

# TRABALHO EXTERNO DO APENADO EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: GARANTISMO E ATIVISMO JUDICIAL COMO SUSTENTÁCULO DE DECISÕES

Recebido em: 18/06/2023

Aceito em: 03/06/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-10271



Nestor Eduardo Araruna Santiago<sup>1</sup>  
Connie Francis Andrade Castelo Branco<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo objetiva investigar o motivo da incongruência de dois acórdãos das turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça sobre o trabalho externo realizado por apenados em regime semiaberto, durante a pandemia, identificando a natureza das decisões e seus fundamentos teóricos. O texto inicialmente explica sobre a saúde e o trabalho externo dos presos; em seguida, passa a conceituar a teoria do garantismo e o ativismo judicial. Depois aborda os dois acórdãos por meio de suas alegações, percebendo os fundamentos das turmas do Tribunal. A metodologia é documental bibliográfica, com pesquisa de abordagem qualitativa e método dedutivo. Conclui-se que a decisão da sexta turma é garantista, pois baseada na principiologia dos direitos fundamentais normatizada na Constituição; a da quinta turma é ativista, pois não aplica o direito de acordo com a unidade de princípios, com fundamentação meramente formal e incompatível com o Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantismo; Ativismo judicial; Trabalho externo do apenado.

## THE PRISONER'S OUTSIDE LABOR IN TIMES OF THE COVID-19 PANDEMIC: GUARANTEEIST THEORY AND JUDICIAL ACTIVISM AS A FULCRUM FOR JUDGEMENTS

**ABSTRACT:** The paper aims to investigate the reason for the incongruity of two rulings of the criminal sections of Brazilian Superior Court of Justice about the outside labor performed by inmates in a semi-open regime, during pandemic, identifying the nature of the judgements and their theoretical groundings. The paper first explains about health and the outside labor of prisoners; then goes on to conceptualizes guaranteeist theory and judicial activism. After, approaches the two ruling through its allegations, realizing the groundings of Court sections. The methodology is bibliographical documentary, with a qualitative approach research and deductive method. It is concluded that the judgement of the sixth section is guaranteeist, as it is based on fundamental rights standardized in the Constitution; the fifth section judgement is an activist one, because it does not apply the law according to the unity of principles, with a merely formal grounding and incompatible with the Rule of Law.

<sup>1</sup> Doutor, Mestre e Especialista em Direito (UFMG), com estágio pós-doutoral pela Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado criminalista. E-mail: [conniefrancis@jfce.jus.br](mailto:conniefrancis@jfce.jus.br) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>

<sup>2</sup> J Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Penal pelo Damásio Educacional. Analista Judiciária da Justiça Federal no Ceará. Sobral – CE - Brasil.

E-mail: [conniefrancis@jfce.jus.br](mailto:conniefrancis@jfce.jus.br) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6193-717X>

**KEYWORDS:** Guaranteeist theory; Activism; Prisoners outside labor.

## INTRODUÇÃO

O texto faz uma análise dos fundamentos de duas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo uma da Quinta Turma (AgRg no HC n. 580.495-SC) e outra da Sexta Turma (HC n. 575.495/MG) - ambas datadas de junho de 2020, acerca do exercício do trabalho externo por apenados em regime semiaberto em tempos de pandemia, que foram contraditórias entre si, em sua motivação e em seu resultado.

Durante o período do isolamento social causado pela pandemia, para resguardo tanto da população carcerária quanto das pessoas em liberdade, as Administrações prisionais de alguns Estados decidiram manter os apenados insertos nas unidades prisionais, embora já estivessem em gozo do benefício de trabalho externo, razão pela qual muitos apenados estavam em vias de perder seus trabalhos, exercidos com licitude em ambiente externo aos presídios.

Isso gerou questionamentos sobre a adequação das decisões nesse sentido no Judiciário, pois, tendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expedido a Recomendação n. 62/2020 (R62), não ficara expresso com clareza se, no caso de trabalho externo, deveria o apenado permanecer dentro ou fora do presídio, mas traz opções de algumas medidas a serem adotadas para prevenir a propagação da infecção pelo novo coronavírus Covid-19.

O caso era completamente novo, sem precedentes, pois a pandemia de Covid-19 trouxe à Justiça situações de múltiplas naturezas, e há casos que dificultam a efetivação do isolamento social de forma a um resguardo do aumento de risco de contaminação pelo novo coronavírus. Apesar da similaridade das demandas, a fundamentação e a conclusão das decisões foram divergentes. Em ambos os casos, como medida restritiva de proteção contra a proliferação da Covid-19, os respectivos Juízes das execuções penais haviam determinado o recolhimento dos apenados, que estavam em regime semiaberto, em exercício de trabalho externo.

Tendo os casos chegado à instância superior, a 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça - no AgRg no HC n. 580.495/SC, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09/06/2020 - decidiu que a suspensão temporária do trabalho externo, no regime semiaberto, em razão da pandemia de Covid-19, atende à R62 (Recomendação n. 62/2020), pois essa não recomendara automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. Já a 6ª. Turma - no HC n.

575.495/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 02/06/2020 - decidiu que, como regra, os apenados em regime semiaberto (e aberto), cujo exercício do trabalho externo tinha sido suspenso como medida preventiva de combate à Covid-19, possuem direito ao regime domiciliar, desde que não ostentem procedimento de apuração de falta grave.

Dessa divergência, até dentro do STJ, a ideia que se tem é de que há uma indeterminabilidade do direito, passando a sensação de insegurança jurídica quanto ao resultado das demandas judiciais. Nesse ponto, faz-se necessário perscrutar o que teria gerado conclusões tão diversas para fatos tão semelhantes, mesmo quando têm por base o mesmo ordenamento jurídico. A hipótese tratada neste estudo é que a resposta dada pelas turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça está fora dos parâmetros garantistas, pois, para fatos semelhantes, chegou-se a conclusões jurídicas diferentes.

Por isso, o objetivo do trabalho é investigar o motivo da divergência entre os dois entendimentos das turmas do STJ em casos semelhantes, através da análise dos fundamentos teóricos das decisões, de forma a determinar se estão adequadas ao constitucionalismo garantista (garantismo) ou ao constitucionalismo principialista (ativismo).

A metodologia utilizada teve perspectiva de abordagem qualitativa (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 29), com método de abordagem dedutivo, técnica de pesquisa documental/bibliográfica, com estudo de caso. Na terceira seção, serão traçadas explicações metodológicas em maiores detalhes.

O desenvolvimento do presente artigo está dividido em três partes: o primeiro tópico aborda os direitos afetados pelas decisões analisadas: direito à saúde e o benefício de trabalho externo na execução penal. No segundo tópico, há a explanação sobre a teoria garantista de Luigi Ferrajoli e sobre o ativismo judicial, apresentando seus conceitos e suas diferenças. Por fim, no terceiro tópico, há a análise de duas decisões proferidas, respectivamente, pela Quinta e pela Sexta turmas do Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes, na mesma época, buscando identificar em suas fundamentações argumentos garantistas e/ou ativistas.

## 1 EXECUÇÃO PENAL

Devem ser assegurados aos apenados todos os direitos não atingidos pela sentença penal ou pela lei, sem qualquer distinção. Em razão disso, tem-se que o direito à vida e à saúde devem ser garantidos aos presos, que estão sob a custódia estatal. Igualmente, o direito ao trabalho lícito deve ser garantido aos apenados, tanto internamente quanto externamente, em especial porque há previsão expressa de sua concessão, inclusive extramuros, desde que atingidos os requisitos necessários à autorização para seu exercício.

### 1.1 Saúde do Preso

O art. 14 da Lei de Execução Penal (LEP) prevê a assistência à saúde do preso, não apenas curativa, mas também preventiva, em razão do que se revela uma obrigação do Estado velar pela prevenção de doenças, especialmente as contagiosas, no âmbito do sistema prisional. No entanto, o que ocorre na prática é uma situação diversa.

O contágio de doenças em ambientes prisionais é mais alto que em ambientes públicos em geral: há uma precariedade que se revela insalubre que se inicia com as instalações físicas e se agravam com possíveis superlotação, uso de drogas, práticas de violência e de relações sexuais desprotegidas pelos aprisionados. Além disso, também se verifica essa precariedade na ausência (ou irregularidade na frequência) de profissionais de saúde e de medidas preventivas, até mesmo de higiene<sup>3</sup>. Ignorar isso no momento de julgar é viver em um mundo ideal do dever ser que não se coaduna com a realidade (CABRAL, 2021, p. 84-85; BARROSO; MACHADO; ANDRADE, 2021, p. 93-95).

A partir de 2020, a humanidade teve que enfrentar a pandemia do novo coronavírus (Covid-19) e, como medida de prevenção contra sua proliferação, o CNJ publicou a R62 (Recomendação n. 62/2020), na qual foram estabelecidas medidas que deveriam ser adotadas como preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Em relação à execução penal, a principal indicação do CNJ através da referida Recomendação foi no sentido de criar protocolos de proteção à saúde, tanto para quem está inserido no sistema carcerário, como quem está fora dele. Em resumo, no que tange

---

<sup>3</sup> Segundo o Ministério da Saúde, as doenças de maior índice de incidência em presídios são: tuberculose, doenças sexualmente transmissíveis, dermatoses e hepatites, nessa ordem. Os percentuais de manifestação dessa doença nos estabelecimentos prisionais superam consideravelmente àqueles da sociedade em geral. (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2020, p. 285).

ao sistema prisional, a recomendação é para aplicação preferencial de medidas em meio aberto, pois tem claros objetivos sanitários e humanitários, e a proteção é tanto para a população em geral como, em especial, para a carcerária, que está em situação de maior vulnerabilidade à doença (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2020, p. 292-293).

Tratando sobre a saúde dos presos no Distrito Federal, Welinton S. Cabral lembra algumas situações de precariedade no sistema prisional, e como isso contribuiu para a transmissão de tuberculose. Adverte que as doenças não ficam restritas às unidades prisionais, pois há inevitavelmente contato com o meio exterior através de agentes penitenciários, por exemplo, o que faz com que doenças se propaguem com maior intensidade. (CABRAL, 2021, p. 85) ou seja: eventuais omissões na prevenção de Covid-19 aos apenados se revelam como mais um abandono estatal da população carcerária.

## **1.2 Trabalho Externo**

O trabalho externo tem previsão nos artigos 36 e 37 da LEP. Quando atendidos os pressupostos, a direção do próprio estabelecimento penal pode decidir sobre sua concessão, independentemente de autorização ou homologação judicial. Essa previsão legal tem relevante papel na preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Compatibiliza-se com os espectros de proteção que não foram mitigados com a imposição da sanção penal.

Esse direito do preso durante a execução penal corrobora com a efetivação do princípio da individualização da pena e com a integração social do condenado, objetivo esse expresso na LEP (art. 1º.), de forma a premiar o exercício do trabalho com a remição de parte do tempo de execução da pena, o que demonstra ser política pública o estímulo ao trabalho dos presos.

Os apenados que estão em regime prisional fechado e semiaberto podem exercer trabalho externo à instituição penitenciária, atendidos os requisitos legais: um objetivo, que é o cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena; e um subjetivo, que é relacionado ao comportamento do preso, consistente em, no período de cumprimento da pena, não haver praticado fato definido como crime, nem haver sido punido com falta grave ou ter conduta em desacordo com os requisitos estabelecidos para a concessão do benefício - aptidão, disciplina e responsabilidade. Na prática, o requisito subjetivo é que o preso tenha comportamento classificado como bom, que lhe é atribuído por exclusão da prática de qualquer daquelas condutas.

Há ainda outro requisito, que é lógico, para a concessão da autorização para o exercício do trabalho externo: o apenado deve ter conseguido a vaga de trabalho. A autorização só deve ser concedida quando o apenado demonstra ter conseguido trabalho formal e lícito – um documento que comprove o interesse do empregador, bem como as condições do exercício desse trabalho, que devem estar em consonância com os horários de recolhimentos e as restrições próprias do regime de cumprimento de pena. Em regra, os presos que saem para trabalhar se recolhem no horário noturno e em finais de semana.

O trabalho externo exercido por quem está em regime fechado é situação permitida na lei, porém excepcional e rara. As decisões do STJ objeto de análise no presente artigo se referem a casos de trabalho externo de apenados que estão em regime semiaberto, e que já exerciam o trabalho externo antes da pandemia de Covid-19. Enfatize-se que é possível a revogação desse direito ao trabalho externo, em caso de o apenado praticar fato definido como crime ou como falta grave, ou, ainda, se faltar com o dever de disciplina e responsabilidade (MARCÃO, 2021, p. 64).

## **2 GARANTISMO E ATIVISMO JUDICIAL: EXPLANAÇÃO CONCEITUAL**

Luigi Ferrajoli desenvolveu a Teoria Garantista, que teve início com a publicação de sua obra “*Diritto e Ragione*”, com uma visão ampliada dos valores iluministas, que inspiraram a teoria - tais como as ideias contidas na obra de Beccaria - trazendo uma nova perspectiva sobre os direitos humanos e o sistema prisional, e promove uma teoria do Direito que defende a proteção a direitos e garantias individuais e sociais.

Ressalte-se que tais ideias surgiram no século XVIII, como um contraponto a uma fase histórica de transição em que, aos poucos, a visão de um Estado absoluto foi gradativamente perdendo espaço, ao passo que a noção de direitos fundamentais e de limitação de poder foi se consolidando. Esses ideais foram aprofundados por Ferrajoli, que realizou em toda a sua obra atualizações necessárias às democracias constitucionais contemporâneas (IPPOLITO, 2011).

A leitura reducionista da teoria tem sido realizada no Brasil, limitando-a à área penal, e revela desconhecimento de sua completude. Ela é aplicável como referencial em todo o ordenamento jurídico constitucional. No processo penal é fácil dar-lhe maior visibilidade, e, por isso, foi essa área do Direito foi usada para ilustração da tese. É por

isso que tem ocorrido essa associação, mas que, se restritiva, está equivocada (TRINDADE, 2012).

O garantismo, em suma, é instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais, não apenas os relacionados ao processo penal, mas que engloba direitos e liberdades individuais e sociais. Além disso, na medida em que protege direitos e garantias fundamentais à pessoa humana, estabelece que o Estado é o responsável por assegurá-los, e que este deve atuar nos limites que lhe foram impostos, mediante o devido processo legal, resguardando os fins do Estado Democrático de Direito através da adequação entre o modelo constitucional e a aplicação das normas constitucionais (SABOIA; SANTIAGO, 2018, p. 54).

A teoria garantista é expressão do Constitucionalismo e enfatiza a normatividade forte da Constituição e dos princípios nela contidos. Como teoria do Direito, o garantismo aborda o tema do direito constitucionalmente ilegítimo – resultante de lacunas e antinomias. Garantismo deve ser compreendido como o Constitucionalismo Garantista, e, segundo Luigi Ferrajoli, defende a tese de que a maior parte dos princípios constitucionais, em especial os que tratam de direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias (FERRAJOLI, 2012). Com foco na efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, o constitucionalismo garantista defende uma normatividade forte da constituição e, conseqüentemente, uma elevação do grau de importância que os Direitos Fundamentais recebem em um ordenamento jurídico.

Ferrajoli faz severas críticas ao positivismo tradicional, que chama de *paleojustivismo* – ele é classificado como um positivista crítico (TRINDADE, 2016) - e enfatiza a necessidade de racionalidade no exercício da jurisdição, de forma a proteger liberdades fundamentais, evitando abusos estatais contra indivíduos e contra a coletividade. Por isso, pode-se dizer que a Teoria Garantista é, em termos básicos, a limitação do poder estatal (FERRAJOLI, 2002).

A crítica principal que se costuma fazer ao positivismo, notadamente em Dworkin (2010, p. 50-63), é a de que há permissão para a discricionariedade nos casos difíceis. Porém, eventual utilização de fundamentação argumentativa como legitimação do ativismo judicial acaba sendo uma espécie de discricionariedade do julgador, com base em critérios não jurídicos. O Constitucionalismo Garantista se insurge contra a mesma

incerteza, que também era fruto do subjetivismo estatal, que motivara as Revoluções Liberais das quais resultaram na noção de Estado de Direito e de direitos fundamentais. Existe uma necessidade imperiosa da previsibilidade como instrumento de proteção contra a força estatal.

A Teoria Garantista pode ser considerada como teoria do Estado Constitucional de Direito, com a superação do mero Estado Legislativo de Direito (IPPOLITO, 2011, p. 39). Em razão disso, os atos normativos e executivos têm que estar de acordo com a Constituição, sendo que eventual desvio da compatibilidade desses atos com os preceitos constitucionais, notadamente aqueles referentes a Direitos Fundamentais, implica a sua não aplicação, pois não tem validade.

Compreende-se daí: primeiro, que a função jurisdicional é interpretar a lei a partir da Constituição e dos princípios; segundo, que a validade da norma tem que ter pertinência tanto formal como material com a Constituição. Nas democracias constitucionais, a lei não é vista apenas como resultado da vontade de uma maioria (visão formal); antes, deve ser atendido também o pressuposto de que a mesma norma escolhida por essa maioria deve guardar compatibilidade com os valores albergados pela Constituição. Nesse aspecto, a representatividade transcende do formal ao substancial.

Ao possibilitar o Estado Constitucional de Direito, a Teoria Garantista pode ser considerada como uma via de mão dupla: ao proteger os direitos fundamentais, embasa a ideia de uma democracia substancial, e, em retorno, é essencial para a concretização dos direitos fundamentais, construindo e efetivando o Estado Democrático de Direito.

Nesse mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa (2011, p. 5) complementa que a Teoria Garantista que deve ser “entendida como meio de superar a democracia ligada à vontade da maioria (democracia formal) para, através da proteção de direitos fundamentais, avançar no sentido da igualdade jurídica, alcançando uma democracia substancial. Por isso, pode-se afirmar, com Dario Ippolito (2011, p. 40), que o garantismo “(...) se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre as quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais”.

Ferrajoli também acrescentou à teoria do direito uma inovação terminológica, a fim de contextualizar com seu constitucionalismo garantista: chamou o que se tem denominado de Neoconstitucionalismo de Constitucionalismo argumentativo ou

principlista. Explica que é também uma expressão de constitucionalismo, mas não se deve compreendê-lo como superação dele, razão pela qual defende como mais adequada a nomenclatura que propõe (FERRAJOLI, 2012). O constitucionalismo argumentativo tem como características o entendimento de que há vinculação ente direito e moral; a compreensão da atividade dos Juízes como principal fonte do Direito; o papel primordial que é dado aos princípios na interpretação da norma, a adoção da técnica de ponderação entre princípios como método de aplicação do Direito, em vez da tradicional subsunção. (FERRAJOLI, 2012)

Tem-se que, assim como no garantismo, aqui há força normativa nos preceitos constitucionais, notadamente nos que se referem a direitos fundamentais. No entanto, por adotar a técnica de ponderação na aplicação de princípios constitucionais, o constitucionalismo principlista pode dar azo a incertezas em relação ao resultado em demandas judiciais, possibilitando o *ativismo judicial*.

A propósito, *ativismo judicial* é uma expressão que pode ter mais de uma acepção. Pode se referir a um modelo ou programa adotado para decisão judicial; a atitude(s) ou comportamento(s) de juízes; ou a uma tendência das decisões judiciais verificáveis em conjunto (KOERNER, 2013, p. 69). Neste trabalho, refere-se à primeira acepção, que está relacionada com o grau de autonomia de julgamento do juiz na construção do caso e à tomada de decisão. Esclarece-se que a expressão *ativismo judicial* tem sido utilizada em caráter crítico ou elogioso, a depender do marco intelectual de quem dela trata (KOERNER, 2013, p. 70).

A tendência à inovação em relação ao positivismo levou à construção da corrente teórica neoconstitucionalista, que teve grande repercussão no direito norte-americano, de tradição *common law*, em que os juízes têm um papel maior e mais ativo na construção das normas constitucionais, o que se justifica inicialmente pela natureza sintética da constituição estadunidense. No direito norte-americano se percebe maior compatibilidade com a prática de *ativismo judicial*. Porém, “(...) nos últimos anos, observa-se uma crescente tendência de aproximação entre as tradições *common law* e da *civil law* – sendo um de seus efeitos a verificação do *ativismo judicial* em países como o Brasil” (TRINDADE, 2012, p. 80).

No Brasil, o *ativismo judicial* pode ser considerado uma consequência da adoção da corrente teórica neoconstitucionalista (ou constitucionalismo argumentativo ou principlista), que, inclusive, ganhou bastante popularidade na América Latina,

notadamente entre membros do Poder Judiciário. Para Nagibe de Melo Jorge, o ativismo judicial se trata apenas de uma maior criação do direito por parte dos juízes, e é consequência lógica do pós-positivismo (2014, p. 513). Aqui, utiliza-se Pós-positivismo como Neoconstitucionalismo, pois entende-se que o autor escolheu um termo mais genérico que engloba teóricos não positivistas.

Como principais características do ativismo judicial, Teixeira (2012, p. 46-47), com apoio em Keenan M. Kmiec, enumera: invalidação ou afastamento da aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes; afastamento da aplicação de precedentes; atuação como “legislador”; utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina (possibilidades diversas para produzir uma decisão); julgamentos predeterminados a fins específicos.

Para André Karam Trindade (2016), a técnica de ponderação mascara o ativismo judicial e relativiza a certeza do Direito e a submissão dos juízes à lei (em sentido lato). Ele adverte ainda que o ativismo judicial, na maioria das vezes, é uma a recusa dos tribunais aos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição (TRINDADE, 2012, p. 82). Ora, sendo o Poder Judiciário expressão do poder estatal, é preciso exigir das cortes uma fundamentação suficiente, não meramente formal, pois aí podem ser incluídos subjetivismos tais que excluam a segurança jurídica que se espera do Poder Judiciário.

Em poucas palavras, o ativismo judicial se relaciona com o crescimento do Poder Judiciário, à medida em que este, em virtude da possibilidade de “*judicial review*”, se utiliza de argumentação livre, aproveitando-se da fluidez principiológica e da normatividade dada aos princípios pelo ordenamento atual, com utilização de critérios extrajurídicos (como axiológicos, políticos, econômicos). Isso faz do Poder Judiciário um poder estatal com menos limites que os outros, e ofende o Estado Democrático de Direito, até porque se trata de um poder cujos membros não são eleitos diretamente pelo povo.

Nessa argumentação livre dos juízes, há possibilidade de a decisão não resultar na maior proteção possível que deve ser dada aos direitos fundamentais (individuais e sociais) como determina a Constituição. Por isso, entende-se o ativismo judicial como uma prática deletéria pelo risco de ocorrer o chamado “decisionismo”, com base em critérios pessoais do julgador, não se compactuando aqui com a ideia de existência de classificações de ativismo judicial em positivo e negativo (nocivo).

Esses critérios pessoais do julgador, em alguns casos, não são compatíveis com a constituição ou com a máxima proteção dos direitos fundamentais, porém, por meio da argumentação lógico-formal na fundamentação das decisões, é possível chegar a um resultado, que geralmente era desejado pelo julgador desde o início (vontade). É uma fundamentação meramente formal. Não se trata de fundamentação aceitável pelo ordenamento jurídico constitucional, porém, tendo o Judiciário a última palavra, muitas vezes a decisão que prevalece foi assim fundamentada.

Sendo assim, tem-se que garantismo e ativismo judicial são incompatíveis entre si, e se opõem diametralmente ao que defendem, dada a possibilidade, que se vê no ativismo, de desrespeito aos limites impostos constitucionalmente, mediante fundamentação argumentativa (muitas vezes meramente formal e/ou com base valorativa ou por critérios não jurídicos). O Poder Judiciário também é expressão do poder estatal, e, como tal, para o constitucionalismo garantista, deve estar limitado, e este é um pressuposto básico para o Estado Democrático de Direito.

### **3 O TRABALHO EXTERNO DO PRESO: EXPOSIÇÃO E ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DAS DECISÕES**

Em todo o Brasil, foram recomendadas diversas medidas a serem adotadas pela administração prisional e pelos tribunais e juízes com atribuição penal, entre as quais a limitação dos ingressos e das saídas de presos, a fim de evitar o aumento de risco de contaminações epidemiológicas decorrente dessas movimentações.

Observa-se que, quanto à limitação de saída dos presos, a medida é eficaz na redução de risco de contágio ao diminuir os acessos externos e internos dos presos que saem diariamente para trabalhar para recolhimento noturno e em finais de semana. Deve-se, no entanto, ir mais longe, a fim de se verificar sua adequação, e questionar se a medida é eficiente (além de eficaz). Pergunta-se: essa medida está de acordo com a máxima proteção aos direitos fundamentais (individuais e sociais)? Há direitos fundamentais em jogo na situação concreta: individualização da execução da pena e o direito ao livre exercício do trabalho lícito. A ausência de qualquer deles deságua em necessária ofensa à dignidade da pessoa humana.

### 3.1 Esclarecimentos Metodológicos

A pesquisa realizada é documental e bibliográfica, por meio do estudo de dois casos semelhantes em intervalo de tempo de menos de um mês, que foram julgados pela Quinta Turma (AgRg no HC 580495-SC) e pela Sexta Turma (HC 575495/MG), ambas do Superior Tribunal de Justiça. O âmbito da abordagem da pesquisa é delimitado ao Direito brasileiro, com circunscrição temporal a partir da pandemia de Covid-19, notadamente com a publicação da Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, em 17/03/2020, em seu texto original, até junho de 2020, quando foram proferidos os julgamentos.

A situação avaliada é peculiar porque os casos são similares, tanto nos fatos, como na necessidade de aplicação da mesma Resolução – trabalho externo do preso. E apesar de proferidas no mesmo mês (junho de 2020), utilizaram fundamentação diversa e chegaram a resultados diametralmente opostos.

Em que pese existirem alguns outros julgados mais recentes, as duas decisões contraditórias escolhidas para análise demonstram de maneira mais explícita a discrepância na interpretação, enfatizando a disparidade entre as teorias de base identificadas (garantismo e ativismo judicial). Isso por causa da semelhança entre os fatos, pois estavam ocorrendo muitas situações parecidas naquele período, mas também pelo interregno temporal de poucos dias entre uma e outra. Além disso, a divergência fica mais exposta porque ambos os casos estavam sob a égide da mesma resolução do CNJ, que as administrações carcerárias e as varas de execução penal deveriam acatar, mas que, no momento de aplicar, foi interpretada de forma diversa pelas Turmas do STJ.

### 3.2 AgRg no HC 580495-/SC, 5ª. Turma do STJ

A decisão foi proferida pela 5ª. Turma do STJ em Agravo Regimental contra decisão monocrática em Habeas Corpus que denegara a ordem ao paciente. O Habeas Corpus se insurgira contra a já referida a Portaria n. 7/2020 do Juízo de 1º grau<sup>4</sup>. Neste caso, o apenado já cumprira parte da pena (no mínimo, um sexto), tinha bom

---

<sup>4</sup> No caso em análise, a Portaria n. 7/2020 do Juízo de 1º Grau, através da qual fora suspensa temporariamente a autorização do trabalho externo no regime semiaberto teria sido editada na intenção de atender recomendações oriundas tanto do Poder Executivo (Decreto n. 515, de 17 de março 2020, do Governo do Estado de Santa Catarina, que declarara situação de emergência em todo território catarinense e limitara o ingresso nas unidades prisionais do Estado às pessoas indispensáveis ao seu funcionamento) quanto do Conselho Nacional de Justiça, como medida restritiva preventiva decorrente da pandemia de COVID-19.

comportamento e uma proposta de trabalho fora do presídio (requisitos para o trabalho externo), e isso faz com que avance, em atendimento ao princípio da individualização da pena, para o exercício do trabalho extramuros.

Inicialmente, argumenta a decisão da 5ª. Turma que o intuito da portaria foi de prevenir a proliferação do contágio pelo novo coronavírus (Covid-19). Segue a decisão, repetindo o argumento constante da decisão monocrática que motivara a impetração do recurso, no sentido de que, havendo vedação de ingresso de pessoas nos presídios para proteção a integridade física dos apenados, é incongruente permitir a entrada e a saída diárias dos presos por causa do trabalho externo, inclusive com o que se tem recomendado à população em liberdade.<sup>5</sup>

Esse argumento também serve igualmente a fundamentar a permanência do apenado confinado, mas também a soltura do preso trabalhador, o que não ocorreu. Neste caso, prevaleceu o argumento da proteção à integridade física dos apenados, que estão sob a responsabilidade do Estado, de forma a agravar a situação do sujeito especialmente protegido contra a força do próprio Estado. Ou seja, o Estado, que tem a obrigação de proteger os presos, alega estar protegendo uma coletividade de encarcerados, porém, olvidando de proteger indivíduos que compõem essa coletividade (em aspectos relativos a seus direitos individuais e sociais).

A decisão assemelha-se a uma regressão de regime, porém estruturada sem culpabilidade, na medida em que desconsidera que o fator impeditivo para o trânsito entre o mundo exterior e o cárcere é fruto de força maior não imputada ao apenado, Tal atitude viola o devido processo legal, e, por consequência, viola a visão do Direito em sua integridade. Além disso, não preserva ao máximo o posto de trabalho já alcançado, o que viola direito social do indivíduo (o direito ao exercício do trabalho lícito).

Como já foi aqui enfatizado, a lei brasileira estabelece que aos apenados são garantidos todos os direitos não atingidos pela sentença penal ou pela lei, sem qualquer distinção. O direito ao trabalho lícito não só não é atingido por qualquer sentença penal, como também se trata de um direito fundamental do preso que preencheria os requisitos legais.

---

<sup>5</sup> “Considerando que a vedação do ingresso de pessoas nas Unidades Prisionais devido à pandemia visa a proteger, de modo eficiente, a integridade física dos apenados, seria incongruente permitir que os executados deixassem o presídio para realizar trabalho externo e a ele retornassem diariamente, enquanto o restante da população é solicitado a permanecer em isolamento em suas residências. ”

Sobre o fato desse trabalho ser exercido fora do estabelecimento prisional, sabe-se que atende ao princípio da individualização da pena. Sendo externo ao estabelecimento penal, o trabalho do preso proporciona maior integração do apenado com a sociedade – o que é um fim almejado pelo ordenamento jurídico pátrio -, e esse trabalho também deve ter a proteção que a Constituição confere aos direitos sociais – porque não há nenhum motivo legítimo para se negar essa proteção. Sendo o objetivo do trabalho externo do preso a sua inclusão no mercado de trabalho (CABRAL, 2021, p. 93), e, estando o apenado já no exercício de trabalho nesse mercado, ao determinar o retorno ao presídio, está-se promovendo exclusão desse indivíduo, o que se revela incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Com a proibição da saída do preso para exercer o trabalho, ocorrerá a interrupção no contrato de trabalho não pela vontade do empregador e/ou do empregado, e sim pela impossibilidade de o empregado se fazer presente. É provável que o empregado (apenado) retorne à situação de desemprego, o que é um retrocesso nos direitos fundamentais dessa pessoa, visto sob o olhar tanto dos direitos sociais como dos direitos individuais – e isso não deveria ser ignorado pela administração penitenciária e, principalmente, pelos magistrados que julgam os casos.

É preciso ter em mente que a contenção de uma pandemia não se restringe a uma questão de saúde, pois as pessoas precisam de medidas protetivas nas “múltiplas dimensões da fragilidade – sistemas e saúde de saneamento, redes de segurança social e meios de subsistência” (ALMEIDA; PORTO, 2021). O trabalho, sem sombra de dúvidas, está no espectro da rede de proteção social.

A perda de um emprego lícito obviamente é prejudicial a qualquer pessoa, porém, nesse caso, se configura como uma ofensa à própria liberdade laboral. Além disso, esse fato pode, em um encadeamento de efeito dominó, levar a um retorno à delinquência, que é o inverso do objetivo da execução penal. A remuneração recebida pelo trabalho lícito auxilia, em tese, a evitar a prática de delitos contra o patrimônio, além de conferir dignidade ao indivíduo apenado, futuro egresso do sistema penal.

Em síntese: sendo a decisão no sentido da manutenção do preso em regime semiaberto como se em regime fechado estivesse, deve-se vislumbrar como possíveis consequências da suspensão da autorização do exercício do trabalho externo: 1) que o contrato de trabalho será extinto; 2) que, por isso, o benefício prisional do trabalho externo será perdido; 3) com isso, o preso deixa de remir tempo de pena pelo trabalho que

seria exercido; 4) que configura um desnecessário recrudescimento da pena, à semelhança de regressão de regime prisional, porém sem base em comportamento do apenado. Essas repercussões deveriam necessariamente passar pela argumentação desenvolvida pelo julgador, posto que este, ao aplicar a norma, deve buscar a completude do sistema, com a visão do Direito em sua integridade (SANTIAGO; DIAS; SÁ, 2019, p. 456).

Outro argumento utilizado pela Quinta Turma foi o de que a R62 não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar.<sup>6</sup> Entretanto, a Resolução do CNJ, para o fim de preservar a saúde dos presos, que se revelam em situação de extrema vulnerabilidade ao contágio do vírus Covid-19, sugeriu a adoção de medidas consideradas mais benéficas à saída, e não a manutenção do cárcere, tais como como saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução, suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (*sursis*) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias, entre outras.<sup>7</sup>

Para a prisão domiciliar requerida no caso concreto, não poderiam ser exigidos os requisitos de uma prisão domiciliar comum. Trata-se de pedido de recolhimento no domicílio, igualmente à prisão domiciliar, porém a sua motivação é excepcional: devido à pandemia de Covid-19, por causa das restrições de acesso às penitenciárias, é desaconselhável o ingresso e saída constante de pessoas, já sendo muito arriscado o necessário deslocamento dos funcionários do sistema prisional.

A argumentação sobre o não preenchimento dos requisitos previstos em lei para a prisão domiciliar não cabe no caso. Como já se verificou no texto da R62, pela excepcionalidade da situação, o entendimento recomendado aos juízes da execução é no

---

<sup>6</sup> “A recomendação contida na Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie.”

<sup>7</sup> Convém esclarecer que a Recomendação nº 62/2020 dispõe expressamente: “Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: (...) III – concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução [...]”

sentido de conceder a prisão domiciliar aos presos em regime semiaberto e aberto. O CNJ sequer exigiu na Recomendação que o apenado estivesse em gozo do benefício de trabalho externo, apenas tendo sido deixado aos juízes da execução a definição das condições. Essa previsão, no entanto, se trata de mera recomendação e, por isso, não vincula as decisões jurisdicionais.

A decisão argumenta que o não atendimento dos requisitos para a prisão domiciliar ofende ao princípio da legalidade. Afirma que, para a concessão excepcional, seria necessária a inclusão do apenado entre os grupos vulneráveis ao vírus. Porém, tampouco há previsão de recolhimento integral se o preso está em regime semiaberto e exercendo trabalho externo lícito, porém isso não impediu que houvesse tal determinação. Ou seja: o órgão julgador, no caso, escolheu quando seria legalista, o que revela sua arbitrariedade no decidir, levando a crer que a decisão já estava tomada anteriormente à fundamentação, que, por isso, parece meramente formal.

Também alega que deve inexistir possibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra. Nesse ponto, a 5ª. Turma ignorou a informação de conhecimento público e notório de que não existia à época tratamento eficaz contra a Covid-19, e esse era (e é) o motivo de tantas mortes em decorrência desse vírus. Ao fazer isso, mais uma vez, percebe-se arbitrariedade na escolha do argumento, pois a premissa escolhida se revela falsa, não podendo dela se obter resultado verdadeiro.

Prosseguindo em sua argumentação, o julgado defende que, em virtude de o crime pelo qual fora condenado o preso figurar no rol dos crimes hediondos, o paciente no *Habeas Corpus* não poderia deixar de se recolher.<sup>8</sup> Vê-se que se leva em consideração a espécie de crime praticado (tráfico de drogas), apesar de não haver previsão legal para tanto. Nesse ponto, verifica-se a imposição de convicções pessoais dos julgadores na decisão judicial, revelando um desacordo com o ordenamento jurídico, haja vista que, em nosso sistema, não se pode restringir direitos sem que haja previsão legal. E, ainda, eventual exigência restritiva de direitos deve ser compatível substancialmente com a Constituição.

No momento da execução, só importará a espécie de crime quando houver previsão normativa de alguma diferenciação. Essa discriminação, portanto, não passa de

---

<sup>8</sup> “No caso concreto, em que pese o paciente se encontrar em regime semiaberto, com previsão de progressão para agosto deste ano, cometeu crime hediondo (tráfico de drogas) e não está inserido no quadro de risco previsto na Recomendação n. 62/2020 - CNJ, nem em outras normas protetivas contra o novo coronavírus. Ademais, pelo menos até a data da decisão de 1º grau, não havia notícia de contágio do vírus no Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí.”

arbitrariedade colocada como fundamentação formal da decisão. Não há uma correlação lógica entre o fator diferencial apontado e a distinção do regime jurídico por ele justificado. “É necessário, para que o *discrímen* seja legal e legítimo que a diferenciação de tratamento seja fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 41).

A motivação para a restrição deve se relacionar somente à proteção contra o aumento de risco de contágio contra a covid-19 e, para que a decisão se afigure como garantista, deve ser escolhida a opção que, desde que lícita, proteja ao máximo os direitos de todos os envolvidos. O risco de contágio por Covid-19 do preso (ou através dele), em regime semiaberto trabalhando externamente, não se recolhendo ao presídio, é tão alto quando o de qualquer outro trabalhador que não esteja em cumprimento de pena. Pode-se dizer, inclusive, que a medida restritiva adotada é inócua, pois o apenado já vinha trabalhando em ocupação lícita externamente, e estava na iminência de progressão para o regime prisional aberto, e não há notícia de qualquer demérito em seu comportamento interna ou externamente ao estabelecimento prisional

Por fim, sobre o argumento de que, para a concessão da prisão domiciliar, o estabelecimento prisional necessitaria apresentar maior risco em relação ao ambiente público em geral, observa-se que não pode ser considerado uma afirmação condizente com as informações públicas sobre a proliferação de Covid-19. Apenas pelo fato de se tratar de um vírus que se propaga pelo ar, cujo risco de contágio aumenta em ambientes fechados e aglomerações – e isso caracteriza o cárcere brasileiro - já se observa o aumento do risco no ambiente prisional em relação ao ambiente externo.

Além disso, como já se afirmou acima, é de conhecimento notório que nos estabelecimentos prisionais há condições precárias de salubridade, superlotação e carência de recursos. Isso favorece a disseminação de doenças, tendo em vista que os números relativos demonstram uma incidência superior à observada fora dos limites prisionais (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2020, p. 281-282).

Ou seja: não se faria necessária uma comprovação de que haveria maior risco de contaminação por Covid-19 no interior do presídio específico do caso concreto, pois se sabe que esse risco já maior é para doenças em geral nos estabelecimentos prisionais, pela natureza das instalações e da forma de interação entre os presos, notadamente com doenças facilmente proliferadas, tais como a tuberculose, cujo contágio se dá de maneira semelhante à Covid-19, e é a doença de maior incidência no sistema prisional brasileiro.

Não se compreende, através do argumento utilizado, o motivo pelo qual a 5ª. Turma do STJ tenha levado esses fatos em consideração, tendo preferido considerar como fundamentação o fato de não existirem casos de contágios por covid-19 naquele presídio em específico. O exato motivo pelo qual o contágio pelo vírus se tornara uma pandemia é a sua alta letalidade e imprevisibilidade de contaminação, pois há relatos de casos assintomáticos, razão pela qual não pôde ser controlada no sistema prisional, mesmo tendo sido tão restringido o acesso aos presídios em todo o país. Também por esse motivo se considera que o acórdão demonstra decisionismo incompatível com o garantismo, tratando-se de manifestação de ativismo judicial, pois se utiliza de argumento insuficiente para demonstrar sua alegação inicial.

Na decisão em comento, foram utilizados argumentos não jurídicos, e alguns até revelaram preconceitos e a visão de mundo ideal de quem teve a tarefa de decidir. No caso apresentado, a motivação para qualquer restrição só poderia se relacionar com a proteção contra o aumento de risco de contágio contra a covid-19, resguardando os direitos estabelecidos em lei – o que não aconteceu.

Não poderia o órgão julgador se imiscuir, por exemplo, fazendo comparação - *in pejus* ao trabalhador apenado - com as pessoas que compõem a coletividade em liberdade; ou trazer como argumento a natureza do crime pelo qual fora condenado. Só haveria uma solução para evitar o ingresso e saída constante do trabalhador apenado em regime semiaberto (que atendesse aos requisitos legais, aos princípios regentes dos direitos fundamentais e objetivos da execução penal): a prisão domiciliar, nos termos da R62.

Conclui-se que se trata de uma decisão ativista. Não pode ser considerada garantista, em que pese a utilização de argumentação dita lógica (a estrutura de subsunção é utilizada quando convém), há momentos em que se pode dizer que foi tomada com base em convicções próprias dos julgadores, além de usar argumentos em que o órgão julgador ignora conhecimentos públicos e notórios, bem como previsões normativas, falhando na técnica argumentativa que se pretendia lógica, e aparenta desconhecer o próprio bem jurídico protegido pela medida determinada.

### **3.3 HC 575.495/MG – 6ª. Turma do STJ**

O caso distribuído à Sexta Turma se diferencia do anteriormente analisado, ao menos do ponto de vista subjetivo, porque houve a reunião de pedidos de vários pacientes

em processo único, o que gerou um *habeas corpus* coletivo, referente a presos de dois presídios da cidade mineira de Uberlândia. O impacto social da decisão foi maior que o da 6ª. Turma, e foram deferidos alguns pedidos de extensão do direito a outros indivíduos, quando comprovada a similitude fático jurídica com o caso.

Em resumo, os presos que são pacientes no presente *habeas corpus* estavam em regime semiaberto, com saídas diárias para o trabalho externo e saída temporária e que, em virtude da pandemia, foram trancafiados, como se em regime fechado estivessem, inclusive, enfrentando o quadro de superlotação carcerária – que não difere, no resto, das demais prisões brasileiras.

De fato, no caso concreto, apesar de não se tratar de uma regressão prisional propriamente dita, a suspensão de autorização para saída para trabalhar constitui um agravamento na situação penal do encarcerado assemelhada à regressão, porém sem cometimento de qualquer conduta que justificasse o recrudescimento ao apenado.

Além de ser considerado um retrocesso na execução da pena, também provocaria a revogação do benefício da execução trabalho externo. A autorização de saída, por medida de prevenção da propagação de Covid-19, fora suspensa, porém, na prática, o que se observaria era a perda do benefício, pois não haveria como garantir a manutenção do emprego, por situação que extravasa à vontade do empregador e do empregado.

O apenado em gozo do benefício do trabalho externo demonstra que já está adiantado no cumprimento da pena, pois está alcançando a tão almejada inserção na sociedade, através do exercício do trabalho lícito. Regressar a uma situação anterior vai de encontro ao objetivo da pena, e não se coaduna com os princípios que a regem.

Passa-se à análise do primeiro argumento utilizado no acórdão, consistente na afirmação de que a revogação dos benefícios concedidos aos reeducandos configura flagrante ilegalidade e um recrudescimento da situação em que estavam na execução da pena, vez que todos os pacientes estavam em regime semiaberto, evoluídos à condição menos rigorosa, trabalhando e já em contato com a sociedade.<sup>9</sup> Como complemento a esse argumento, segue a decisão explicitando que o ordenamento jurídico apenas admite o recrudescimento da situação prisional como penalidade.<sup>10</sup> Observa-se aqui a utilização

---

<sup>9</sup> “A revogação dos benefícios concedidos aos reeducandos elencados na petição inicial configura flagrante ilegalidade, sobretudo diante do recrudescimento da situação em que estavam na execução da pena, todos em regime semiaberto, evoluídos à condição menos rigorosa, trabalhando e já em contato com a sociedade.”

<sup>10</sup> “O recrudescimento da situação prisional somente é admitido em nosso ordenamento jurídico como forma de penalidade, em razão de cometimento de falta disciplinar, cuja imposição definitiva exige prévio

literal da lei, trazendo à tona que, nas hipóteses previstas para recrudescimento da pena (revogação de benefícios da execução ou regressão de regime), é exigido o cometimento de falta pelo condenado. Ou seja, deve existir culpabilidade imputada ao preso, sendo-lhe garantido o devido processo legal: é a aplicação daquilo que defende o constitucionalismo garantista, não sendo possível observar prática ativista nesse argumento.

Na sequência, a decisão faz menção ao fato de que diversos Juízos da Execução Penal não levaram em consideração os princípios aplicáveis na execução penal.<sup>11</sup> Nesse ponto, o acórdão também demonstra afinidade com o constitucionalismo garantista. Observe-se que o argumento preza pela normatividade forte dos princípios, além do respeito à primazia dos direitos fundamentais no momento de analisar o caso concreto, sem necessidade de recorrer a ponderações. Os princípios que fundamentaram o julgado foram suficientes para a resolução da demanda de forma suficiente ao objetivo, que era o de evitar a propagação de Covid-19, restringindo o mínimo de direitos possíveis – o que aconteceu mantendo a possibilidade do exercício do trabalho pelos apenados.

E a 6ª. Turma continua sua fundamentação, trazendo à luz o argumento seguinte, no sentido de que a suspensão da autorização de saída para trabalho externo aos apenados em regime semiaberto trouxe uma degradação à situação vivida por esses custodiados, que passaram a permanecer no presídio em tempo integral.<sup>12</sup> Nesse argumento, enfatiza o recrudescimento da situação do apenado em relação à progressão no cumprimento, que é expressão do princípio da individualização da pena (que orienta o processo executório penal), mas vai além. A utilização da palavra ‘degradação’ remete automaticamente à ideia contrária à dignidade da pessoa humana. Então, sendo a decisão no sentido de evitar a degradação, está protegendo a dignidade humana do trabalhador apenado por considerar que o fato de sair para exercer o trabalho extramuros possibilitava uma situação oposta à degradação, que aqui se interpreta como digna.

No argumento seguinte, a 6ª. Turma afirma que a Recomendação n. 62/2020 do CNJ dispõe sobre a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas

---

procedimento disciplinar, com observância dos princípios constitucionais, sobretudo da ampla defesa e do contraditório.”

<sup>11</sup> “Diversos Juízos da Execução Penal de comarcas mineiras adotaram medidas preventivas de combate à pandemia da Covid-19 extremamente restritivas, as quais não levaram em conta os princípios norteadores da execução penal (legalidade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana), bem como a finalidade da sanção penal de reinserção dos condenados ao convívio social.”

<sup>12</sup> “A suspensão do exercício do trabalho externo aos reeducandos do regime semiaberto trouxe uma degradação à situação vivida por esses custodiados, que diariamente saíam do estabelecimento prisional para trabalhar, mas, agora, foram obrigados a nele permanecer em tempo integral, o que manifestamente representa uma alteração na situação carcerária de cada um dos atingidos pela medida de extrema restrição.”

em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução, como medida de contenção da pandemia de Covid-19.<sup>13</sup> Nesse sentido, não é possível enxergar aqui ativismo judicial, pois, ao contrário, está-se indo de acordo com a recomendação, já que o caso trata de presos em regime semiaberto, e a decisão atende ao que fora recomendado pelo CNJ. O acórdão, fazendo uso da lei e de princípios, conclui que o preso trabalhador deveria permanecer fora, em recolhimento em seu domicílio, em vez do presídio, pois é a opção que atinge o mínimo de direitos do apenado, com igual eficácia para a finalidade específica, que é a prevenção contra o contágio por covid-19. Por isso, pode-se dizer que também esse argumento é garantista.

Na decisão da 6ª. Turma em análise, ficou transparente a atribuição de uma normatividade forte aos princípios, e uma proteção prioritária dos direitos fundamentais. A fundamentação utilizada na decisão é baseada em argumentos preponderantemente dogmáticos, não adotando critérios extrajurídicos ou pessoais ou mesmo consequentialistas, o que lhe classifica como garantista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação das normas no momento de sua aplicação passa, inevitavelmente, pela postura adotada por juízes, sendo ela no sentido permitir a utilização de subjetivismos e/ou argumentos extrajurídicos (ativismo judicial), ou de se manterem afastados axiologicamente do objeto, buscando a aplicação da lei, inclusive de princípios (positivados), que têm normatividade forte (garantismo ferrajoliano). O ordenamento jurídico brasileiro não concebe a imposição da visão de mundo do julgador, mesmo quando os casos forem difíceis. Afinal, os princípios que têm força normativa não são do julgador, mas são aqueles estabelecidos na Constituição.

Uma decisão pode ser fundamentada do ponto de vista lógico-argumentativo e, mesmo assim, a argumentação se mostrar contrária aos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais, tal qual se verificou na decisão proferida pela 5ª. Turma do STJ, aqui analisada e interpretada como ativista. O Poder Judiciário, na concepção garantista, como expressão de uma função estatal, não deve se utilizar de argumentação axiológica na fundamentação de suas decisões, pois essa argumentação pode se afigurar como

---

<sup>13</sup> “É preciso dar imediato cumprimento à citada recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo referido coronavírus (Covid-19), notadamente o disposto no inc. III do art. 5º da citada Resolução n. 62/CNJ, que dispõe sobre a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução.”

meramente formal, no intuito de chegar à conclusão que o julgador inicialmente já almejava, sendo os fundamentos não mais que mera racionalização. Nesse tipo de situação, não há aplicação de normas, mas maquiagem para a discricionariedade e o arbítrio de juízes, o que não se pode admitir no Estado Constitucional de Direito.

Nos casos concretos analisados, está em jogo a liberdade laboral e o direito fundamental dos presos ao trabalho, não atingidos pela sentença penal, devendo ser garantidos com base no objetivo legal da pena: integração do apenado à sociedade. Nesse ponto, o ordenamento jurídico nacional considera que o trabalho tem um papel altamente relevante, tanto é que premia o apenado que trabalha com a remição, e permite o exercício do trabalho externo. Essa proteção não pode ser afastada ao alvedrio do julgador. Através da decisão da 6ª. Turma do STJ, o Estado protege aquele que deveria proteger, que é o socialmente vulnerável na situação concreta: o apenado na execução penal e o trabalhador na relação de trabalho, resguardando sua saúde, sua liberdade laboral e sua dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; PORTO, Gabriela Hühne. Existem limites à atuação estatal na luta global contra o covid-19? **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 15, n.44, p. 181-206. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v15i44.1061> Acesso em: 26 nov. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BARROSO, Ana Beatriz de Mendonça; MACHADO, Lethicia Pinheiro; ANDRADE, Mariana Dionísio de. COVID-19 no sistema prisional do Ceará: aplicação da recomendação nº 62/2020 do CNJ. **Revista Culturas Jurídicas**, [s. l], v. 8, n. 19, p. 88-113, 31 maio 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/46498/29160>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília, DF, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 05 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm) . Acesso em 10 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 580495/SC**. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/06/2020. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1955365>. Acesso em 05 jul. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 575495/MG**. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/06/2020. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1951886>. Acesso em 05 jul. 2021

CABRAL, Welinton. **Execução Penal e Ressocialização: Sistema Penitenciário do DF- Penitenciária do Distrito Federal – I**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

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. Dou: 17 mar. 2020. CNJ, Brasília, 2020d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>. Acesso em 30 mai. 2021

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

IPPOLITO, Dario. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, S.I., v. 3, n. 1, p. 34-41, 12 set. 2011. <https://doi.org/10.4013/733>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 23 ago. 2021.

JORGE, Nagibe de Melo. Ativismo Judicial, Discricionariedade e Controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 7, n. 2, p. 509-532, 28 out. 2014. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2014.13423>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/13423>. Acesso em: 23 ago. 2021.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos - Cebrap**, [S.L.], n. 96, p. 69-85, jul. 2013. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-33002013000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt>. Acesso em: 05 jul. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 29 jun. 2021.

SABOIA, Jéssica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo stf. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S.L.], v. 23, n. 2, p. 53-74, 29 ago. 2018. Quadrimestral. Centro Universitário Autônomo do Brasil. <http://dx.doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21121>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1121>. Acesso em: 06 jul. 2021.

SÁ, Alexandre Santos Bezerra; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha. Direito como integridade: um caminho garantista contra o ativismo judicial. **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 12, n. 2, p. 444-464, 3 ago. 2019. Trimestral. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2019.37899>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/37899>. Acesso em: 23 ago. 2021

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. POLÍTICA DE SAÚDE NO CÁRCERE FLUMINENSE: impactos da pandemia de covid-19. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, [S.L.], v. 6, n. 1, p. 277-300, 23 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v6i1.480>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/480>. Acesso em: 29 ago. 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jun. 2012. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322012000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?lang=pt>. Acesso em: 05 jul. 2021.

TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: rvmd**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 406-430, dez. 2016. Semestral. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/7699>. Acesso em: 05 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.L.], v. 5, n. 1, p. 9-40, 12 jul. 2012. Faculdade de Direita de Franca. <http://dx.doi.org/10.21207/1983.4225.156>. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>. Acesso em: 05 jul. 2021.