



**EXECELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 16ª VARA DA  
FAZENDA PÚBLICA DA COMCARCA DE SÃO PAULO, ESTADO DE SÃO PAULO**

**Processo Digital nº 1015074-20.2020.8.26.0053**

**A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO,** representada neste ato pelos Defensores Públicos infrafirmados, Coordenadores do **NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA (NESC)**, na defesa dos interesses de **TODAS AS PESSOAS PRESAS NO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem requerer sua atuação processual como **CUSTOS VULNERABILIS**, para o fiel cumprimento de sua missão institucional, e, ainda, com fundamento no disposto no art. 4º, I, V, X, XI e XVII da Lei Complementar 80/94, artigos 10, 11, inciso III, 15, 16, 41, inciso VII, 61, inciso VIII e 81-A todos da Lei 7.210/84, e apresentar **MANIFESTAÇÃO DEFENSORIAL** nos seguinte termos:



## **1. DA NECESSIDADE/POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO NO PROCESSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMO *CUSTOS VULNERABILIS***

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal. Ela representa o instrumento pelo qual o Estado Democrático de Direito promove a ação afirmativa, ou discriminação positiva, visando à inclusão jurídica daqueles econômica e juridicamente hipossuficientes.

Portanto, não se pode olvidar que a Defensoria Pública, como instrumento de ação afirmativa, visa à concretização do princípio da isonomia ou igualdade, na medida em que o Estado, por meio dela, trata desigualmente os desiguais (*necessitados*), almejando à igualdade de condições. Nas palavras da professora e Ministra do Supremo Tribunal Federal CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA<sup>1</sup>,

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

---

<sup>1</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Direito Público, n.º 15/85.



*jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.*

Em outras palavras, a Defensoria Pública é o instrumento pelo qual se garante o acesso à Justiça aos necessitados, desprovidos de recursos financeiros para custear os encargos do processo.

Entretanto, a Defensoria Pública não é apenas um órgão patrocinador de causas judiciais. É muito mais! É a Instituição Democrática que promove a inclusão social, cultural e jurídica das classes historicamente marginalizadas, visando à concretização e a efetivação dos direitos humanos, no âmbito nacional e internacional, à prevenção dos conflitos, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, com a erradicação da pobreza e da marginalização, em atendimento aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição.

Nas palavras de MARCIO THOMAZ BASTOS<sup>2</sup>,

*As instituições sólidas são os instrumentos que as democracias têm para se realizar enquanto tais. E as democracias, para abandonarem o rótulo de democracias formais, se tornando verdadeiras democracias de massas, devem construir instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos previstos nas constituições democraticamente escritas. (...) Não mais podemos nos preocupar só com o Estado Julgador e com o Estado Acusador, em detrimento do Estado Defensor.*

---

<sup>2</sup> II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil promovido pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento, 2006.



Outrossim, a atuação da Defensoria Pública se torna ainda mais relevante em um Estado como o Brasil, que possui uma Carta Magna de caráter social, mas que carece de efetividade e concretude.

Em suma, a Defensoria Pública apresenta-se como a instituição garantidora do acesso à Justiça, não apenas no âmbito jurídico, mas também no social e cultural.

Não se pode olvidar que esse caráter de garantidora de direitos da população vulnerável e hipossuficiente já consolidada há tempos, foi reconhecida no Código de Processo Civil de 2015, com a determinação de intimação da Defensoria Pública nas ações possessórias que tiverem no polo passivo grande número de pessoas, conforme art. 554, §1º, CPC, sedimentando a posição de instituição voltada a efetivação dos direitos dessa parcela da população.

Agora, transportando a mesma razão legal para o caso em comento, destacamos que a Defensoria Pública tem como uma de suas funções institucionais a atuação em estabelecimentos prisionais, visando assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais (artigo 4º, XVII, da Lei Complementar nº 80/94).

E mais, especificamente em relação à situação prisional a própria legislação nacional, na mesma toada que o Código de Processo Civil em relação às ações possessórias, reconhece o papel da Defensoria Pública de fiscalizadora e garantidora da regularidade no cumprimento da pena com a observância dos direitos das pessoas presas. A LEP, em seu art. 61, VIII, elenca a instituição como um dos órgãos da execução penal, estabelecendo como sua obrigação, inclusive, a atuação coletiva, nos termos do art. 81-A, LEP.

*Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando,*



*no processo executivo e nos incidentes da execução, **para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.***

Por sua vez, o **estado de São Paulo** se destaca como a unidade federativa que mais detém presos sob sua custódia. Segundo dados do Infopen de 2017, o estado de São Paulo possuía **240.061 presos** em suas 168 unidades prisionais<sup>3</sup>.

No entanto, em que pese estar-se discutindo direito inerente a mais de 240.000 pessoas em nosso estado, estas ainda não estavam participando da relação jurídico processual.

Considerando que a maioria dos presos é atendida através dos serviços da Defensoria Pública estadual, resta claro que a Defensoria Pública do estado de São Paulo é aquela que prioritariamente atua em maior grau para defesa dos direitos da população encarcerada em nosso estado.

Desta forma, faz-se imperioso o ingresso da Defensoria Pública do estado de São Paulo na demanda para assumir a função de *custos vulnerabilis*, a fim de resguardar o direito da população prisional do estado, cumprindo sua função institucional, reafirmada pela sua posição de órgão da execução penal.

Tal situação não é inédita, uma vez que sedimentada nos Tribunais Superiores. Cite-se aqui, inicialmente, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito de controvérsia debatida em recurso repetitivo (TEMA 990), em que a Defensoria Pública da União fora admitida na qualidade de *custos vulnerabilis* (EDcl no REsp 1712163/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 27/09/2019):

---

<sup>3</sup> Hoje, já são 176 unidades prisionais.



*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTEGRATIVO ACOLHIDO EM PARTE. 1. O presente recurso integrativo foi interposto contra acórdão publicado na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. **Na espécie, após análise acurada dos autos, verificou-se que o acórdão embargado deixou de analisar a possibilidade de admissão da Defensoria Pública da União como custos vulnerabilis.** 3. Em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a DPU está legitimada para atuar como quer no feito. 4. O acórdão embargado não foi contraditório e, com clareza e*



*coerência, concluiu fundamentadamente que i) é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro ou autorização pela ANVISA; e ii) não há como o Poder Judiciário, a pretexto de ver uma possível mora da ANVISA, criar norma sancionadora para a hipótese, onde o legislador não a previu. 5. A contradição que autoriza os aclaratórios é a inerente ao próprio acórdão. 6. O recurso integrativo não se presta à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado. 7. **Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para admitir a DPU como custos vulnerabilis.** (grifo nosso).*

Conforme se pode observar, a 2ª Seção aderiu à unanimidade ao voto do Exmo. Ministro Relator Moura Ribeiro e admitiu a participação da Defensoria Pública da União na qualidade de *custos vulnerabilis* ao acolher os embargos declaratórios da DPU quanto ao ponto, após longa fundamentação a respeito das funções institucionais e constitucionais na defesa e promoção dos direitos humanos, da sua legitimidade ampla para a propositura de ação civil pública na defesa de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3943/DF, e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça arca do conceito amplo de “necessitados” firmado no AgInt nos EDcl no REsp 1.529.933/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 20/5/2019, DJe 22/5/2019). Pede-se licença, porque importante, para transcrever trechos do referido julgamento no bojo da discussão havida no Tema 990 (os grifos a seguir são nossos):

*“(...) Contudo, a DPU postulou a sua intervenção, na hipótese, como custos vulnerabilis, ou seja, na condição de “guardiã dos vulneráveis”, o que lhe possibilitaria interpor todo e qualquer recurso. Defendeu, em suma, a sua legitimidade para intervir em demandas que possam*



*surtir efeitos nas esferas das pessoas ou grupos de necessitados, mesmo em casos nos quais não há vulnerabilidade econômica, mas sim vulnerabilidade social, técnica, informacional, jurídica. **Ao meu sentir, e sem esgotar o tema, acredito que, neste caso, a DPU pode, sim, atuar como custos vulnerabilis, razão pela qual submeto o tema a esta eg. Segunda Seção, pelos seguintes fundamentos.** (...) A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF/88, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (...) Ainda, os renomados professores salientam que sua função é a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXIV (acesso formal à justiça) [op. cit., pág. 210]. **Na espécie, contudo, a DPU defende que, nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos, é necessário ampliar o contraditório para admitir sua intervenção no feito como custos vulnerabilis.** Na definição de MAURÍLIO CASAS MAIA, 'custos vulnerabilis' representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal) – **atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos – representando a busca democrática do progresso jurídico-social das***





**categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político** (Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes & distinções, ordem & progresso. Revista dos Tribunais. vol. 986. ano 106. págs. 27-61. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017, pág. 45). CASSIO SCARPINELLA BUENO esclarece que A expressão 'custos vulnerabilis', cujo emprego vem sendo defendido pela própria Defensoria Pública, é pertinente para descrever o entendimento aqui robustecido. Seu emprego e difusão têm a especial vantagem de colocar lado a lado – como deve ser em se tratando de funções essenciais à administração da justiça – esta modalidade interventiva a cargo da Defensoria Pública e a tradicional do Ministério Público. **O 'fiscal dos vulneráveis', para empregar a locução no vernáculo, ou, o que parece ser mais correto diante do que corretamente vem sendo compreendido sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública no âmbito do 'direito processual coletivo', o 'fiscal dos direitos vulneráveis', deve atuar, destarte, sempre que os direitos e/ou interesses dos processos (ainda que individuais) justifiquem a oitiva (e a correlata consideração) do posicionamento institucional da Defensoria Pública, inclusive, mas não apenas, nos processos formadores ou modificadores dos indexadores jurisprudenciais, tão enaltecidos pelo Código de Processo Civil. Trata-se de fator de legitimação decisória indispensável e que não pode ser negada a qualquer título** (Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de



*processo civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 219 – sem destaque no original). E o renomado professor ainda defende que [...] com base na missão institucional que lhe é reservada desde o modelo constitucional, **é irrecusável a compreensão de que a Defensoria Pública deve atuar, em processos jurisdicionais individuais e coletivos, também na qualidade de custos vulnerabilis, promovendo a tutela jurisdicional adequada dos interesses que lhe são confiados, desde o modelo constitucional** similarmente ao que se dá com o Ministério Público quanto ao exercício de sua função de custos legis, ou, como pertinentemente prefere o Código de Processo Civil, fiscal da ordem jurídica. [...] Importa, por isso, dar destaque o papel que, desde o art. 134 da Constituição Federal, é atribuído à Defensoria Pública e que não se esgota na sua atuação individualizada em prol dos necessitados, nem tampouco como autora, o que se dá, no contexto que aqui importa destacar, no âmbito do chamado 'processo coletivo'. É fundamental entender que ela também pode desempenhar outro papel em prol de suas finalidades institucionais, até como forma de perseguir, inclusive perante o Estado-juiz, a 'promoção dos direitos humanos e a defesa [...] de forma integral'. Sua atuação como interveniente para que, nesta qualidade, sua opinião institucional possa ser levada em conta na construção de uma decisão mais democrática, é irrecusável. O veículo para que se concretize mais esse mister é, à falta de regras próprias, o previsto pelo art. 138 do Código de Processo Civil para o amicus curiae, tomando-se de empréstimo, diante das prerrogativas existentes no plano legislativo para a Defensoria Pública,*



*o quanto estabelecido para o Ministério Público nos arts. 178 e 179 do mesmo Código, que disciplinam a atuação daquela instituição na qualidade de fiscal da ordem jurídica (op. cit., pág. 218 – sem destaques no original). Em resumo, CASSIO SCARPINELLA BUENO pondera que a Defensoria Pública, com fundamento no art. 134 da CF/88, e no seu intento de assegurar a promoção dos direitos humanos e a defesa [...] de forma integral, deve, sempre que o interesse jurídico justificar a oitiva do seu posicionamento institucional, atuar nos feitos que discutem direitos e/ou interesses, tanto individuais quanto coletivos, para que sua opinião institucional seja considerada, construindo assim uma decisão jurídica mais democrática. Em relação à ampliação da função institucional da Defensoria Pública, LUIZ GUILHERME MARINONI adverte que [...] a intervenção do amicus no recurso repetitivo não se funda no ideal que deu origem à figura no direito inglês. O terceiro não intervém apenas para auxiliar a Corte ou para, de forma neutra, esclarecer os fatos para a Corte não decida de forma equivocada. A intervenção, embora não ocorra em razão do litigante, mas de terceiros não representados, objetiva que a questão de direito seja resolvida em favor de uma das partes. A intervenção é, por assim dizer, parcial. Esclareça-se, aliás, que mesmo no common law, especialmente nos Estados Unidos, há bastante tempo o amicus curiae deixou de ser um 'disinterested bystander' para se tornar um sujeito que ativamente participa do processo em nome de terceiros interessados no êxito de uma das partes (op. cit., pág. 614 – sem destaque no original). Nesse panorama, deve ser acentuado que o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 3943/DF,*



*Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 (Art. 5.º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: II - a Defensoria Pública). Conforme noticiado no informativo nº 784 do STF: (...) A propósito, veja-se a ementa do mencionado precedente:*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE (ADI 3943/DF, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno do STF, julgado em 7/5/2015, DJe 6/8/2015). O*



*Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os requisitos legais para a atuação coletiva da Defensoria Pública, adota exegese ampliativa da condição jurídica de "necessitado", de modo a possibilitar sua atuação em relação aos necessitados jurídicos em geral, não apenas aos hipossuficientes sob o aspecto econômico (AgInt nos EDcl no REsp 1.529.933/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 20/5/2019, DJe 22/5/2019). Ressalta-se que a Corte Especial já assentou o entendimento de que A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012) [EResp 1192577/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em*



*21/10/2015, Dje 13/11/2015 – sem destaque no original]. Assim, em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito (Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 614), bem como **em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, entendendo que a DPU está legitimada para atuar como custos vulnerabilis no feito.** Nessas condições, acolhendo os embargos de declaração, proponho aos eminentes colegas desta eg. Segunda Seção, a admissão da DPU como custos vulnerabilis”.*

Veja-se, portanto, o entendimento, cada vez mais consolidado, da possibilidade/necessidade de intervenção da Defensoria Pública na relação jurídica processual, quando se discute direito afeto à população vulnerável.

Tal intervenção é extremamente importante para se manter o contexto democrático do processo, a fim de que aquelas pessoas que podem ser atingidas com a decisão judicial estejam devidamente representadas.

Ainda mais recente e em situação afeta ao sistema carcerário, veja-se a **decisão proferida em 01º/04/2020 pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, no bojo do Habeas Corpus nº 568.693/ES, admitiu o ingresso da Defensoria Pública da União na condição**



de custos vulnerabilis, e estendeu os efeitos da decisão pretérita, a fim de que fossem colocadas em liberdade todas as pessoas que permanecem presas em razão do não pagamento da fiança:

*Em suma, requer-se a admissão da Defensoria Pública da União, como custos vulnerabilis, na presente ação, que trata da possibilidade de, por meio de habeas corpus coletivo, determinar a liberdade, independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança e ainda se encontram submetidos a privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor, tendo em vista os riscos advindos da pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-19). Apesar de não existir previsão legal para a figura do custos vulnerabilis, depreende-se de alguns dispositivos legais a chancela para a sua admissão. O art. 134 da Constituição Federal de 1988 tutela que: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. Já o art. 1.038, I, do Novo Código de Processo Civil, emprestado ao processo penal por meio de aplicação analógica expressamente autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, estabelece que o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância*



*da matéria e consoante dispuser o regimento interno. Por sua vez, **ao analisar a figura do custos vulnerabilis, que já vinha sendo admitida pela doutrina, decidiu-se, nesta Corte Superior de Justiça que: Admite-se a intervenção da Defensoria Pública da União no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos (Informativo n. 657 de 25 de outubro de 2019).** Consta ainda do citado informativo que: [...] Segundo a doutrina, custos vulnerabilis representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal), atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político. A doutrina pondera ainda, "que a Defensoria Pública, com fundamento no art. 134 da CF/88, e no seu intento de assegurar a promoção dos direitos humanos e a defesa [...] de forma integral, deve, sempre que o interesse jurídico justificar a oitiva do seu posicionamento institucional, atuar nos feitos que discutem direitos e/ou interesses, tanto individuais quanto coletivos, para que sua opinião institucional seja considerada, construindo assim uma decisão jurídica mais democrática". [...] Sendo assim, depreende-se do exposto acima que é cabível a admissão da Defensoria Pública da União como custos vulnerabilis nos casos em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos. In casu, como já ressaltado, trata-se da defesa de presos - que praticaram atos de menor*





*gravidade - que não possuem condições financeiras de saldar o valor estipulado a título de fiança e por isso permanecem presos (ainda que em período reconhecido como de pandemia). **Ora, a vulnerabilidade econômica do grupo social que aqui se avulta é patente, mas, além dela, trata-se, também, de pessoas em vulnerabilidade social. No mais, também não há dúvida de que ao tratar de prisão de pessoas em vulnerabilidade econômica e social em presídios com superlotação e insalubridade em tempos de COVID-19, estamos tratando de direitos humanos, vez que se defende, aqui, a liberdade como direito civil e também a liberdade real advinda dos direitos sociais. Assim, defiro o pedido da Defensoria Pública da União para atuar no feito como custos vulnerabilis.***  
(grifo nosso).

Dessa forma, notório o interesse da instituição em participar do processo e ampliar o debate trazido na presente ação, a partir do prisma das pessoas que detêm o direito disputado na presente demanda (direito à visita e contato com mundo exterior): as pessoas presas nos estabelecimentos prisionais paulistas.

## **2. DA LITISPENDÊNCIA OU CONTINÊNCIA.**

Preliminarmente, note-se que o objeto da presente demanda (suspensão do direito de visita às pessoas presas) já está sendo discutido em outras duas ações, propostas por outros dois sindicatos de agentes penitenciários, quais sejam o Sindicato dos Servidores Públicos do Sistema Prisional Paulista (SINDCOP) e o Sindicato dos Funcionários do Sistema Prisional do estado de São Paulo (SIFUSPESP), também na Vara da Fazenda Pública do estado de São Paulo.



Os outros dois sindicatos, fundamentando na pandemia que atravessamos, também fizeram o requerimento perante o poder judiciário de suspensão das visitas às pessoas presas nos estabelecimentos prisionais paulistas (exatamente como se fez aqui) e ainda alguns outros, sobretudo referentes à proteção, saúde e segurança dos agentes penitenciários nos estabelecimentos prisionais.

Desta forma, está-se presente, nesta ação a litispendência ou, ao menos, a continência. Explica-se.

O Código de Processo Civil traz no artigo 337 o instituto da litispendência:

*Art. 337 (...)*

*§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.*

*§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.*

*§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.*

E o artigo 56 do CPC traz o instituto da continência:

*Art. 56. Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.*

Como disposto nos referidos artigos, a situação dos dois institutos é verdadeiramente semelhante e apenas são diferentes quanto à



abrangência do pedido. Por isso, e pela identidade na resolução – como se explicará adiante -, o fundamento é o mesmo.

Note-se, portanto, que exatamente idênticas a causa de pedir e, também, o pedido aqui relacionado, pois comum nas demais ações.

Em relação às partes processuais, verifica-se que, em todos os processos, o polo passivo é o Estado e no polo ativo figuram os sindicatos representantes dos agentes penitenciários e, assim, ainda que não se confunda a identidade de personalidade jurídica entre estes, notório que representam os mesmos interesses e figuram na qualidade de parte pelas mesmas e idênticas razões.

Não bastasse, tratando-se de ações coletivas, como são as ações civis públicas propostas, assim como o presente mandado de segurança, há litispendência em que pese as partes autoras sejam diversas.

A doutrina majoritária reconhece que em causas coletivas não é exigida a identidade da parte autora para a configuração da litispendência, bastando que haja identidade de pedido e da causa de pedir.

Nos Tribunais, da mesma forma, o tema está pacificado há anos.

O *leading case* sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça foi o recurso ordinário em mandado de segurança (RMS) nº 24.196/ES, de relatoria do ministro Felix Fischer e julgado pela Quinta Turma do STJ em 18/02/2008<sup>4</sup>.

Naquela oportunidade, entendeu-se que “o aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram

---

<sup>4</sup> RMS 24.196/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2007, DJ 18/02/2008, p. 46



no polo ativo das demandas”. O entendimento foi reiterado pela ministra Eliana Calmon, relatora do REsp 1.168.391/SC e outros julgados que lhe sucederam<sup>5</sup>.

Recentemente, em 14.05.2019, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou seu entendimento de que a presença das mesmas partes não é necessária para configurar litispendência nas ações coletivas ao julgar o Recurso Especial nº 1.726.147/SP.

Assim, é certo que esses legitimados coletivos, nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>6</sup>, “*não são titulares do direito que defenderão em juízo, e tais titulares não tem legitimidade ativa para defender seus direitos*”.

Fredie Didier Jr<sup>7</sup>, ao lecionar sobre as ações coletivas, afirma:

*Nas causas coletivas, há inúmeros co-legitimados legalmente autorizados a atuar na defesa do mesmo interesse, do mesmo direito, cuja titularidade pertence a um único sujeito de direitos (a coletividade). Logo, o que importa para a configuração da identidade de demandas é a precisa correspondência entre o pedido e a causa de pedir, uma vez que vários são os extraordinariamente legitimados a demandar no interesse do sujeito titular da relação substancial deduzida (“o agrupamento humano”). Grifo nosso.*

---

<sup>5</sup> REsp 1168391/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/05/2010, DJe 31/05/2010. No mesmo sentido: REsp 427.140/RO, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/05/2003, DJ 25/08/2003, p. 263; REsp 1168391/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/05/2010, DJe 31/05/2010; REsp 925.278/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 08/09/2008.

<sup>6</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo: volume único. 3ed. – Salvador. Ed. JusPodvim. 2016. P. 189.

<sup>7</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 4. 3ª ed. 2008, p. 178/179.



Portanto, nos casos de ações coletivas, é indispensável considerar que o legitimado ativo está sempre defendendo direito alheio e, por isso, pode ser preenchido por qualquer um dos legitimados havendo identidade de ações se o pedido e a causa de pedir forem coincidentes.

Desta forma, verifica-se a existência de litispendência ou continência entre as ações, restando agora verificar qual o juízo prevento.

A presente ação fora distribuída em 19.03.2020, às 17h08min.

A ação proposta pelo SIFUSPESP (Processo nº 1014857-74.2020.8.26.0053) fora distribuída aos 19.03.2020, às 03h10min e ação proposta pelo SINDCOP (Processo nº 1014087-81.2020.8.26.0053) fora distribuída aos 16.03.2020, às 15h57min.

Conforme artigo 59 do Código de Processo Civil, será prevento o juízo onde primeiro ocorreu a distribuição da ação:

*Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.*

Veja-se, pois, que está prevento para julgar esta demanda o juízo do processo nº 1014087-81.2020.8.26.0053, ou seja, a 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital do estado de São Paulo.

Dessa forma, nos termos do Código de Processo Civil, temos que este juízo é incompetente para proferir decisão de mérito em relação à demanda aqui apresentada:

*Art. 485. **O juiz não resolverá o mérito quando:***

*(...)*



V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

*Art. 57. Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, **no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito**, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.*

*Art. 58. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente.*

Assim posto, a decisão de fls. 126/127 não poderia ter sido proferida e é, em verdade, nula.

Note-se que nenhum dos outros juízos, cujas ações foram distribuídas antes desta, suspenderam as visitas, reconhecendo os esforços do poder executivo em minimizar as possibilidades de contágio do vírus, contudo, resguardando minimamente os direitos das pessoas presas, conforme explanar-se-á mais detalhadamente a frente.

Portanto, requer-se seja reconhecida a nulidade da decisão, uma vez que este juízo não era competente para tanto e seja proferida sentença sem resolução de mérito em face do reconhecimento da litispendência ou continência.

Caso contrário, passa-se a expor abaixo sobre o mérito da presente ação.



### **3. O CAOS DO SISTEMA CARCERÁRIO, O COLAPSO A PARTIR DA PANDEMIA DO COVID-19 E O ESTADO DE INCOMUNICABILIDADE DAS PESSOAS PRESAS – DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

É certo que o mundo assiste atônito à maior pandemia em gerações com o avanço do **CORONAVÍRUS**. Há um claro consenso entre especialistas e autoridades governamentais dos diversos países já atingidos que se deve evitar a aglomeração de pessoas, especialmente em locais fechados. Já se observou, também, que os grupos de risco, aqueles que padecem com a maior incidência de casos graves e de letalidade, são os idosos, portadores de doenças crônicas (diabetes, hipertensão, doenças cardíacas, doenças pulmonares), portadores de doenças respiratórias, de doenças renais, imunodeprimidos, pessoas com deficiência, pessoas com doenças autoimunes, gestantes e lactantes e pessoas com cirrose hepática (grupos indicados pelo próprio TJ/SP como de risco, conforme art. 4º do Provimento n. 2545/2020, do Conselho Superior da Magistratura e artigo 1º, inciso I, da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça).

No Brasil, a situação é mais grave. Isso porque há claro aumento exponencial da doença, denotando quadro pior do que o italiano no mesmo período<sup>8</sup>, país que notoriamente enfrenta seus mais intensos flagelos.

Já foram identificados 14.049 casos e 688 óbitos em decorrência do COVID-19, dos quais 5.682 casos e 371 óbitos são no estado de São Paulo<sup>9</sup> e diversas medidas vem sendo tomadas em vários âmbitos. Os números provavelmente já são muito maiores, já que as autoridades de saúde têm reiteradamente afirmado que não há kits para testar todos as pessoas que apresentem sintomas, o que já deve ter gerado subnotificação da doença.

---

<sup>8</sup> Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/vigesimo-dia-de-coronavirus-no-brasil-e-pior-que-o-da-italia.shtml>. Acesso em 25/03/2020 às 12h49min.

<sup>9</sup> Dados de 07/04/2020.



A Portaria nº 188/2020 do Ministério da Saúde<sup>10</sup>, decretou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo Coronavírus. O Governo do Estado de São Paulo publicou o Decreto nº 64.862/2020<sup>11</sup>, em que estabelece medidas temporárias e emergenciais de prevenção do contágio pelo vírus. E na cidade de São Paulo, onde vive aproximadamente ¼ da população deste Estado, foi publicado o Decreto Municipal nº 59.283<sup>12</sup> para declarar a situação de emergência do Município e estabelecer medidas de enfrentamento.

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

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

Importante observar que uma pessoa que está presa tem seis vezes mais chances de morrer do que uma pessoa em liberdade<sup>13</sup> e 34 vezes mais chance de contrair tuberculose.<sup>14</sup> A falta de dignidade e condições mínimas para o cumprimento das

---

<sup>10</sup>Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em 17 de março de 2020.

<sup>11</sup> Disponível em: <[http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav\\_v5/index.asp?c=4&e=20200314&p=1](http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav_v5/index.asp?c=4&e=20200314&p=1)>. Acesso em 17 de março de 2020.

<sup>12</sup> Decreto Municipal nº 59.283, de 16 de março de 2020. Publicado no **Diário Oficial da Cidade de São Paulo**, nº 51, disponível em: <[http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav\\_cidade/index.asp?c=1&e=20200317&p=1&clipID=648d3631c23fe44687e64edf95db8dca](http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav_cidade/index.asp?c=1&e=20200317&p=1&clipID=648d3631c23fe44687e64edf95db8dca)>. Consulta em 17 de março de 2020.

<sup>13</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/poder-publico-e-incapaz-de-garantir-a-vida-da-queles-sob-sua-custodia.shtml>

<sup>14</sup> <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/incidencia-de-tuberculose-em-presos-30-vezes-maior-do-que-na-populacao-geral-22540362>





penas nas unidades prisionais fica devidamente ilustrada com a chocante constatação de que “um preso morre a cada 19 horas em São Paulo”<sup>15</sup>.

Neste contexto, medidas também vêm sendo adotadas no mundo todo para conter o avanço na população prisional e na sociedade como um todo, como por exemplo nos Estados<sup>16</sup> Unidos<sup>17</sup>, no Irã<sup>18</sup> e no Bahrein<sup>19</sup>.

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

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

A Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ adotou medida liberando os presos que já haviam sido “beneficiados com visita periódica ao lar”, sem necessidade de retorno, conforme documento em anexo. O Poder Judiciário do estado de Santa Catarina determinou a liberação de 1.077 presos, antecipando-se a progressão do regime aberto para as pessoas próximas de atingir o lapso, além daquelas que se enquadram no grupo de risco da doença, como idosos e portadores de diabetes, câncer, HIV etc.

---

<sup>15</sup> <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/267901/um-presos-morre-cada-dezenove-horas-em-sao-paulo.htm>

<sup>16</sup> <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/03/24/coronavirus-prefeito-de-nova-york-diz-que-300-presos-serao-soltos.htm>

<sup>17</sup> Disponível em: <https://www.nydailynews.com/coronavirus/ny-coronavirus-inmates-released-ohio-jail-over. Acesso em 25/03/2020 às 12h56min.>

<sup>18</sup> Disponível em: <https://istoe.com.br/aproximadamente-70-mil-prisoneiros-sao-soltos-no-ira-por-conta-do. Acesso em 25/03/2020 às 12h57min.>

<sup>19</sup> Disponível em: <https://aawsat.com/english/home/article/2177896/bahrain-royal-decree-pardons-901. Acesso em 25/03/2020 às 12h58min.>



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

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

É de se observar que o novo vírus está se disseminando **pelas prisões da cidade de Nova York**. Não bastasse, devido ao confinamento, propício para o contágio da doença, tem se disseminado muito mais rapidamente do que pela cidade como um todo.

De acordo com análise da Legal Aid Society, a taxa de infecção nas prisões da cidade é de 14,51 por 1000 pessoas. Esse dado é sete vezes superior à taxa da cidade de Nova York, que se tornou um epicentro da pandemia, e onde cerca de 2 a cada 1.000 pessoas estão infectadas<sup>20</sup>.

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

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

---

<sup>20</sup> Disponível em: <https://www.conversaafiada.com.br/politica/prisoas-de-nova-york-viram-epicentro-do-coronavirus-aprenderemos-a-licao>. Acesso em 26.03.2020 às 18h55min.



que a resolução foi elogiada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>21</sup>, com recomendação de que os demais países da região adotassem medida semelhante. Neste mesmo sentido, o Subcomitê da ONU para Prevenção da Tortura, em 25 de março, recomendou a redução das populações prisionais sempre que possível como prevenção à pandemia.

A incolumidade física da pessoa presa é dever do Estado que o encarcera. Nesse momento de gravíssima crise no sistema de saúde mundial, manter alguém preso, ainda mais aqueles integrantes de **grupos de risco**, nas desumanas penitenciárias brasileiras, é assinar antecipadamente o atestado de óbito de milhares de pessoas, além de permitir a criação de focos incontroláveis da doença que fatalmente alcançará os funcionários dos presídios e do sistema judiciário criminal e os familiares dos presos.

Ocorre que, para a população carcerária do Estado de São Paulo, ainda não foi adotada NENHUMA medida efetiva de saúde pública para a proteção da saúde e vida das pessoas presas e dos agentes penitenciários que trabalham nas 176 unidades prisionais do estado. Por ora, a única medida adotada, inclusive por este juízo, foi a suspensão de visitas, restringindo-se mais direitos desse público vulnerável.

Isso sem dizer que tal medida não tem condições de barrar qualquer contágio, tendo em vista que as pessoas que trabalham nos estabelecimentos prisionais, o diuturno ingresso de novas pessoas presas nos estabelecimentos prisionais e cumprimento de mandados judiciais antes da sua total paralisação já são suficientes para o contato das pessoas presas com os vírus<sup>22</sup>, sendo a única saída, com respeito à Constituição Federal, a diminuição da população prisional.

---

<sup>21</sup> <https://twitter.com/CIDH/status/1243192207814819842>

<sup>22</sup> Veja-se que, no dia 24.03.2020, o Sindicato dos Funcionários do Sistema Prisional do Estado de São Paulo – SIFUSPESP - registrou dois casos confirmados de contaminação pelo coronavírus no sistema prisional paulista, além de duas novas suspeitas em apenas cinco dias desde que o sindicato iniciou a divulgação do contágio, [no último dia 19 de março](#).

“Dois servidores tiveram resultado positivo no teste do coronavírus e estão em quarentena para tratamento. Destes, só um caso foi confirmado pela Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) nesta segunda-feira (23), o de um servidor administrativo da Praia Grande, que está em quarentena desde sábado (21). O outro contagiado é o do Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário, cedido



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

Os dados alarmantes publicados demonstram que, segundo levantamento do primeiro semestre de 2017, o Brasil atingiu a espantosa marca de 726.354 pessoas privadas de liberdade, que se amontoam nas 423.242 vagas disponibilizadas. Havia, portanto, déficit de cerca de 303 mil vagas, **acarretando 171,62% de ocupação no Sistema Penitenciário, 89.150 de déficit só no estado de São Paulo**<sup>23</sup> (isso sem contar aqueles que estão presos em delegacias).

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

---

pelo Centro de Detenção Provisória da Vila Independência, na capital. Segundo informações apuradas pelo SIFUSPESP, o servidor, que também é hipertenso e diabético, está se recuperando e nesta terça-feira (24) completou o 8º dos 14 dias de afastamento determinados pelo médico como quarentena. O terceiro servidor confirmado é um policial penal do Centro de Detenção Provisória (CDP) de Americana, no interior paulista. Os trabalhadores e a direção do SIFUSPESP entraram em contato, e os próprios servidores confirmaram ao sindicato o afastamento de suas funções no trabalho. Um dos servidores com coronavírus relatou ao sindicato que, em alguns locais, o serviço público de saúde “não está sabendo lidar com a situação”. Antes da confirmação do resultado, ele havia passado pelo Hospital do Servidor Público e sido diagnosticado com bronquite e gripe fraca. Mas seguiu passando mal, procurou um posto de saúde, fez o teste, foi isolado imediatamente e conduzido em seguida de ambulância ao Pronto Socorro de Ermelino Matarazzo, na zona leste da capital.

O sindicato também foi informado sobre suspeita de contágio de duas servidoras, uma do Centro de Progressão Penitenciária (CPP) do Butantã, na zona oeste, e outra policial penal da Penitenciária Feminina de Sant’Ana, na zona norte da cidade de São Paulo, além de um servidor da Penitenciária 3 de Lavínia.

Entre a população carcerária, **o SIFUSPESP recebeu outra denúncia sobre a suspeita do coronavírus no Centro de Detenção Provisória (CDP) 3 de Pinheiros, na zona oeste paulistana, onde um detento estrangeiro com sintomas da doença está isolado há sete dias**. Disponível em <https://www.sifuspesp.org.br/noticias#allow>. Acesso em 24/03/2020, às 18h20min.

<sup>23</sup> Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em 25/03/2020 às 13h08min.



morte ou ao agravamento de situações absolutamente tratáveis em situação de liberdade<sup>24</sup>, além de outras nefastas consequências.

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

Em que pese tal cenário, não fora deferido nenhum pedido coletivo e de proporções efetivas para diminuição da população carcerária do estado de São Paulo pelo Poder Judiciário nesse período, havendo decisões pontuais em situações individuais, o que não minimiza o caos do sistema carcerário.

Desta forma, a situação que já era caótica no interior dos estabelecimentos prisionais, com a superlotação, falta de atendimento médico, ausência de kits de higiene, racionamento de água, insuficiência de vestuário etc., alastrou-se com a ausência de direito ao trabalho, lazer, assistência jurídica e ausência de visitas.

Note-se que, se não bastasse o estado alarmante e degradante que se encontram as pessoas presas, agora sequer podem ter contato com alguém do mundo externo. Os direitos que eram poucos, tornaram-se nulos.

Nesse contexto, claro, é importante que medidas de prevenção sejam tomadas, como aumento do atendimento de saúde, testes para população prisional e para os agentes penitenciários, ininterrupção do fornecimento de água, entrega adequada de kits de higiene, fornecimento de EPI's para os agentes penitenciários.

Contudo, nenhuma dessas medidas foi tomada.

---

<sup>24</sup> Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/massacre-silencioso-mortes-por-doencas-trataveis-superam-mortes-violentas-nas-prisoas-brasileiras.htm>  
Acesso em 25/03/2020 às 13h09min.



A única medida tomada efetiva pela Secretaria da Administração Penitenciária fora a diminuição do número de visitantes, triagem das pessoas que ingressam e exclusão do grupo de risco, a partir da Resolução SAP-40, de 18 de março de 2020:

*Artigo 1º - A partir de 21-03-2020, as visitas nas Unidades Prisionais do Estado de São Paulo serão autorizadas, permitindo- -se o **ingresso de apenas 1 visitante por preso**;*

*Artigo 2º - **Não será autorizada a entrada de visitante menor de idade, acima de 60 anos ou que se enquadre nos demais casos do grupo de risco definido pelos órgãos de saúde**;*

*Artigo 3º - **Será realizada triagem antes do ingresso, oportunidade em que os visitantes com sintomas de enfermidades terão a entrada proibida**;*

Vê-se, portanto, que houve a limitação do direito pela própria Secretaria da Administração Penitenciária, a fim de minimizar as possibilidades de contágio e propagação de vírus no interior do cárcere.

Sabe-se que, com novos ingressos de pessoas presas, com a população flutuante de agentes penitenciários, profissionais de saúde e administrativo, que ingressam e saem todos os dias do ambiente carcerário, a população prisional não estará resguardada de qualquer contágio e, por isso, o ideal, como se disse, seria o esvaziamento do ambiente carcerário.

Contudo, como isso não fora realizado pelo Poder Judiciário, e sabendo-se que o risco é inevitável, medidas, claro, devem ser tomadas para minimizar as possibilidades de infecção no interior dos estabelecimentos prisionais, não só para os agentes penitenciários, titulares da presente ação, mas também em relação às pessoas presas. Contudo, sem pulverizar direitos.



Nesse interim, importante mencionar que é **vedada a incomunicabilidade do preso inclusive durante Estado de Defesa**, nos termos do artigo 136, parágrafo 3º, inciso IV, da Constituição Federal;

Põe-se em discussão, assim, a garantia de dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito à saúde e o direito à convivência familiar, que nesse caso podem estar em colisão.

Robert Alexy explica que colisão de direitos fundamentais em sentido estrito acontece, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais possui decorrências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais; e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo incide, quando existe uma colisão de direitos individuais fundamentais e bens coletivos tutelados pela Carta Maior<sup>25</sup>.

Havendo, portanto, essa colisão de direitos fundamentais, não se pode, a partir da regra constitucional de ponderação de direitos, aniquilar um direito, pois ambos guardam o mesmo status constitucional e não podem ver esvaziado seu núcleo fundante.

**Isto é, é possível que um direito se sobreponha a outro em um caso concreto, todavia, isso não pode significar o esvaziamento completo e a própria essência do outro direito, sob pena de haver desarmonia da proteção constitucional que dá guarida a todo e qualquer ser humano.**

Em sentido oposto, possibilitando-se o aniquilamento de um direito fundamental frente a outro, seria possível a instalação de um governo ou medidas autoritárias, contrárias, assim, ao espírito do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. Teoria Dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.



Dito isso, Bernardo Gonçalves Fernandes aduz sobre o crescente uso do princípio da proporcionalidade para solucionar essa colisão:

*“Se acompanharmos as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicação de direitos fundamentais (o que inclui os chamados “casos de colisões” entre direitos fundamentais), assim como a leitura que vem estabelecendo entre a relação dos interesses públicos com os privados, veremos que é cada vez mais crescente a utilização de um instrumental importado do direito constitucional alemão, que muitos denominam de **ponderação de bens e interesses, com base na aplicação do “princípio da proporcionalidade”**”<sup>26</sup>.*

Na situação concreta em que nos encontramos, concorda-se que o direito à saúde, então, deve prevalecer sobre o direito à convivência familiar, possibilitando-se a restrição deste direito fundamental.

E exatamente assim agiu a própria Secretaria da Administração Penitenciária. Para que se sobrepusesse o direito à saúde, restringiu o direito à visita e convivência famílias das pessoas presas, de maneira a priorizar o direito à saúde, contudo, pudessem ambos coexistir.

Dessa forma, a Defensoria Pública entende que deve ser utilizada a regra da proporcionalidade para resolver a questão posta em discussão, mantendo-se minimamente o direito à visita das pessoas presas, na forma reduzida apresentada pela Secretaria da Administração Penitenciária.

---

<sup>26</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 229.





Note-se, aliás, que, nos juízos onde tramitam as outras ações que tratam da mesma matéria, o entendimento em relação a esse tema é de que a Secretaria da Administração Penitenciária já se movimentou, expedindo a referida Resolução, a fim de proteger o direito à saúde, julgando prejudicado o pedido.

Pelo que se expôs, entende-se necessário a manutenção da convivência familiar e o direito à visitação, ainda que restrito nos moldes apresentados pela Secretaria da Administração Penitenciária.

No entanto, caso Vossa Excelência assim não perceba, existem outras maneiras de se dirimir essa colisão de direitos fundamentais, utilizando-se de outros aparatos para a garantia da convivência familiar, ainda que não seja de maneira presencial. Passa-se a expor.

#### **4. OUTRAS FORMAS DE SE MANTER A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O CONTATO COM O MUNDO EXTERIOR NA SITUAÇÃO DE PANDEMIA**

Como dito acima, entende-se a necessidade de diminuição de contato entre as pessoas atualmente, sendo, infelizmente, necessárias medidas para se restringir o direito à convivência familiar, como realizou a própria Secretaria da Administração Penitenciária.

Contudo, há outras formas de se garantir tal direito, ainda que não o seja de maneira plena e presencial.

Aliás, tais forma deveriam subsistir para além do período pandêmico, a fim de se ampliar a possibilidade de contato das pessoas presas com as pessoas de seu convívio familiar e comunitário.

Isso porque, a partir dos anos 1990, um número cada vez maior de penitenciárias passou a ser construído no estado de São Paulo, sendo a



maior parte delas no interior. Somente o processo de desativação da Casa de Detenção do Carandiru (concluído em 2002) levou à construção de 21 novas penitenciárias no interior paulista, criando um fluxo migratório contrário ao comumente encontrado até então, que ia das pequenas para as grandes cidades.

Com esse fluxo migratório cada vez mais impositivo para o oeste do estado, as pessoas presas acabam restando demasiadamente longe de seus familiares, contrariando, inclusive, o direito à proximidade da pessoa presa com sua família e amigos.

No entanto, enquanto não se altera esse processo de distanciamento, necessárias medidas para minimizar esses efeitos, sobretudo no período que estamos vivenciando.

Assim, faz-se essencial, por exemplo, como ocorre em diversos países, citando-se aqui o exemplo estadunidense, a utilização de telefones públicos para contatos entre as pessoas presas e seus familiares.

Note-se que a Regra 58, 1, “a”, das Regras de Mandela, dispõe que “os prisioneiros devem ter permissão, sob a supervisão necessária, de comunicarem-se periodicamente com seus familiares e amigos, periodicamente: por correspondência e utilizando, onde houver, **de telecomunicações, meios digitais, eletrônicos e outros**”.

Quando a pessoa é presa, é tolhida apenas de seu direito à liberdade, mantendo-se presentes os demais direitos e, para se evitar esse isolamento social intramuros, essencial é a conquista dessa possibilidade de se comunicar periodicamente com seus familiares por telefone.

Caso tal medida já tivesse efetivada, não necessitaríamos de diversas ações judiciais, como estas que estão em curso, para discussão da ponderação destes direitos.



Veja-se que, com a promulgação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, há o **direito ao contato telefônico inclusive de quem cumpre regime disciplinar diferenciado**, conforme artigo 52, parágrafo 7º, da Lei de Execução Penal.

Portanto, se quem está cumprindo pena em RDD, e não vem tendo contato com familiares, possui esse direito, notório que a população carcerária que cumpre pena em estabelecimentos prisionais padrões é absoluta detentora de tal direito.

Em que pese isso, a única unidade prisional que se tem conhecimento da possibilidade de usufruir desse direito hoje é o Hospital de Custódia de Franco da Rocha II.

Desta forma, necessária a **instalação de telefones públicos nas unidades prisionais**, a fim de que se operacionalize esse direito e mitigue o distanciamento social, sobretudo nessa época de pandemia.

Enquanto não ocorre a instalação dos telefones públicos nas unidades prisionais<sup>27</sup>, é necessário que seja intermediado contato da pessoa presa com seus familiares e amigos através da equipe de serviço social da unidade prisional por meio de telefone.

Não obstante, a partir dos avanços tecnológicos, outras formas telemáticas de comunicação podem ser utilizadas para suprir este distanciamento social, que é o que vem sendo operado na sociedade atualmente.

---

<sup>27</sup> Conforme informação da ANATEL, pode levar até 7 dias úteis: <https://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?codItemCanal=1241>



Nestes termos, cita-se aqui a Portaria Conjunta SEAP/DPE nº 01, de 05 de março de 2020, do Estado do Maranhão, que estabeleceu a **visita virtual**.

Como se sabe, é dever do estado garantir a manutenção do vínculo familiar entre a pessoa presa e seus familiares e, para além do período de pandemia, a visita virtual faz-se necessária, por exemplo, para que pessoas presas tenham contato com pais e mães idosos, avós, crianças recém-nascidas, pessoas com deficiência, que não consigam se locomover até a unidade prisional, não tenham condições econômicas para se deslocarem até as unidades prisionais ou, ainda, não se sintam confortáveis com os mecanismos de revista, possam manter o laço afetivo, ainda que à distância.

Sabe-se que, em diversas unidades prisionais paulistas já há sala para realização de videoconferência, sejam audiências judiciais, seja para citação das pessoas acusadas em processos criminais, de forma que tais equipamentos podem ser utilizados também para se estabelecer essa visita virtual.

Dessa forma, necessária também seja realizada a garantia do direito à convivência familiar e contato com mundo exterior através da visita virtual, aproveitando-se de sistemas já existentes e outros a serem instalados, a fim de se estabelecer esse contato ou por meio de outra forma telemática.

## **5. DOS PEDIDOS**

Tendo em vista o exposto acima, requeremos:

a) O ingresso da Defensoria Pública do estado de São Paulo na relação jurídico processual, como *custos vulnerabilis*;



b) Seja reconhecida a existência de litispendência ou continência e, então, anulada a decisão proferida nos autos e julgada a ação sem resolução do mérito;

c) Subsidiariamente, seja considerado prejudicado o pedido realizado pelo impetrante, haja vista que já há Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária restringindo o direito à visita e convivência familiar, de maneira a harmonizar os direitos fundamentais em colisão;

d) Subsidiariamente, sejam instalados telefones públicos nas unidades prisionais, a fim de se garantir o contato com o mundo exterior, bem como operacionalizada a visita virtual, por meio de equipamentos telemáticos e, enquanto não há as referidas instalações, seja intermediado contato da pessoa presa com seus familiares e amigos através da equipe de serviço social da unidade prisional por meio de telefone ou outra forma telemática de comunicação.

São Paulo, 08 de abril de 2020.

**LEONARDO BIAGIONI DE LIMA**

Defensor Público do estado de São Paulo  
Coordenação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária

**THIAGO DE LUNA CURY**

Defensor Público do estado de São Paulo  
Coordenação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária

**MATEUS OLIVEIRA MORO**

Defensor Público do estado de São Paulo  
Coordenação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária