

Pandemia e tratamento jurídico desigual: uma análise de *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (2020-2022)

André Luiz Faisting^I

Roberto Kant de Lima^{II,III}

^IUniversidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, Brasil

^{II}Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil

^{III}Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Este artigo problematiza como o tratamento jurídico e judicial desigual se reproduziu durante a Pandemia de Covid-19. Para tanto, analisa como a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça foi aplicada em *habeas corpus* julgados no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Por meio de análises quantitativa e qualitativa, constatou-se que a grande maioria das pessoas presas durante a Pandemia, ainda que integrantes de grupos de risco, teve os pedidos denegados com fundamentos associados, entre outros, à garantia da ordem pública, à periculosidade do agente, ao caráter não impositivo da Recomendação 62 e à ausência de comprovação de que as prisões eram insalubres.

Palavras-chave: recomendação 62 CNJ, pandemia de Covid-19, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, tratamento jurídico; judicial desigual

Pandemic and Unequal Legal Treatment: An Analysis of Habeas Corpus Impetrated in the Court of Justice of Mato Grosso Do Sul (2020-2022) The article problematizes how unequal legal and judicial treatment was reproduced during the Covid-19 Pandemic. To this end, it analyzes how CNJ Recommendation 62 was applied in *habeas corpus* trials at the Court of Justice of Mato Grosso do Sul. Through quantitative and qualitative analyses, it was found that the vast majority of people arrested during the Pandemic, even though they were members of risk groups, their requests were denied on grounds associated, among others, with the guarantee of public order, the dangerousness of the agent, the non-imposing nature of the Recommendation 62 and the lack of proof that the prisons were unsanitary.

Keywords: recommendation 62 CNJ, Covid-19 pandemic, Court of Justice of Mato Grosso do Sul, judicial treatment; judicial inequality

INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta resultados de uma pesquisa desenvolvida no âmbito de um projeto maior intitulado “Assimetrias Federativas em Tempos de Covid-19: Diagnósticos e Impactos da Recomendação nº 62 do CNJ no Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul”¹, que busca descrever e analisar como se deu, durante a Pandemia de Coronavírus (Covid-19), o tratamento desigual na apreciação de pedidos de liberdade de réus presos pelos crimes de tráfico de drogas, furto, roubo e homicídio nesses três estados no período de 2020 a 2022. Para tanto, foram levantados e analisados dados quantitativos e qualitativos de *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, tendo como referência a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional Justiça (CNJ), emitida em março de 2020, no intuito de implementar medidas preventivas referentes à propagação do vírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Partindo da constatação de que a (re)produção jurídica da desigualdade no Brasil opera tanto no nível da elaboração quanto da aplicação das leis e outras normativas, por meio da

inquisitorialidade e da parcialidade dos juízes (AMORIM; KANT DE LIMA, 2017; BAPTISTA, 2013; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011; DUARTE; IORIO FILHO, 2011; DUARTE *et al.*, 2021; KANT DE LIMA, 2010, 2011, 2019; MENDES, 2012), a pesquisa problematiza como as instituições judiciárias reproduzem desigualdades e privilégios em situações extraordinárias, como as que se desenvolveram no contexto da Pandemia de Covid-19 no Brasil.

Para tanto, também partimos da hipótese de existência, no Brasil, de uma política criminal que oscila entre modelos mais garantidores de direitos e modelos mais punitivos (CAMPOS; AZEVEDO, 2020).² Nesse sentido, pode-se dizer que foi a partir de um modelo mais garantidor de direitos que a Recomendação 62 reconheceu a vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade durante a Pandemia e, em atendimento às orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS), propôs aos juízes e tribunais a adoção de “medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus (Covid-19) no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”, com destaque para medidas visando diminuir a superlotação carcerária por meio da concessão de prisão domiciliar.

Contudo, diversas pesquisas têm demonstrado que a Recomendação 62 do CNJ não foi devidamente aplicada nos julgamentos de *habeas corpus* por diferentes motivos.³ Em um balanço dos estudos acadêmicos publicados que analisaram a atuação da segurança pública e da justiça criminal nos sistemas prisional e socioeducativo diante do cenário da Pandemia de Covid-19, realizada no âmbito do mesmo projeto no qual está inserida a pesquisa no Mato Grosso do Sul, os autores evidenciaram que, mesmo com a Recomendação 62, não houve ruptura das práticas tradicionais punitivas sobre os encarcerados durante a Pandemia (LIMA *et al.*, 2025).

Entre as medidas propostas na Recomendação 62 do CNJ, estava a reavaliação das prisões provisórias. Prevista no inciso I do artigo 4º da Recomendação, tal medida se fundamenta no artigo 316 do Código de Processo Penal e teve como base três critérios: a situação da pessoa, destacando mulheres gestantes e lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos, idosos, indígenas, pessoas com deficiência e aquelas que se enquadravam em grupo de risco; a condição do local onde a pessoa estava presa, destacando presídios com ocupação superior à sua capacidade, que não dispunham de equipe de saúde, que estivessem sob interdição ou que favorecessem a propagação do vírus; as condições em que se deu a prisão, ou seja, pessoas que estivessem presas preventivamente há mais de 90 dias e que praticaram crimes sem violência ou grave ameaça.

No que se refere ao encarceramento no Mato Grosso Sul, destaca-se que o estado vem ocupando, nos últimos anos, os primeiros lugares no *ranking* nacional em taxas de encarceramento, e durante a Pandemia não foi diferente, ou seja, mesmo com as medidas de desencarceramento propostas pelo CNJ, de acordo com os dados publicados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública a taxa de encarceramento no Mato Grosso do Sul passou de 566,9 em 2018 para 793,8 em 2022, taxas que representaram quase o dobro das taxas de encarceramento do Brasil nesse período. Entre o final de 2019 e final de 2021, período marcado pela maior gravidade nos índices de contágio e morte pela Covid-19 no Brasil, o aumento do encarceramento no Mato Grosso do Sul foi

de 18,8%. Além disso, também de acordo com dados do Anuário, a razão preso/vaga no sistema prisional do estado era de 1,9 em 2020, 1,8 em 2021 e 1,7 em 2022, o que indica que, no primeiro ano da Pandemia, havia quase dois presos por vaga no Mato Grosso do Sul.⁴

Como o principal objetivo da pesquisa foi compreender se e como a Recomendação 62 do CNJ foi mencionada nos julgamentos dos *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul para os crimes de tráfico de drogas, furto, roubo e homicídio, partimos inicialmente do levantamento quantitativo dos *habeas corpus* que mencionaram ou não a referida Recomendação para, posteriormente, analisarmos qualitativamente o teor completo desses documentos para compreender os fundamentos e as moralidades utilizados para denegar ou para conceder os pedidos.

1. ANOTAÇÕES SOBRE OS DADOS QUANTITATIVOS DOS *HABEAS CORPUS*

Os dados quantitativos dos *habeas corpus* impetrados entre 2020 e 2022 foram levantados a partir das informações disponibilizadas no portal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que permite o acesso às ementas e ao teor completo dos julgados. Assim, inicialmente foram identificados os *habeas corpus* com todos os tipos penais impetrados para todo o estado e para a capital Campo Grande, totalizando, respectivamente, 7.027 e 2.095 documentos. Em seguida, foram levantados os *habeas corpus* impetrados a partir da Comarca de Campo Grande, para os crimes de tráfico de drogas, roubo, furto e homicídio, num total de 1.535 documentos. Com base nesse último levantamento, foram registradas as variáveis relativas aos *habeas corpus* que fizeram menções diretas e indiretas à Recomendação 62 do CNJ no teor completo dos julgados, totalizando 722 documentos, o que representou 47% dos *habeas corpus* oriundos da Comarca de Campo Grande para os quatro tipos penais. Finalmente, considerando o objetivo da pesquisa de compreender como a referida Recomendação foi mencionada nos julgamentos de *habeas corpus*, foi constituída uma segunda planilha com os 390 julgados nos quais houve menções diretas à Recomendação 62, representando 25,4% do total.⁵

Essa segunda amostra se constituiu na base para a análise qualitativa dos fundamentos e moralidades utilizados para denegar ou para conceder os pedidos. O conceito de moralidades aqui empregado é apropriado daquele de “moralidades situacionais”, desenvolvido por Eilbaum (2010). Em resumo, significa que a pesquisa de caráter empírico, que consiste em observar e construir etnograficamente o desenvolvimento dos julgamentos e das respectivas decisões judiciais deles decorrentes na aplicação da lei, envolve valores e julgamentos morais da autoridade jurisdicional sobre as circunstâncias, fatos e status pessoal dos envolvidos no litígio, que são enunciados explicitamente e se tornam decisivos para sua tomada de decisão, independentemente mesmo das justificações dogmáticas que, a posteriori, são incluídas nas sentenças (BAPTISTA, 2013; BRANDÃO, no prelo; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2025; CARDOSO DE OLIVEIRA; KANT DE LIMA, 2023;

GUIMARÃES, 2023; MENDES, 2012; NUÑEZ, 2021). Essa problemática, entre outras, vem sendo objeto de inúmeras pesquisas empíricas realizadas no âmbito do INCT-InEAC, desde sua criação em 2009 e mesmo antes disso, por pesquisadores da área de ciências sociais e do direito (entre outros, cf. ALVES, 2022; BRITO, 2017; GARAU, 2022; HYPOLITO, 2024; LIMA, 2021; LOBO, KANT DE LIMA, 2020; MOUZINHO, 2019; SAMPAIO, 2023; SILVA, 2020).⁶

A seguir apresentaremos algumas variáveis quantitativas relativas aos 390 *habeas corpus* com menções diretas à Recomendação 62 do CNJ para, em seguida, apresentarmos os principais fundamentos e moralidades identificados nos *habeas corpus* analisados.

Quadro 1 – Resultado dos *habeas corpus* de acordo com o sexo do/as pacientes

	DENEGADO	CONCEDIDO	NÃO CONHECIDO	TOTAL	(%)
MASCULINO	295 (89,4%)	27 (8,2%)	08 (2,4%)	330	84,6%
FEMININO	52 (86,7%)	06 (10,0%)	02 (3,3%)	60	15,4%
TOTAL	347 (89,0%)	33 (8,5%)	10 (2,5%)	390	100%

Fonte: Elaboração própria

Como se pode constatar no quadro 1, em 84,6% dos *habeas corpus* impetrados, os pacientes eram homens e em 15,4% eram mulheres. No que se refere ao resultado dos julgamentos, constata-se que 89% foram denegados, 8,5% foram concedidos e 2,5% foram prejudicados ou não conhecidos. No contraste entre o resultado dos julgamentos e o sexo do/as pacientes, constata-se que, enquanto os homens tiveram 8,2% de seus *habeas corpus* concedidos, as mulheres alcançaram a concessão em 10% de seus pedidos. Em ambos os casos, contudo, ressalta-se o alto índice de denegações, com percentuais de 89,4% para homens e 86,7% para mulheres. Como um dos critérios previstos na Recomendação 62 do CNJ para a reavaliação de prisões durante a Pandemia inclui mulheres gestantes, lactantes e mães de crianças de até doze anos, é certo que muitas dessas mulheres permaneceram presas, o que foi confirmado na análise qualitativa dos *habeas corpus*.

Quadro 2 – Resultado dos *habeas corpus* de acordo com os tipos penais

	DENEGADO	CONCEDIDO	NÃO CONHECIDO	TOTAL	(%)
TRÁFICO	255 (89,2%)	23 (8,0%)	08 (2,8%)	286	73,3%
FURTO	35 (85,4%)	06 (14,6%)	—	41	10,5%
ROUBO	33 (94,3%)	01 (2,8%)	01 (2,8%)	35	9,0%
HOMICÍDIO	24 (85,7%)	03 (10,7%)	01 (3,6%)	28	7,2%
TOTAL	347 (89,0%)	33 (8,5%)	10 (2,5%)	390	100%

Fonte: Elaboração própria

O quadro 2 indica que o tráfico de drogas representou a grande maioria dos *habeas corpus* impetrados, com 73,3% dos casos, percentual muito superior aos crimes de furto, com 10,5%, de roubo, com 9,0%, e de homicídio (tentado ou consumado), com 7,2%, confirmando a relação do

tráfico de drogas com o encarceramento em massa no Mato Grosso do Sul. No contraste entre resultado dos julgamentos e tipo penal, constata-se que o crime em que mais houve denegação foi o roubo, com 94,3%, seguido do crime de tráfico de drogas, com 89,2%. Registra-se que, das 60 mulheres que impetraram *habeas corpus*, 50 foram presas por suposto tráfico de drogas, ou seja, 83,3%, percentual próximo ao de homens presos pelo mesmo crime, que foi de 85,9%.

Registra-se, também, que 37,2% dos *habeas corpus* analisados foram impetrados pela Defensoria Pública, e no que se refere aos juízos de primeiro grau impetrados, 83,1% dos *habeas corpus* foram impetrados contra Varas Criminais comuns, ou seja, aquelas nas quais a prisão preventiva é decretada.⁷ Apenas 11,5% dos *habeas corpus* analisados foram impetrados contra as Varas de Execução Penal e 4,8% contra Varas do Tribunal do Júri. Assim, ao se considerar o alto índice de prisões preventivas que ensejaram a impetração de *habeas corpus*, bem como o contexto extraordinário caracterizado pela Pandemia no sistema prisional e, ainda, pela existência de uma Recomendação que propôs medidas de desencarceramento, destaca-se o fato de que o percentual de prisões preventivas foi semelhante ao percentual de *habeas corpus* denegados.

Dos 390 *habeas corpus* analisados, houve 347 denegações e 33 concessões, com 70% de concessões parciais, ou seja, com restrições.⁸ Considerando os 33 *habeas corpus* concedidos, constata-se que 60,6% foram concedidos por unanimidade e em 39,4% houve um voto divergente, percentual que contrasta com a quantidade de divergência nos pedidos denegados. Das 347 denegações houve divergência de votos em apenas 4%, indicando que há muito mais divergência de votos quando é para conceder. Quando se analisa a atuação de um dos relatores, observa-se um contraste com os demais cujos *habeas corpus* relatados foram muito semelhantes aos denegados. Para o desembargador em questão, 70% dos *habeas corpus* por ele relatados foi denegado, 30% foram concedidos, e em todos ele votou pela concessão. Nos 13 *habeas corpus* relatados por ele, em 6 o placar foi unânime pela concessão e em 7 houve divergência, contrapondo-se à concessão.

Tais observações sobre os votos divergentes são importantes não apenas porque apontam para a atuação mais isolada de um desembargador que votou com mais frequência pela concessão, mas também porque apontam para a conclusão de que os resultados dos julgamentos dependem, em grande medida, da composição dos colegiados. Em outras palavras, para além dos tipos penais e da gravidade das condutas atribuídas, a sorte dos acusados que pleiteiam a liberdade provisória também está condicionada à composição das Câmaras Criminais julgadoras, bem como do exercício do chamado “livre convencimento motivado” dos juízes que tornam as decisões mais particularizadas e, portanto, desiguais.

Além disso, registra-se que a grande maioria dos 390 *habeas corpus* analisados foi decidida por unanimidade de votos, ou seja, 93,1%. Tal constatação também permite pensar a lógica das decisões judiciais a partir do conceito de “família judicial”. Esse conceito é utilizado por Ribeiro, Lages e Neves (2024) para caracterizar “laços de amizade” entre operadores do direito que se fortalecem pelas interações pessoais e de trabalho e propiciam, com isso, “visões de mundo semelhantes”.

Embora as autoras estejam analisando a coincidência de visões entre juízes, promotores e defensores em audiências de custódia, algumas de suas conclusões se aproximam das análises dos *habeas corpus* que realizamos, especialmente no que se refere às visões que prevalecem entre os julgadores sobre os suspeitos e sobre os delitos praticados.

Constatamos ainda que existe certa necessidade de se estabelecer prioridades de processamento diante de uma demanda crescente criada pelas prisões em flagrante efetuadas pelas polícias. É por essa razão que os sujeitos com perfil de bandido, ou acusados de cometer os delitos de sempre, têm maiores chances de saírem das Audiências de Custódia com o encarceramento determinado, confirmando como essas dimensões são reveladoras da seletividade da justiça criminal brasileira (RIBEIRO; LAGES; NEVES, 2024, p. 25).

Se considerarmos apenas os 27 julgados nos quais houve divergência de votos, constata-se que dos 81 votos proferidos por todo/as o/as julgadore/as, 41 foram pela concessão e 40 pela denegação dos pedidos. A equivalência entre os votos para conceder e para denegar, contudo, se explica novamente pela grande participação do mesmo desembargador mencionado anteriormente, que concedeu a maioria dos pedidos, ou seja, embora para essa amostra de 27 julgados tenha havido a participação de 11 desembargadores e juízes em substituição legal, esse desembargador foi, sozinho, responsável por 53,7% dos votos para conceder. Assim, diante dos dados que apontaram para uma atuação quase isolada de um dos desembargadores para conceder, tornou-se essencial identificar e analisar os fundamentos e as moralidades utilizados nos julgados para denegar ou não conhecer os pedidos, o que representou mais de 90% de todos os *habeas corpus* analisados.

2. FUNDAMENTOS E MORALIDADES NOS JULGAMENTOS DOS *HABEAS CORPUS*

Como o principal objetivo da pesquisa foi compreender como a Recomendação 62 do CNJ foi recepcionada e interpretada nos julgamentos de *habeas corpus* impetrados no TJMS durante a Pandemia de Covid-19, foi necessária a leitura do teor completo dos documentos para identificar, categorizar e mensurar as diferentes menções. Para tanto, optou-se pela amostra constituída dos 390 *habeas corpus* que continham menções diretas à referida Recomendação, bem como às menções mais amplas acerca da Pandemia e das condições do sistema prisional.

Além dessas menções, contudo, a leitura do teor completo dos documentos revelou a importância de considerar outros fundamentos e moralidades que, independentemente do impacto da Pandemia e da Recomendação 62 no sistema prisional, também foram decisivos para o desfecho dos julgamentos. Como enfatiza Lucía Eilbaum, essas moralidades não constituem uma ética, ou moral, específica, seja de uma classe profissional ou de um grupo social:

Assim, não se trata aqui de identificar ‘uma’ moral ou ‘uma’ ética específica, mas de propor a presença, em um determinado contexto institucional judicial, de ‘moralidades situacionais’. Por isso, acredito que os valores morais que informam as ações e decisões judiciais não sejam nem únicos, nem homogêneos nem imutáveis, derivados

de uma estrutura social totalizante; mas produto das interações pontuais e contextuais entre os agentes, as regras, os conflitos particulares e as pessoas envolvidas neles [...]. Busco assim dar conta da relação entre a administração de justiça e as possíveis moralidades e interesses que informam sua prática (EILBAUM, 2010, pp. 23-24).

Essas moralidades, também identificadas nas pesquisas realizadas no âmbito do InEAC por Mendes (2012), sobre a aplicação prática do princípio do livre convencimento motivado do juiz, por Baptista (2013), sobre a imparcialidade dos juízes, por Nuñez (2021), sobre “a família do júri” e por Guimarães (2023), sobre o instituto do dano moral, estão sempre presentes nas decisões judiciais, sejam cíveis ou criminais, e antecedem a justificativa que fundamenta dogmaticamente as decisões.

Assim, os dados foram organizados a partir de quatro categorias: menções à Recomendação 62, à Pandemia de Covid-19 e ao sistema prisional; menções a categorias indeterminadas e a princípios gerais do Direito; menções às condições de gestantes e mães de crianças de até 12 anos; menções a dispositivos legais mais recorrentes, como os artigos 312, 313 e 319 do Código de Processo Penal que trazem os pressupostos e os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva, bem como das medidas cautelares diversas da prisão.

A primeira categoria reúne menções à Recomendação 62, à Pandemia e ao sistema prisional e destaca-se pelos fundamentos que vão desde a afirmação de que as pessoas presas não comprovaram serem do grupo de risco ou de que não havia informações sobre a insalubridade do sistema prisional, passando por argumentos sobre o caráter não obrigatório da Recomendação 62, seu uso genérico e retórico que poderia levar à “subversão do sistema legal”, do risco de liberar as pessoas presas de forma indiscriminada como um “salvo conduto” ou “alvará de soltura”, da necessidade de priorizar a segurança pública e a paz social em detrimento dos direitos e garantias individuais das pessoas presas, do fato de que a pessoa presa estava isolada e, portanto, menos suscetível ao contágio pelo vírus da Covid-19, até moralidades que distinguem população carcerária e “população ordeira”, indicando a “incoerência de prender em casa quem deveria estar solto e soltar quem deveria estar preso”.

As menções relacionadas às categorias indeterminadas e princípios gerais do Direito reúnem fundamentos como a necessidade de garantia da ordem pública, a ênfase na periculosidade do agente e na potencialidade de sua reiteração delitiva, a insuficiência das condições pessoais favoráveis para revogação da prisão preventiva, o não reconhecimento do excesso de prazo na persecução penal, a perda superveniente do objeto e, ainda, a legitimidade da fundada suspeita do policial ao executar a prisão. Além desses fundamentos, em muitos julgados foram mencionados princípios como a presunção de inocência, da proporcionalidade das medidas de prisão, da homogeneidade das cautelares, além dos princípios da unirrecorribilidade e da colegialidade para, sobretudo, denegar os pedidos de *habeas corpus*.

A terceira categoria reúne menções envolvendo mulheres gestantes e lactantes, além de mães de crianças de até 12 anos de idade que estavam presas. Registra-se que a condição dessas mulheres estava prevista na Recomendação 62 como passível de reavaliação das prisões preventivas, em atendimento, inclusive, a outros dispositivos legais já existentes que tratam da mesma matéria.

Nessa categoria, para denegação dos pedidos, destacam-se os fundamentos nos quais a mãe não teria comprovado ser imprescindível aos cuidados de seus filhos, por ter praticado o crime de tráfico de drogas na própria residência e, portanto, prejudicial ao bem estar da criança, pelo fato de a paciente, embora gestante, ser jovem e sem comorbidades e, ainda, pelo enquadramento às situações excepcionais que permitem as prisões dessas mulheres, como o fato de o crime ter sido cometido com grave violência contra a pessoa (FAISTING; ROSA, 2024).

Para os propósitos e limites deste artigo, serão apresentados os fundamentos mais frequentes relativos à primeira categoria, ou seja, aqueles que mencionaram a Recomendação 62, a Pandemia de Covid-19 e o sistema prisional para denegar os pedidos, bem como algumas moralidades que permitem compreender a forma como pensam e julgam alguns juízes, especialmente em situações extraordinárias como aquela caracterizada pela Pandemia no Brasil. Ainda para contrastar com os fundamentos utilizados para denegar os *habeas corpus*, serão apresentados alguns dos fundamentos mais frequentes utilizados para conceder os pedidos. Embora esses sejam minoritários, eles também oferecem uma perspectiva essencial sobre os critérios e racionalidades adotadas pelos juízes em suas decisões.

Quadro 3 – Menções mais recorrentes à Recomendação 62, à Pandemia e ao Sistema Prisional para denegar os *habeas corpus* julgados no TJMS (2020 a 2022)

1	Não pertence ou não comprovou ser do grupo de risco, ser vulnerável ao contágio ou estar em situação que possa agravar seu estado de saúde	81,8%
2	Não há informações de que a unidade prisional não tenha condições de evitar o contágio ou propiciar tratamento médico, se necessário	71,5%
3	Em que pese a Recomendação 62, a revogação das prisões não pode se dar indiscriminadamente, dissociada das particularidades do caso concreto	41,3%
4	A Recomendação 62 não é norma impositiva/obrigatória que autoriza Indistintamente a libertação de presos, nem passe livre para soltura	31,8%
5	A Recomendação 62 (atualizada pela Recomendação 78) não se aplica às organizações criminosas, os crimes hediondos ou praticados com violência ou grave ameaça	30,0%

Fonte: Elaboração própria

Como se pode observar no Quadro 3, entre as fundamentações apresentadas para a primeira categoria relacionada à Pandemia, à Recomendação 62 e às condições do sistema prisional, a que teve maior incidência foi aquela em que os julgadores consideraram que a pessoa presa não pertencia ou não comprovou ser do grupo de risco, ser vulnerável ao contágio ou estar em situação que pudesse agravar seu estado de saúde. Essa fundamentação foi utilizada em mais de 80% dos *habeas corpus* analisados para denegar os pedidos, e embora seja compreensível em muitos casos à luz da própria Recomendação 62, que estabelece os grupos de risco que poderiam ter as prisões provisórias revisadas, o fato é que, em inúmeros *habeas corpus* denegados, as pessoas presas integravam esses grupos. Veja-se os trechos de alguns julgados:

Tem-se que o fato de o paciente ser acometido de enfermidade, por si só, não viabiliza o cumprimento da pena no regime domiciliar (81). Como bem destacado pelo Juízo a quo, o fato de o Paciente ser idoso, contanto com

64 anos, por si, não induz à automática substituição da pena de prisão por domiciliar (105). Apesar de a paciente encontrar-se em unidade prisional cuja lotação situa-se acima da capacidade e possuir obesidade mórbida, com as doenças daí decorrentes, não se demonstrou a incapacidade do estabelecimento penal de promover o atendimento médico de que necessita (109). Conquanto argumente o paciente ser diabético, não há qualquer confirmação segura acerca do estágio ou grau dessa enfermidade, tampouco informação de que não possa ser tratada na própria unidade prisional. Além disso, insta notar que dá mostras de que tem se aproveitado desse argumento para prosseguir em sua ilícita escalada após obtenção de soltura (120). A argumentação defensiva relativa às funcionalidades do baço não são suficientes para justificar a concessão do benefício almejado [...] valendo recordar que o órgão em questão não é o único responsável pela proteção imunológica do organismo humano (187). Especificamente sobre a Recomendação n.º 62 do CNJ, embora conste dos autos que a paciente possua doença imunossupressora consistente no vírus HIV, não há elementos no sentido de que a carga viral está em níveis elevados, tampouco existe comprovação sobre a impossibilidade do tratamento junto ao estabelecimento prisional, de modo a obstaculizar a flexibilização da medida com base no referido ato (298). Mesmo não tendo sido comprovada, a alegação de que os pacientes pertencem ao grupo de risco da Recomendação n.º 62 do CNJ por serem soropositivos, nada obsta que sejam isolados e sejam seguidas as orientações necessárias para evitar a disseminação do COVID-19, bem como, dispensando-lhes o imediato tratamento da moléstia em caso de aparecimento dos sintomas (319).

Tais fundamentos sobre a não comprovação de pertencimento aos grupos de risco previstos na Recomendação 62, de ser vulnerável ao contágio ou estar em situação que pudesse agravar o estado de saúde, são reforçados pelo argumento segundo o qual não havia informações de que a unidade prisional não teria condições de evitar o contágio ou propiciar tratamento médico, se necessário. Esse fundamento teve incidência em mais de 70% dos *habeas corpus* analisados. A seguir, alguns trechos de julgados nos quais esse fundamento foi utilizado para denegar os pedidos.

Na inexistência de informação de que os pacientes sofram de algum tipo de enfermidade grave ou, ainda, que na unidade prisional onde se encontram recolhidos haja registro de contaminação pelo coronavírus, inviável a substituição da prisão preventiva por custódia domiciliar ou outras medidas alternativas (95). Para a concessão da medida, é imprescindível que seja comprovada a incapacidade do estabelecimento prisional em suprir as necessidades médicas do interno. No caso, não há comprovação sobre qualquer uma dessas situações fáticas, o que desautoriza, portanto, a submissão do paciente ao regime domiciliar (97). A COVID-19 não pode ser empregada como meio de subversão do sistema legal vigente, sendo certo que, apesar de o paciente supostamente integrar o grupo de risco, a extrema gravidade concreta da conduta somada a inexistência de elementos no sentido de que o custodiado não possa receber o adequado tratamento no sistema penitenciário, não recomenda a revogação nos termos da Recomendação n. 62/2020 do CNJ (100). No presente caso, inexistente informação de que o paciente encontra-se segregado em local com excedente de lotação ou que haja registro deficiente de condição sanitária, de maneira que o risco de contrair o vírus no sistema penitenciário, nas condições atuais, é inferior ao de quem está solto e fora do isolamento social (69). A defesa requereu a imposição de medida cautelar diversa, mais precisamente a prisão domiciliar, alegando para tanto que a paciente é pessoa idosa (69 anos) e possui doença cardíaca grave que exige tratamentos médicos contínuos e ininterruptos, o que é impossível dentro do estabelecimento prisional. Ao analisar o pedido, o MM. Magistrado indeferiu a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sob os seguintes argumentos [...] “pretendendo a interessada obter o benefício sob a justificativa de se encontrar com a saúde debilitada, deve demonstrar não apenas que padece de eventual enfermidade ou patologia, mas também a absoluta impossibilidade de permanecer no cárcere em razão do não oferecimento do tratamento médico adequado na própria unidade prisional, o que não se verifica no caso em análise” (270).

Constata-se, pelos trechos dos julgados acima, que os fundamentos utilizados para denegar os pedidos, especialmente para pessoas com comorbidades, parecem não considerar as condições de precariedade e insalubridade que caracterizam as prisões no Brasil. Associado a esses fundamentos, destaca-se outro que, ao tratar da superlotação carcerária, afirma que “não há elementos suficientes para sua aferição” e que se trata “mais de uma questão de política carcerária do que necessariamente culpa do Judiciário” (25). Note-se, ainda, que, mesmo quando se admite a existência de lotação carcerária acima da capacidade, considera-se que isso, por si só, não justificaria a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Embora seja certo que os estabelecimentos prisionais, em sua maioria, estejam com lotação acima de sua capacidade, enquadrando-se na situação prevista pelo artigo 4º, I, “b”, primeira parte, da Recomendação 62/2020, tal fato não exclui os demais elementos acima referidos, de forma que, por si só, não justifica a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (65). Apesar de o paciente encontrar-se em unidade prisional cuja lotação possivelmente situa-se acima da capacidade (situação infelizmente comum a absoluta maioria dos estabelecimentos penitenciários brasileiros), não foi demonstrado que ele integra grupo de risco e nem comprovado que no local da custódia há casos de COVID-19 ou incapacidade em promover o isolamento de possíveis infectados (106).

Destaca-se, também, o argumento segundo o qual a Recomendação 62, atualizada pela Recomendação 78 do CNJ, não se aplicaria aos casos envolvendo organizações criminosas, crimes hediondos ou praticados com violência ou grave ameaça. Esse fundamento, com incidência de 30% nos *habeas corpus*, se refere especialmente ao tráfico de drogas, pois, ainda que praticado sem violência ou grave ameaça, foi frequentemente classificado como crime hediondo.

Não se descarta de que no dia 15 de setembro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 78, acrescentou o artigo 5-A, à Recomendação n. 62/2020 [...]. Nesse trilhar, oportuno destacar, como dito alhures, que o paciente foi condenado por crime de tráfico de entorpecentes (equiparado a hediondo), de modo que são inaplicáveis as medidas preconizadas nos artigos 4º e 5º da Recomendação n. 62/2020 do CNJ. Logo, ao contrário do ponderado pela defesa, agiu com o costumeiro acerto o magistrado *a quo*, não merecendo nenhum reparo a decisão (304).

Em outro julgado, o relator traz a referência, reiterada em vários *habeas corpus* analisados, à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347 acerca da população carcerária durante a Pandemia de Covid-19, ocasião em que o plenário negou referendo ao entendimento do ministro Marco Aurélio que determinou, em liminar, a possibilidade de concessão condicional a presos que estivessem em situação de vulnerabilidade. Nesse voto, o desembargador enfatiza as divergências dos outros ministros do STF à decisão do ministro Marco Aurélio:

No Plenário da corte, prevaleceu o voto divergente do ministro Alexandre de Moraes. Segundo ele, referendar a decisão do ministro Marco Aurélio significaria a determinação de uma megaoperação dos juízes de execução, numa espécie de mutirão carcerário. Citou, ainda, a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, de cunho administrativo, que trata da diminuição do fluxo de ingresso no sistema prisional. Ao aderir à divergência, o

ministro Luiz Edson Fachin destacou também outro regramento recente: a Portaria Interministerial 7, dos ministérios da Justiça e da Saúde, que entrou em vigor nesta quarta ainda prevendo uma série de medidas de enfrentamento da emergência do coronavírus no âmbito prisional. Para Fachin, limitar essas ações ao sugerido por Marco Aurélio significaria fixar critérios de priorização dos critérios legais. *"O Judiciário não tem atribuição de induzir uma forma atípica de indulto"*, alegou. Da mesma forma, a ministra Carmen Lúcia destacou que o tema da proteção da população prisional em meio à pandemia não parece carente de tratamento. *"Vivemos uma situação em que a menor judicialização possível fará melhor para o sistema do que a intervenção"*, concordou o ministro Barroso (27).

No mesmo sentido, destaca-se o argumento segundo o qual a revogação das prisões não poderia se dar indiscriminadamente, dissociada das particularidades do caso concreto, que teve incidência em mais de 40% dos julgados, bem como o argumento de que a Recomendação 62 não seria norma impositiva que autorizaria indistintamente a libertação de presos, nem passe livre para soltura, com incidência em mais de 30% nos julgados analisados.

Inicialmente, deve ser pontuado que a Recomendação editada pelo CNJ não é norma impositiva que autoriza indistintamente a libertação de presos provisórios e definitivos. Em verdade, o ato foi editado com a finalidade de orientar os juízes e tribunais a reavaliarem a necessidade de manutenção das prisões e a possibilidade de substituição destas por custódia domiciliar ou outras medidas alternativas, de acordo com as peculiaridades de cada caso e das condições pessoais de cada interno. Nesse pórtico, a despeito do momento crítico vivenciado em nosso país, em decorrência da atual pandemia do vírus COVID-19, conhecido por "Coronavírus", tal situação, por si só, não pode ser interpretada como uma espécie de "alvará de soltura" para todo e qualquer indivíduo que se encontre encarcerado, pois, em contrapartida, ainda persiste o direito da coletividade de ver preservada a paz social, que não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de modo a evitar a reiteração criminosa e a intensificação da insegurança social (242).

Esses fundamentos também foram inspirados em uma decisão do ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, muitas vezes literalmente reproduzida em vários dos *habeas corpus* analisados. De acordo com o ministro:

A Recomendação n. 62/2020 do CNJ não é ato normativo de observância obrigatória e não criou direito subjetivo aos apenados. Trata-se de mera orientação. As medidas sugeridas aos juízes devem ser adotadas com razoabilidade, sempre em observância ao contexto local de disseminação do vírus" [...] a crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, ineludivelmente, 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. (STJ/HC nº 567.408/RJ) (337).

Destaca-se, nessa decisão, a referência à Recomendação 62 do CNJ como "mera orientação". Tal referência também aparece em outros julgados analisados. Em um deles, o termo "mera recomendação" vem associado à crença do julgador de que o preso não cessaria de cometer crimes caso fosse solto. Segundo ele, "é no mínimo duvidoso que os pacientes, pegos a afrontar as mais comezinhas normas de convívio social, vão ficar reclusos em casa, cumprindo diligentemente

mera recomendação da justiça e da autoridade sanitária” (176). Essa concepção nos remete ao conceito de “sujeição criminal”, ou seja, “não é alguém que comete crimes, mas que sempre cometerá crimes, um bandido, um sujeito perigoso, um sujeito irrecuperável, alguém que se pode desear naturalmente que morra, que pode ser morto, que seja matável” (MISSE, 2010, p. 21).

Constata-se, assim, que as decisões dos juízes do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para denegar os pedidos de *habeas corpus* não se fundamentaram apenas na jurisprudência do próprio Tribunal, mas também em decisões dos tribunais superiores, buscando, com isso, maior legitimidade para afastar algumas das medidas propostas pela Recomendação 62. Nesse aspecto, cabe destacar um *habeas corpus* impetrado durante a Pandemia contra uma Vara Criminal da Comarca de Dourados, interior do Mato Grosso do Sul, no qual o paciente era um indígena portador de diabetes, gota e hipertensão, entre outras enfermidades. O pedido foi denegado por unanimidade no TJMS com o argumento do relator de que não havia informações sobre a impossibilidade de o paciente receber tratamento médico no presídio em que se encontrava preso.

Ocorre que esse caso chegou ao STF poucos meses depois de julgado pelo TJMS, ainda em 2020. Mesmo com um extenso e fundamentado voto proferido pela relatora Ministra Rosa Weber – e ainda que esse tenha sido referenciado em dispositivos nacionais e internacionais, como a Resolução 287 do CNJ e a Convenção 169 da OIT, reconstituído todo o contexto da prisão do indígena (originada a partir de um evento conhecido como “Massacre de Caarapó”) e votado pela concessão da ordem –, por maioria de votos, a Primeira Turma do STF não conheceu o *habeas corpus* e o indígena permaneceu encarcerado. Na divergência apresentada pelo ministro Alexandre de Moraes, além de considerar a alegação da Pandemia como “clara inovação”, utiliza-se a tese da “aculturação”, há muito ultrapassada nos estudos antropológicos, para não conhecer o pedido.

A questão da Covid, que Vossa Excelência bem ressaltou e também vem analisada no parecer da Procuradoria-Geral da República, é uma clara inovação, aqui, como supressão de instâncias. Em momento nenhum, mesmo no Superior Tribunal de Justiça, isso foi alegado, e, depois, agora, como elemento subsidiário. Não há nem a comprovação real da iminência de risco decorrente da pandemia, que, como Vossa Excelência bem ressaltou, também afeta a todos nós. O modus operandi e a gravidade dos crimes praticados, a meu ver, sem relação direta com a tragédia sofrida pelo paciente, justificam, a princípio, a prisão preventiva e a manutenção da prisão após a sentença condenatória. O fato de ele estar **aculturado**, já integrado à sociedade, também, a meu ver, não justificam tratamento diferenciado.

Embora o ministro Marco Aurélio tenha acompanhado o voto da Ministra Rosa Weber, os ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso acompanharam o voto divergente. Após relatar sua interpretação dos fatos que levaram à prisão do indígena, e se dirigindo à Ministra Rosa Weber, o ministro Barroso argumentou: “compreendendo a sensibilidade de Vossa Excelência não apenas para a questão indígena, como para a situação de um pai que perde um filho, me impressionei mais com os fatos que levaram a autoridade judicial impetrada a decretar a prisão preventiva”.

Com efeito, as referências aos tribunais superiores observadas nos julgamentos de *habeas corpus* no TJMS não se limitaram às decisões judiciais desses tribunais, mas também às manifestações públicas de ministros do STF na imprensa, como essa referência a uma entrevista do ministro Luiz Fux, reproduzida literalmente em vários dos *habeas corpus* analisados:

Cumprе ressaltar que em recente pronunciamento à imprensa, o ministro LUIZ FUX declarou: “Enfim, cada magistrado deve ter em mente a seguinte percepção consequencialista: a liberação de presos de periculosidade real é moralmente indesejada, pela ânsia de conjuração da ideia de impunidade seletiva, e não pode tornar a dose das recomendações humanitárias um remédio que mate a sociedade e seus valores, criando severíssimo risco para a segurança pública” (341).

As manifestações sobre a situação carcerária na Pandemia por parte dos ministros de tribunais superiores, compartilhadas em grande medida por juízes e desembargadores da justiça estadual, como visto, não se diferem substancialmente dos posicionamentos de membros do governo federal à época. Por exemplo, em entrevista à Folha de São Paulo no dia 31 de março de 2020, o então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, disse que havia “um ambiente de relativa segurança para o sistema prisional em relação ao coronavírus pela própria condição dos presos de estarem isolados da sociedade”. Tal fundamento, segundo o qual os presos estariam menos expostos ao risco de contaminação, se apresentou de várias formas nos *habeas corpus* analisados, seja para reforçar que os presos já estariam isolados, seja para afirmar que os efeitos da Pandemia se aplicavam a todas as pessoas, seja ainda para afastar a presunção de que a população carcerária estaria mais suscetível de ser infectada do que o restante da população.

O paciente encontra-se recolhido sem comunicação com o mundo exterior, tendo sido determinado à direção da unidade prisional fossem seguidos os protocolos sanitários e recomendações do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação n.º 62/2020), o que se vislumbra, por conseguinte, melhor segurança no sistema prisional em que se encontra acautelado do que, eventualmente, em meio externo (25). Imperioso, ressaltar, ainda, que as limitações, no atual cenário global de pandemia viral, aplicam-se a todos, sobretudo aos que tiveram o direito de liberdade tolhido por práticas criminosas, notadamente porque não há garantias de que a paciente, solta, não será contaminada (27). A manutenção da prisão do paciente não importa a conclusão de que estará mais suscetível ao vírus dentro do estabelecimento prisional do que fora dele [...]. Vale frisar que, o fato do paciente ser colocado em regime domiciliar não inibiria a hipótese de contágio com o vírus, já que tal possibilidade é maior extramuros diante do número maior de infectados, do que propriamente intramuros (33). Quanto à tese defendida pelo impetrante, de que o atual estágio da pandemia de Covid-19 justificaria a soltura do paciente, a meu sentir, mostra-se no mínimo questionável. Ora, está-se diante de um fenômeno mundial, havendo disseminação viral dentro e fora dos presídios [...]. As medidas alternativas ao encarceramento devem ser direcionadas àqueles que não representam severo risco à comunidade, algo distante do paciente que, ao resolver praticar o delito, sequer se atentou para tal questão (379).

Ainda na linha de argumentação de que a Pandemia se aplicava a toda população e, portanto, não haveria que se falar em liberação das pessoas encarceradas, destacam-se outros fundamentos que vão além e expressam moralidades que distinguem a “população ordeira”, que não cometeu crimes, daqueles que se “lançam à seara delitiva”.

Se ausente confirmação que no estabelecimento prisional não há contaminados, o mesmo não se pode afirmar em relação ao resto da sociedade, que se vê diariamente submetida a todo tipo de risco de contaminação. Ademais, não se mostra razoável que aqueles que não se lançam à seara delitiva e igualmente sejam acometidos de doenças tenham que limitar seu direito de ir e vir, e o paciente, em suposta situação de ilícito penal, busque a soltura. Ora, as limitações, no atual cenário global de pandemia viral, aplicam-se a todos, sobretudo aos que tiveram o direito de liberdade tolhido por práticas criminosas, notadamente porque não há garantias de que o paciente, solto, não será contaminado (117). Seria um contrassenso permitir que presos provisórios ou definitivos (em razão da prática de crimes) que já se encontram em situação de isolamento social – saíssem do cárcere e pudessem retornar ao convívio social, ainda que formalmente sob “prisão domiciliar” que, como cediço, não é efetivamente fiscalizada pelo Estado por absoluta insuficiência de meios [...]. Com efeito, constitui indistigível contrassenso, com base no mesmo argumento, prender em casa quem deveria estar solto e soltar quem está preso e assim deveria continuar, mesmo porque sob isolamento social. Se a população ordeira que não cometeu crimes está sofrendo severas restrições ao direito de locomoção e de reuniões públicas, inclusive, com o comércio fechado, toque de recolher no período noturno, nada mais razoável e sensato que a população carcerária também sofra restrições ao exercício de direitos, a bem da saúde de cada detento, dos agentes penitenciários e da sociedade em geral. O interesse público deve prevalecer sobre os interesses privados (192).

Constata-se, portanto, que a concepção de que “o interesse público deve prevalecer sobre os interesses privados”, associada às moralidades que distinguem as pessoas entre ordeiras e criminosas em potencial, reforçam não apenas o caráter inquisitorial da justiça criminal no Brasil, mas a prevalência de uma concepção punitivista direcionada mais às pessoas do que aos crimes.

Para reforçar essa hipótese, finaliza-se a análise em relação aos *habeas corpus* denegados com destaque para dois julgados envolvendo pessoas presas em situação de rua. O primeiro *habeas corpus*, no qual uma mulher e mãe de criança de até 12 anos estava presa preventivamente por tentativa de homicídio, foi denegado por unanimidade de votos. Entre os fundamentos apresentados, o relator argumentou que “encontra-se presente o fundamento para assegurar a aplicação da lei penal, visto que a paciente não possui endereço fixo e é moradora de rua” (125). O segundo *habeas corpus* também foi denegado por unanimidade de votos. Tratou-se de uma pessoa presa por crime de furto, e o relator argumentou que o paciente, na audiência de custódia, “declarou estar em situação de rua, o que, em conjunto com a forte possibilidade de reiteração delitiva, indica serem incabíveis medidas cautelares mais brandas” (314).

No que se refere aos fundamentos para conceder os *habeas corpus*, embora minoritários, é importante mencioná-los para oferecer o contraste com a grande maioria de fundamentos que foram utilizados para denegar os pedidos. Além das menções a dispositivos legais sobre prisão preventiva, os fundamentos também mencionaram a Recomendação 62 do CNJ, a Pandemia de Covid-19 e as condições do sistema prisional, bem como categorias indeterminadas e princípios gerais do Direito, para conceder os *habeas corpus*.¹⁰ Esses fundamentos estão presentes não apenas nos 33 *habeas corpus* concedidos, mas também nos *habeas corpus* denegados nos quais houve divergência de votos pela concessão. O quadro 4 apresenta os fundamentos mais frequentes.

Quadro 4 – Fundamentos mais recorrentes utilizados para conceder os *habeas corpus* julgados no TJMS (2020 a 2022)

1	Paciente é primário, de bons antecedentes, possui ocupação lícita e endereço fixo, portanto com condições pessoais favoráveis
2	Prisão preventiva é exceção, admissível apenas em situações nas quais reste comprovada a real e absoluta necessidade, não verificada no caso
3	Liberdade é a regra e é preciso que se indique de forma concreta o <i>fumus commissi delicti</i> e/ou o <i>periculum libertatis</i> , o que não ocorreu no caso
4	Excepcionalidade da prisão se tornou ainda mais restritiva na Pandemia, que demanda, conforme a Recomendação 62 do CNJ, medidas profiláticas enérgicas
5	Não houve violência ou grave ameaça, circunstância que, em tempos de Pandemia, reforça a necessidade de revisão da excepcionalidade da prisão

Fonte: Elaboração própria

Como se pode observar no quadro 4, o fundamento mais recorrente para conceder os *habeas corpus* impetrados no TJMS, dentro do período e dos tipos penais selecionados, se refere às condições pessoais favoráveis das pessoas presas (bons antecedentes, ocupação lícita e endereço fixo), seguido dos fundamentos que destacam que a prisão preventiva é exceção e a liberdade é a regra, bem como do argumento segundo o qual a prisão, durante a Pandemia e como base na Recomendação 62 do CNJ, se tornou ainda mais excepcional, especialmente quando o crime praticado não envolveu violência ou grave ameaça.¹¹

Ressalta-se, assim, o contraste entre os fundamentos acima, utilizados para conceder os *habeas corpus*, com os anteriormente apresentados, que foram utilizados para denegar os pedidos. Ao contrário do fundamento que reconhece as condições pessoais favoráveis das pessoas presas, prevaleceu nos julgados o seguinte fundamento: “condições pessoais alegadamente favoráveis, por si sós, não justificam a revogação da prisão cautelar” (01). Sobre o argumento segundo o qual a prisão preventiva deve ser exceção e não regra para fundamentar a concessão do pedido, a quase totalidade dos julgamentos de *habeas corpus* que denegaram os pedidos justificaram a decisão de manter a prisão com base nos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, apontando especialmente para a necessidade de garantia da ordem pública, conforme o seguinte trecho extraído de um dos julgados:

A garantia da ordem pública foi o primeiro objetivo visado pelo legislador ao conceber o instituto da prisão preventiva, que o fez em razão da imensurável importância da paz social para a normalidade da vida em sociedade. Com isso, o imaculado direito à liberdade, inerente a toda pessoa, cede diante da necessidade maior de preservar o bem-estar coletivo, ameaçado pela conduta de quem possa incorrer novamente na prática de delitos sem importar-se com a repercussão de seus atos no meio social (33).

Sobre a excepcionalidade da prisão durante a Pandemia e o atendimento à Recomendação 62 do CNJ para conceder os *habeas corpus*, contrastam-se os fundamentos para denegar os pedidos nos quais se argumentam que a referida Recomendação “não é norma impositiva que autoriza indistintamente a libertação de presos”, ou que “tal situação [Pandemia], por si só, não pode ser interpretada

como uma espécie de ‘alvará de soltura’ para todo e qualquer indivíduo que se encontre encarcerado” (28), ou, ainda, que “a COVID-19 não pode ser empregada como meio de subversão do sistema legal vigente” (19). Por fim, no que se refere ao fato de o delito ter sido praticado sem violência ou grave ameaça para conceder o pedido, destaca-se o trecho de um julgado no qual, para denegar, afirma-se que “muito embora o ato praticado não tenha envolvido violência ou grave ameaça à pessoa, trata-se de conduta delitiva grave, revestida de periculosidade concreta e perpetrada em detrimento da sociedade” (73). Registra-se que, nesse caso, o delito foi tipificado como furto qualificado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo apresentou resultados de uma pesquisa sobre *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul durante a Pandemia de Covid-19, tendo como principal referência a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça que propôs medidas preventivas à propagação do vírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Apesar da importância da referida Recomendação, que, em atendimento às orientações da OMS, propôs medidas de desencarceramento para pessoas vulneráveis, nossa pesquisa está em sintonia com diversas outras que demonstram que a Recomendação 62 foi parca e restritivamente aplicada nos julgamentos de *habeas corpus* em diferentes instâncias de justiça e por diferentes motivos.

No que se refere aos dados quantitativos dos *habeas corpus* impetrados no TJMS, os indicadores mais importantes dizem respeito à grande quantidade de pedidos denegados (89%), de pessoas presas preventivamente (83,1%) e da incidência do crime de tráfico de drogas (73,3%). Destaca-se, ainda, a grande quantidade de mulheres presas que tiveram seus pedidos denegados (86,7%), considerando que gestantes, lactantes e mães de filhos de até 12 anos estavam previstas na Recomendação 62 do CNJ como pessoas que poderiam obter o direito à prisão domiciliar. Por fim, destaca-se a atuação mais isolada de um desembargador que votou com mais frequência pela concessão dos *habeas corpus*, o que levou à necessidade de analisar, por meio da leitura do teor completo dos julgados, quais fundamentos e moralidades prevaleceram para denegar os pedidos.

Partindo da análise qualitativa dos *habeas corpus* com menções diretas à Recomendação 62, foi possível constatar que, para denegar os pedidos, prevaleceram os fundamentos no sentido de que pessoas presas não comprovaram ser do grupo de risco ou que não havia informações sobre a insalubridade do sistema prisional. Além disso, também se destacaram os fundamentos sobre o caráter não obrigatório da Recomendação 62, de seu uso genérico e retórico, bem como da necessidade de priorizar a segurança pública em detrimento dos direitos das pessoas encarceradas. E, embora com menos frequência, destacam-se também as moralidades que distinguem a população carcerária da “população ordeira”, reforçando os estereótipos em relação à primeira.

Em conclusão, os fundamentos e moralidades apresentados pelos julgadores para denegar a grande maioria dos *habeas corpus* sugere a existência de “categorias implícitas ao sistema jurídico brasileiro que estruturam processos mentais decisórios dos juízes e que resultam na atuação desigual do próprio Poder Judiciário” (DUARTE *et al.*, 2021, p. 604). Fundadas no “livre convencimento motivado” dos julgadores (MENDES, 2012), as decisões judiciais analisadas parecem se sustentar mais nas concepções pessoais dos juízes do que em critérios universais que permitiriam decisões mais igualitárias e menos influenciadas por estigmas e preconceitos sociais.

Notas

¹ Coordenado pelo Professor Roberto Kant de Lima, do Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia (INCT/InEAC), o projeto conta com parceria interinstitucional dos Programas de Pós-Graduação em Antropologia e em Justiça e Segurança da Universidade Federal Fluminense (UFF), em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA), em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e em Sociologia da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).

² Em pesquisa sobre a política criminal aprovada pelo parlamento brasileiro de 1989 a 2016, e na direção do que já aponta Kant de Lima (1996, p. 168) no sentido de que “não há ‘uma’ fórmula oficial e legítima, que se considere ideal e aplicável universalmente na administração de conflitos”, Campos e Azevedo (2020, p. 18) concluem afirmando que a política criminal no Brasil após a Constituição de 1988 “é definida pela sua dualidade – hibridez – entre princípios hierárquicos e universais de cidadania, ora ampliando, ora restringindo direitos e garantias fundamentais dos acusados; assim como é marcada também pela expansão do Direto Penal nas diferentes áreas da vida social”.

³ Cf. Vasconcelos *et al.* (2020), Valença e Freitas (2020), Baptista *et al.* (2021), Quintão e Ribeiro (2022), Faisting e Campos (2023), Faisting (2024), Lima *et al.* (2024) e Lima *et al.* (2025).

⁴ De acordo com dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul (AGEPEN), em 2021, 93,3% das pessoas em privação de liberdade no estado eram homens e 6,7% eram mulheres, 70,1% estavam presas em regime fechado, 15,1% em regime aberto ou semiaberto e 14,7% em regime de monitoramento eletrônico. Do total de pessoas privadas de liberdade, 41,6% estavam presas na capital e 58,3% no interior (a maioria na região de fronteira), 41% estavam presas por tráfico de drogas, 15% por roubo, 13% por homicídio e 10% por furto.

⁵ Os *habeas corpus* com menções à Recomendação 62 do CNJ foram registrados em planilhas Excel com as seguintes variáveis: número do processo, data do julgamento, varas criminais impetradas e câmaras criminais julgadoras, relatoria, paciente e impetrante (defensoria pública ou defesa particular), sexo do paciente, tipo penal, resultado e placar do julgamento. As “menções indiretas” são aquelas contidas nas ementas de outros julgados, coladas nos votos apenas para formar jurisprudência. Já as “menções diretas” são abordadas nos votos dos desembargadores para fundamentar suas decisões, tanto para conceder quanto para denegar os *habeas corpus*. Foram utilizados dois campos de busca por palavras-chave no portal do TJMS. Em “pesquisa livre”, foi incluído a palavra “recomendação 62” E “tráfico”, OU “homicídio”, OU “roubo” OU “furto”. Em “pesquisa por campos específicos”, foi incluída, no campo “ementa”, a palavra “Recomendação 62”, no campo “classe”, a palavra “*habeas corpus* criminal”, além do campo “data do julgamento”, no qual foi incluído o período relativo aos três anos (2020, 2021 e 2022).

⁶ As referidas pesquisas são desenvolvidas pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia – Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos, rede internacional e multidisciplinar com aproximadamente 300 pesquisadores (sociologia, ciência política, antropologia, direito, comunicação social, psicologia, história), vinculada ao Programa Institutos Nacionais de Ciência e Tecnologia do MCTI/CNPq, voltado para a produção de conhecimento na fronteira do conhecimento científico, encarregando-se de formar quadros de excelência, de internacionalizar a pesquisa e de transferir seus resultados para a sociedade. O InEAC foi aprovado pelo MCTI-CNPq em três editais (2008/2014/2024), sendo que, neste último, obteve o segundo lugar geral, entre os 121 INCTs aprovados em todas as áreas do conhecimento científico. A rede do InEAC está presente em 8 países, além do Brasil (Canadá, Estados Unidos, México, Argentina, Perú, Portugal, França e Suíça) e em 8 estados (RS, PR, SC, SP, RJ, MG, MS e RR), além do DF. Na UFF, o InEAC criou uma unidade de ensino com o mesmo nome da rede internacional,

que abriga um curso de bacharelado em segurança pública, um curso EAD de tecnólogo a distância (UFF/CEDERJ) e um mestrado acadêmico em justiça e segurança. As publicações da rede, além de estarem disponíveis em inúmeros artigos de revistas Qualis nacionais e estrangeiras, desde 2007 tem sido sistematicamente publicadas na Coleção "Conflitos, Direitos e Sociedade", pela Editora Autografia.

⁷ A Comarca de Campo Grande possui sete Varas Criminais comuns e uma Vara Criminal de Plantão da capital, três Varas de Execução Penal e duas do Tribunal do Júri, além de varas especializadas, como a Vara da Infância e Juventude.

⁸ Nos 390 *habeas corpus* analisados, houve 14 relatores diferentes, apenas 2 mulheres, ambas desembargadoras. Entre os 12 relatores homens, 9 eram desembargadores e 3 eram juízes de primeiro grau que atuaram em substituição legal.

⁹ Com fulcro no CPC de 1973, o chamado "livre convencimento motivado" foi largamente utilizado no Brasil. E ainda que esse termo tenha sido alterado no Código de Processo Penal de 2015, a referência a ele ainda se faz presente no mundo jurídico, o que indica que a tese de doutorado de Regina Mendes (2012) sobre a interpretação desse princípio pelos magistrados brasileiros ainda é muito atual.

¹⁰ Sobre a concessão de prisão domiciliar às mulheres gestantes e mães de crianças de até 12 anos, destacam-se os seguintes fundamentos: "melhor que mantê-la encarcerada, eventualmente sem necessidade, é velar pelo bem da criança" (94); "no embate entre a medida cautelar e o caráter humanitário que a prisão domiciliar representa na vida de uma mãe, prevalece o último, de modo que a regra da concessão da prisão domiciliar para as mulheres que possuem filhos menores de 12 (doze) anos de idade, corresponde a um direito da paciente" (291); "a paciente está no final do período gestacional e com o parto previsto para os próximos dias, circunstâncias que, a meu juízo, comprovam sua integração ao grupo de risco decorrente do COVID/19" (30).

¹¹ Destacam-se outros fundamentos menos frequentes que ressaltam que a quantidade de droga apreendida não foi suficiente para abalar a ordem pública, que consideram genéricos ou abstratos os fundamentos do juiz de primeiro grau, que apontam para o risco de réus primários aderirem às organizações criminosas, que a prisão antecipada já teria surtido os efeitos que a justificaram, que a prisão preventiva deve ser vista à luz do princípio constitucional da presunção de inocência. Há, ainda, os seguintes fundamentos com menor recorrência: "ninguém pode ficar indefinidamente à mercê do arbítrio estatal [...] para que não haja o cumprimento antecipado de pena (309)"; "é cediço que atos infracionais não podem ser considerados para macular antecedentes ou caracterizar reincidência" (28); "o histórico criminal do acusado, sem considerar dado concreto da real periculosidade, é incapaz de legitimar a manutenção da prisão preventiva" (213); "trata-se de imputação de crime de reduzida gravidade" (213).

Referências

- ALVES, David A. “**Vale quanto pesa**”: o paralelo do sabonete com a justiça e sua contribuição para o superencarceramento. Rio de Janeiro: Autografia, 2022.
- AMORIM, Maria Stella; KANT DE LIMA, Roberto (org.). **Administração de conflitos e cidadania: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Autografia, 2017.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; DUARTE, Fernanda; LIMA, Michel Lobo Toledo; IORIO FILHO, Rafael Mario; KANT DE LIMA, Roberto. “A justiça brasileira sob medida: a pandemia no Brasil entre direitos e privilégios”. **Fórum Sociológico**, Lisboa, n. 39, pp. 19-30, 2021.
- BRANDÃO, Natália B. “**Para inglês ver**”: discursos, práticas e representações dos operadores do direito sobre as audiências de custódia. Rio de Janeiro: Autografia, no prelo.
- BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro Segurança Pública**, 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: CNJ, 2020.
- BRITO, Wagner. **Celeridade processual: uma pesquisa empírica nos cartórios judiciais da capital do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Autografia, 2017.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. “A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016”. **Revista Sociologia e Política**, Curitiba, vol. 28, pp. 1-19, 2020.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Desigualdade de tratamento e cidadania no Brasil: pontos, contrapontos, e dilemas da igualdade cidadã**. Rio de Janeiro: Autografia, 2025.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto; KANT DE LIMA, Roberto. “L’(in)égalité juridique au Brésil dans l’impasse?”. **Brésil(s) – Sciences Humaines et Sociales**, [s. l.], vol. 24, pp. 1-14, 2023.
- DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário. “A impossibilidade da igualdade jurídica no Brasil”. **Revista Juris Poiesis**, [s. l.], vol. 14, n. 14, pp. 48-62, 2011.
- DUARTE, Fernanda; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; IORIO FILHO, Rafael Mário. “Entre Juízes e juízes: hierarquias veladas, pirâmides e (des)igualdades”. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, vol. 24, n. 34, pp. 598-622, 2021.

- EILBAUM, Lucía. **O bairro fala**: conflitos, moralidades e justiça no *conurbano bonaerense*. Tese de doutorado – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010.
- FAISTING, André Luiz. “Pandemia, Prisões e Justiça Criminal: um estudo sobre habeas corpus impetrados no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (2020 – 2022)”. **Revista Estudos de Política**, vol. 15, pp. 98-124, 2024.
- FAISTING, André Luiz; CAMPOS, Marcelo da Silveira. “A Recomendação 62 do CNJ e as decisões do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em relação aos pedidos de habeas corpus (2020 a 2022)”. **Revista de Estudos Criminais**, [s. l.], v. 91, p. 67-91, 2023.
- FAISTING, André Luiz; ROSA, Bianca Dutra da. “Encarceramento Feminino e Pandemia: um estudo a partir dos habeas corpus impetrados no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que mencionaram a Recomendação 62 do CNJ”. In: LIMA, Michel Lobo Toledo; RIBEIRO, Yolanda Gaffrée; PROENÇA, Ana Carolina da Luz, SANTOS, Jádía Larissa Timm dos; GORITO, Karolynne (org.). **Assimetrias federativa em tempos de covid-19**: um panorama sobre o encarceramento. Rio de Janeiro: Autografia, 2024. pp. 247-259.
- GARAU, Marilha G. R. **Silêncio no Tribunal**: representações judiciais sobre crimes de tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Autografia, 2022.
- GUIMARÃES, Roberta A. O. **Os conflitos nas relações de consumo e o instituto do dano moral**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2023.
- HYPOLITO, Laura G. **Os dentes da engrenagem**: o papel dos desembargadores do estado do Rio Grande do Sul nas incriminações por tráfico privilegiado. Rio de Janeiro: Autografia, 2024.
- KANT DE LIMA, Roberto. A administração de conflitos no Brasil: a lógica da punição. In: VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (org.). **Cidadania e violência**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996. pp. 165-177.
- KANT DE LIMA, Roberto. “Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada”. **Anuário Antropológico**, [s. l.], vol. 2, pp. 25-51, 2010.
- KANT DE LIMA, Roberto. **Ensaio de antropologia e de direito**: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- KANT DE LIMA, Roberto. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro**: seus dilemas e paradoxos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- LIMA, Michel Lobo Toledo. **“Nem todo morto é vítima”**. Análise de fluxo criminal através das práticas jurídico-policiais na administração de homicídios dolosos, Rio de Janeiro: Autografia, 2021.

- LIMA, Michel Lobo Toledo; RIBEIRO, Yolanda Gaffrée; PROENÇA, Ana Carolina da Luz, SANTOS, Jádía Larissa Timm dos; GORITO, Karolynne (org.). **Assimetrias federativa em tempos de covid-19: um panorama sobre o encarceramento**. Rio de Janeiro: Autografia, 2024.
- LIMA, Michel Lobo Toledo; RIBEIRO, Yolanda Gaffrée; GORITO, Karolynne; KANT DE LIMA, Roberto. “O sistema prisional e a atuação do Poder Judiciário no contexto da pandemia da covid-19: um balanço da bibliografia”. **Dilemas, Rev. Estud. Conflito Controle Soc.**, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 1, 2025.
- LOBO, Michel; KANT DE LIMA, Roberto (org.). **Entre normas e práticas: os campos do direito e da segurança pública em perspectiva empírica**. Rio de Janeiro: Autografia, 2020.
- MISSE, Michel. “Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. **Lua Nova**, São Paulo, vol. 79, pp. 15-38, 2010.
- MENDES, Regina. **Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- MOUZINHO, Glaucia. **Sobre culpados e inocentes: o processo de criminalização e incriminação pelo Ministério Público Federal brasileiro**. Rio de Janeiro: Autografia, 2019.
- NUÑEZ, Izabel. “**Aqui nós somos uma Família**”: brigas e acordos no tribunal do júri. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.
- QUINTÃO, Beatriz Aranha; RIBEIRO, Ludmila. “Judiciário em tempos de pandemia: um estudo das decisões em habeas corpus do Tribunal de Justiça de Minas Gerais”. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 1, pp. 95-130, 2022.
- RIBEIRO, Ludmila; LAGES, Livia Lages; NEVES, Juliana. “A família judicial nas audiências de custódia”. **Sociologias**, Porto Alegre, vol. 26, pp. 1-28, 2024.
- SAMPAIO, Luiz. **A mão invisível da justiça criminal: a atuação dos serventuários da justiça nas rotinas cartorárias das varas criminais cariocas**. Rio de Janeiro: Autografia, 2023.
- SILVA, Sabrina. **Todos são culpados? Uma etnografia na justiça militar do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Autografia, 2020.
- VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. “O direito à vida e o ideal de defesa social em decisões do STJ no contexto da pandemia da covid-19”. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, vol. 17, n. 94, pp. 570-595, 2020.
- VASCONCELOS, Natalia Pires; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. “Covid-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo”. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 54, n. 5, pp. 1472-1485, 2020.

ANDRÉ LUIZ FAISTING (andrefaisting@ufgd.edu.br)

é Professor Titular nos cursos de Graduação em Ciências Sociais e de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD, Dourados, Mato Grosso do Sul, Brasil) e pesquisador do Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos (INCT-InEAC). É doutor, mestre e bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar, Brasil) e bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS, Dourados, Brasil). É pesquisador C do CNPq.

 <https://orcid.org/0000-0001-6009-7455>

ROBERTO KANT DE LIMA (rkantbr@gmail.com)

é Coordenador do Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos (INCT-InEAC), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Veiga de Almeida (UVA), do Programa de Pós-Graduação em Antropologia (PPGA) e do Mestrado em Justiça e Segurança da Universidade Federal Fluminense (UFF, Niterói, Brasil) e Professor Emérito da UFF. É doutor em Antropologia pela Harvard University, mestre em Antropologia Social pelo Museu Nacional (PPGAS/MN) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ, Brasil) e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, de Porto Alegre, Brasil). É pesquisador 1A do CNPq e CNE da FAPERJ.

 <https://orcid.org/0000-0003-1367-9318>

Colaboradores

ALF trabalhou na concepção, na análise ou interpretação dos dados e na redação final do artigo. RKL trabalhou na análise ou interpretação dos dados e na redação final do artigo.

Declaração de disponibilidade de dados

Os conjuntos de dados relacionados a este artigo estarão disponíveis mediante solicitação aos autores correspondentes.

Recebido em: 11/01/2025

Aprovado em: 14/04/2025

Editores responsáveis:

Michel Misse
Kátia Sento Sé Mello