência judicial funciona como um mecanismo de fuga à deslegitimação do sistema penal frente a incoerência entre discurso oficial e materialidade. A potencialidade destrutiva da ideologia da defesa social, somada à lógica racista marginal, é intensificada pelas características da burocracia moderna. Portanto, para melhor compreender o funcionamento do Judiciário, a simbiose entre ideologia e burocracia deve ser feita constantemente.

2.1.2 Potencialidade transformadora da pandemia da covid-19

A pandemia da covid-19 oferece à justiça criminal *momentum* para reforma. Ao analisar o sistema carcerário estadunidense no início da pandemia, Benjamin Levin (2020, p. 2) concluiu que

a combinação de um vírus mortal e o sistema criminal norte americano representa uma crise humanitária. Reforma do sistema de justiça criminal, desencarceramento e abolição - causas que ganharam visibilidade nos últimos anos - de repente aparentam ser mais urgentes. Lidar com o crítico estado carcerário não é apenas a coisa certa a fazer; pode ser a única maneira de salvar a vida de 2,3 milhões de pessoas encarceradas e incontáveis outras que trabalham, vivem perto ou interagem com o sistema carcerário.

Essa situação excepcional e mentalidade de crise oferecem uma oportunidade importante para reexaminar as dificuldades vividas pelos afetados pelo sistema criminal e potencialmente salvar vidas no processo. Mas, também oferecem uma oportunidade importante para reconhecer a crueldade, desumanidade e destrutividade que definem a política criminal dos Estados Unidos, mesmo em tempos “normais”. Ou seja, muitos dos aspectos mais chocantes da administração do direito penal durante a pandemia são, na verdade, extensões de problemas que assolam o sistema em tempos “normais”. (tradução da autora)¹⁵

A mesma inferência pode ser feita com relação ao sistema carcerário brasileiro. Segundo as pesquisadoras Maíra Machado e Natália Vasconcelos (2021), a pandemia tem potencial para ser o momento-chave permissivo para transformar a cultura de violações massivas de direitos das pessoas presas, funcionando como uma janela de oportunidades para questionar práticas judiciais corriqueiras. A Recomendação n. 62 do CNJ, exposta no tópico a seguir, fornece a abertura para essa reavaliação, aconselhando o desencarceramento com base nas condições materiais às quais são submetidos os presos.

Partindo do neoinstitucionalismo histórico, área preocupada em explicar as relações entre a ação política e as instituições, associada às estruturas socioeconômicas e às ideias e crenças dominantes da comunidade política, Machado e Vasconcelos compreendem que as instituições, ocasionalmente, sofrem profundas transformações. Tais alterações são causadas por conjunturas críticas, “períodos relativamente curtos e contingentes em que um conjunto de

¹⁵ Texto original: “The arguments offered were simple and compelling: the combination of a deadly virus and the U.S. criminal system presented a humanitarian crisis.⁸ Criminal justice reform, decarceration, or abolition—all causes that had gained ground in recent years⁹—suddenly seemed more urgent. Addressing the massive and metastasized carceral state was not only the right thing to do; it might be the only way to save the lives of 2.3 million incarcerated people and countless others who work in, live near, or interact with the carceral system.¹⁰ This exceptional situation and crisis mentality offer an important opportunity to reexamine the hardships experienced by people affected by the criminal system and potentially to save lives in the process.¹¹ But, they also offer an important opportunity to recognize the cruelty, inhumanity, and destructiveness that define U.S. criminal policy even in “normal” times. That is, so many of the most shocking aspects of criminal law’s administration during the pandemic are actually extensions of problems that plague the system in “normal” times.”

fatores permite a suspensão das influências estruturais (econômicas, organizacionais, ideológicas) e do peso do modo de operações do passado sobre a ação política, permitindo novas formas de decisão” (Ibidem, p. 4).

As conjunturas críticas podem ser caracterizadas em “condições permissivas” e “condições produtivas”. As “permissivas” são os fatores ou condições que aumentam o poder de ação, possibilitando que caminhos diferentes dos tradicionais sejam seguidos. Essas condições descolam ou suspendem as relações que estabilizam a sociedade, abrindo janelas de mudança. Entretanto, apenas a oportunidade de mudança não é suficiente, é preciso que as “condições produtivas” - ideais e ideologias presentes no momento da crise e que dão forma aos novos caminhos tomados pelas instituições - ocorram simultaneamente (SOIFER, 2012, *apud* MACHADO; VASCONCELOS, 2021, p. 4-5). Assim, a pandemia da covid-19 é uma condição permissiva para a reforma do sistema prisional brasileiro.

A reforma do sistema prisional brasileiro enquanto movimento pauta, entre outras questões, que as condições de vida dos aprisionados sejam uma variável relevante nas decisões judiciais. Como bem apontam Maíra Machado e Natália Vasconcelos (2021, p. 12), “uma coisa é a pena prevista em lei, outra coisa é a pena imposta na sentença e uma terceira é a pena vivida por aquela pessoa”. Utilizando pesquisa realizada pelo historiador André Zysberg sobre as penas nas galés nos séculos XVII e XVIII, Machado e Vasconcelos (2021, p. 13-14) depreendem que mesmo quando a morte ou o risco de morte são consequências prováveis da sentença, esses efeitos amplamente conhecidos são aceitos, continuando os magistrados a impor o previsto nas legislações. O funcionamento da justiça criminal brasileira, para as autoras, não é diferente do ilustrado por Zysberg, permanecendo a pena vivida de fora dos processos decisórios de punição.

É nesse ponto que a pandemia e a Recomendação n. 62 do CNJ encontram especial potencialidade de transformar o sistema de justiça criminal brasileiro. O documento redigido pelo Conselho Nacional de Justiça estabelece que as condições da prisão - da pena vivida ou a ser vivida - devem ser consideradas no momento decisório (Ibidem, p. 16). A inquestionável crise sanitária mundial em que locais de alta circulação do vírus representam ameaça a toda a sociedade, é possível a pandemia causar uma fissura na lógica encarceradora, permitindo que a realidade prisional adentre as decisões.

2.1.2.1 A Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça

O fechamento de fronteiras devido à rápida transmissão da Covid-19 marcou março de 2020 como o início da pandemia no Brasil¹⁶. Instituições que estudam ou trabalham com o sistema carcerário logo visualizaram o potencial catastrófico da circulação do vírus no sistema já colapsado (IDDD, 2020d; INFOVÍRUS, 2020a).

A Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, publicada em 17 de março de 2020, surge nesse cenário. Recomendando aos Tribunais e magistrados que adotassem medidas preventivas contra o novo coronavírus, a Resolução estabeleceu como uma de suas finalidades específicas

Art. 1º, I – *a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade*, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;
II – *redução dos fatores de propagação do vírus*, pela adoção de medidas sanitárias, *redução de aglomerações nas unidades judiciárias*, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; (grifou-se)

Para reduzir os riscos epidemiológicos, os magistrados foram orientados a observar e considerar as medidas do art. 4º da Recomendação:

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. (grifou-se)

¹⁶ “O governo federal publicou uma portaria nesta quinta-feira (19) na qual determina o fechamento de fronteiras do Brasil com países vizinhos da América do Sul, em decorrência da pandemia de coronavírus” (MAZUI; AMATO, 2020).

A proteção à saúde e à vida das pessoas encarceradas é um dos principais objetivos da Recomendação e os parâmetros para a reanálise de prisões preventivas e substituições das penas privativas de liberdade razoáveis do ponto de vista humanitário e político criminal.

A Recomendação 62 teria vigência de 90 dias, sendo prorrogada sem alterações em 17 de junho, ainda no mandato do min. Dias Toffoli. Em 15 de setembro de 2020, cinco dias após a posse do min. Luiz Fux como presidente do CNJ e do STF, a Recomendação 78 foi editada, acrescentando o art. 5-A à Recomendação n. 62:

Art. 5-A. As medidas previstas nos artigos 4º e 5º 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. (NR)

Com a nova redação, a Recomendação foi prorrogada por mais um ano. A última alteração feita na Recomendação, até a conclusão do presente trabalho, foi a Recomendação n. 91 de 15 de março de 2021, cujo principal acréscimo foi a indicação de necessidade de plano de vacinação para a população encarcerada (IDDD, 2021).

Em março de 2020, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD (2020c), entrou com pedido liminar no STF para que os tribunais brasileiros respeitassem a Recomendação n. 62 do CNJ, diminuindo a população carcerária e evitando a disseminação do vírus no ambiente de alta vulnerabilidade. O requerimento foi realizado dentro da ADPF 347, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, e no qual o Instituto atua como *amicus curiae*. Segundo o presidente do IDDD, Hugo Leonardo, a superlotação do sistema já traria graves consequências na pandemia, mas, tendo em vista que o isolamento social é a principal medida adotada, é situação de emergência humanitária e tragédia anunciada.

Celas sem higiene, alimentação adequada, espaço e acesso restrito à água são realidades das pessoas privadas de liberdade, aumentando substancialmente o risco de contaminação. A adoção de medidas como suspensão de visitas e isolamento em casos de suspeita não são completamente eficazes, haja vista o trânsito de servidores e agentes penitenciários, aumentando as possibilidades de transmissão da covid-19 dentro e fora dos presídios (IDDD, 2020c).

O ministro Marco Aurélio de Mello proferiu decisão liminar favorável ao pedido do IDDD (2020b). A liminar, divulgada em 18 de março de 2020, orienta os juízes dos Tribunais

de Justiça e Regionais Federais a analisar as condições dos presos segundo os parâmetros da Resolução.

O julgamento do pedido pelo Plenário do STF, em 18 de março de 2020, revogou a liminar concedida pelo relator min. Marco Aurélio. A maioria dos votos pela revogação da liminar sustentou a decisão por não reconhecer o IDDD como parte da ação, mesmo o Instituto atuando como *amicus curiae* na ADPF. Entretanto, a motivação pela revogação da liminar pouco interfere nos resultados práticos da revogação, a não obrigatoriedade da Recomendação. Para o Instituto, “simbolicamente, nossas maiores autoridades judiciárias lavaram as mãos diante do risco de calamidade nos presídios do país com desdobramentos fora dos muros” (IDDD, 2020a). A potencialidade transformadora da Recomendação n. 62 é mitigada pelo Poder Judiciário logo em seus primeiros momentos de vida, restando aos magistrados optarem por respeitarem ou não as orientações do documento, escolhendo entre a continuação e a ruptura da lógica do sistema.

2.2 A ARQUITETURA DA PRISÃO

A pesquisa empírica dividiu-se em duas etapas: (1) análise da amostra de decisões do segundo semestre de 2020 e (2) análise das decisões proferidas durante a pandemia e referenciadas na primeira etapa. A segunda amostra, composta por 13 decisões (Apêndice C) correspondente ao momento de criação de entendimentos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no início da pandemia, será apresentada no presente tópico.

Devido à forma de seleção da amostra, cada processo analisado nessa etapa fora utilizado para fundamentar um argumento decisório, como exposto no quadro 01 abaixo:

QUADRO 01 - ARGUMENTOS RELACIONADOS

Argumentos a que se relacionam	Identificadores¹⁷
A aplicação da Recomendação n. 62 para a reanálise das prisões não é obrigatória	2.1 e 2.2
Não conhecimento das alegações sobre pandemia e Recomendação n. 62	2.3 e 2.4
As alegações de pandemia no sistema prisional não possuem respaldo	2.5

¹⁷ A numeração escolhida segue a seguinte ordem: “2” pela etapa da análise e o número subsequente pela ordem que os processos aparecem na pesquisa.

O ambiente prisional está resguardado contra a pandemia	2.6*
As medidas contra a Covid tomadas pelo presídio são suficientes	2.7* e 2.8*
Não há exigência da realização da audiência de custódia	2.9*, 2.10, 2.11* e 2.12
É preciso ter confiança na decisão do juiz da causa	2.13 ¹⁸

Fonte: Autora, 2021.

Os processos identificados com * no quadro 01 possuem a legenda “COVID-19, QUESTÕES DE ALTA COMPLEXIDADE, GRANDE IMPACTO E REPERCUSSÃO” atribuídas pelo Judiciário de Santa Catarina no sistema eproc. A frequência com que as decisões, usadas como citação jurisprudencial, foram referenciadas na primeira etapa da pesquisa vale registro: com exceção do processo 2.1, referenciado quatro vezes, as demais decisões apareceram apenas uma vez.

Adianta-se que os argumentos a que se relacionam as decisões desse momento de análise são centrais na tese jurídica da aplicação da jurisprudência¹⁹ e no entendimento firmado pelo Tribunal.

2.2.1 Tijolo a tijolo: a construção da prisão

Com base na análise das decisões, identificou-se padrões na construção argumentativa da tese jurídica sustentada pelo Tribunal referentes à Recomendação n. 62 do CNJ, à pandemia e à covid-19. Tal tese resume-se em duas palavras: *manter preso*. Para tanto, a construção da tese faz uso de categorias argumentativas, expostas a seguir.

2.2.1.1 Recomendação n. 62 do CNJ e pandemia: a não obrigatoriedade da aplicação e o medo do “salvo conduto” da prisão ou O Alicerce

A primeira categoria identificada é justamente a que reconhece a existência da Recomendação n. 62 do CNJ e da pandemia. Sem elaborações complexas, a decisão admite que há uma pandemia ocorrendo e que o Conselho Nacional de Justiça emitiu uma Recomendação

¹⁸ A decisão identificada 2.13 foi analisada na primeira fase da pesquisa e corresponde ao identificador 8.5.

¹⁹ Ver capítulo 3 PERPETUANDO ENTENDIMENTOS

aos magistrados sobre como agir no enfrentamento do vírus no sistema criminal. Logo após estabelecerem o quadro de crise sanitária e de existência de diretrizes desencarceradoras, a argumentação sofre um desvio: pondera sobre a não obrigatoriedade de aplicação da Recomendação, a necessidade de análise casuística e de criação de critérios pelo Judiciário para eventual aplicação e o objetivo de evitar possível utilização da pandemia como salvo conduto da prisão.

A ponderação da não obrigatoriedade da Recomendação é bem representada pelos trechos a seguir:

(...) de sorte que, conquanto a edição da Recomendação n. 62 pelo Conselho Nacional de Justiça tenha provocado uma verdadeira corrida ao Judiciário visando a libertação dos presos, provisórios ou definitivos, justamente por adentrar em matéria eminentemente jurisdicional, tal diploma não constitui documento de observância obrigatória pelos magistrados, embora o seja de suma importância para o enfrentamento da disseminação viral (decisão 2.1)

(...) não tenho dúvidas de que a concessão de prisões domiciliares ou, ainda, a revogação de prisões preventivas de forma automática ou desordenada é medida imprudente e desarrazoada, pois deixará a sociedade à mercê de indivíduos que, de forma justificada, não estão aptos para o retorno ao convívio social (...)

(...) o Superior Tribunal de Justiça se manifestou: (...) Necessário, a mim parece, que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie. (AgRg no HC 566.322/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020). (decisão 2.8)

Por fim, cabe referir que a situação de pandemia provocada pelo vírus COVID-19, conforme Orientação da (sic) ONS (sic), não pode servir de salvo conduto ou como instrumento de garantia de liberdade, de forma indistinta e generalizada, especialmente, se presentes os requisitos da prisão preventiva, como no caso, de modo que a situação vivenciada na atualidade em nada reflete no preenchimento dos critérios processuais da prisão preventiva. (decisão 2.11)

O receio de um desencarceramento desenfreado causado pela estrita observância da Recomendação guia a ponderação de sua obrigatoriedade. Abordando seletivamente a materialidade, os fundamentos acenam à gravidade da pandemia para, em seguida, esquivar-se da obrigação de agir para amenizá-la. A condição de prisão preventiva do sujeito parece estimular a flexibilização, funcionando como um atestado de não aptidão ao retorno ao convívio social, um fato auto justificante - a situação de preso preventivo ajuda a construir a base da tese argumentativa que o manterá preso preventivamente.

2.2.1.2 As medidas contra a Covid: do isolamento como ação de enfrentamento e providências tomadas pelo Poder Público ou As Paredes

Nessa categoria argumentativa, as medidas contra a pandemia são o elemento principal. O isolamento social, recorrentemente defendido como medida de enfrentamento²⁰ ao coronavírus, aqui aparece para sustentar que o presídio, por manter os indivíduos afastados da sociedade, é o local seguro por excelência. Para mais, as providências tomadas pelo Poder Público - desde alegada existência de equipe médica no presídio a outras medidas, apresentadas de modo vago - são utilizadas como determinantes certos da segurança dos presos. A mera existência de normas e diretrizes é suficiente para comprovar sua aplicação e eficácia contra o vírus.

O fragmento a seguir reúne os principais argumentos da categoria:

(...) consoante consignado alhures, é certo que o estabelecimento prisional da Comarca vem adotando procedimento compatível e tomando providências para resguardar a saúde e integridade dos presos e dos próprios funcionários da Instituição, daí porque a segregação in casu, não traz em si o risco de contaminação pelo ingresso do custodiado no sistema prisional, pelo contrário, o risco é menor do que a exposição ao meio social.

É fato público e notório que a pandemia causada pelo novo Coronavírus vem culminando na adoção de inúmeras medidas por parte dos agentes políticos e das autoridades de saúde, com o objetivo de conter sua disseminação. Foi então que a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde emitiram relatórios categorizando os denominados "grupos suscetíveis ou vulneráveis ao contágio", compostos por idosos, diabéticos, hipertensos, portadores de insuficiência renal crônica, de patologias respiratórias crônicas ou cardiovasculares, levando-se em consideração a taxa de letalidade da doença nesses indivíduos (informações extraídas do endereço eletrônico: <https://coronavirus.saude.gov.br/>, acesso em 27/03/2020). O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, editou a Recomendação n. 62 (...). (decisão 2.8 - grifou-se)

A menção à Recomendação n. 62 salta aos olhos, haja vista que o próprio órgão decisório a flexibiliza. Pelo teor das decisões, para o Judiciário catarinense, com exceção dele mesmo, os demais entes do Poder Público aplicam integralmente as medidas tomadas contra a pandemia, garantindo totalmente o direito à vida e à saúde dos indivíduos sob a tutela do Estado.

Além da Recomendação n. 62, a única medida especificada mencionada nas decisões é o Decreto n° 515 do Governo do Estado de Santa Catarina, que declarou situação de

²⁰ SORDI, Jaqueline. **Estudos mostram eficácia do isolamento social contra Covid-19 e projetam cenários**. 2020. Redes de escolas (Fiocruz). Disponível em: <http://redescola.ensp.fiocruz.br/estudos-mostram-eficacia-do-isolamento-social-contracovid-19-e-projetam-cenarios>. Acesso em: 24 ago. 2021.

emergência no estado e estabeleceu a suspensão de atividades não essenciais e outras medidas para a contenção da pandemia - nenhuma específica do ambiente prisional.

2.2.1.3 Sociedade acima do indivíduo: ponderando o risco pessoal do agente e o risco social causado pelo agente ou A Argamassa

Argumentação conhecida de quem atua ou estuda o sistema de justiça criminal, a ponderação entre as consequências negativas para o agente e o alegado risco social causado por esse faz-se presente nos processos analisados. A simetria entre os dois riscos se sustenta através do afastamento do risco à saúde e à vida do agente, encarcerado durante uma pandemia, e da periculosidade do agente, comumente identificada pelo crime cometido e preventiva decretada:

Com efeito, o acusado não está contido no chamado grupo de risco. Tem apenas 46 anos de idade e não comprovou comorbidades capazes de agravar o quadro geral de saúde. (...) Em acréscimo, realmente é aguda a periculosidade do segregado, *acusado da prática de crimes dotados de gravidade concreta* (roubo majorado e associação criminosa - aliás, apontado como integrante de pretenso grupo criminoso dedicado aos malfeitos de roubo na região de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul onde, no caso em processamento, foi flagrado após aterrorizante assalto, armado, de uma joalheria), risco social que não deve ser rechaçado (*até mesmo porque encontra-se preso cautelarmente desde o princípio dos autos*). *Desta feita, inexistente o risco à vida e à saúde, a pleito se esvai, especialmente tratando-se o segregado de agente seriamente perigoso.* (decisão 2.1 - grifou-se)

O suposto perigo social causado pelo agente caso posto em liberdade prevalece sobre os perigos à saúde se preso durante a pandemia. A ponderação é uma tentativa de acrescentar robustez e justificativa individual à tese central. Tentativa porque o argumento se baseia em dados não verificáveis - como quantificar o nível de perigo social de um agente em liberdade? - e a justificativa não é individual, visto que as fundamentações são padronizadas.

2.2.1.4 Inversão do ônus da prova: necessidade de comprovar risco frente a todos os possíveis cenários ou O Labirinto ao Redor da Prisão, A Defesa Intransponível

Categoria composta pelo maior número de argumentos, é onde a tese defendida constrói sua salvaguarda intransponível. A partir de elementos que poderiam ser usados para reverter o estado de prisão - condições do presídio, enquadramento nos grupos de risco, cuidados necessários na pandemia - o ônus da prova é invertido, passando a ser papel da defesa comprovar risco concreto frente a todos os possíveis cenários.

Formando um verdadeiro labirinto discursivo, cujo evidente propósito é evitar a concessão da liberdade, a argumentação se estrutura da seguinte forma:

- a. Requisitos para concessão da liberdade com base na Recomendação n. 62
 - i. Não comprovação dos requisitos:
 1. o agente não é do grupo de risco ou
 2. o agente não se enquadra nas exigências do magistrado (não possui idade avançada E não está preso há mais de 90 dias);
 - ii. Comprovação do requisito de pertencer a grupo de risco
 1. Não provou que o presídio não possui condições sanitárias ou que o vírus esteja circulando no presídio;
 - a. quando há comprovação de circulação de vírus no local, argumenta-se que existe equipe médica e medidas de segurança foram tomadas
 2. não provou que não pode receber tratamento no presídio;
 3. o quadro do agente é estável;
- b. Capacidade do presídio de lidar com a pandemia: não provou a ausência ou incapacidade de equipe médica e/ou não provou a ausência de medidas contra a Covid-19;
- c. Não comprovação de respeito individual às medidas de segurança caso seja solto, causando potencial risco social, contrastando com a garantia de que no presídio há respeito às medidas de segurança, representadas pela Recomendação n. 62.

Em contrapartida, estes são os requisitos da Recomendação n. 62

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.

Os requisitos elencados pelo Conselho Nacional de Justiça não são cumulativos, como levam a crer as decisões. O item “b”, inciso I do art. 4º lista uma série de situações fáticas que, caso o agente se encontre *em qualquer uma delas*, faz jus ao desencarceramento. As diversas provas de situação prisional excepcionalmente trágicas também não estão previstas na Recomendação.

Conclui-se que as decisões analisadas vão no sentido oposto da Recomendação: mesmo quando encarcerados em presídios superlotados, pede-se a comprovação da não disponibilidade de equipe de saúde... criando diversas exigências novas, sobre as quais o ônus da prova recai ao paciente, por elaborações criativas autônomas de requisitos sem respaldo legal ou de orientações.

As fundamentações a seguir, retiradas da mesma decisão, unificam as características principais da categoria:

Não provou que o presídio não possui condições sanitárias ou que o vírus esteja circulando no presídio:

Na hipótese em exame, denota-se que foram observadas tais circunstâncias e, embora conte o paciente com 60 (sessenta) anos de idade, não há informação de que se encontra em situação concreta de risco, tampouco acerca da existência de contaminação dentro do ergástulo no qual se encontra ou de que o estabelecimento prisional não esteja tomando medidas para evitar a disseminação do vírus intramuros, não se vislumbra ilegalidade flagrante no indeferimento do pedido formulado pela defesa. (decisão 2.9)

Quando há comprovação de circulação de vírus no local, argumenta-se que existe equipe médica e medidas de segurança foram tomadas:

No tocante ao Presídio de Criciúma, em que o Paciente se encontra segregado, vislumbra-se que, embora haja informações sobre a incidência do vírus no local, as medidas de barreira e controle da disseminação estão sendo realizadas, consoante determina o protocolo de assepsia recomendado pelo Governo do estado. Ademais, é certo que referido ergástulo conta com toda infraestrutura necessária ao pronto atendimento de possíveis casos que venham acometer o local, situação que se soma ao Decreto nº 515, de 17 de março 2020, do Governo do Estado de Santa Catarina, que declarou situação de emergência em todo território Catarinense, além de estabelecer a suspensão de atividades não essenciais, com regime de quarentena, e outras medidas para a contenção da pandemia (...) (decisão 2.9)

A fundamentação funciona como um labirinto argumentativo construído ao redor da tese (ou um golpe final contra o sujeito já moribundo). Mesmo que o agente consiga minar as outras fundamentações, aqui encontra um difícil obstáculo. Com a inversão do ônus de todas as provas, haja vista que um novo cenário sempre aparece na fundamentação, há uma

desproporção de dificuldade probatória ao agente ao passo que coloca uma venda no órgão decisório, impedindo o reconhecimento da situação desumana a que está sujeito o agente.

2.2.1.5 *Argumentação acessória*²¹: *audiência de custódia não é obrigatória e não conhecimento do habeas corpus*

Por fim, a última categoria é formada por argumentações que não entram no mérito da prisão preventiva e Recomendação n. 62: a não obrigatoriedade da realização da audiência de custódia e o não conhecimento do habeas corpus no que se refere à Recomendação n. 62.

A não realização da audiência de custódia devido à pandemia²², ensejou pedidos para o reconhecimento de nulidade pela ausência do ato processual. As respostas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina se sustentam em dois pilares: eventual nulidade pela ausência de audiência de custódia é suprida pelo respeito às garantias processuais e presença dos requisitos da prisão preventiva²³ e pandemia/Recomendação n. 62 autorizam a não realização do ato processual.

Com fundamentação extremamente formal - os pedidos já foram analisados em habeas corpus anterior - o não conhecimento do habeas corpus no que se refere à Recomendação n. 62 une-se à não obrigatoriedade de audiência de custódia por cumprir a tese de *manter preso* através de outro caminho argumentativo.

2.2.2 A prisão como projeto

A tese argumentativa que resulta na manutenção da prisão é montada como quem constrói um forte. Começa com O Alicerce, levanta As Paredes, aplica A Argamassa e finaliza construindo O Labirinto ao Redor. O forte, a prisão, que de longe parece ser resistente, foi

²¹ A menção à categoria é necessária para a visualização completa do cenário discursivo sobre a Recomendação n. 62 e a pandemia. Contudo, devido à sua característica secular, a análise não será aprofundada.

²² BRASIL. CNJ. **Audiência de custódia poderá ser feita por videoconferência na pandemia**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-podera-ser-feita-por-videoconferencia-na-pandemia/>. Acesso em: 15 ago. 2021. VIAPIANA, Tábata. **Epidemia da Covid-19 justifica dispensa de audiência de custódia, diz TJ-SP**. 2020. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-13/pandemia-justifica-dispensa-audiencia-custodia-tj-sp>. Acesso em: 20 ago. 2021

²³ As decisões pela não obrigatoriedade da audiência de custódia são objeto de alerta do Infovirus (2020a) do Instituto de Defesa pelo Direito de Defesa (2021). Apesar do tema não ser aprofundado no presente trabalho, há a pretensão de realização de estudos posteriores.

construído na areia, e o labirinto, que parece sem saída, pode ser trilhado com a criminologia crítica.

De início, a separação espacial dos argumentos referentes à Recomendação n. 62 se destaca. Em sua maioria, os pedidos são analisados ao fim das decisões, podendo, inclusive, a argumentação sobre a Recomendação n. 62/pandemia ser descolada do restante da decisão sem prejuízo. Isto é, a situação de presos preventivos dos acusados não é analisada *no contexto* da pandemia, e sim analisa-se a preventiva para *depois* analisar a pandemia. A potência transformadora da pandemia é diminuída antes de adentrar o teor da fundamentação, pela escolha de como os pedidos serão abordados na decisão.

A dedução mais racional e humanitária para o problema dos presos preventivos durante a pandemia é, no mínimo, a aplicação da Recomendação n. 62 sem criação de requisitos pelo Judiciário. A equação pandemia (crise sanitária global) + sistema carcerário brasileiro (declarado estado de coisas inconstitucional) resulta na conclusão de desproporcional risco à saúde e conseqüente flexibilização das prisões. Isso, é claro, se o problema é analisado por um viés humanitário e afastado da lógica de encarceramento. É essa a lógica que a argumentação decisória busca mitigar e reverter o resultado da equação - exclui-se a liberdade e busca-se a prisão.

O Alicerce da tese é o (semi) reconhecimento do problema-pandemia e das soluções ao alcance do judiciário para amenizar o sofrimento, a Recomendação n. 62. Depois da vírgula, vem a flexibilização: a pandemia é grave, mas não é salvo conduto; a Recomendação existe, mas é apenas uma recomendação.

As Paredes são erguidas diminuindo ainda mais a gravidade da situação dos presos. De repente, toda medida básica de segurança tomada pelo Estado ou dentro do ambiente prisional, já em quadro de desrespeito aos direitos básicos, é suficiente, na lógica discursiva, para resguardar a saúde e a vida dos encarcerados. São retirados elementos vagos da realidade - as “é público que o estabelecimento prisional da Comarca vem adotando procedimento compatível e tomando providências para resguardar a saúde e integridade dos presos e dos próprios funcionários da Instituição” (decisão 2.11) ou “medidas de contenção epidemiológica adotadas no ergástulo” (decisão 2.1) - ou que não representam efetiva segurança - a Recomendação n. 62 foi flexibilizada pelo próprio Judiciário e o Decreto n° 515 do Estado de Santa Catarina nem estabelece medidas de enfrentamento da pandemia no sistema carcerário - para fundamentar que há certo controle da pandemia, não sendo um grande risco.

Servindo como Argamassa para a construção da tese, a ponderação entre a periculosidade do agente e o risco à sua saúde aparece para adicionar robustez à flexibilização. Firmando a prevalência da sociedade frente ao indivíduo, desconsiderar os perigos da pandemia nos presídios se torna mais palatável.

O caminho discursivo culmina na construção do Labirinto, que cerca a tese como uma última e mais potente linha de defesa. Com a inversão do ônus da prova levada a todos os possíveis argumentos, cria-se um labirinto argumentativo do qual parece ser impossível sair. Não há riscos para o indivíduo pois não compõe um dos grupos de risco; caso faça parte de algum desses grupos, é preciso comprovar que não pode realizar tratamento no presídio ou comprovar que o vírus já circula no cárcere; comprovando que o vírus circula, deve comprovar que as medidas tomadas pela administração não são suficientes. A superação de um obstáculo apenas significa o encontro com um novo, ao mesmo tempo que os obstáculos são descritos de modo vago (quais as medidas tomadas pela Administração?).

A tese se sustenta no distanciamento seletivo da materialidade, colhendo informações apenas o suficiente para sustentar seu objetivo: a manutenção da prisão. O distanciamento permite a relativização do problema da pandemia nas prisões e é passo essencial para o resultado desejado. Foi necessário o trabalho argumentativo de afastar a decisão das condições precárias dos presídios, reconhecidas pelo Judiciário (ADPF 347), e da gravidade da pandemia, debatida publicamente²⁴.

A postura decisiva adotada pelo Tribunal se enquadra nos mecanismos de fuga à deslegitimação descritos por Zaffaroni (1991, p.80-84), intensificados pelas consequências da burocratização (BAUMAN, 1998, p. 73-97) da agência de controle, e é guiada pela ideologia da defesa social (BARATTA, 2002, 42-47).

O distanciamento entre o agente e o objeto humano, desumanizado pela lógica burocrática, facilita o processo de relativização da realidade. Negar a gravidade da pandemia nos presídios brasileiros é mais realizável a uma distância segura.

Esse processo, realizado com o uso seletivo de fatos, é, assim como a própria burocratização, mecanismo de fuga à deslegitimação do sistema. Não há como mitigar o raciocínio de que a pandemia no sistema carcerário brasileiro resulta em grave risco à saúde e

²⁴ MOREIRA, Andilhes; PINHEIRO, Lara. **OMS declara pandemia de coronavírus. 2020. G1.** Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 15 ago. 2021

vida da população encarcerada, levando ao reexame de prisões e flexibilização de requisitos para salvaguardar vidas sem que o problema, ou sua gravidade, seja negado.

Os princípios do bem e do mal e da culpabilidade são facilmente identificados na ponderação realizada entre os riscos ao indivíduo e os riscos à sociedade. O indivíduo é visto como sujeito não desejado na sociedade por ter cometido delito, sendo sua conduta universalmente reprovável e, por isso, é preciso sopesar os riscos que pode trazer à sociedade, boa, e os que o indivíduo (mal) será submetido na prisão. O desejo e a suposta necessidade de proteger a sociedade aparecem por toda a tese, revelando a ideologia usada como guia.

3 PERPETUANDO ENTENDIMENTOS

Estabelecido o entendimento do Tribunal sobre a Recomendação n. 62 e a pandemia nas prisões preventivas, passa-se à investigação das decisões de agosto a dezembro de 2020. Uma vez identificado o padrão discursivo, nesse momento a pesquisa desenvolve as proximidades e afastamentos argumentativos entre os períodos decisórios.

À aplicação da jurisprudência e à materialidade destinam-se o segundo sub tópico do capítulo. Conferindo frequência da aplicação, momento e modo de uso da jurisprudência, tece-se teorização sobre o papel que desempenha em contraponto à perpetuação do padrão decisório. Os dados da materialidade apontados nas decisões são verificados e colocados à prova pelas informações coletadas pelo Instituto de Defesa ao Direito de Defesa, Infovírus, Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e organizações de saúde. Por fim, faz-se diálogo dos resultados da pesquisa com os obtidos por pesquisadores brasileiros ao analisarem as decisões envolvendo a Recomendação n. 62 do CNJ em demais tribunais nacionais, visando compreender e levantar hipóteses sobre a composição do quadro nacional.

3.1 O CAMINHO ARGUMENTATIVO: SIMILARIDADES E DIFERENÇAS NA CONSTRUÇÃO DA PRISÃO

Compondo o grupo de análise sobre a aplicação da jurisprudência, a primeira etapa empírica do trabalho, são 36 decisões (Apêndices A e B) do segundo semestre de 2020 selecionadas a partir do método mês composto, descrito na introdução.

Da amostra selecionada²⁵, apenas um caso resultou na concessão da liberdade com fixação de medidas cautelares, com a utilização da Recomendação 62 para fundamentar a excepcionalidade da prisão preventiva na pandemia. Dos 35 acórdãos com prisão mantida, doze não abordam diretamente²⁶ a Recomendação n. 62 ou a covid-19 ou a pandemia.

²⁵ Importante mencionar que marcadores de raça e classe não foram encontrados nas decisões. Assim como as características pessoais dos magistrados, tais aspectos não eram foco da pesquisa, mas não se desconsidera que utilizar essa lente de análise pode trazer informações reveladoras sobre o processo decisório. Vale menção à pesquisa de Vasconcelos, Machado e Wang, *Pandemia Só das Grades para Fora: os Habeas Corpus Julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (2020)*, onde as decisões são analisadas considerando as características pessoais dos desembargadores.

²⁶ Os tópicos são citados nas decisões em trechos da primeira instância e não reavaliados no Tribunal, em jurisprudência sobre outros assuntos, mas que também trazem na ementa os temas ou em alguma orientação secular sobre procedimento do Tribunal durante a pandemia. Por não abordarem diretamente o problema de pesquisa do trabalho, a análise dessas decisões não será aprofundada.

3.1.1 Composição das categorias

A estrutura argumentativa das decisões do segundo semestre de 2020 permanece bem similar à identificada nas decisões referenciadas, analisadas no capítulo segundo. A tese construída pela argumentação permanece a mesma, *manter preso*, e os argumentos se dividem nas mesmas categorias. Nos próximos tópicos serão abordadas as pequenas diferenças e acréscimos argumentativos nas categorias.

3.1.1.1 O Alicerce ou Recomendação n. 62 do CNJ e pandemia

A base argumentativa da categoria permanece inalterada, o problema é breve e superficialmente reconhecido para, em seguida, ser relativizado. A diferença reside em uma leve transformação dos argumentos utilizados.

A não obrigatoriedade da Recomendação vem, muitas vezes, vinculada à revogação da liminar concedida pelo min. Marco Aurélio ao pedido do IDDD para a flexibilização das prisões (STF, 2015). O suposto possível salvo conduto da pandemia se transformou na afirmação de que o perigo do vírus não é um passe livre dado sem avaliação:

(...) consoante bem salientou o Ministro Rogério Schietti Cruz, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 567.408/RJ, "A crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, (sic) ineludivelmente (sic), *não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal.*" (trecho citado nas decisões 8.8, 8.9, 10.2 e 12.3²⁷) (grifou-se)

Observando a citação selecionada pelos Desembargadores, nota-se a prevalência pela preservação da paz social frente à segurança do indivíduo. As rédeas puxadas pela ideologia da defesa social ficam mais evidentes nessa etapa da pesquisa.

A não aplicação da Recomendação para o caso concreto também ganha mais corpo, os requisitos para a incidência dos benefícios estão cristalizados nas decisões.

²⁷ A lista de identificadores pode ser consultada no Apêndice 03. A numeração escolhida seguiu a seguinte ordem: o primeiro número corresponde ao mês que a decisão foi proferida e o segundo à ordem em que apareceram no site do Tribunal.

A categoria continua exercendo a função de Alicerce da tese defendida, mas agora com novas nuances e aparentando estar mais solidificada. Jurisprudências foram utilizadas para fundamentar a não obrigatoriedade da Recomendação em cinco casos (8.1, 8.2, 9.2, 11.1 e 12.3) e o não emprego da pandemia como (sic) passe livre (sic) em quatro processos (8.8, 8.9, 10,2 e 12,3).

3.1.1.2 As Paredes ou As medidas contra a Covid

O núcleo da categoria continua o mesmo: medidas tomadas contra a pandemia. Quando argumentado que o isolamento social como método principal de combate ao vírus, não é seguido pelo discurso de que o presídio é o isolamento por excelência e sim pela afirmação de que não há risco maior no cárcere. Há ainda a ponderação de que seria desproporcional libertar os presos enquanto a população precisa praticar o isolamento social, ficando presa em casa.

A fundamentação sobre o isolamento social não é seguida por qualquer dado que a corrobora além do raciocínio “presídio → isolamento da sociedade → isolamento é a medida principal contra o coronavírus → presídio é local seguro”:

(...) não há como se ignorar que o cerne dos esforços globais para contenção da patologia em comento possui direta conexão com orientações e/ou determinações de restrição da liberdade de ir e vir. A exemplo, o fechamento e/ou controle de acesso a comércios, indústrias e Estabelecimentos Públicos, e até mesmo o fechamento de fronteiras em âmbito Internacional, Nacional e Estadual. Ora, se medidas de isolamento e restrições à circulação de pessoas são o melhor caminho para o enfrentamento à emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (COVID-19), não há como se entender, como pretende fazer crer a defesa, na existência de um risco generalizado de contaminação da população carcerária. Até porque, os segregados, enquanto recolhidos no Estabelecimento Prisional, ao menos em tese, possuem menos contato com agentes externos, que na situação atual seriam possíveis transmissores da doença. (decisões 8.1, 8.2, 9.2, 11.1)

Embora coerente em estabelecer o pouco contato da população encarcerada com a sociedade, a fundamentação parece esquecer que o presídio não é absolutamente isolado da sociedade - os agentes penitenciários, as equipes de saúde, os agentes de segurança e os advogados estão em contato frequente com essa população - e que a população prisional brasileira vive em situação de superlotação, *muito* longe de respeitar o distanciamento social entre os presos, bastando um foco de entrada do vírus para que se alastre com facilidade.

Quanto à argumentação sobre as providências pelo Poder Público, mantém-se o tom vago, sempre uma variação de “medidas estão sendo tomadas para minimizar os reflexos da

pandemia ocasionada pelo Vírus COVID19” (decisão 8.5). Nas raras exceções quando especificadas quais são as medidas tomadas, são citadas a Recomendação n. 62, o Decreto o decreto nº 515 do Estado de Santa Catarina, a indicação do site <http://www.coronavirus.sc.gov.br/> para descobrir quais medidas foram tomadas pelo Poder Público, as Resoluções Conjuntas GP/CGJ n. 5 e 6 e as Orientações Conjuntas n. 5 e 6 CGJ/GMF.

A contradição argumentativa em flexibilizar a aplicação da Recomendação n. 62 no início do discurso para, em seguida, usá-la como medida eficaz para a proteção da saúde e da vida da população encarcerada já foi exposta. O decreto nº 515 apenas decretou estado de emergência no território catarinense, suspendendo atividades não essenciais, nada falando sobre as unidades prisionais. As Resoluções e Orientações Conjuntas são medidas adotadas pelo Poder Judiciário para evitar as possíveis transmissões do vírus nas atividades próprias do judiciário, como audiências e cotidiano no fórum. O site eletrônico indicado, apesar de necessário meio de comunicação em tempos pandêmicos, quando pesquisados os termos “presídio” e “prisão” não oferece resultados.

A utilização de jurisprudência foi pontual. Aparece em um processo (8.5) fundamentando a existência de medidas contra a covid-19, em um processo (8.8) respaldando a alegada falta de proporção em soltar os encarcerados enquanto a população está isolada em casa e em dois processos (9.1 e 9.6) amparando a segurança dos presídios pela existência de medidas contra a pandemia.

A entidade *providências tomadas pelo Poder Público*, que argumentativamente promete conter a propagação do vírus no ambiente prisional, não sobrevive à mais singela verificação de fatos.

3.1.1.3 O Labirinto ao Redor da Prisão ou Inversão do ônus da prova

A tortuosidade da categoria aumentou com o passar dos meses. Além dos argumentos que já se faziam presentes desde o início da pandemia, novas inversões argumentativas surgiram. Com isso, o núcleo da categoria se solidifica como a *inversão* do argumento, o retorcer do discurso para fazer caber a realidade na ideologia.

O discurso da presente categoria é muito eficaz em retorcer elemento ou fato notório (como a falta de higiene nos presídios²⁸) que seria favorável ao Paciente, e transforma o oposto em verdade, exigindo comprovação que beira à irracionalidade:

“Tal medida [soltura] seria inclusive arriscada, pois nada assegura que o reeducando irá cumprir a ordem de recolhimento domiciliar e os protocolos de higienização recomendados pela Organização Mundial de Saúde, os quais devem ser observados nas unidades prisionais, nos termos do art. 9º, inciso III, da Recomendação do CNJ.” (decisão 10.2) (grifou-se)

“No presente caso, não há a demonstração de que o paciente, segregado, encontra-se submetido a risco de contaminação maior do que estaria caso colocado em liberdade, sob regime domiciliar ou medidas alternativas.

(...) Tratando-se de indivíduo não comprovadamente inserido em quaisquer dos chamados "grupos de risco", as chances de agravamento de sua condição clínica e letalidade, mesmo na eventualidade de contaminação, são relativamente modestas, conforme cotidianamente divulgado pela imprensa e órgãos oficiais (a respeito, há alguns recentes estudos publicados pelo Centers for Disease Control and Prevention (CDC), agência governamental norte-americana voltada à prevenção e controle de moléstias:

<https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/69/wr/mm6913e2.htm?s_cid=mm6913e2_x> e <<https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/69/wr/mm6915e3.htm>>. Acesso em 15/04/2020).” (decisão 12.1) (grifou-se)

A fundamentação da decisão 12.1 referente à falta de risco para quem não compõem os grupos de risco chama especial atenção pela comprovação posterior da falsidade da alegação. Segundo especialistas, devido a frequência de exposição de pessoas que não compõem os grupos de risco ao vírus, não é possível mais afirmar que só há risco para essa parcela populacional (GARCIA; G1, 2021). Ao cruzarmos essa informação com o sistema carcerário brasileiro, onde todos estão igualmente expostos, a falha na argumentação se torna evidente.

Comprovações que, pela fundamentação das decisões formadoras do entendimento, levariam ao procedimento de soltura, sofrem revés quando realizadas. É esse o caso da comprovação de contaminações pelo vírus no ambiente prisional, torcendo a argumentação como no exemplo abaixo:

No que diz respeito à afirmação de que no ergástulo público em que segregado já foram constatados diversos casos de internos contaminados, além da ausência de comprovação, destaca-se que a própria recomendação mencionada orienta que, “[...] para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19 no âmbito dos sistemas prisional [...]” (art. 10, caput), há providências iniciais diversas da soltura que podem ser

²⁸ Em fevereiro de 2021, um grupo de familiares de detentos organizou um protesto em frente à penitenciária de Joinville. Além das reivindicações de visitas, apresentadas em um documento, o grupo denuncia a falta de produtos de higiene, limpeza e vestuário, e de um surto de sarna na unidade prisional (EVARINI, 2021).

adotadas, a exemplo da separação das pessoas sintomáticas e encaminhamento para tratamento de saúde. (decisão 9.1)

O labirinto argumentativo renova-se quando a barreira anterior é superada, fechando ainda mais as possibilidades de saída da prisão. Ademais, pertinente o questionamento: como comprovar que o sujeito irá cumprir as medidas de isolamento ou que está submetido a maior risco de contaminação através da linha argumentativa do Tribunal?

De modo semelhante como ocorre na categoria d'O Alicerce, a ponderação entre social e individual também aparece:

Não obstante a idade da paciente e a alegação de fazer uso contínuo de medicamento para controle da pressão arterial, *tais fatos não se sobrepõem à necessidade do cárcere*, em especial porque não há notícias da falta de condições sanitárias do local em que se encontra, a ponto de lhe colocar em maior risco de contaminação. (decisão 9.2) (grifou-se)

Na disputa entre a segurança do indivíduo frente ao risco concreto causado pela pandemia e o risco social que causaria caso solto, a sociedade ganha - mesmo que para fundamentar sua necessidade de defesa não apresente qualquer dado.

E nem é preciso, é o que diz os dados e a teoria. Quando a argumentação é regida pela ideologia da defesa social, o apelo à dicotomia bem e mal e aos outros princípios cerne ideológicos é suficiente para convencer o Judiciário e o cidadão comum, tendo em vista ser a ideologia dominante.

Somente um processo é respaldado por jurisprudência (11.03), usada para fundamentar a necessidade de comprovar risco, mesmo que o agente possua doença do grupo de risco.

3.1.1.4 A Argamassa ou Sociedade acima do indivíduo

Categoria em que a ideologia da defesa social é o núcleo, a (falsa) simetria entre risco social e risco individual com a prevalência do social sobre o individual continua presente nas decisões. Em um primeiro momento, ao analisar a categoria fechada, como nas decisões analisadas no Capítulo 2, a frequência com a qual surge parece ter diminuído. Contudo, uma análise mais aprofundada mostra que pequenos argumentos que fazem referência a preponderância da sociedade ao indivíduo aparecem na elaboração argumentativa das outras categorias, como mostrado nos tópicos anteriores e no exemplo a seguir:

Considerando que, no atual cenário, o risco de contaminação no interior do cárcere não denota situação de excepcional temeridade, deve prevalecer o interesse social na

segregação do paciente, afigurando-se incabíveis medidas alternativas que, na prática, submeteriam despropositadamente a comunidade a intenso risco. (decisão 12.1)

A transformação está na diluição da categoria, cumprindo ainda melhor o papel como Argamassa na construção da tese. A ideologia da defesa social aparece sem disfarces argumentativos e sem incomodar-se em apresentar fundamentos materiais:

Com isso em mente, não tenho dúvidas de que a concessão de prisões domiciliares é medida imprudente e desarrazoada, pois deixará a sociedade à mercê de indivíduos que, de forma justificada, não estão aptos para o retorno ao convívio social, alguns com histórico de criminalidade especialmente grave, seja pela natureza violenta ou hedionda das condutas apuradas. (decisões 8.1, 8.2, 9.2 e 11.1)

A ponderação entre sociedade e indivíduo ganhou novos contornos com a ponderação entre os deveres do Estado de garantia à saúde e garantia à segurança pública:

Não se olvida que o Estado, ao segregar indivíduos, seja em caráter provisório, com propósito cautelar, seja para a execução de reprimendas privativas de liberdade, assume a responsabilidade de lhes assegurar, dentro do cárcere, a incolumidade física e os atendimentos de saúde de natureza preventiva e curativa (art. 5º, XLIX, da Constituição Federal; art. 14 da Lei de Execução Penal; Portaria Interministerial n. 1.777/2003, dos Ministérios da Saúde e da Justiça). É certo, por outro lado, que ao Estado também é conferido o inafastável poder-dever de garantir a segurança pública (art. 144 da Constituição Federal). (decisão 12.1)

A categoria, então, se dilui e ganha um tom mais normativo. O que no momento da formação dos entendimentos aparecia de modo mais tímido e sutil, aqui encontrou o modo mais eficaz de cumprir sua função - oferecer mais robustez à tese. A diluição da categoria em etapas da construção das outras categorias se faz eficiente por ser mais difícil identificar e pontuar onde a ideologia aparece. Dificuldade de identificar os elementos do discurso é sinônimo de dificuldade na realização da defesa no processo penal, o que se adequa ao objetivo argumentativo-ideológico de manter as prisões.

3.1.1.5 Argumentação acessória

As argumentações acessórias continuam as mesmas, o não conhecimento do pedido com fundamentação na covid-19 e a não obrigatoriedade da audiência de custódia. Apresentam, contudo, pequenas variações, abordadas a seguir.

O não conhecimento do pedido com fundamentação na covid-19, fundamenta-se com formalismo: a alegação foi analisada previamente, não foi alegado previamente ao juízo de primeiro grau e falta de morosidade ou ato praticado pelo Estado que poderia causar risco à

saúde do indivíduo. Jurisprudência foi usada para fundamentar o não conhecimento em seis ocasiões, nas decisões 8.3, 8.7, 9.4, 9.8, 9.9 e 11.2.

Nas decisões 8.3 e 11.2, o não conhecimento impede qualquer apreciação sobre a situação problema da pandemia no sistema carcerário. A composição da argumentação da decisão 8.7, e 9.4 mesclam a argumentação acessórias com as outras categorias, usadas como completo ou reforço para o não conhecimento. Por fim, a argumentação 9.9, ao passo que não conhece as alegações sobre a pandemia, afirma que a existência da pandemia justifica atraso por parte do Judiciário:

Não se conhece, portanto, a impetração nesses tópicos. No que tange a alegação de excesso de prazo para a realização da Sessão do Tribunal do Júri, diante do seu cancelamento, tem-se que razão não assiste à Defesa. Isso porque, *não obstante o Paciente encontre-se segregado desde a data de 16 de fevereiro de 2019, deve ser levado em consideração a situação de crise instalada atualmente pela pandemia do novo Coronavírus*, a qual está demandando a adoção de inúmeras medidas excepcionais e retardando o andamento dos feitos independentemente da vontade dos profissionais envolvidos. (grifou-se)

Com o aprofundamento da pandemia, 15% dos pedidos de habeas corpus com fulcro no risco causado *pela* pandemia terem sido facilmente afastados da apreciação do judiciário é, em si, uma mensagem. À vista disso, a argumentação com roupagem formal utilizada pelo discurso jurídico apresenta-se como mais uma barreira para evitar o confronto da realidade do sistema com a ideologia do Judiciário.

No que tange à não obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, essa aparece em três decisões, 8.7, 10.3 e 12.2. Nas duas primeiras, são as únicas menções feitas na decisão à Recomendação n. 62 e à pandemia, e no processo 12.2 o pedido de nulidade pela ausência da audiência de custódia é acrescentado ao pedido de liberdade com base na Recomendação, aparecendo, portanto, em conjunto com as demais categorias.

Sustentando o não conhecimento do pedido no aspecto da pandemia, três processos usam jurisprudência (8.3, 8.7 e 9.4), e na defesa da ausência de ilegalidade na não realização de audiência de custódia, dois processos utilizam os precedentes do Tribunal (10.3 e 12.2).

3.2 FUNDAMENTANDO O CÁRCERE - JURISPRUDÊNCIA E MATERIALIDADE NAS DECISÕES

As decisões analisadas no tópico anterior dividem-se, com relação ao uso da jurisprudência e da fundamentação com base na Recomendação n. 62 e/ou pandemia, em cinco grupos:

1. a Recomendação/pandemia aparece na fundamentação do Tribunal mas não há uso de jurisprudência;
2. a Recomendação/pandemia aparece na fundamentação do Tribunal de forma secundária como em jurisprudência usada para fundamentar argumento não relacionado à pandemia;
3. algum argumento relacionado à pandemia é fundamentado por jurisprudência anterior à covid-19;
4. a Recomendação/pandemia aparece na fundamentação do Tribunal, com respaldo de jurisprudência produzida no período pandêmico:
 - 4.1. a jurisprudência utilizada foi produzida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina;
 - 4.2. a jurisprudência utilizada não foi produzida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina; e
5. a Recomendação/pandemia não aparece na fundamentação do Tribunal e sim na da primeira instância ou no parecer do Ministério Público.

Das 36 decisões estudadas, apenas 19 (52,78%) utilizam jurisprudência produzida durante a pandemia para fundamentar argumentação relativa à Recomendação n. 62 e à pandemia. Desses, apenas 5 utilizam dois argumentos com jurisprudência, nos outros 14 processos apenas um argumento é fundamentado com jurisprudência. A aplicação da jurisprudência nos processos não possui relação com os pedidos realizados pela defesa ou outro elemento individual particular presente na decisão.

Aqui, parte da hipótese inicial colide com a realidade. Diante da manifesta ausência de fontes sobre como proceder na atual situação brasileira - pandemia no ambiente prisional, já reconhecido como estado de coisas inconstitucional -, formou-se a hipótese de que o Judiciário, a fim de respaldar as decisões em alguma fonte do direito²⁹ cabível na atual conjuntura, recorreria à produção jurisprudencial para sustentar as decisões; isto é, recorreria à fonte

²⁹ De acordo com a distinção feita por Zaffaroni (2000, p. 84, apud BATISTA, 2004, p.1), as fontes do direito penal são fontes de produção da legislação penal, fontes de cognição da legislação penal, fontes de conhecimento do saber jurídico-penal e fontes de informação do saber jurídico-penal.

autoproduzida com o objetivo de legitimação da decisão. Frisa-se: no ano de 2020, havia apenas as produções dos Tribunais sobre o tema.

Todavia, a hipótese não foi comprovada em sua completude. Observou-se que a utilização de jurisprudência não é *necessária* para a construção da decisão. Mas também não se mostram indispensáveis as outras fontes do direito. Não há, nas decisões, indicação direta das fontes utilizadas para respaldar o objetivo pretendido, identificado como a manutenção da prisão. As argumentações são formulações criativas dos magistrados, restringindo-se a poucas linhas para cada categoria da decisão.

A partir da pesquisa, com a análise de julgados de diversos meses de 2020, notou-se que o padrão decisório permaneceu o mesmo no decorrer do ano, salvo pequenas alterações na estruturação das categorias. Na análise da população formada pelo mês-composto de agosto a dezembro de 2020, a saturação foi atingida logo no início da pesquisa. O segundo grupo amostral foi selecionado a partir do primeiro. Identificando-se que a reprodução feita é do entendimento e separadas as categorias que o compõem, verificou-se que segundo grupo amostral é formado por decisões relevantes na construção do entendimento que veio a se consolidar - cinco decisões são destacadas pelo judiciário como de grande repercussão e uma jurisprudência é utilizada quatro vezes na primeira amostra. Ademais, há correspondência entre os argumentos e a estruturação das decisões entre as duas amostras.

A perpetuação do entendimento firmado no início da pandemia é identificável pela permanência da mesma estrutura argumentativa nas decisões. Com o passar dos meses os argumentos foram apenas aumentando a eficiência para solidificar a Prisão, tapando eventuais lacunas com a diluição da ideologia da defesa social nas demais categorias e aumentando as contorções argumentativas para servirem ao propósito ideológico, ampliando o emaranhado labiríntico.

A identificação do forte padrão decisório - do entendimento consolidado - do Tribunal é respaldada pelos dados obtidos pela pesquisa. Cruzando tais informações com a frequência de utilização de jurisprudência e a falta de indicação de fontes pelas decisões, conclui-se que as decisões do Tribunal baseiam-se no entendimento formado e consolidado pelo órgão nos primeiros meses da pandemia, sem referenciá-lo. E as jurisprudências, decisões do órgão, nada mais são que a expressão desse entendimento.

A prisão como regra nos pedidos de habeas corpus também foi identificada pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Em relatório divulgado (2021), dos 145 habeas

corpus impetrados com fundamento da pandemia de covid-19, apenas 10 foram concedidos. A Defensoria também verificou a tendência decisória do STJ: de 90 decisões, os habeas corpus 62% não foram conhecidos ou foram negados e, entre os 38% restantes, declararam 24 “prejudicados” e 14 aguardam julgamento de mérito (INFOVÍRUS, 2021b).

Nos momentos de aplicação da jurisprudência, essa apresenta-se como decisão que passou por análise profunda do caso. A imagem projetada é de averiguação significativa da situação jurídica e fática. Assim, a maneira como a materialidade aparece nas fundamentações faz-se relevante.

Manifestação mais clara da materialidade nas decisões, a referência às medidas tomadas pelo Poder Público é feita vagamente. No contexto pandêmico, onde medidas são, ou deveriam ser, tomadas pelo Poder Público frequentemente, a mera indicação da existência das ações do Estado não é sinônimo de medidas tomadas para contenção do vírus nos presídios. A não correlação evidencia-se pela indicação das providências tomadas pelo Estado de Santa Catarina nas decisões.

O decreto nº 515 do Governo do Estado declara situação de emergência, importante para o enfrentamento do vírus em Santa Catarina, mas nada estabelece para o ambiente prisional. As Orientações Conjuntas n. 5 e 6 do CGJ/GMF determinam diretrizes ao Judiciário, como possibilidade de prorrogação da saída temporária (Orientação n. 6, item 1), e não preveem medidas para os presídios. No mesmo sentido, as Resoluções Conjuntas GP/CGJ n. 5 e 6 consolidam ações para mitigar os riscos no âmbito do Poder Judiciário catarinense. Em pesquisa no site de controle da pandemia no Estado, indicado como local de compilação dos protocolos de segurança de Santa Catarina, pelos termos “prisão” e “presídio”, não há resposta.

As medidas tomadas pelos documentos jurídicos referenciados não se destinam à proteção específica da população encarcerada. A Recomendação n. 62, nos artigos 9 e 10³⁰ traz

³⁰ Art. 9º Recomendar aos magistrados que, no exercício de suas atribuições de fiscalização de estabelecimentos prisionais e unidades socioeducativas, zelem pela elaboração e implementação de um plano de contingências pelo Poder Executivo que preveja, minimamente, as seguintes medidas:
I – realização de campanhas informativas acerca da Covid-19, ações de educação em saúde e medidas de prevenção e tratamento para agentes públicos, pessoas privadas de liberdade, visitantes e todos os que necessitam adentrar nos estabelecimentos;
II – procedimento de triagem pelas equipes de saúde nas entradas de unidades prisionais e socioeducativas, com vistas à identificação prévia de pessoas suspeitas de diagnóstico de Covid-19 e prevenção do contato com a população presa ou internada;
III – adoção de medidas preventivas de higiene, tais como aumento da frequência de limpeza de todos os espaços de circulação e permanência das pessoas custodiadas e privadas de liberdade, com atenção especial para higienização de estruturas metálicas e algemas, instalação de dispensadores de álcool gel nas áreas de circulação, entre outros;

diretrizes para o combate ao vírus no ambiente prisional, é o único documento citado a realizar tais prescrições.

A flexibilização realizada pelo Judiciário à Resolução n. 62, sob o argumento de que as recomendações não são obrigatórias, não é considerada quando necessário comprovar uma postura ativa do Estado no combate ao vírus. O próprio conteúdo linguístico da Resolução também não é ponderado: o caput do art. 9º recomenda que os magistrados *zelem* pela elaboração e implementação de contingências. Não há, no documento, a *elaboração* de protocolos de segurança para as unidades prisionais.

Não parece ocorrer ao órgão decisório que a existência de um documento jurídico não implica em sua aplicação. Também não ocorre qual o nível de eficácia das eventuais diretrizes estabelecidas no combate ao vírus. Processo racional inusitado, considerando o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, o qual implica no

IV – abastecimento de remédios e fornecimento obrigatório de alimentação e itens básicos de higiene pela Administração Pública e a ampliação do rol de itens permitidos e do quantitativo máximo de entrada autorizada de medicamentos, alimentos e materiais de limpeza e higiene fornecidos por familiares e visitantes;

V – fornecimento ininterrupto de água para as pessoas privadas de liberdade e agentes públicos das unidades ou, na impossibilidade de fazê-lo, ampliação do fornecimento ao máximo da capacidade instalada;

VI – adoção de providências para evitar o transporte compartilhado de pessoas privadas de liberdade, garantindo-se manutenção de distância respiratória mínima e a salubridade do veículo;

VII – designação de equipes médicas em todos os estabelecimentos penais ou socioeducativos para a realização de acolhimento, triagem, exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação, referenciamento para unidade de saúde de referência e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos, observando-se o protocolo determinado pela autoridade sanitária;

VIII – fornecimento de equipamentos de proteção individual para os agentes públicos da administração penitenciária e socioeducativa; e

IX – planejamento preventivo para as hipóteses de agentes públicos com suspeita ou confirmação de diagnóstico de Covid-19, de modo a promover o seu afastamento e substituição, considerando-se a possibilidade de revisão de escalas e adoção de regime de plantão diferenciado.

Art. 10. Recomendar o procedimento a ser adotado para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19 no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo, adotando-se as providências:

I – separação de pessoa que apresentar sintomas envolvendo tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar, batimento das asas nasais ou febre, ou que teve contato próximo de caso suspeito ou confirmado de infecção pelo vírus, bem como o encaminhamento imediato para implementação de protocolo de tratamento de saúde previsto pelo Ministério da Saúde para os casos suspeitos de Covid-19 e sua devida notificação à Secretaria Municipal de Saúde;

II – encaminhamento imediato para tratamento em unidade de saúde de referência das pessoas que apresentem dificuldades respiratórias graves associadas à Covid-19;

III – comunicação imediata ao juízo competente para avaliar a substituição da prisão ou medida socioeducativa de meio fechado por medida não privativa de liberdade, particularmente na ausência de espaço de isolamento adequado ou de equipe de saúde, nos termos da presente recomendação.

Parágrafo único. Deve ser assegurado o pleno direito à informação sobre as providências adotadas em virtude de suspeita ou confirmação de diagnóstico de Covid-19 às pessoas privadas de liberdade, bem como a seus familiares e defensores.

reconhecimento da não aplicação da Lei de Execuções Penais e do respeito aos direitos humanos básicos, e a própria flexibilização da Recomendação *realizada na mesma decisão*.

Os protocolos mínimos de segurança recomendados pela Organização Mundial da Saúde (2020) e pela Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia (2020) para a prevenção da covid-10 são: isolamento social; lavagem das mãos com água e sabão ou higienizador à base de álcool; distanciamento de ao menos 1 metro de qualquer pessoa, mesmo que não pareçam doentes; utilização de máscaras em público, especialmente em locais fechados ou quando não for possível manter o distanciamento físico; preferência por locais abertos e bem ventilados; evitar tocar nos olhos, nariz e boca; seguir boa higiene respiratória, como cobrir boca e nariz com a parte interna do cotovelo ou lenço ao tossir ou espirrar; e isolamento caso apresente sintomas. Respeito aos protocolos mínimos, que garantem relativa segurança durante a pandemia, é dever do Estado quando há pessoas sob sua tutela.

As aparições da materialidade nas decisões desempenham a função de comprovação das ações do Poder Público para garantir a saúde e a vida da população prisional e de afastar os riscos produzidos pelo cárcere à integridade física dos presos.

Expressão mascarada da materialidade, os dados apresentados quando a argumentação se retorce para fazer caber a realidade na caixa ideológica precisam ser confrontados. O Instituto de Defesa pelo Direito de Defesa monitora a situação da covid-19 nas prisões brasileiras desde março de 2020 e elaborou levantamento de dados do 1º e 2º quadrimestres³¹ de 2020 a partir das informações fornecidas pelos Estados (IDDD, 2021a).

Santa Catarina informou disponibilizar água potável e para higiene em período integral até abril de 2020. No segundo quadrimestre, o Estado não informou nem o tempo médio, o que pode indicar uma redução brusca do fornecimento de água (IDDD, 2021d). Sobre os banhos de sol, período em que a aglomeração da cela é desfeita, o relatório aponta uma variação de 2 a 3 horas no primeiro quadrimestre e de 3 horas no segundo. Ressalta-se que o tempo mínimo previsto na legislação é de 2 horas diárias, isso na hipótese do regime disciplinar diferenciado (art. 52, IV, Lei de Execução Penal).

De março a agosto de 2020, Santa Catarina declarou ter distribuído equipamentos de proteção individual (no mínimo: máscaras, luvas e álcool gel) para todos os agentes penitenciários, enquanto para os presos apenas máscaras foram disponibilizadas (IDDD, 2021a, p. 6 e 8).

³¹ O marco temporal dos quadrimestres é 30 de abril e 31 de agosto, respectivamente.

Até 30 de abril de 2020, 369 pessoas presas foram testadas para covid-19 no Brasil, apenas 0,1% da população encarcerada. No mesmo período, pelos dados oficiais do Depen, a taxa de mortalidade por covid-19 é cinco vezes maior entre os presos do que entre a população geral. Acrescenta-se, ainda, a pouca especificidade das causas mortis indicadas nos óbitos, como “‘morte natural’, ‘morte acidental’, ‘morte clínica’.” (IDDD, 2021a, p. 6). No segundo quadrimestre, a situação se repetiu. De acordo com os dados do Infopen, 312 óbitos foram registrados no primeiro semestre de 2020 com “causa desconhecida”, número que comparado ao semestre anterior, cresceu 4,6 vezes, corroborando com a hipótese de subnotificações (Ibidem, p. 7-8).

A fundamentação decisória de ausência de risco para a população encarcerada e o cumprimento das medidas de prevenção recomendadas pela OMS são flagrantemente falsas.

Conforme os dados do levantamento do IDDD, não apenas os presos estão expostos ao vírus como a taxa de mortalidade é *cinco vezes* maior³². Isso sem considerar a de subnotificação das mortes por covid-19. O Infovirus identificou, em junho de 2020, que a contagem realizada pelo Depen não costuma contabilizar a morte de presos que faleceram fora do ambiente prisional (INFOVIRUS, 2020b). O aumento do número de casos em Santa Catarina e o baixo número de testes realizados também indicam subnotificação dos casos (INFOVÍRUS, 2021a).

Os presídios catarinenses funcionam com 123% da capacidade de lotação (DPE, 2021). A ausência de informações sobre o fornecimento de água após abril de 2020, a informação que apenas foram distribuídas máscaras para os presos e o veto presidencial da obrigatoriedade de uso de máscara pelos agentes penitenciários³³ retrata um cenário de impossibilidade de higiene básica. Relatório produzido pelo Conselho Nacional de Justiça aponta a deterioração do sistema prisional catarinense³⁴, com

³² INFOVIRUS. **Sistema prisional de Santa Catarina registra aumento dos casos de COVID-19 e é alvo de manifestações de familiares**. 2021. Disponível em:

<https://www.covidnasprisoas.com/blog/sistema-prisional-de-santa-catarina-registra-aumento-de-casos-de-covid-19?categoryId=148846>. Acesso em: 24 ago. 2021.

³³ INFOVIRUS. **Veto de Bolsonaro ao uso obrigatório de máscaras em presídios é inconstitucional**. 2020. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/veto-de-bolsonaro-ao-uso-obrigatorio-de-mascaras-em-presidios-e-inconstitucional?categoryId=148846>. Acesso em: 24 ago. 2021.

³⁴ INFOVIRUS. **Santa Catarina registra aumento nos casos de COVID-19 e denúncia de distribuição de carne estragada em unidade prisional**. 2021. Disponível em:

<https://www.covidnasprisoas.com/blog/santa-catarina-registra-aumento-nos-casos-de-covid19-e-carne-estragada?categoryId=148846>. Acesso em: 24 ago. 2021.

Escassez de água potável, alimentação precária, denúncias de tortura física e psicológica e falta de assistência à saúde estão entre os problemas relatados pelos presos durante as inspeções feitas pelo CNJ em unidades prisionais administradas pelo Departamento de Administração Penitenciária do Estado. ‘Constatou-se que o sistema prisional catarinense, em alguns casos, dá sinais de esgotamento’, concluiu a coordenadora do Mutirão, juíza Soraya Brasileiro Teixeira. (CNJ, 2012, p. 189, *apud* DPE, 2021, p. 4)

A superlotação das celas em contraposição com o número de horas do banho de sol agrava o quadro já caótico, reforçando o completo descumprimento das orientações dos órgãos de saúde.

Considerando as condições materiais da vida no cárcere, pondera-se sobre a função de causar sofrimento da prisão, a qual aparenta não ter outro fim que não a contenção (ARANTES, 2012, p. 232-233, *apud* GODOI, 2016, p. 2 e 9). O sofrimento causado pelo cárcere é intensificado pela impossibilidade de trabalhar ou estudar, a distância entre os presos e os familiares e o precário serviço de saúde (GODOI, 2016, p. 5-8) - problemas intensificados durante a pandemia. O ambiente prisional, insalubre como o é, intensifica a punição pelo sofrimento que causa e do qual os magistrados possuem (ou deveriam possuir) conhecimento.

Ainda, através da contraprova dos dados apresentados no discurso decisório, conclui-se que a argumentação não se sustenta. Acrescido à esporádica aplicação de jurisprudência e à escolha cautelosa de quais elementos da materialidade são usados nas decisões, a brevidade das fundamentações forma uma ausência de profundidade argumentativa nauseante. Não apenas inexitem elementos concretos que corroborem a tese defendida, como não há aparente preocupação em criar elaborações discursivas que transmitam aspecto de seriedade adequado ao atual contexto humanitário. A Prisão, feita com tanto esmero, parece ser feita de areia.

A criação do discurso referente à Recomendação n. 62 não utiliza os dados da realidade relevantes ao sistema prisional. O entendimento, construído a partir de recortes da realidade, se perpetua inalterado em sua relação com a materialidade. A falta de correspondência entre fala e fato mostra-se irrelevante à geração de consequência na vida dos sequestrados pelo direito penal.

Notou-se na pesquisa que as condições permissivas apontadas por Soifer (2012, *apud* MACHADO; VASCONCELOS, 2021, p. 4-5), incorporadas na pandemia da covid-19 e na Recomendação n. 62, não alteraram o caminho decisório. O mesmo foi observado por Maíra Machado e Natália Vasconcelos (2021, p. 6) na análise das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, constatando que “estas decisões “permitidas” neste momento de exceção, não foram realizadas, em grande parte porque a racionalidade que caracteriza as práticas do sistema

criminal não parece ter se alterado para se conformar como condição produtiva para uma mudança institucional”. O *momentum* transformador do sistema penitenciário proporcionado pela pandemia foi perdido.

Tanto a flexibilização da Recomendação n. 62 quanto a consequente produção de entendimento decisório deve ser lida à luz das ideologias dominantes no sistema, tendo em vista que

as respostas do sistema de justiça criminal foram indiferentes à gravidade da crise para a vida de pessoas presas, e até questionaram o valor da vida e saúde de pessoas presas vis a vis o de manter segurança pública.

(...) Estes achados empíricos sugerem que, se a pandemia criou condições para reforma institucional, tendo na Recomendação 62 uma manifestação forte do CNJ nesta direção, algo inerente à forma como magistrados/as pensam e decidem tem mais força e poder explicativo sobre suas decisões (Ibidem, 2021, p. 3 e 19).

Assim, as ações convergem no interesse de manter encarcerada as parcelas da população já cativas ao sistema penal, produzindo, o próprio sistema, o entendimento necessário para continuar funcionando sem alterações.

3.3 ENTRE PESQUISAS, PADRÕES E TEORIZAÇÕES

A tendência decisória observada no trabalho vai de encontro com os resultados obtidos em outras pesquisas sobre a Recomendação n. 62 nos Tribunais brasileiros.

Maíra Machado, Natália Vasconcelos e Henrique Wang, em pesquisa intitulada *Pandemia só das grades para fora: os habeas corpus julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo* (2020, p. 550), observaram que a Recomendação n. 62 parece não alterar os resultados das decisões ou, mais gravemente, parece aumentar as chances de indeferimento. A hipótese sustentou-se após mudanças de variáveis como grupo de risco, tipo penal e características do magistrado. Nem mesmo a menção à ADPF 347 alterou os resultados. Hartmann et al (2020) obtiveram resultados similares - a pouca influência da pandemia na argumentação decisória e no desfecho dos casos - ao analisarem habeas corpus impetrados no STF e no STJ.

No presente trabalho, das 49 decisões analisadas, a liberdade foi concedida em apenas um caso por entender o Tribunal que ausentes os pressupostos da prisão preventiva - isto é, a concessão não possui relação com a Recomendação n. 62. Não há diferença de resultado na amostra coletada com relação aos tipos penais e grupos de risco, assim como não há menção

significativa da ADPF 347 para inferir conclusões. A Recomendação n. 62 parece, também no trabalho, não surtir efeito desencarcerador no Tribunal de Justiça catarinense.

Na análise focal do grupo de risco de pessoas idosas realizada por Machado, Vasconcelos e Wang, os autores identificaram nas decisões denegatórias de liberdade três classes de argumentos: “(i) as diferentes formas de marcar oposição à Recomendação nº 62; (ii) as exigências probatórias impostas à defesa; e, por fim, (iii) as estratégias de autolegitimação decisória baseadas na ideia de “ordem pública” e seus equivalentes funcionais” (Ibidem, p. 560). Opondo-se à Recomendação n. 62, são quatro caminhos argumentativos: declaração de que a idade é insuficiente para pertencer ao grupo de risco; suposto não enquadramento do caso na Recomendação por ser crime grave, mesmo não sendo com violência ou grave ameaça; ênfase do teor de orientação da Recomendação; e, por fim, a afirmação de que o ambiente prisional não aumenta o risco de contágio. Os fatos utilizados para fundamentar esse último ponto combinam formulações genéricas sobre a estrutura prisional ser adequada, menções à ofícios afirmando que as medidas cabíveis estão sendo tomadas e afirmações sobre ausência de risco concreto no presídio. A exigência de produção de provas pela defesa refere-se a elementos relacionados às unidades prisionais, como contaminação na unidade, prova de que o presídio não tomou medidas adequadas e prova de que não há equipe médica ou da impossibilidade de tratamento no ambiente prisional. O terceiro eixo argumentativo ocupa-se à separação entre “nós e eles”, muitas vezes na forma de garantir a ordem pública e proteger a sociedade (Ibidem, p. 560-563).

Em pesquisa das decisões do STJ no contexto da pandemia da covid-19, Manuela Valença e Felipe Freitas (2020) identificaram padrão decisório similar, com oito grupos argumentativos recorrentes: (i) o paciente não demonstrou pertencer à grupo de risco; (ii) não demonstrou incapacidade da penitenciária em realizar tratamento de saúde de qualidade; (iii) penitenciária não possui casos de covid-19; (iv) não demonstrada que a prisão causa mais risco ao paciente; (v) paciente é parte do grupo de risco, mas cometeu crime grave; (vi) paciente não preenche os requisitos da Recomendação n. 62, como, por exemplo, estando em unidade superlotada mas com equipe médica; (vii) supressão de instância impossibilitando o conhecimento do pedido; (viii) reconhece a supressão de instância, deixando de julgar o pedido mas recomendando que o Tribunal local o faça (Ibidem, p. 587).

Os eixos argumentativos identificados pelos pesquisadores também foram encontrados no trabalho. Apesar de classificados de modo diverso, a mitigação à Recomendação n. 62 e à

gravidade da pandemia, a menção à supostas medidas preventivas tomadas pelo Poder Público, a inversão do ônus da prova para a defesa, aspectos genéricos e não comprovados da unidade prisional e a necessidade de proteger a sociedade formam o padrão decisório do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O nível de contato das decisões com a realidade prisional não parece muito diferente nos Tribunais. Nas pesquisas citadas e no presente trabalho, ofícios e determinação do Poder Público parecem garantir total implementação e segurança à população prisional além de inverterem o ônus da prova para o paciente comprovar dados inerentes ao sistema carcerário. Transferindo o peso probatório para a defesa, os Tribunais criam labirinto argumentativo, onde “mesmo em um exercício imaginativo sob condições ideais, sem qualquer tipo de constrangimento quanto ao acesso e à produção, não conseguimos vislumbrar quais elementos probatórios poderiam satisfazer às exigências da decisão” (MACHADO; VASCONCELOS; WANG, 2020, p. 562).

Parece inacreditável a exigência probatória sobre o estado dos presídios num país no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu como quadro sistemático de violações de direitos humanos o sistema carcerário. Ora, (VALENÇA; FREITAS, 2020, p. 589) quais provas precisam os Tribunais para compreenderem que as prisões brasileiras são inóspitas, foco de diversas doenças contagiosas e insalubres? Não seriam esses dados fatos notórios, dispensados de qualquer exigência probatória?

Nas pesquisas citadas, a gravidade do delito, mesmo quando o juiz atribui a conduta como grave sem ser o crime considerado pela legislação como violento ou de grave ameaça, a tendência é pelo improvimento dos pedidos (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020; VALENÇA; FREITAS, 2020). A gravidade da conduta é facilmente conectada a uma suposta periculosidade do agente, ligação mental realizada com fundamento na ideologia da defesa social, na qual garantias e direitos individuais não são vistos como obstáculos à defesa da segurança da sociedade (VALENÇA; FREITAS, 2020, p. 591).

Com a prevalência da defesa social frente ao direito à vida dos encarcerados, as decisões parecem assumir a pena de morte como possibilidade e a aceitarem frente à suposta segurança da sociedade, pois

Na prática, a manutenção de pessoas privadas de liberdade em condições desumanas e degradantes no contexto da pandemia com potencial crescente de contaminação, adoecimento e morte é, em si, uma violação expressa ao texto constitucional e ao próprio entendimento do STF que já reconheceu que as prisões no Brasil conformam um estado de coisas inconstitucional. Além disso, (...) são, de fato, uma condenação à pena de morte para pessoas presas que podem se contaminar pelo vírus na prisão e

que provavelmente não terão qualquer possibilidade de atendimento por parte do Estado. (Ibidem, p. 575)

O relativo consenso crítico da prisão estar esvaziada de suas funções ressocializadoras, funcionando como meio de incapacitação e contenção das camadas populacionais marginalizadas (GARLAND, 2005; CANÊDO; FONSECA, 2020, *apud* GODOI, 2016, p. 1), é ampliado para considerar também a função de sofrimento das prisões (GODOI, 2016) e a eventual neutralização permanente, morte, dos indesejáveis.

O afastamento entre os agentes da hierarquia e as consequências de suas decisões facilita à nível de consciência decisões como as de manutenção de prisão preventiva durante a pandemia. A burocratização desumaniza quem é movido pela estrutura, permitindo a sujeição de pessoas à situação de ausência de dignidade a favor do guia ideológico. Considerando o tamanho da crise do sistema penitenciário somada à pandemia do coronavírus, infere-se a desumanização dos encarcerados pelas agências de controle.

A já potentemente destruidora ideologia da defesa social somou-se a pandemia no Brasil. Com descontrole do número de mortes e das medidas de segurança, o cenário brasileiro não é, em si, promissor para resguardar vidas. Soma-se a esse cenário a ideologia que aceita e deseja a neutralização dos indesejáveis, da população já marginalizada, e o afastamento dos agentes do judiciário da realidade carcerária. O sistema prisional brasileiro tornou-se um local de desespero e negação total da humanidade.

A atuação do judiciário nesse momento de crise – que possuía a potencialidade de transformar toda a lógica penal – não foi de barreira frente à barbárie. Na verdade, o judiciário atuou ativamente como parte da engrenagem ideológica que levou ao desrespeito sistemático de direitos humanos, comportando-se conforme os aletas de Bamuan (1998). Indo além, é possível questionar se não foi essa a função desempenhada por todo o aparato jurídico brasileiro durante a pandemia, haja vista que as tendências decisórias são similares em diversos estudos.

O afastamento causado pela burocracia inerente ao estado moderno pode ser um dos facilitadores dos resultados desastrosos da ação penal. Entretanto, não se pode esquecer que a função do direito penal moderno é manter a estratificação social, neutralizando pela prisão ou pela morte os marginalizados. É possível afirmar, portanto, que apesar da pandemia poder ser considerada uma “condição permissiva” para transformação institucional, a ideologia da defesa social e os objetivos reais do direito penal são tão enraizados nos atores jurídicos que não há “condições permissivas” para mudança (MACHADO; VASCONCELOS, 2021).

A negação dos princípios estruturantes da ideologia da defesa social torna a situação ainda mais perturbadora. Direito à vida foi sistematicamente negado em nome de princípios que não se sustentam no enfrentamento teórico e prático. As críticas feitas ao caráter ideológico das decisões baseiam-se, também, (SCHINK, 2016, p. 53) que independência judicial e autonomia não são cartas brancas entregues à apreciação subjetiva do magistrado ou da instituição judicial. O mínimo necessário no Estado Democrático de Direito é que as decisões judiciais se baseiem na materialidade e em teorias que se sustentam após o debate intelectual.

4 CONCLUSÃO

A inserção da pandemia, situação notoriamente grave, nos presídios brasileiros, locais reconhecidamente insalubres, possuía duas potencialidades: o reconhecimento da situação de risco, com o desencarceramento de parcela da população prisional e a humanização do sistema, e a tragédia humanitária pelo negacionismo do risco, com a manutenção das prisões numa aproximação com a normalidade do sistema. Optou-se pelo segundo caminho.

A desconexão espacial dos argumentos decisórios referentes à pandemia dos demais fundamentos da decisão, aparecendo apenas ao final dos acórdãos, indica o afastamento da potencialidade de humanização do sistema do evento pandemia. Ao realizarem a análise separada dos demais argumentos e não com a pandemia *perpassando* os requisitos das prisões, passa-se a mensagem de que a pandemia não é considerada como contexto no qual se insere as prisões preventivas, afastando da decisão a prisão vivida.

Fundamentar a manutenção da prisão durante a crise sanitária não é exercício matemático básico, mas escapar da argumentação construída para manter a prisão, paradoxalmente, tornou-se missão quase impossível. A Criminologia Crítica como teoria e visão de mundo fornece ferramentas para navegar o discurso e compreender seus objetivos.

A prisão como regra da tendência decisória, independentemente das Câmeras, alinha-se à ideologia da defesa social, conforme observou-se nas categorias analisadas. Tanto no início da formação do entendimento sobre a pandemia quanto no momento em que já está consolidado, o objetivo de proteger a sociedade de indivíduos perigosos faz-se presente. A periculosidade deriva da situação de cárcere, do fato do indivíduo já ter sido apanhado pelo sistema penal. Com o passar do tempo, a consolidação do padrão e a diluição da ideologia em todas as categorias, a presença ideológica fica mais evidente ao invés de se camuflar.

No início da pandemia, não havia prescrições decisórias que condizessem com os objetivos da ideologia dominante. Assim, o sistema criou os argumentos, o padrão decisório e as fontes do direito (a jurisprudência) necessários para legitimar o cárcere. Essa criação, longe de respaldar-se na materialidade do sistema penitenciário, fundamenta-se através de mecanismos de fuga da deslegitimação do direito penal, selecionando pontualmente os dados que não contradizem a ideologia.

Com o decorrer dos meses, não há alteração no respaldo material dos argumentos decisórios. Agravando-se a pandemia, os dados utilizados passam a ser ainda mais

desconectados da realidade dos presídios e muitas vezes não possuindo qualquer relação com o ambiente prisional. Uma vez definido o entendimento do Tribunal, a jurisprudência, usada em apenas 52,77% dos casos, não é a principal fonte de legitimação das decisões. Mesmo com a ausência de profundidade argumentativa, a estrutura da fundamentação perpetua-se através dos meses, sem que apareça a necessidade de recorrer a outra fonte que não a própria argumentação da decisão. As decisões parecem legitimar-se pela consolidação do entendimento.

A retroalimentação hermenêutica das decisões é feita de modo mais sutil que a referência direta à julgados anteriores. Só é possível identificar a criação e a perpetuação do entendimento alinhado à ideologia dominante após analisar decisões proferidas em diferentes momentos temporais. Importante considerar, também, que no decorrer do tempo a argumentação foi se aperfeiçoando, tornando ainda mais difícil escapar do emaranhado argumentativo. Na perspectiva de defesa dos direitos, o questionamento e a quebra dessa retroalimentação são intrincados, haja vista a dificuldade na identificação do momento em que o entendimento foi criado, lapidado e qual comprovação é realmente necessária para libertar-se da Prisão.

Assim, a hipótese inicial do trabalho foi parcialmente comprovada. As decisões em habeas corpus referentes à Recomendação n. 62 do CNJ não se fundamentam na materialidade do sistema carcerário brasileiro e possuem influência da ideologia da defesa social. Contudo, a retroalimentação hermenêutica não é identificada pelo uso das jurisprudências e sim pelo padrão decisório que, com o passar do tempo, apenas se aperfeiçoou nas técnicas de manutenção da prisão.

Ademais, mesmo com a ausência de comprovação dos argumentos, a forma como as decisões parecem confortáveis com a fundamentação usada e o tão nítido padrão parecem indicar não só o predomínio da ideologia da defesa social como a aceitação da superficialidade das fundamentações.

O *como* o sistema penal repetidamente desconsidera as consequências do encarceramento em tempos de emergência sanitária global é ponto de especial relevância (corrige-se: as consequências do encarceramento.). O afastamento dos agentes do órgão burocrático da realidade que julgam e a seleção dos dados da realidade para sustentar a ideologia enraizada no sistema são conhecidas técnicas de fuga da deslegitimação do sistema. Ao

evitarem a crise causada pelo verdadeiro reconhecimento das consequências do funcionamento do sistema, a relegitimação do sistema penal torna-se argumentativamente possível.

Há perigos inegáveis pela combinação de ideologia que sobrepõe a sociedade a certos indivíduos e a burocratização das agências julgadoras. A distância entre agente e objeto permite que aquele siga a ideologia à extremos sem preocupar-se com as consequências. No Brasil, o sistema carcerário está colapsado há tempos e os alvos do sistema punitivo possuem padrões de raça e classe amplamente denunciados. É possível dizer, portanto, que o sistema punitivo brasileiro pré-pandêmico já enfrentava diversas dificuldades em manter-se nos limites humanitários. Agora, encontrar humanidade no sistema é ainda mais complicado.

Desperdiçando potencial transformador humanizador do sistema penal, o judiciário longe de atuar salvaguarda das vidas, exerceu o papel de garantir o funcionamento do aparato ideológico. Mais uma vez comprova-se que as estruturas criadas para conter impulsos violadores de direitos humanos não apenas não funcionam como atuam ativamente para as violações.

A Prisão argumentativa, construída sem apoio nos dados do mundo material, se solidifica na repetição da estrutura das decisões. Escapar da fundamentação tecida quando o agente é tão descolado da situação fática do cárcere e do vírus que, sem maiores problemas, exige provas e afasta informações da materialidade mesmo que flagrantemente verdadeiras (à exemplo do aumento de risco dentro do ambiente prisional), é difícil missão.

No decorrer do trabalho, inúmeras possíveis novas pesquisas surgiram: tanto de novos objetos de estudo quanto de novas perspectivas e lentes para análise. Embora presente a vontade de explorar cada novo caminho, alterando a rota e o resultado final do trabalho, buscou-se permanecer no roteiro já traçado, respondendo à pergunta proposta e cumprindo com os objetivos estabelecidos, mas manteve-se aberta as portas para novas investigações no futuro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 336 p.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. 944 p. (Pensamento Criminológico; 15). Tradução de Sérgio Lamarão

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **As mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil em 2020**. 2021. Elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/4-as-mortes-decorrentes-de-intervencao-policial-no-brasil-em-2020.pdf>. Acesso em: 05 set. 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 256 p. (Pensamento Criminológico; 1). Tradução de Juarez Cirino dos Santos.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado**. 2015. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf>. Acesso em 05 set. 2021

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. 128 p.

BAUMAN, Zygmunt. Singularidade e normalidade do Holocausto. In: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. Cap. 4. p. 73-97. Tradução de: Marcus Penchel.

BRASIL. CNJ. **Audiência de custódia poderá ser feita por videoconferência na pandemia**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-podera-ser-feita-por-videoconferencia-na-pandemia/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. CNJ. **Novos dados do sistema prisional reforçam políticas judiciárias do CNJ**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/novos-dados-do-sistema-prisional-reforcam-politicas-judiciarias-do-cnj/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. 2017. INFOPEN. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. STF, 2015. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347 MC/DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/08/2015, Plenário. Informativo 796. Data de divulgação: 03/09/2015.

BUDÓ, M. de N.; CAPPI, R. **Punir os jovens?: a centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018. 33-41p. Disponível em: https://www.academia.edu/37234757/Punir_os_Jovens_A_centralidade_do_castigo_nos_discursos_midi%C3%A1ticos_e_parlamentares_sobre_o_ato_infracional. Acesso em: 30 set 2020.

CAPPI, Riccardo. A "teorização fundamentada nos dados": um método possível na pesquisa empírica. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 391-422p.

CAPPI, Ricardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010). In: **Revista de Estudos Empíricos em Direito: Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**. vol.1, n.1, jan 2014, p. 10-27. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/6/6>. Acesso em 30 set. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. 2015. **ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 20 jul. 2021.

CHARMAZ, Kathy. Grounded Theory: Methodology and Theory Construction. In: SMELSER, N.J.; BALTES, P. B. **International Encyclopedia of the Social & behavioral Sciences**. Pergamon, 2001. 6396-6399 p.

DPE. **Relatório: O STJ e os pedidos de liberdade na pandemia**. 2021. Pesquisa e elaboração por Thiago Yukio e Iara Lopes. Disponível em: <http://defensoria.sc.def.br/wp-content/uploads/2021/04/CECADEP-O-STJ-e-os-pedidos-de-liberdade-na-pandemia.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Nonnegotiable lives: international criminal justice and the denial of black genocide in Brazil and the United States**. 2012. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, American University, Washington, 2012. Cap. 3

GARCIA, Mariana. 'Não existe mais grupo de risco para a Covid-19': entenda por que cientistas defendem alerta amplo, sobretudo para os mais jovens. entenda por que cientistas defendem alerta amplo, sobretudo para os mais jovens. 2021. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/17/nao-existe-mais-grupo-de->

risco-para-a-covid-19-entenda-por-que-cientistas-defendem-alerta-amplo-sobretudo-para-os-mais-jovens.ghml. Acesso em: 20 jul. 2021.

GOES, Severino. Sistema carcerário é uma das maiores tragédias humanitárias do Brasil, diz Gilmar. 2021. **ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-14/sistema-carcerario-brasileiro-tragedia-humanitaria-gilmar>. Acesso em: 9 ago. 2021.

GOES, Luciano. Pátria exterminadora: o projeto genocida brasileiro. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, Natal, v. 5, n. 2, p. 53-79, maio 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/12101>. Acesso em: 04 set. 2021.

GOVERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Resultado da pesquisa “presídio”**. 2021. Disponível em: <http://www.coronavirus.sc.gov.br/?s=pres%C3%ADdio>. Acesso em: 20 jul. 2021.

GOVERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Resultado da pesquisa "prisão"**. 2021. Disponível em: <http://www.coronavirus.sc.gov.br/?s=pris%C3%A3o+>. Acesso em: 20 jul. 2021.

HARTMANN, Ivar Alberto, MAIA, Natália, ABBAS DA SILVA, Lorena, MARPIN, Ábia, ALMEIDA, Guilherme. **Como STF e STJ decidem Habeas Corpus durante a Pandemia do COVID-19? Uma Análise Censitária e Amostral**. [S.l.], 02 jul. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3659624>. Acesso em: 07 set. 2021.

IDDD. **Coronavírus nas prisões: STF revoga liminar que poderia evitar calamidade anunciada**. 2020a. Disponível em: <https://iddd.org.br/coronavirus-nas-prisoos-stf-revoga-liminar-que-poderia-evitar-calamidade-anunciada/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

IDDD. **COVID-19: Ministro Marco Aurélio recomenda adoção de penas e medidas alternativas requeridas pelo IDDD para redução da população carcerária**. 2020b. Disponível em: <https://iddd.org.br/covid-19-ministro-marco-aurelio-recomenda-adocao-de-penas-e-medidas-alternativas-requeridas-pelo-iddd-para-reducao-da-populacao-carceraria/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

IDDD. **Dados sobre a COVID-19 no sistema prisional no 1º e 2º quadrimestres de 2020: pedidos de acesso à informação**. Pedidos de Acesso à Informação. 2021a. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/iddd-dados-sobre-a-covid-19-no-sistema-prisional-no-1o-e-2o-quadrimestres-2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

IDDD. **Justiça e negacionismo: como os magistrados fecharam os olhos para a pandemia nas prisões. como os magistrados fecharam os olhos para a pandemia nas prisões**. 2021b. Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/08/iddd-relatorio-negacionismo-final-2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

IDDD. **IDDD pede ao STF redução da população carcerária em razão da pandemia**. 2020c. Disponível em: <https://iddd.org.br/iddd-pede-ao-stf-reducao-da-populacao-carceraria-em-razao-da-pandemia/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

IDDD. Mutirão Carcerário Covid-19: na pandemia iddd inicia mutirão carcerário para buscar a liberdade de pessoas presas e defender a vida. Na pandemia IDDD inicia mutirão carcerário para buscar a liberdade de pessoas presas e defender a vida. 2020d. Disponível em: <https://iddd.org.br/projetos/mutirao-carcerario-covid-19/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

IDDD. Organizações de direitos humanos do Brasil e das Américas querem discutir retorno das audiências de custódia presenciais na CIDH. 2021c. Disponível em: <https://iddd.org.br/organizacoes-de-direitos-humanos-do-brasil-e-das-americas-querem-discutir-retorno-das-audiencias-de-custodia-presenciais-na-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh/>. Acesso em: 13 ago. 2021

IDDD. Primeiro ano da pandemia nas prisões brasileiras foi de negligência, falta de itens de prevenção e água: levantamento do IDDD mostra que só seis estados brasileiros informaram fornecer água 24h por dia nas prisões. 2021d. Disponível em: <http://iddd.org.br/primeiro-ano-da-pandemia-nas-prisoos-brasileiras-foi-de-negligencia-falta-de-itens-de-prevencao-e-agua/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

INFOVIRUS. Covid nas prisões. 2020a. Disponível em: <https://www.covidnasprisoos.com/infovirus>. Acesso em: 20 ago. 2021.

INFOVIRUS. Em Santa Catarina, aumentam casos de COVID-19, mas baixo número de testes indica subnotificação. 2021a. Disponível em: <https://www.covidnasprisoos.com/blog/em-sc-aumentam-casos-de-covid19-baixo-numero-de-testes-indica-subnotificacao?categoryId=173484>. Acesso em: 24 ago. 2021.

INFOVÍRUS. Relatório revela que apenas 6,9% dos habeas corpus pedidos pela DPE/SC em razão de risco para Covid-19 foram concedidos pelo STJ. 2021b. Disponível em: <https://www.covidnasprisoos.com/blog/69-dos-habeas-corpus-impetrados-pela-dpesc-foram-concedidos-stj?categoryId=148846>. Acesso em: 24 ago. 2021

INFOVIRUS. Santa Catarina registra aumento nos casos de COVID-19 e denúncia de distribuição de carne estragada em unidade prisional. 2021b. Disponível em: <https://www.covidnasprisoos.com/blog/santa-catarina-registra-aumento-nos-casos-de-covid19-e-carne-estragada?categoryId=148846>. Acesso em: 24 ago. 2021.

INFOVIRUS. Sintomas da COVID-19 nas prisões. 2020b. Disponível em: <https://www.covidnasprisoos.com/blog/sintomas-da-covid-19-nas-prisoos?categoryId=148846>. Acesso em: 24 ago. 2021.

INFOVIRUS. Sistema prisional de Santa Catarina registra aumento dos casos de COVID-19 e é alvo de manifestações de familiares. 2021c. Disponível em: <https://www.covidnasprisoos.com/blog/sistema-prisional-de-santa-catarina-registra-aumento-de-casos-de-covid-19?categoryId=148846>. Acesso em: 24 ago. 2021.

INFOVIRUS. Veto de Bolsonaro ao uso obrigatório de máscaras em presídios é inconstitucional. 2020c. Disponível em: <https://www.covidnasprisoos.com/blog/veto-de-bolsonaro-ao-uso-obrigatorio-de-mascaras-em-presidios-e-inconstitucional?categoryId=148846>. Acesso em: 24 ago. 2021.

LAPERRIÈRE, Anne. A teorização enraizada (grounded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares. In: J. Poupart, J. P. Deslauriers, L. H. Groulx, L.H., A. Laperrière, R. Moyer, & A. P. Pires. **A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes. p.353-385.

LEMONS, Laís Freire; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Os efeitos da pena e do cárcere etimologicamente analisada sob a perspectiva da dor: a real função do cárcere dentro da ideologia da defesa social. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, [s. l], v. 5, n. 2, p. 67-82, jul/dez. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/5982/pdf>. Acesso em: 01 set. 2021

LEVIN, Benjamin. Criminal law in crisis. **Colorado Law Review Forum** (Forthcoming). U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 20-19, Maio, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3595739#references-widget. Acesso em: 03 set. 2021.

MACÊDO, Natália Andrade. **O controle social através da execução penal: considerações acerca do cárcere-senzala e do cárcere-fábrica e suas influências na estratificação social**. 2019. 28 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/872>. Acesso em: 04 set. 2021

MAZUI, Guilherme; AMATO, Fábio. **Brasil fecha fronteiras terrestres para entrada de estrangeiros vindos de países vizinhos da América do Sul**. 2020. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/19/brasil-fecha-fronteiras-com-paises-da-america-do-sul.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MOREIRA, Andilhes; PINHEIRO, Lara. **OMS declara pandemia de coronavírus**. 2020. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 15 ago. 2021.

MOURA, Genilma Pereira de. Ideologia da Defesa Social e a construção da ideologia da punição. In: **XVI Congresso Nacional Conpedi**, 2008, Belo Horizonte. Pensar Globalmente: Agir Loucamente, 2008, p. 5250-5260.

PIRES, A. P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, T. et al. (Orgs). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 154-215.

RAVAZZANO, Fernanda. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a incoerência do STF**. 2017. Disponível em: <https://thomasbacellar.adv.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-incoerencia-do-stf/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. 727 p.

SCHINKE, Vanessa Dorneles; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Poder judiciário e regime autoritário: democracia, história constitucional e permanências autoritárias. **Revista da Faculdade de Direito: UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 2, p. 41-59, mai/ago. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45091>. Acesso em: 13 ago. 2021

SILVA, Isabella Miranda da. **Racismo institucional e colonialidade do poder punitivo nos discursos e nas práticas criminais: os casos dos mortos de Pedrinhas (São Luís/Maranhão)**. 2018. 288 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

SILVA, José Adaumir Arruda da. **O intolerável desvio de execução no sistema prisional brasileiro em tempos de covid-19: estado de coisas inconstitucional reforçado pela morte e supressão de direitos**. 2021. ABRACRIM. Disponível em: <https://www.abracrim.adv.br/artigos/o-intoleravel-desvio-de-execucao-no-sistema-prisional-brasileiro-em-tempos-de-covid-19-estado-de-coisas-inconstitucional-reforcado-pela-morte-e-supressao-de-direitos>. Acesso em: 20 jul. 2021.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PNEUMOLOGIA E TISIOLOGIA. **Coronavírus: recomendações e orientações da SBPT**. Disponível em: <https://sbpt.org.br/portal/coronavirus/>. Acesso em 07 jul. 2021.

SORDI, Jaqueline. **Estudos mostram eficácia do isolamento social contra Covid-19 e projetam cenários**. 2020. Redes de escolas (Fiocruz). Disponível em: <http://redescola.ensp.fiocruz.br/estudos-mostram-eficacia-do-isolamento-social-contracovid-19-e-projetam-cenarios>. Acesso em: 24 ago. 2021.

STOPPINO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 585-597.

UFSC. **SIGPEX consulta de projetos: covid-19 nas prisões: as decisões dos tribunais de justiça do rio grande do sul e de santa catarina pelas lentes da criminologia crítica**. Covid-19 nas prisões: as decisões dos tribunais de justiça do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina pelas lentes da Criminologia Crítica. 2020. Disponível em: <https://sigpex.sistemas.ufsc.br/publico/consultaSemSigilo.xhtml>. Acesso em: 24 ago. 2021.

VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O Direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ no Contexto da Pandemia da Covid-19. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 94, p. 570-595, jul/ago. 2020. Bimestral. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4593>. Acesso em: 03 set. 2021.

VASCONCELOS, Natália Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Henrique Yu Jiunn. Pandemia Só das Grades para Fora: os Habeas Corpus Julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 94, p. 541-569, jul/ago. 2020. Bimestral. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4489>. Acesso em: 03 set. 2021.

VARINI, Drika. **PROTESTO:** familiares de detentos prometem acampar em frente ao presídio de Joinville. Familiares de detentos prometem acampar em frente ao Presídio de Joinville. 2021. NDmais. Disponível em: <https://ndmais.com.br/cidadania/protesto-familiares-de-detentos-prometem-acampar-em-frente-ao-presidio-de-joinville/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

VIAPIANA, Tábata. **Epidemia da Covid-19 justifica dispensa de audiência de custódia, diz TJ-SP.** 2020. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-13/pandemia-justifica-dispensa-audiencia-custodia-tj-sp>. Acesso em: 20 ago. 2021

WHO. **Coronavirus disease (COVID-19): How is it transmitted?** 2020. World Health Organization. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-how-is-it-transmitted>. Acesso em: 02 jul. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 1991. 281 p. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS – OBJETO DA PESQUISA

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 0000350-11.2019.8.24.0282. Relator: Alexandre d'Ivanenko. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:
https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAFimHAAA&categoria=acordao_5. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 0001035-88.2018.8.24.0076. Relator: Luiz Antônio Zanini Fornerolli. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:
https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321615568576023226274646078983&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5005744-47.2020.8.24.0000. Relator: José Everaldo Silva. Inteiro Teor. Florianópolis.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5008558-32.2020.8.24.0000. Relator: Júlio César Machado Ferreira de Melo. Inteiro Teor. Florianópolis.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5013241-15.2020.8.24.0000. Relator: Sidney Eloy Dalabrida. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:
https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321593209786582858860160334204&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5017854-78.2020.8.24.0000. Relator: Alexandre d'Ivanenko. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:
https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321597089187777540076951199470&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5018371-83.2020.8.24.0000. Relator: Sidney Eloy Dalabrida. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:
https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596226175188132596640364966&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5018890-58.2020.8.24.0000. Relator: Carlos Alberto Civinski. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:
https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596413794610951276140274821&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5018300-81.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Cesar Schweitzer. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596797601148449366993205013&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5018928-70.2020.8.24.0000. Relator: Sidney Eloy Dalabrida. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596825653192279370061518300&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5019594-71.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Neri Oliveira de Souza. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596818282561766768555939950&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5019329-69.2020.8.24.0000. Relator: Alexandre d'Ivanenko. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321597089187777540076951500108&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5019549-67.2020.8.24.0000. Relator: Sérgio Rizelo. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321594724626709935561531666765&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5019045-61.2020.8.24.0000. Relator: Carlos Alberto Civinski. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596413794610951276140441754&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5022309-86.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Neri Oliveira de Souza. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321598042362719766516918491162&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5024324-28.2020.8.24.0000. Relator: Cíntia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefferi. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321597949491161204347435703375&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5024367-62.2020.8.24.0000. Relator: Norival Acácio Engel. Inteiro Teor. Liminar. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321597883524674841680239211940&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 05 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5020035-52.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Neri Oliveira de Souza. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596818282561766768556183626&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5022054-31.2020.8.24.0000. Relator: Leopoldo Augusto Brüggemann. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596629778032215729455887455&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5021938-25.2020.8.24.0000. Relator: Norival Acácio Engel. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596666744238904052650503620&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5022539-31.2020.8.24.0000. Relator: Norival Acácio Engel. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321596666744238904052651228456&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5025976-80.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Cesar Schweitzer. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321599824488995042346261814212&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5025566-22.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Neri Oliveira de Souza. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321599838377699686795225514342&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5025295-13.2020.8.24.0000. Relator: José Everaldo Silva. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321600260180977081351037008048&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5026263-43.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Cesar Schweitzer. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=32159982448

8995042345554461274&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5025798-34.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Cesar Schweitzer. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321599824488995042345684788100&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5025253-61.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Cesar Schweitzer. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321599824488995042345455284664&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5027610-14.2020.8.24.0000. Relator: Ernani Guetten de Almeida. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321599580322047199038695629518&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5025174-82.2020.8.24.0000. Relator: Leopoldo Augusto Brüggemann. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321599678975859310818502704391&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5028170-53.2020.8.24.0000. Relator: Norival Acácio Engel. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321599695549278787690243274566&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5030614-59.2020.8.24.0000. Relator: José Everaldo Silva. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321603460751191459716994170139&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5033823-36.2020.8.24.0000. Relator: Norival Acácio Engel. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321602629486457745677886476500&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5033193-77.2020.8.24.0000. Relator: Getúlio Corrêa. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321602872442870419233373850070&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5038164-08.2020.8.24.0000. Relator: Luiz Neri Oliveira de Souza. Inteiro Teor. Florianópolis.

Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606652354800528799729130004&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5037121-36.2020.8.24.0000. Relator: Paulo Roberto Sartorato. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606428667244841046373924625&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5039957-79.2020.8.24.0000. Relator: Getúlio Corrêa. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606400203997339093277220787&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5038272-37.2020.8.24.0000. Relator: Getúlio Corrêa. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606332484525807216181270862&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5035772-95.2020.8.24.0000. Relator: Ernani Guetten de Almeida. Inteiro Teor. Florianópolis.

Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606241624809703806652036743&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5037105-82.2020.8.24.0000. Relator: Ernani Guetten de Almeida. Inteiro Teor. Florianópolis.

Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606241880489561006675008011&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5038375-44.2020.8.24.0000. Relator: Paulo Roberto Sartorato. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321607113143213378188115801098&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5036316-83.2020.8.24.0000. Relator: José Everaldo Silva. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321607606202117706191304643604&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5036367-94.2020.8.24.0000. Relator: Sidney Eloy Dalabrida. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321607371136958479805351010876&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5038429-10.2020.8.24.0000. Relator: Alexandre d'Ivanenko. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321607373050021645705285154048&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5040723-35.2020.8.24.0000. Relator: Júlio César Machado Ferreira de Melo. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606859686572498551457612168&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5040206-30.2020.8.24.0000. Relator: Ernani Guetten de Almeida. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606853284389722890784592738&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5040660-10.2020.8.24.0000. Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606926576264060091449474076&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5040554-48.2020.8.24.0000. Relator: Getúlio Corrêa. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606822942452533700627688989&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus Criminal nº 5041621-48.2020.8.24.0000. Relator: Getúlio Corrêa. Inteiro Teor. Florianópolis. Disponível em:

https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321606822942452533700627795827&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 10 abr. 2021

APÊNDICE A – IDENTIFICADORES GRUPO AMOSTRAL 1

QUADRO 02 – IDENTIFICADORES GRUPO AMOSTRAL 1

Autos	Identificadores
5019594-71.2020.8.24.0000	8.1
5020035-52.2020.8.24.0000	8.2
5018300-81.2020.8.24.0000	8.3
5018928-70.2020.8.24.0000	8.4
5017854-78.2020.8.24.0000	8.5
5019329-69.2020.8.24.0000	8.6
5022054-31.2020.8.24.0000	8.7
5021938-25.2020.8.24.0000	8.8
5022539-31.2020.8.24.0000	8.9
5025976-80.2020.8.24.0000	9.1
5025566-22.2020.8.24.0000	9.2
5025295-13.2020.8.24.0000	9.3
5026263-43.2020.8.24.0000	9.4
5025798-34.2020.8.24.0000	9.5
5025253-61.2020.8.24.0000	9.6
5027610-14.2020.8.24.0000	9.7
5025174-82.2020.8.24.0000	9.8
5028170-53.2020.8.24.0000	9.9
5030614-59.2020.8.24.0000	10.1
5033823-36.2020.8.24.0000	10.2
5033193-77.2020.8.24.0000	10.3
5038164-08.2020.8.24.0000	11.1
5037121-36.2020.8.24.0000	11.2
5039957-79.2020.8.24.0000	11.3
5038272-37.2020.8.24.0000	11.4
5035772-95.2020.8.24.0000	11.5
5037105-82.2020.8.24.0000	11.6
5038375-44.2020.8.24.0000	12.1
5036316-83.2020.8.24.0000	12.2
5036367-94.2020.8.24.0000	12.3
5038429-10.2020.8.24.0000	12.4
5040723-35.2020.8.24.0000	12.5
5040206-30.2020.8.24.0000	12.6

5040660-10.2020.8.24.0000	12.7
5040554-48.2020.8.24.0000	12.8
5041621-48.2020.8.24.0000	12.9

Fonte: Autora, 2021.

APÊNDICE B – DADOS GERAIS GRUPO AMOSTRAL 1

QUADRO 03 – DADOS GERAIS 1 GRUPO AMOSTRAL 1

Autos	Comarca	Relator	Câmara	Liminar	Resultado
8.1	São Francisco do Sul	Luiz Neri Oliveira de Souza	5ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
8.2	Balneário Camboriú	Luiz Neri Oliveira de Souza	5ª	sem pedido	Preso - conhecida e denegada
8.3	Santo Antônio do Imperatriz	Luiz Cesar Schweitzer	5ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
8.4	Ubirici	Sidney Eloy Dalabrada	4ª	indeferida	Preso - não conhecida
8.5	Araranguá	Alexandre D'Ivanenko	4ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
8.6	Tubarão	Alexandre D'Ivanenko	4ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
8.7	Balneário Piçarras	Leopoldo Augusto Brüggemann	3ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
8.8	Santa Rosa do Sul	Norival Acácio Engel	2ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
8.9	Santa Rosa do Sul	Norival Acácio Engel	2ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
9.1	Blumenau	Luiz Cesar Schweitzer	5ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
9.2	Içara	Luiz Neri Oliveira de Souza	5ª	sem pedido	Preso - conhecida e denegada
9.3	Joinville	José Everaldo Silva	4ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
9.4	Palhoça	Luiz Cesar Schweitzer	5ª	indeferida	Preso - parcialmente* conhecida e denegada (covid não conhecida)
9.5	Blumenau	Luiz Cesar Schweitzer	5ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
9.6	Florianópolis	Luiz Cesar Schweitzer	5ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
9.7	Florianópolis	Ernani Guetten de Almeida	3ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
9.8	Florianópolis	Leopoldo Augusto Brüggemann	3ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
9.9	Chapecó	Norival Acácio Engel	2ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
10.1	Florianópolis	José Everaldo Silva	4ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
10.2	Florianópolis	Norival Acácio Engel	2ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
10.3	Criciúma	Getúlio Corrêa	3ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
11.1	Criciúma	Luiz Neri Oliveira de Souza	5ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
11.2	Maravilha	Paulo Roberto Sartorato	1ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
11.3	Joinville	Getúlio Corrêa	3ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada

11.4	Blumenau	Getúlio Corrêa	3ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
11.5	Tijucas	Leopoldo Augusto Brüggemann	3ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
11.6	Camboriú	Ernani Guetten de Almeida	3ª	indeferida	Solto - parcialmente concedida, com cautelar
12.1	Criciúma	Paulo Roberto Sartorato	1ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
12.2	São Francisco do Sul	José Everaldo Silva	4ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
12.3	Florianópolis	Sidney Eloy Dalabrida	4ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
12.4	Joinville	Alexandre D'Ivanenko	4ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
12.5	Florianópolis	Júlio César Machado Ferreira de Melo	3ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
12.6	Tijucas	Leopoldo Augusto Brüggemann	3ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada
12.7	Garopaba	Hildemar Meneguizzi de Carvalho	2ª	sem pedido	Preso - conhecida e denegada
12.8	Joinville	Getúlio Corrêa	3ª	indeferida	Preso - parcialmente conhecida e denegada
12.9	Joinville	Getúlio Corrêa	3ª	indeferida	Preso - conhecida e denegada

Fonte: Autora, 2021.

QUADRO 04 – DADOS GERAIS 2 GRUPO AMOSTRAL 1

Autos	Paciente	Crime	Momento da prisão	Defesa	Julgamento	Manifestação do MP
8.1	Homem	Crime de drogas	Pandemia	advogado particular	06/08/2020	Denegação da ordem
8.2	Homem	Crime de drogas	Pandemia	advogado particular	06/08/2020	Denegação da ordem
8.3	Homem	Crimes patrimoniais e associação criminosa	Pandemia	advogado particular	06/08/2020	Denegação da ordem
8.4	Homem	Crime contra a vida	Pandemia	advogado particular	06/08/2020	Denegação da ordem
8.5	Homem	Crime de drogas e de arma	pré-pandemia	advogado particular	06/08/2020	Denegação da ordem
8.6	Homem	Crime de drogas	pré-pandemia	advogado particular	06/08/2020	Denegação da ordem
8.7	Mulher	Crime de drogas	Pandemia	advogado particular	04/08/2020	Denegação da ordem
8.8	Homem	Crimes patrimoniais	sem menção	advogado particular	04/08/2020	Denegação da ordem
8.9	Homem	Crime contra a vida	sem menção	advogado particular	04/08/2020	Denegação da ordem
9.1	Homem	Crime de drogas	Pandemia	advogado particular	10/09/2020	Denegação da ordem

9.2	Mulher	Crime de drogas	pós condenação 1ª instância	advogado particular	10/09/2020	Denegação da ordem
9.3	Mulher	Crime contra a vida	pós pronúncia	advogado particular	10/09/2020	Denegação da ordem
9.4	Homem	Crime de drogas	Pandemia	advogado particular	10/09/2020	Denegação da ordem
9.5	Mulher	Crime de drogas	Pandemia	DPE	10/09/2020	Parcial concessão
9.6	Homem	Crimes patrimoniais	Pandemia	DPE	10/09/2020	Concessão
9.7	Homem	Crimes patrimoniais	sem menção	DPE	08/09/2020	Concessão
9.8	Homem	Crimes patrimoniais	sem menção	DPE	08/09/2020	Denegação da ordem
9.9	Homem	Crime contra a vida	pré-pandemia	advogado particular	08/09/2020	Denegação da ordem
10.1	Homem	Crime contra a vida	sem menção	advogado particular	15/10/2020	Denegação da ordem
10.2	Homem	Crime de drogas	sem menção	DPE	13/10/2020	Denegação da ordem
10.3	Homem	Crime de drogas e de arma	Pandemia	advogado particular	13/10/2020	Denegação da ordem
11.1	Homem	Crimes patrimoniais	Pandemia	DPE	26/11/2020	Denegação da ordem
11.2	Homem	Crime de drogas	pré-pandemia	advogado particular	26/11/2020	Denegação da ordem
11.3	Homem	Crimes patrimoniais	Pandemia	DPE	24/11/2020	Denegação da ordem
11.4	Homem	Crime de drogas e patrimonial	Pandemia	DPE	26/11/2020	Denegação da ordem
11.5	Homem	Crime de drogas	sem menção	advogado particular	26/11/2020	Denegação da ordem
11.6	Homem	Crimes patrimoniais	sem menção	advogado particular	26/11/2020	Denegação da ordem
12.1	Homem	Crime de drogas e de arma	Pandemia	advogado particular	03/12/2020	Denegação da ordem
12.2	Homem	Crime de drogas e de arma	sem menção	advogado particular	03/12/2020	Denegação da ordem
12.3	Homem	Organização criminosa	sem menção	advogado particular	03/12/2020	Denegação da ordem
12.4	Homem	Crime de drogas	Pandemia	DPE	03/12/2020	Denegação da ordem
12.5	Homem	Organização criminosa	pré-pandemia	advogado particular	01/12/2020	Denegação da ordem
12.6	Homem	Crime de drogas	Pandemia	advogado particular	01/12/2020	Denegação da ordem
12.7	Homem	Crime de drogas	Pandemia	advogado particular	01/12/2020	Denegação da ordem
12.8	Homem	Crime de drogas	pandemia	DPE	01/12/2020	Denegação da ordem

12.9	Homem	Crime de drogas	pandemia	DPE	01/12/2020	Denegação da ordem
------	-------	-----------------	----------	-----	------------	--------------------

Fonte: Autora, 2021.

APÊNDICE C – IDENTIFICADORES GRUPO AMOSTRAL 2

QUADRO 05 – IDENTIFICADORES GRUPO AMOSTRAL 2

O que aborda	AUTOS	IDENTIFICADORES
Recomendação não obrigatória	0001035-88.2018.8.24.0076	2.1
Recomendação não obrigatória	0000350-11.2019.8.24.0282	2.2
Não conhecimento alegações covid	5008558-32.2020.8.24.0000	2.3
Não conhecimento alegações covid	5019549-67.2020.8.24.0000	2.4
Sem respaldo a alegação de pandemia no ambiente prisional	5005744-47.2020.8.24.0000	2.5
Ambiente prisional resguardado	5022309-86.2020.8.24.0000	2.6
Medidas contra covid no presídio são suficientes	5018371-83.2020.8.24.0000	2.7
Medidas contra covid no presídio são suficientes	5019045-61.2020.8.24.0000	2.8
Não exigência de custódia	5018890-58.2020.8.24.0000	2.9
Não exigência de custódia	5024324-28.2020.8.24.0000	2.10
Não exigência de custódia	5024367-62.2020.8.24.0000	2.11
Não exigência de custódia	5013241-15.2020.8.24.0000	2.12
Confiança no juiz do processo	5017854-78.2020.8.24.0000 – Processo analisado (8.5)	2.13

Fonte: Autora, 2021.