

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA

LAIRA MUNHOZ MARONESI

**AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: O USO DA FERRAMENTA
NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19**

**Sant'Ana do Livramento
2022**

LAIRA MUNHOZ MARONESI

**AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: O USO DA FERRAMENTA
NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Pampa, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Vanessa Dorneles
Schinke

**Sant'Ana do Livramento
2022**

Ficha catalográfica elaborada automaticamente com os dados fornecidos pelo(a) autor(a) através do Módulo de Biblioteca do Sistema GURI (Gestão Unificada de Recursos Institucionais).

M354m Maronesi, Laira Munhoz

As medidas cautelares diversas da prisão: o uso da ferramenta no contexto da pandemia do novo Covid-19 / Laira Munhoz Maronesi. 89 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Pampa, Direito, 2022.

“Orientação: Vanessa Dorneles Schinke”.

1. Medidas cautelares. 2. Prisão. 3. Pandemia. 4. Estado Punitivo. I. Título.

LAIRA MUNHOZ MARONESI

**AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: O USO DA FERRAMENTA
NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Pampa, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado em: 15 de março de 2022.

Banca examinadora:

Prof. Dra. Vanessa Dorneles Schinke
Orientador
(UNIPAMPA)

Prof. Dr. Diego Alan Schofer Albrecht
(UNIPAMPA)

Prof. Dr. Jair Pereira Coitinho
(UNIPAMPA)

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo cuidado e amor que me permitiu finalizar este trabalho depois de tantos altos e baixos, além dos momentos em que achei que não iria conseguir finalizá-lo.

Aos meus pais, meu irmão e minha cunhada, por todo o suporte durante o tempo de escrita, por todo o carinho que me foi dado e por sempre me lembrar que sou capaz. Também à parte canina da família, os nossos cinco cachorrinhos que por todo o trajeto ficaram do meu lado, dando todo o amor do mundo na sua forma mais pura.

Às amigas que nunca me deixaram desistir e me apoiaram do início ao fim. Sem vocês nem mesmo a graduação seria possível. Compartilhar os cinco anos de faculdade com vocês foi um presente.

À minha orientadora, professora Vanessa, por toda a paciência com os inúmeros erros e por ter colocado fé neste trabalho no começo, quando nem eu mesma realmente coloquei.

Por fim, a todos que, de um jeito ou de outro, me auxiliaram durante o caminho. A vida é mais leve quando compartilhada com as pessoas que amamos.

Nesta esteira, muito embora não saibamos qual é a longevidade do gigante punitivo, é de todo consequente acreditar que a prisão não ficará. Ficarão somente a vergonha da prisão, sucessora da memória da vergonha do carrasco.

(ANDRADE, 2010, p. 25)

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo apresentar as medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas na legislação brasileira como forma de auxiliar na diminuição do super encarceramento no contexto da pandemia mundial de Covid-19. Para tanto, foi utilizada a pesquisa qualitativa descritiva, sendo feita uma análise documental e bibliográfica extensa, por meio de fontes tais como livros, artigos, legislações, doutrinas, vídeos e relatórios técnicos liberados sobre os efeitos da pandemia mundial no Brasil, em especial no que se refere às prisões brasileiras. Para possibilitar uma análise mais aprofundada, o trabalho buscou refletir sobre as facetas e características do Estado Punitivo existente no Brasil, em específico sua conexão com a criminalização da camada pobre da população e como tal fenômeno afeta o atual problema do super encarceramento brasileiro. Uma vez estabelecido tal cenário, buscou-se aprofundar-se nos motivos ensejadores da criação das medidas cautelares diversas inseridas no Código de Processo Penal no ano de 2011, bem como os benefícios trazidos por elas, em especial considerando seu uso no contexto da pandemia de Covid-19. Neste sentido, frisou-se a necessidade de aplicação das referidas medidas a fim de garantir a diminuição das aglomerações dentro dos cárceres, conseqüentemente diminuindo os riscos de contágio de acordo com as medidas de prevenção estabelecidas pela OMS. Observou-se, por fim, a ineficácia do uso das medidas cautelares pelo sistema judiciário durante a pandemia mundial de Covid-19, restando explícita a necessidade de alterações no que tange a aplicação de tais medidas e também na ideia imbuída na sociedade de que a única forma de punição é a prisão em regime fechado.

Palavras-Chave: Medidas cautelares. Prisão. Estado Punitivo. Pandemia.

ABSTRACT

This paper aims to present the precautionary measures other than imprisonment established in the Brazilian legislation as a way to assist in reducing the over imprisonment phenomenon during the global pandemic of Covid-19. To reach this goal, a descriptive qualitative research was used, through an extensive documental and bibliographic analysis of books, articles, legislations, doctrines, vídeos and technical reports released about the effects of the global pandemic in Brazil, especially regarding Brazilian prisons. To enable a more in-depth analysis, this paper sought to reflect on the facets and characteristics of the Punitive State established in Brazil, specifically its connection to the criminalization of the poor and how this phenomenon affects the current problem of over imprisonment in Brazil. Once this cenário was established, we sought to delve into the reasons behind the creation of the precautionary measures that were added into the Code of Criminal Procedure in 2011, as well as the benefits brought by them, especially considering their use in the context of the Covid-19 pandemic. Therefore, the need to apply such measures was emphasized in order to ensure the reduction in the number of people overcrowding prisons, consequently reducing the risks of infection according to the prevention measures established by WHO. Finally, the inefficiency of the use of precautionary measures by the legal system during the global pandemic of Covid-19 was observed, explicitly demonstrating the need for changes regarding the application of such measures, and also regarding the idea imbued in Society that the only form of punishment is imprisonment.

Keywords: Precautionary measures. Imprisonment. Punitive State. Pandemic.

LISTA DE ABREVIATURAS

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Civil

Depen – Departamento Penitenciário Nacional

HC – Habeas Corpus

IBBCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IDDD – Instituto de Defesa d Direito de Defesa

ISER – Instituto de Estudos da Religião

nº - número

OMS – Organização Mundial de Saúde

p. – página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

s.p – sem página

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O ESTADO PUNITIVO BRASILEIRO E A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA ..	17
2.1	Configuração do Estado Punitivo brasileiro	19
2.2	O discurso do medo e a criminalização da miséria....	25
2.3	A nova face do punitivismo: a gestão do risco e o monitoramento social....	38
3	PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E COVID-19.....	43
3.1	As prisões cautelares como <i>ultima ratio</i>	45
3.2	As medidas cautelares como instrumentos substitutivos e excepcionais	51
3.3	O impacto da pandemia de Covid-19 no sistema judiciário penal	58
3.4	A aplicação das medidas cautelares diversas durante a pandemia e a falta de transparência dos instrumentos penais ...	73
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
	REFERÊNCIAS.....	85

1 INTRODUÇÃO

Com a finalidade de manter a segurança das sociedades através da história, foram criados sistemas com o objetivo de punir aqueles que praticavam condutas consideradas criminosas de acordo com a legislação de cada território. Tais organizações sistemáticas eram impostas sempre pela figura governante do local. Com o decorrer do tempo, tais sistemas passaram a ser modificados a fim de atender os interesses das classes dominantes. No Brasil, a política punitiva em curso busca encarcerar pessoas que não possuem utilidade ao sistema capitalista de consumo a fim de garantir o interesse do Estado.

Apesar de possuir, teoricamente, um objetivo de ressocialização do segregado, os cárceres brasileiros podem ser definidos como um verdadeiro estado de falência, comparáveis às masmorras antigas, em claro desrespeito a dignidade da pessoa humana e forçando os encarcerados a passarem por situações de tortura física e psicológica em sua mais pura forma. A situação das instituições carcerárias no Brasil atingiu um nível tão preocupante no que tange às condições nas quais os segregados vivem que no ano de 2015 o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello declarou, na ADPF 347 datada de 09/09/2015, estado de coisa inconstitucional no que se refere ao sistema carcerário brasileiro, apontando as violações ocorridas aos direitos fundamentais do ser humano dentro desses locais.

Nesse sentido, o Ministro aponta ilegalidades tais como a violação de direitos fundamentais e a inércia não de uma, mas de um conjunto de autoridades que poderiam atuar a fim de alterar a situação. A fim de buscar uma solução, postulava-se que fosse analisada, no momento de aplicação da pena e durante a execução penal, a possibilidade da aplicação de penas alternativas à prisão ante a “circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo” (MELLO, 2015, p. 15). Ademais, é expressamente mencionada a situação dramática do sistema penitenciário brasileiro como mais um argumento demonstrativo do porquê se faz necessária a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão no atual contexto da situação carcerária no Brasil.

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro [...] No caso, alegava-se estar configurado o

denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. [...] c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão [...] (ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. ADPF-347).

Declarar estado de coisa inconstitucional foi, sob muitos aspectos, uma declaração formal perante a sociedade da situação grave em que se encontra a situação carcerária no Brasil. Do mesmo modo, o fato de tal manifestação ter ocorrido no ano de 2015 e depois de aproximadamente 6 anos, a situação continuar tão preocupante, se não ainda pior, é um fator extremamente alarmante. Além das problemáticas advindas da constatação de que o sistema carcerário no Brasil não funciona como deveria, surge outro questionamento: qual o motivo para tantas inconstitucionalidades ocorridas dentro dos presídios?

De acordo com dados oficiais liberados no ano de 2020, o Brasil ainda ocupava o 3º lugar na lista de países com o maior número de pessoas encarceradas no mundo, computando aproximadamente 759 mil pessoas segregadas (DEPEN, 2020, s.p). Uma das facetas mais graves nesse número, que já é extremamente grande por si só, é o fato de que aproximadamente 29,81% da população presa no Brasil são pessoas em situação de prisão cautelar, conforme aponta o mesmo estudo realizado pelo Depen. Isso quer dizer que cerca de 226.257 pessoas estavam presas sem sequer terem sido condenadas, cidadãos que poderiam ser inocentes ou cujas condutas e antecedentes poderiam preencher os requisitos para a concessão de medidas cautelares diversas da prisão em regime fechado.

Este não é o único problema enfrentado. Não há como negar a demora ocorrida para se finalizar um processo criminal atualmente em nosso sistema. De acordo com dados liberados pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2019, o tempo médio de duração total de um processo no sistema judiciário brasileiro é de 4 anos e dez meses (CNJ, 2019, p. 155). Isso significa que, além de todos os problemas enfrentados dentro de um presídio, um preso provisório pode passar um grande período de tempo encarcerado enquanto aguarda uma condenação ou absolvição. Em caso de absolvição, o cidadão terá passado pelas penúrias do cárcere sem sequer ser condenado no final. No caso da pandemia, é impossível

calcular quantas pessoas presas indevidamente foram infectadas e até mesmo mortas em função do novo coronavírus.

Outro problema ocorrido é a falta de defensores públicos no Brasil. Estima-se, de acordo com um estudo realizado pela IPEA no ano de 2013, o último ano no qual foi publicada uma pesquisa nesses moldes, que cerca de 72% dos municípios brasileiros não possuem defensoria pública (IPEA, 2013, p. 49). Dessa forma, todos aqueles que não possuem capacidade financeira de contratar um advogado acabam por permanecer dentro dos cárceres por não ter um defensor constituído para representá-lo, sequer tendo a oportunidade de se defender, requerer a liberdade provisória ou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Boa parte disso se deve a errônea ideia estabelecida em nossa sociedade de que a única forma de lidar com a criminalidade é colocando na prisão todos aqueles que, supostamente, tenham praticado qualquer crime, sob quaisquer circunstâncias. Inspirado nas palavras do autor Rogério Greco, a sociedade possui um senso de satisfação na aplicação da privação de liberdade, considerando ela um tipo de retribuição ou pagamento àquele que praticou conduta delituosa ou antissocial. O autor afirma, ainda, que em caso de aplicação de medida diversa daquela que priva o indivíduo de sua liberdade, a sensação que perfaz os cidadãos é a de impunidade, ainda que outras medidas tenham se provado consideravelmente mais eficazes na reabilitação do indivíduo.

A sociedade em geral se satisfaz e, na verdade, busca tão somente fazer com que a pena tenha essa finalidade, pois que tende a fazer com ela uma espécie de “pagamento” ou compensação ao condenado que praticou a infração penal, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator. (GRECO, 2019, p. 45)

No entanto, se essa fosse a realidade fática e se o encarceramento em massa realmente fosse a forma mais eficaz de lutar contra a criminalidade, nosso país não estaria enfrentando o grave problema de superlotação carcerária ao mesmo tempo em que vê os índices de criminalidade subindo mais a cada ano que passa. De acordo com os dados levantados no ano de 2021, houve um aumento de 4% na taxa de crescimento das mortes violentas intencionais, um aumento de 0,7% na violência contra as mulheres e um crescimento de 3,6% na violência contra

crianças e adolescentes (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 14).

Além dos incontáveis danos perpetrados contra a dignidade da pessoa humana dentro dos presídios, é imprescindível mencionar que o próprio Estado paga um preço caro pela superlotação carcerária, literalmente. De acordo com os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, no território do estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, um único preso custa em média R\$1.800,00 (um mil e oitocentos reais), custos estes que englobam a manutenção do presídio, o pagamento das remunerações dos agentes penitenciários, a alimentação, e os demais gastos despendidos a fim de manter os institutos carcerários em funcionamento.

Atualmente, a população carcerária está muito além da capacidade para a qual os presídios foram construídos. Isso significa que os presos se encontram amontoados em celas pequenas e vivendo em situação desumana. Essa situação cria o ambiente perfeito para a proliferação de doenças, problema que já existia desde muito antes do início da pandemia de Covid-19 em território brasileiro, com surtos de contágio por tuberculose e sarampo que atingiam as pessoas em situação de prisão e aqueles que trabalham dentro dos cárceres, sendo que estes últimos levavam o risco de transmissão para suas casas e famílias, dando início a um ciclo de contágio praticamente impossível de findar.

A prisão em regime fechado deveria ter como objetivo principal possibilitar a “reforma e a readaptação social dos condenados”, conforme estabelece o Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 5º, inciso VI, pacto este que entrou em vigor no Brasil em 25 de setembro de 1992. O que se percebe, no entanto, é que o efeito contrário acaba por ocorrer. A realidade é que os apenados passam por tal estado de abandono por parte do Estado que acabam sendo mais passíveis de retornarem às práticas delituosas cometidas antes de serem encarcerados. O Conselho Nacional de Justiça estima que cerca de 42,5% dos cidadãos com 18 anos ou mais reiteraram condutas delituosas depois de serem liberados dos presídios, reentrando no sistema Judiciário posteriormente por outras práticas delituosas (CNJ, 2019, p. 8). Giza-se que a referida pesquisa compreendeu o lapso temporal de 2015 até 2019.

Portanto, apesar de possuir um objetivo teórico, os cárceres se tornam um lugar ligado ao punitivismo populista que leva a sociedade a acreditar que apenas a privação da liberdade poderia erradicar a criminalidade no país, mas, na prática, não

apresenta nenhuma possibilidade concreta de reabilitação aos que se encontram em reclusão. A realidade fática é que não apresenta nada além de condições extremamente insalubres para aqueles que lá se encontram.

Prontamente já é possível verificar que a atual situação dentro dos presídios localizados no Brasil é inconstitucional. A situação na qual as pessoas são inseridas dentro dos presídios é alarmante ao extremo, motivo pelo qual se faz necessária uma reanálise no que tange a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão como forma de tentar solucionar, em parte, os problemas retromencionados que são enfrentados dentro das instituições carcerárias. Tal cenário se tornou ainda mais urgente diante da situação de pandemia mundial em razão do novo coronavírus que afetou o mundo e atingiu o Brasil de forma extensa no começo do ano de 2020.

Para possibilitar a realização desta pesquisa, foi empregada a abordagem qualitativa uma vez que se buscou analisar aspectos abstratos da realidade, que não podem ser quantificados, tais como os ideais existentes no que se refere aos temas apresentados. Quanto à forma de pesquisa, foi aplicada a metodologia descritiva, visto que buscou-se explorar um fenômeno já existente a fim de fundamentar a exploração do presente tema. A fim de possibilitar tal exploração, foi utilizada a pesquisa bibliográfica através de materiais publicados, tais como livros, artigos, legislações, periódicos, tanto em fontes virtuais como não virtuais; a pesquisa documental através da análise de ampla documentação disponível sobre o tema; pesquisa de campo e coleta de dados publicados após a ocorrência dos eventos tratados.

Com a finalidade de tratar do tema de forma pormenorizada, o presente estudo se encontra dividido em dois capítulos distintos. O primeiro capítulo tratará de forma esmiuçada do Estado Punitivo em ascensão no Brasil, legitimado pelo fenômeno da criminalização da miséria e da necropolítica, a partir dos trabalhos de Loic Wacquant e Achille Mbembe, respectivamente, a fim de explicar a configuração do aparato punitivo vigente, que busca tirar de circulação a camada pobre e vulnerável do povo. A prisão é a forma encontrada pelas autoridades estatais soberanas a fim de colocar em prática a necropolítica exercida pelos governantes.

Por fim, o segundo capítulo tratará da configuração das prisões, em especial a modalidade da prisão cautelar também conhecida como pré-processual, sendo especificado as razões para que tal medida seja considerada excepcionalíssima em nosso sistema. De mesmo modo, tratar-se-á das medidas cautelares diversas da

prisão, seus requisitos e formas de aplicação, bem como seus benefícios para os investigados e para a sociedade como um todo. Finalmente, se apresentará o impacto gerado pela pandemia de Covid-19 dentro do sistema prisional, e de que modo a aplicação das medidas cautelares diversas poderiam ter sido benéficas no sentido de diminuir a população carcerária e, conseqüentemente, diminuir a aglomeração insalubre que cria um ambiente perfeito para a proliferação de qualquer vírus. Em complementação, serão expostos os dados coletados no que tange a realidade fática do funcionamento do sistema judiciário penal durante a pandemia iniciada no ano de 2020, em especial a falta de transparência dos dados disponibilizados pelos órgãos públicos.

2 O ESTADO PUNITIVO BRASILEIRO E A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA

A caracterização de um Estado punitivo no território brasileiro vem sendo estudada cada vez mais com o passar dos anos. No atual contexto neoliberal, o punitivismo ganha força na medida em que disponibiliza ao Estado uma forma de garantir seus interesses ao deixar de lado o ideal da ressocialização enquanto põe em prática a criminalização da miséria como forma de exterminar a parte da sociedade considerada descartável nas relações de consumo. Neste cenário, fere-se o próprio direito garantido constitucionalmente da liberdade dos cidadãos de forma injustificada.

A liberdade consiste no direito de ir e vir ou permanecer. Trata-se de um direito fundamental dos mais valiosos, haja vista que, sem a liberdade de locomoção, incontáveis outros direitos não podem ser exercidos. Com exceção à vida e à integridade física, é o bem mais valioso do homem. (QUEIROZ et al., 2012, s.p)

Na sociedade estruturada no contexto neoliberal, é a criminalidade da periferia que se apresenta como a grande ameaça à segurança do povo, sendo ela também a “responsável pela arquitetura de uma sociedade tão encarceradora quanto encarcerada” (ANDRADE, 2010, p. 6). A autora Débora Pastana (2009, p. 123) afirma que há uma dualidade no sistema neoliberal, uma vez que, enquanto a intervenção no âmbito econômico e social não é aceita, a criminalidade que advém do próprio modelo de sistema vigente é tratada como um problema que cabe ao próprio Estado solucionar por meio da aplicação de punições mediante o sistema penal estabelecido, ainda que não se resolva de forma concreta os problemas oriundos dos altos níveis de criminalidade.

Em outras palavras, nosso projeto neoliberal rejeita o Estado e sua função interventora no campo econômico e social, porém projeta na gestão pública a responsabilidade por controlar, ainda que de forma impositiva, todos os transtornos sociais advindos desse modelo, como, por exemplo, o aumento da criminalidade. (PASTANA, 2009, p. 123)

Vera Andrade (2010, p. 6), por sua vez, faz uma leitura perspicaz deste cenário ao comparar o sistema penal com a figura mística do Papai Noel. De acordo com a autora, o próprio sistema punitivo atua de forma a, supostamente, distribuir presentes à população ao combater e reduzir os níveis da criminalidade por meio da ressocialização dos criminosos, o que resulta em segurança. A realidade, no

entanto, é outra, pois o sistema não passa de uma ilusão que lucra com a mais-valia da dor e da morte.

Da dor e da morte dos controlados nas masmorras prisionais, dos controladores, sobretudo policiais, das vítimas, dos familiares de controlados e vítimas, sem respostas positivas do sistema, dos que nada tem a ver. Este mercado polifacetado e internamente cúmplice, sabe que o Papai Noel não existe, mas sua missão é exatamente perpetuar o ilusionismo. (ANDRADE, 2010, p. 7)

Nesse sentido, o Estado Punitivo utiliza o sistema penal como forma de garantir sua soberania perante a sociedade, ainda que tal sistema não resulte na efetiva diminuição da criminalidade. Ao contrário, a ineficácia do sistema é vista em sua própria estrutura, visto que apesar do encarceramento em massa posto em prática, a criminalidade não diminui.

Vislumbra-se, portanto, que a legislação penal brasileira optou, já em seu nascedouro, pela privação de liberdade, todavia, a ineficácia de tal medida mostra-se latente, pois, os índices de violência cresceram ano a ano, apesar de muitos humanos encontrarem-se privados de sua liberdade. [...] Assim, os presos recolhidos em tais depósitos, em sua quase totalidade, desprovidos da garantia constitucional e legal são uma prova do quão falho é o sistema (QUEIROZ et al., 2012)

Ademais, unindo o útil ao agradável para a elite, o sistema penal utiliza-se de uma seletividade evidente, optando por criminalizar a pobreza, ou seja, a camada vulnerável do povo, a fim de descartá-los e abandoná-los dentro dos cárceres uma vez que não possuem utilidade para o sistema neoliberal regido pelas relações de consumo. Como um bônus, ainda se assegura a boa imagem para aqueles fora do país, uma vez que garante que aqueles considerados indesejáveis permaneçam escondidos dentro dos cárceres.

Neste cenário, pode-se mencionar a criminalização primária e secundária e seus papéis na sociedade brasileira. A criminalização primária é aquela perpetuada pelo sistema legislativo, ou seja, a criação e estabelecimento de uma lei que define como delituosa certa conduta, impondo uma sanção penal para aqueles que a praticarem. A criminalização secundária, por outro lado, se trata da “consequência” da primária, sendo caracterizada como a aplicação fática da lei a fim de coibir determinadas práticas delituosas. Esta segunda criminalização pode ser facilmente caracterizada pela seletividade na aplicação do direito penal, uma vez que aqueles efetivamente sancionados seriam os grupos mais vulneráveis presentes na sociedade, ainda que praticantes de delitos de gravidade muito menor, e mesmo

antes de uma condenação transitada em julgado. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2021, p. 127).

Na medida em que a criminalização da miséria avança com o encarceramento cada vez maior da população pobre, os meios utilizados pelo Estado como forma de monitorar e controlar a população também cresce. Nesse cenário o Estado Punitivo se consagra como legítimo, uma vez que, apesar de não solucionar o problema o qual se propõe a resolver, atende o clamor da sociedade por atos violentos para controlar a criminalidade.

2.1 Configuração do Estado Punitivo brasileiro

É impossível compreender o papel do punitivismo na sociedade sem discorrer acerca da dinâmica econômica e política atual. No predominante sistema do neoliberalismo, onde as relações de consumo são prevaletentes ao bem-estar social, o sistema penal vem sendo utilizado como verdadeiro instrumento com o objetivo de resguardar a estrutura de poder estabelecida na sociedade. Neste sentido, se a prioridade é zelar pela economia e pelas relações de consumo que teoricamente a mantém em funcionamento, aqueles que não tem função ou importância nesse cenário são conseqüentemente considerados descartáveis. O sistema penal, portanto, se encarrega da forma mais comumente utilizada de descarte: aprisionar quem não pode ser explorado pelo sistema.

É válido frisar que o problema oriundo do Estado Punitivo não se limita a ideais de “esquerda” ou de “direita”. Trata-se de um problema muito mais profundo, e há muito tempo enraizado na própria estrutura social brasileira. O ponto chave da questão é que o sistema penal, caracterizado por suas penas severas, é sustentado tanto por ideais conservadores quanto progressistas. O combate à violência se torna, em si mesmo, uma ilusão cativante para o povo e seus representantes.

E é este fundamentalismo punitivo, de matriz maniqueísta moralista, que faz mimetizar, paradoxalmente, “direita” e “esquerda” punitiva: o gigante punitivo é socialmente sustentado não apenas por setores politicamente conservadores, mas por setores progressistas, uma vez que todos parecem crescentemente seduzidos pelas promessas ilusionistas de combate à violência, segurança e proteção de direitos ofertada no crescente mercado do sistema penal. (ANDRADE, 2010, p. 20)

A “economia política da pena” é a hipótese apresentada pelo autor Alessandro De Giorgi em sua obra “Prisiones y Estructuras Sociales en las

sociedades del capitalismo tardío", originalmente publicada pela Universidade de Cambridge no ano de 2013. Na visão do autor, considerando o contexto neoliberal vivido, os atos penais estão intrinsecamente ligados às relações de produção econômicas que predominam em determinada sociedade. O sistema penal, portanto, seria parte desses aparatos estruturais do Estado a fim de reproduzir as relações de classe e manter a hierarquia do poder intacta. (GIORGI, 2013, p. 24).

Evgeny Pashukanis¹ (1978, p. 17) aponta o mesmo problema ao afirmar que as figuras penais em geral não possuem objeto social, mas são um "sistema de relações que correspondem aos interesses da classe dominante e a protege com uma força organizada²". Em outras palavras, o sistema protege a classe que o domina, e não o povo em geral. Conseqüentemente, a fim de preservar a classe dominante, é necessário abrir mão da camada populacional que não apresenta possibilidades de auxiliá-la nas relações de consumo, descartando-os como meros corpos substituíveis.

Quem não movimenta a economia através das relações de consumo não possui utilidade para o sistema cuja existência depende precisamente dessas relações. Milhares de cidadãos são considerados descartáveis, sobras que não possuem mais um lugar na sociedade. A solução do Estado Punitivo, portanto, é o despojo.

Se aqueles inseridos nos cárceres são os considerados descartáveis, por que seria uma urgência diminuir os níveis de encarceramento, mesmo quando é claro que a prisão não eleva o nível de segurança da sociedade? Ao contrário, o sistema punitivo surge como a "consolidação do encarceramento como estratégia de controle da população que está sobrando³" (GIORGI, 2013, p. 27).

A autora Débora Pastana (2007, p. 32) afirma que o Estado Punitivo é capaz de "alterar a imagem das classes populares carentes de políticas sociais e as configura como inaptas, quando não como parasitas do Estado". Que grande golpe aos direitos fundamentais e constitucionais é considerar um cidadão um mero parasita na sociedade. A autora ainda aprofunda sua visão ao afirmar que o objetivo

¹ Evgeny Pashukanis (1892-1937) foi um pensador russo que publicou "The General Theory of Law and Marxism", sendo considerado uma das figuras centrais no desenvolvimento das leis marxistas no período de 1917 a 1937 no território russo

² Originalmente: "Law figures not as a specific social relationship but, as with all relationships in general, as a system of relations which corresponds to the interests of the ruling class and which protects it with organized force".

³ Originalmente: "Consolidación del encierro como estrategia de control de la población sobrante"

do estado contemporâneo é provar que o Estado pode, de fato, punir e controlar a criminalidade (PASTANA, 2007, p. 36), sem se importar com a real solução da criminalidade desenfreada, mas com a punição, preferencialmente destinada àqueles que não terão uso no sistema dominante.

É a representação mais pura do ditado popular: mata-se dois coelhos com uma só cajadada. O poder do Estado fica escancarado para quem quiser ver, garantindo uma falsa sensação de segurança ao povo, enquanto os corpos considerados inúteis para o sistema são descartados e abandonados dentro de cárceres cujas situações vivenciadas pelos aprisionados são totalmente desumanas, o que torna as penitenciárias mais escolas do crime do que um meio de reabilitação propriamente dito, conforme aponta Débora Pastana (2009, p. 133) ao afirmar que o atual sistema prisional “serve mais como ponto de reunião, organização e difusão da criminalidade em larga escala”. É o paradoxo no sistema atual, onde o espetáculo é necessário para demonstrar uma falsa ideia de soberania de um Estado que é refém de si mesmo.

Império e colônia, tão dominador quanto dominado, tão encarcerador quanto encarcerado, refém de seu próprio poder, o Estado apela para o espetáculo, esvaziando-se uma forma de exercício do poder estatal que levava historicamente o nome de política e de soberania. (ANDRADE, 2010, p. 22)

Alessandro Giorgi aprofunda sua hipótese ainda mais ao apresentar a forma como o controle do sistema penal funciona, teoricamente, para seus alvos. Uma vez que as classes mais pobres da sociedade são forçadas a trabalhar de forma quase exploratória para conseguir sobreviver, devem aceitar as condições de exploração nas quais estão inseridas. Devem ser, portanto, convencidos de que fazer parte das relações de consumo ao serem explorados por salários irrisórios e sem qualquer proteção é melhor do que ser capturado pela grande rede de punições do sistema penal. Assim, o sistema penal apresenta-se como um castigo ainda pior que as condições de vida da classe pobre que trabalha e, teoricamente, obedece a lei.

Para funcionar como disuasivo de los pobres, el sistema penal debe imponerles a los castigados estándares de vida que son en cualquier caso peor que aquellos disponibles para los más marginales entre los proletarios que obedecen la ley. (GIORGI, 2013, p. 25).

Nils Christie (2016, p. 20) define a imposição de punições como uma forma de controle social. No contexto do Estado Punitivo, a política defensora do bem-estar

social se transforma em um sistema de punição que é maximizado para atuar conforme os interesses dos detentores do poder e das classes predominantes.

O modelo do Estado Punitivo que utiliza o sistema penal como forma de controle foi inicialmente identificado no hemisfério norte do globo, em especial nos Estados Unidos da América. No entanto, pesquisas recentes realizadas por autores brasileiros identificaram o mesmo sistema em curso no Brasil, reconhecendo o protagonismo punitivo que torna a vida social muito mais precária. Foi a constatação de tal fato que ensejou o início de vários estudos destinados a entender como se dá o controle social através do aparato penal, e como isso influencia o fenômeno da criminalização da miséria e o encarceramento desenfreado no Brasil.

Neste cenário testemunhado no próprio território brasileiro, “o ‘Estado providência’ sucumbe frente ao ‘Estado punitivo’, no qual a assistência social dá lugar à atuação policial e carcerária” (PASTANA, 2007, p. 32). Portanto, um sistema que outrora pregava a reinserção social do condenado, demonstra práticas totalmente incongruentes com esse ideal. Passa, então, da “promessa de inclusão social dos criminosos através da prisão reabilitadora (ideologias ‘res’), para a exclusão através da prisão neutralizadora ou abertamente exterminadora” (ANDRADE, 2009, p. 13).

Aqui jaz a grande incongruência do sistema penal no contexto de um Estado Punitivo, muito bem expressa por Débora Pastana: a desregulamentação do sistema, que causa a existência de relações trabalhistas precárias, desemprego e o acesso quase impossível aos serviços essenciais por determinada porcentagem da população, não são problemas dignos de serem solucionados, mas o aumento da criminalidade, uma consequência direta dos problemas citados, é tratada como uma emergência que deve ser sanada, custe a vida de quem custar.

Todos os problemas resultantes dessa desregulamentação, como a precarização das relações de trabalho, o desemprego e a dificuldade de acesso aos serviços essenciais, que levam invariavelmente ao aumento da criminalidade, não são solucionados, e apenas a consequência torna-se questão emergencial. (PASTANA, 2009, p. 121)

A autora ainda afirma que, apesar do Estado Punitivo brasileiro ser revestido de uma suposta democracia, ele representa apenas uma violência institucional que se mantém de pé mediante a atuação falha do sistema penal. Curiosamente, ou não, é exatamente a falha no funcionamento do sistema penal que consolida a ideia do Estado Punitivo no Brasil, dando-lhe o poder necessário para implementar suas

punições de forma fugaz, ainda que elas não tragam a reabilitação necessária para garantir o declínio da criminalidade no país.

De fato, no Brasil, essa hegemonia do “Estado Punitivo”, embora revestida da aura democrática, representa, ao contrário, uma violência institucional ilegítima, diluída na banalização da desigualdade, reforçada na seletividade da punição e consequente aniquilação do transgressor. [...] Ao se eximir da responsabilidade de fiscalizar as condições carcerárias e mantendo a cultura de só punir com a cadeia, o Judiciário implementa, com o encarceramento desenfreado e cruel, as bases para a consolidação do Estado punitivo no Brasil. (PASTANA, 2007, p. 35 e 37)

O ataque aos direitos humanos fundamentais é real e pode ser confirmado pela mera análise de dados e pesquisas referentes ao super encarceramento no Brasil. O funcionamento seletivo e muitas vezes corrupto dos agentes atuando em nome do sistema penal brasileiro é escondido e mascarado debaixo de uma falsa capa de legalidade. Esse funcionamento ainda percorre uma via de mão dupla, como aponta Vera Andrade (2009, p. 6) quando afirma que os próprios agentes que acabam violando os direitos dos criminalizados, também violam seus próprios direitos ao pensar que sabem manejar por si sós um sistema que é, em si mesmo, falho.

A violação encoberta da legalidade e da igualdade pelo exercício de poder estruturalmente seletivo do sistema penal é agravada pela violação aberta e extrema da legalidade penal e processual penal e pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal (arbitrariedade). (ANDRADE, 2009, p. 6)

A justiça penal, em suma, não pode ser considerada uma “resposta legítima para situações problemáticas, mas apresenta para si própria a característica de um problema público” (HULSMAN, 1993, p. 157). O Estado cria o problema que tanto busca evitar, e os cria mediante ações que excluem uma camada do povo, condenando-as a viver à margem da sociedade. Quando a consequência surge, ela vem como a justificativa necessária para que o Estado libere sua força penal total contra aquele cidadão.

A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou. (BATISTA, 2003, p. 4)

A política moderna, portanto, é exatamente essa: o sistema penal que surge como resposta aos conflitos oriundos da crise penal também é aquele que constitui em si mesmo a origem da crise. O sistema é falho, e se reduz a um mero

instrumento estatal para garantir seus interesses de forma, teoricamente, legal. Nesta realidade, “o sistema penal engendra mais problemas do que aqueles que se propõem a resolver” (ANDRADE, 2009, p. 4).

A deslegitimação, explicitada na teoria e na empiria, constitui, antes de mais nada, a radical demonstração de que o poder do sistema penal está nu, pelo desvelamento de suas múltiplas incapacidades e violências; ela explicita a inteira nudez do sistema penal e particularmente da prisão, reduzida que está a espaço de neutralização e de extermínio indireto. (ANDRADE, 2009, p. 4)

Vera Andrade (2009, p. 11) também aponta outro paradoxo: reproduz-se a ideia de que a defesa do povo contra a criminalidade é responsabilidade do sistema penal enquanto se mede sua eficácia através dos índices de criminalidade. Por suposto, se o sistema não funciona, medir sua eficácia precisamente pelos índices que indicam o constante aumento da criminalidade é um beco sem saída que acaba criando um círculo vicioso. A criminalidade aumenta, e as penas vão tornando-se mais severas. A crise, portanto, tem sua origem extremamente clara: o mau funcionamento do próprio sistema penal, cuja falha é conectada com o diálogo réprobo entre a sede da sociedade por punição e as atividades simbólicas de combate ao crime do Estado pautadas na violência do encarceramento.

Com efeito, focada no conceito estereotipado, seletivo e estigmatizante de criminalidade (da pobreza) da Criminologia etiológica, não apenas segue reproduzindo a ideologia da defesa social, atribuindo ao sistema penal a função real de luta contra a criminalidade através da pena e da prisão, como medindo a eficiência do sistema através das estatísticas da criminalidade e da impunidade. (ANDRADE, 2009, p. 11)

Ninguém discute, no entanto, os problemas que de fato geram os conflitos para os quais se busca solução. Não há benefícios para a classe dominante em discutir tal coisa quando o sistema vigente se alimenta do encarceramento em massa para seguir de pé. É nesse cenário que o discurso punitivismo ganha força, ainda que a repressão violenta por meio do aprisionamento seja inútil em solucionar o real problema dos altos índices de criminalidade no país.

Mesmo com a realidade demonstrando que maior repressão não diminui a criminalidade (ao contrário, abarrota as penitenciárias permitindo a proliferação de organizações criminosas), esse discurso ganha cada vez mais legitimidade e, de forma paradoxal, associa-se à defesa da democracia. (PASTANA, 2007, p. 42)

A máxima defendida por Michel Foucault (1987, p. 299) de que “há 150 anos a proclamação do fracasso da prisão se acompanha sempre de sua manutenção” é

escancarada no sistema punitivo. De fato, ele é falho em atingir os objetivos por ele propostos, mas tutela os ideais de um Estado que ganha algo ao colocá-lo em cena.

2.2 O discurso do medo e a criminalização da miséria

Dentro desse sistema regido pelas relações de consumo, em que as pessoas pobres e vulneráveis são praticamente abandonadas à própria sorte, a busca por uma sociedade inclusiva e equânime deu lugar a uma política de verdadeira exclusão. Enquanto o ideal a ser buscado nos primórdios era a recuperação e ressocialização do condenado, hoje o objetivo é tirar de circulação a camada considerada indesejável e inútil aos interesses do Estado.

Neste momento há que se discutir o motivo pelo qual tais atos do Estado não são questionados pela população. A resposta é mais simples do que parece: tem-se estabelecido na sociedade um discurso do medo, que leva o povo a crer que a única forma de combater a criminalidade e garantir a segurança da população é mediante existência de penas duras e severas para todos, garantindo a existência de um “Direito Penal simbólico e ilusório, crente na ideia de que somente com a elaboração de leis severas é que o controle da criminalidade dar-se-ia de forma eficaz” (PASTANA, 2009, p. 124). Trata-se da cultura do pânico, onde a sociedade é imbuída de um medo paralisante e levada a crer que somente as penas mais violentas são capazes de diminuir os níveis da criminalidade no país.

A insegurança social observada atualmente está cada vez mais ligada à violência criminal que, por sua vez, promove a base e o fortalecimento de uma cultura do medo. Essas questões – insegurança, violência, medo – ganharam destaque no cotidiano das pessoas, na imprensa e mesmo nas universidades em virtude da maior sensibilidade a elas e da aparente falta de controle por parte dos órgãos públicos. [...] A violência institucional pretende ser sua própria negação, conduzindo a uma ideologia da “tranqüilização da vida social”. No entanto, dada sua potencialidade, essa violência pede certo grau de legitimação só alcançável através do pânico. A violência institucional pretende ser sua própria negação, conduzindo a uma ideologia da “tranqüilização da vida social”. No entanto, dada sua potencialidade, essa violência pede certo grau de legitimação só alcançável através do pânico. [...] Verifica-se que o atual Estado, para manter legítimo o uso da força, aperfeiçoa sua dominação simbolicamente, vale dizer, através da consolidação de uma cultura aterrorizante. (PASTANA, 2007, p. 30)

Nilo Batista (2000, s.p) afirma tratar-se de uma mudança, indo de um ideal de reinserção social para um mero mecanismo de neutralização do condenado. Em outras palavras, não se busca a melhoria, mas o extermínio de um grupo de pessoas

em razão de diferenças sociopolíticas. Se esse conceito soa familiar é porque já foi discutido antes: trata-se do conceito de genocídio. Dentro desse cenário de medo generalizado na população, os atos autoritários que remetem aos tempos de ditadura e tirania são vistos como necessários para a garantia da segurança do povo. Ou melhor dizendo, de uma porcentagem específica do povo.

Um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança, ainda que simbólica. O controle penal passa a ser a “tábua de salvação” da sociedade e quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará. (PASTANA, 2007, p. 31)

Vera Andrade (2009, p. 7) faz sua crítica dentro desta interpretação. Em sua obra, a autora aponta a dualidade da lógica vigente no Estado Punitivo, que prega os direitos humanos como fundamentais enquanto se sustenta no aprisionamento humano como tática de extermínio dos corpos descartáveis, aqueles sem lugar no mundo, mediante uma pena formal de prisão, mas informalmente uma pena de morte certa aos condenados à vida no cárcere, seja pelas condições insalubres vividas lá, ou pelo futuro que terão ao saírem em liberdade após passarem pelas popularmente conhecidas “escolas do crime”.

Aqui, na periferia, a lógica da punição é simbiótica com uma lógica genocida, e vigora uma complexa interação entre controle penal formal e informal, entre público e privado, entre sistema penal oficial (pena pública de prisão e perda da liberdade) e subterrâneo (pena privada de morte e perda da vida), entre lógica da seletividade estigmatizante e lógica da tortura e do extermínio, a qual transborda as dores do aprisionamento para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que “não tem um lugar no mundo.” Ao lado da pena oficial de prisão como pena vertebral da modernidade, vigora a pena de morte informal ou subterrânea para a colonialidade. (ANDRADE, 2009, p. 7)

A autora ainda afirma que nesse cenário, onde a mais-valia da dor é concreta e real, uma nova forma de holocausto se configura, cujo alvo a ser exterminado é a população pobre e marginalizada do povo (ANDRADE, 2009, p. 12). Nesse cenário se configura uma crise no sistema que se estabelece mediante uma cultura do medo desgovernado, no qual o Estado é mistificado como onipresente e onisciente, capaz de combater a criminalidade, ainda que tal alegação não passe de uma fantasia.

Eis Estado, mercado e comunidade mimetizados na figura de um algoz máximo, onipresente e espetacular, mediados pelo poder tecnológico da mídia, por uma cultura do medo e da insegurança, numa sociedade tão encarceradora quanto encarcerada; emaranhado que integra, a sua vez, o universo da política como espetáculo, produtora de respostas simbólicas de segurança para fazer frente ao poderoso elemento cultural do medo que

emoldura a crise do sistema penal, numa sociedade então caracterizada como “sociedade de risco”. (ANDRADE, 2009, p. 13)

Precisamente, o medo disseminado pela mídia e meios de comunicação é o que legitima a atuação dominante do Estado, que apesar de usar todas as ferramentas a seu dispor para exercer sua soberania, segue sendo ineficaz em garantir o bem estar social e a segurança do povo. Portanto, no atual contexto, “pode-se dizer, sem receio, que vivemos sob a mais violenta intervenção do Estado na vida dos cidadãos, materializada através de uma dominação simbólica articulada pelo medo” (PASTANA, 2009, p. 9).

Não há como ignorar o papel da mídia ao disseminar a histeria coletiva na sociedade. Para Vera Andrade (2010, p. 11), o papel da mídia no cenário da cultura do medo é investigar, processar, julgar e sentenciar de forma condenatória, criando um estigma a fim de incitar o linchamento da parte descartável da população. Nos tempos em que a solidariedade é escassa, a condenação informal da população pobre é corriqueira, e viver na miséria é um crime. A própria prisão apenas serve para distanciar mais aqueles que sempre estiveram distantes das oportunidades de uma vida mais digna (QUEIROZ et al., 2012, s.p).

Assim se estabelece o sistema do Estado Punitivo: guiado pela cultura do medo disseminado, quanto mais violentas as penas, mais satisfeita e segura a sociedade se sentirá. Existe um motivo para a existência de juízes imparciais durante o processo penal, e este motivo é para garantir que o processo não seja guiado pelo sentimento daqueles afetados pessoalmente pelo fato julgado no momento. No atual contexto, contudo, o sentimento público e o clamor por castigo e vingança acabam se tornando um motivo plausível para o endurecimento dos mecanismos do sistema penal, como as penas.

A pressão da opinião pública, amplificada pelos meios de comunicação de massa, aponta para o aumento do controle penal, tendo como paradigma preferencial o fortalecimento e a severidade no trato com o crime e o encarceramento em massa das classes subalternas. (PASTANA, 2007, p. 34)

Ao mesmo tempo em que incita o medo na sociedade, se desqualifica quaisquer outros mecanismos de combate ao crime que não seja aquele guiado pelo aparato penal. Sucintamente, a população é levada a crer que sem prisões, não haverá segurança nunca. Por mais falaciosa que tal alegação seja, o povo é levado a acreditar e, assim, confiar na resposta do Estado.

No mesmo movimento, ela incentiva a desconfiança, desqualifica qualquer solução que não seja a penal e apresenta seu único remédio: mais segregação e restrição de liberdade. Esse modelo tem como consequência imediata aumentar o número de detentos em proporções inquietantes. (PASTANA, 2007, p. 40)

No cenário exposto, as próprias penas aplicadas aos criminalizados são alteradas de forma informal. A própria pena de prisão imbuída de violência se transforma “de mecanismo executório em mecanismo exterminador, ou seja, em risco de pena de morte indireta” (ANDRADE, 2010, p. 12). Ainda nesta linha de pensamento, Vera Andrade (2009, p. 4) aponta a existência de funções teóricas do sistema penal, que não são postas em prática, e as funções que de fato são praticadas de forma “não declarada”, mas que vem cada vez mais sendo desnudadas perante todos. Assim, sua função de ressocializar o cidadão passa a ser construir uma criminalidade da forma que lhe convém, a fim de garantir seus próprios interesses. Na medida em que o Estado que busca ampliar o bem estar social diminui, o Estado Punitivo cresce.

É, portanto, estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência, a saber, proteger bens jurídicos, combatendo e prevenindo a criminalidade, através das funções da pena (intimidando potenciais criminosos, castigando e ressocializando os condenados), promovendo segurança jurídica aos acusados e defesa social. E não pode cumpri-las porque sua função real não é o “combate”, mas, inversamente, a “construção” (seletiva) da criminalidade (a criminalização), e a função real da prisão não é a “ressocialização”, mas, inversamente, a “construção” dos criminosos (labelling approach), a “fabricação dos criminosos” (Foucault). (ANDRADE, 2009, p. 4)

Diante da clara intenção de extermínio de uma parte específica da população, a prisão se torna uma pena de morte informal e indireta, mas legitimada pela sociedade sedenta da sensação de segurança falaciosa proporcionada pelo encarceramento em massa.

Assim aumenta a sensação de confiança do povo e a crença de que aqueles que o representam no setor político são capazes de lidar com a criminalidade. Nessa perspectiva o Estado Punitivo se assenta, garantindo que sua legitimidade seja aceita ao criar o medo e oferecer a suposta solução para curá-lo.

Essa noção de emergência, alimentada pelo medo social constante e estrategicamente incorporado pelos indivíduos, transforma os conflitos em ameaças e torna fácil desviar o cerne dos problemas, que não é de natureza conjuntural, mas social. Sob essa lógica, o Estado punitivo busca sua legitimidade exatamente lançando mão dos mecanismos de punição capazes de gerenciar a pobreza e disseminar o medo. (PASTANA, 2007, p. 39)

Se o dever de proteção ao povo é do próprio Estado, por que motivo, então, a maior parte dos apenados no Brasil vivem em situação que beira o abandono completo? Para que seja possível compreender ao menos em parte esse fenômeno, é imprescindível trazer à tona o conceito de necropolítica, que surgiu da obra do historiador Achille Mbembe, traduzida e publicada no Brasil no ano de 2016.

Em sua obra, Mbembe, inspirado pelos ideais de Michel Foucault, discorre acerca da teoria que denominou “necropolítica”, ou políticas de morte, em um conceito mais literal. Sucintamente, o conceito de necropolítica seria o poder de decidir quem vive e quem morre, poder este exercido pelas autoridades estatais. De acordo com o autor, a soberania do Estado estaria em controlar a mortalidade do povo.

Este ensaio pressupõe que a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder. (MBEMBE, 2016, p. 123)

Nesse sentido, o Estado teria em suas mãos o poder de decidir sobre a própria vida das pessoas, como se descartáveis fossem. Assim, permitir que determinado grupo de pessoas sucumba seria aceitável ao colocá-las em locais e estruturas em que os indivíduos vivem em condições praticamente desumanas como um suposto castigo por uma prática criminosa. O exemplo perfeito de tal local é, logicamente, os próprios cárceres, cujo sistema penal que os controlam expandem seu controle ao estabelecer um “tratamento cada vez mais severo e seletivo destinado ao infrator” (PASTANA, 2009, p. 124)

De acordo com Mbembe, ao invés de o Estado determinar um equilíbrio entre os direitos das pessoas, a violência e a morte, a realidade fática é que o Estado faz uso de seu poder para criar as denominadas “zonas de morte” a seu bel prazer, conforme lhe convém, como maneira de exercer sua soberania e garantir seus interesses. A ocorrência da morte de tais pessoas, portanto, se torna “aceitável” na medida em que garante um falso senso de “segurança” à população. Esse grupo de pessoas não apresenta benefícios suficientes ao Estado para que ele se preocupe em mantê-las vivas ou protegidas, nem sequer durante a vivência de uma pandemia mundial de níveis inéditos.

O conceito de necropolítica pôde ser visto de forma clara durante a pandemia do Coronavírus no Brasil. No mês de junho de 2020, uma marcha virtual foi realizada

por diversas pessoas e entidades com a finalidade de cobrar atitudes do poder público diante da pandemia que estava se agravando. Na ocasião, Débora Duprat prestou seu depoimento de forma virtual e trouxe à baila o ideal de Achille Mbembe, afirmando que o poder público estava praticando a política de eliminação de vidas, conforme lhe fosse conveniente, exacerbando a condição precária do Estado.

Estão apostando numa política de eliminação de vidas, numa escala ascendente de pobreza e miséria extrema, voltando o país para o Mapa da Fome. A pandemia torna mais evidente essa política, num estado precarizado em investimento em Saúde. (DUPRAT, 2020, s.p)

No mesmo encontro virtual onde Duprat prestou seu depoimento, o Sr. Fernando Pigatto, presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), declarou que “não podemos ficar parados, por isso seguimos em marcha, exigindo do governo e fazendo nossa parte para destruir o seu projeto de morte. As vidas não são apenas números, elas valem mais”.

O próprio autor da teoria da necropolítica discorreu acerca da política de morte durante o surto de Covid-19 em entrevista concedida à Folha de São Paulo em março de 2020, quando a pandemia estava começando a se agravar no Brasil. Na oportunidade, Achille Mbembe afirmou que a questão da escolha da prioridade política ao enfrentar a crise da pandemia era o próprio ideal da necropolítica em prática. Aqueles sem valor para o Estado podem ser descartados e abandonados para morrer. O autor ainda faz uma crítica social direta ao afirmar que aqueles considerados descartáveis sempre possuem algo em comum: raças, classes sociais e gêneros.

Essa é a lógica do sacrifício que sempre esteve no coração do neoliberalismo, que deveríamos chamar de necroliberalismo. Esse sistema sempre operou com um aparato de cálculo. A ideia de que alguém vale mais do que os outros. Quem não tem valor, pode ser descartado. A questão é o que fazer com aqueles que decidimos não ter valor. Essa pergunta, é claro, sempre afeta as mesmas raças, as mesmas classes sociais e os mesmos gêneros. (MBEMBE, 2020, s.p)

O autor Alessandro Giorgi (2013, p. 28) compartilha do pensamento supracitado, e expressa de forma clara um dos problemas ocorrido nas prisões estadunidenses, que muito se assemelham àquelas localizadas no Brasil em decorrência da separação de classes. Ele afirma que mais da metade dos condenados fazem parte do grupo chamado de “não brancos”, sendo que sua maioria são representados por homens afro americanos, chegando a estarem encarcerados oito vezes mais do que a população branca.

No todos los estadounidenses, no obstante, sufren el flagelo del hiperencarcelamiento. En general, el 66% de los condenados pertenece al vasto grupo de los “no blancos”. En particular, los hombres afroamericanos están dramáticamente sobre-representados en la población penitenciaria, con tasas de condena ocho veces más altas que sus pares blancos. (GIORGI, 2013, p. 28)

Vera Andrade (2010, p. 4) também aponta a seletividade do sistema penal em sua obra, declarando de forma expressa a existência de um sistema classista, sexista e racista, que busca perpetuar as desigualdades sociais de forma injusta, e acaba criando mais problemas do que os já existentes, aos quais anteriormente propôs uma solução. A seletividade do sistema penal é o necessário para que uma parcela específica da população seja “separada” dos demais, a fim de serem o alvo certo do Estado Punitivo.

Além de funcionar seletivamente, com uma criminalização abertamente classista, sexista e racista, e imunizar sistematicamente as elites, reproduzindo, em nível macro, as desigualdades, assimetrias e discriminações sociais, o sistema penal engendra mais problemas do que aqueles que se propõem a resolver, produzindo “sofrimentos desnecessários (estéreis)” (Hulsman), socialmente distribuídos de modo injusto, com o agravante dos seus altíssimos custos financeiros, e do autêntico “mercado do controle do crime” (Nils Christie) que, em torno de si, crescentemente estrutura. (ANDRADE, 2010, p. 4)

Desta forma, conforme apontado em pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa no ano de 2020, é precisamente “uma calamidade com centenas de milhares de mortos evidencia, como poucos eventos históricos, o fato de que a sobrevivência é produto de condições sociais” nas quais o cidadão está inserido. Enquanto parte do povo merece tutela, a outra é deixada para morrer.

Para que a necropolítica seja colocada em prática, portanto, é necessário haver um determinado grupo de pessoas que seja considerado descartável para o Estado. Dentro desse cenário surge Loic Wacquant, que por sua vez, apresenta o problema da punição aos pobres, trazendo à tona o conceito da criminalização da pobreza.

Dentro desta tese, a superpopulação das prisões nada mais é do que um projeto a fim de encarcerar a camada mais pobre da população, ou seja, aqueles que não tem serventia para a sociedade, uma vez que são miseráveis demais para serem consideradas consumidoras. Precisamente neste nexos se encontra a conexão ao próprio ideal da necropolítica: a camada mais pobre da população é aquela considerada descartável para o Estado. Criminalizá-los e puni-los seria então uma

forma de “limpar” a sociedade e garantir o domínio do Estado pautado nas relações de consumo.

Para piorar, a sobrevivência da frase getulista (“aos amigos tudo e aos inimigos o peso da lei”) continua a revelar a desigualdade e, principalmente, o uso arbitrário da norma. A lei, portanto, é muitas vezes usada apenas contra as classes populares, para garantir a dominação perpetrada. (PASTANA, 2007, p. 37)

Para Wacquant (1999, p. 7) em nota dirigida aos leitores brasileiros de sua obra, a própria situação carcerária brasileira atingiu um nível tão apavorante que se assemelha a campos de concentração direcionados para a população pobre, descrevendo como abomináveis as situações nas quais os apenados são forçados a viver.

Ademais, o autor menciona de forma explícita a aceleração na disseminação de vírus tais quais HIV e tuberculose em função das condições insalubres e anti higiênicas dos cárceres, além da negação de acesso a cuidados essenciais e fundamentais à saúde. Fato este que, muito obviamente, se enquadra perfeitamente no contexto da pandemia vivenciada no Brasil, cujo pico se deu no ano de 2020. As condições insalubres, a falta de higiene e o escasso acesso aos cuidados de saúde fundamentais são extremamente coniventes com o alastramento do contágio pelo coronavírus.

É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciais servindo para alguma função penalógica - dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, freqüentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa, como na Casa de Detenção de São Paulo, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico e tez amarelada, o que lhes vale o apelido de "amarelos"); negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação super acentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências da supervisão. (WACQUANT, 1999, p. 7)

A ideia da criminalização da pobreza é a consequência do Estado Punitivo, que trata como descartável a vida daquele que não possui utilidade para o sistema

de consumo. A massa excluída do trabalho é precisamente a parcela da população que se vê submetida a um sistema penal cuja responsabilidade não é mais disciplinar, mas conter o refugio social.

Essa massa excluída do trabalho e, conseqüentemente, do consumo, fica submetida a um gigantesco sistema penal responsável não mais por disciplinar os desviantes, mas sim por conter o refugio social produzido pelo recente contexto liberal. (PASTANA, 2009, p. 126)

Neste mesmo sentido, Bauman (1998, p. 53) afirma que no contexto das relações de consumo como prioridade, “as classes perigosas são assim redefinidas como classes de criminosos”. Quem não possui capacidade de consumir, não possui lugar na sociedade.

A realidade das classes consideradas “elite” é diferente. Enquanto a criminalização da pobreza cresce de forma desenfreada, cresce também os métodos de imunidade e impunidade da “criminalidade de colarinho branco” (ANDRADE, 2010, p. 14). Na mesma medida em que a criminalidade da camada pobre da população é vista como uma urgência que só pode ser combatida com a violência, a criminalidade da camada mais rica do povo é respondida com imunidades que causam nada mais do que indignação passageira da sociedade, ao passo em que a criminalização da pobreza gera pânico que só pode ser respondido com o encarceramento

A seletividade penal, nesse cenário, é evidente. Ainda que haja uma punição simbólica aos ditos crimes de colarinho branco, a verdade é que existem métodos e mecanismos imbuídos dentro do próprio sistema penal que garantem a impunidade daqueles que praticam tais delitos.

Este campo, que também tem para com ele uma relação midiática e uma mídia simpatizante, alarga o tradicional horizonte de projeção do controle penal moderno em nível de criminalização primária (produção de Leis penais criminalizadoras), ou seja, em nível simbólico, gerando a ilusão de que esta criminalidade está sendo olhada e combatida, ao tempo em que, em nível de criminalização secundária, o sistema penal lhe preserva inúmeros mecanismos de impunidade, com toda sorte de artifícios jurídicos e proteções. (ANDRADE, 2010, p. 15)

Apesar da clara existência de incontáveis crimes de colarinho branco, que rendem prejuízos imensuráveis ao Estado e ao próprio povo, muitas vezes maiores do que os prejuízos causados pelos crimes cometidos pela camada pobre da população, o sistema penal ainda tem como foco punir aqueles que colocam em risco a hierarquia das classes sociais (PASTANA, 2007, p. 36). Os indesejáveis

perante a sociedade são os alvos das punições extremas e violentas mesmo quando seus atos são menos ofensivos do que os praticados pelos inseridos nas classes mais altas socialmente.

Não obstante, a criminalização da pobreza e dos vulneráveis na sociedade não é um tópico recente. No ano de 2003 um filme dirigido por Hector Babenco foi lançado no Brasil. Carandiru, lançado um ano após a implosão da antiga Casa de Detenção de São Paulo, popularmente chamada de Carandiru, apresentou de forma realista as condições do antigo presídio. Baseado nos relatos do Dr. Drauzio Varella, que atuou de forma voluntária como médico no local de 1989 até o massacre ocorrido em 1992, o filme retrata a realidade vivida pelos apenados de forma humanitária, mostrando o passado de cada cidadão.

Como apontado por matéria redigida por Kevin Crust (2004, s.p) ao Los Angeles Times, em tradução livre, muitos dos apenados cumprindo pena no Carandiru se consideravam vítimas das circunstâncias de suas vidas, não sendo culpados de nada que justificasse sua presença ali, afinal, faziam o necessário para conseguir sobreviver⁴. Na contramão da realidade dos encarcerados, o clamor social liderado pelos ideais do Estado pregava, e ainda prega, que a culpa pela exclusão de determinada pessoa é dela mesma, ignorando o fato de que simplesmente sair da miséria por força de vontade é impossível. Ninguém escolheria por sua livre e espontânea vontade viver em condições de miséria.

Cada vez mais impregnada pelos valores liberais, presentes no mundo atual, que naturalizam a exclusão (à semelhança do darwinismo social), essa sociedade responsabiliza o próprio excluído pela sua condição. (PASTANA, 2009, p. 123)

Vera Andrade (2009, p. 13) discorre acerca da ideia dominante no sistema do Estado Punitivo, de que a desigualdade, além de ser supostamente uma escolha de cada um, também é um conceito de competitividade. Assim, nessa competição entre o povo para se chegar a uma vida social de bem estar, alguns irão sobrar. Precisamente essa “sobra” se torna o alvo do próprio sistema penal, que precisa seguir em funcionamento.

Um modelo que parte da premissa de que a desigualdade é não só inevitável, mas competitiva, e de que, portanto, não há lugar para todos nesta (des)ordem social: alguns irão “sobrar”. A “sobra” que vai parar na

⁴ Na versão original: “Most of course are there by ‘mistake’. They are victims of circumstance. No one is guilty in Carandiru. As one character points out, ‘jails are no home for the truth’”. (CRUST, 2004)

penitenciária representa a ponta do iceberg desta escalada seletiva de alguns para o nada. (ANDRADE, 2009, p. 13)

A crença de que a culpa de viverem situações desumanas no cárcere é do próprio encarcerado pode até mesmo ser vista nos precedentes julgados pelos Tribunais brasileiros. No ano de 2006 foi julgado o Habeas Corpus nº 402.314/6 na capital do estado de São Paulo, cujo voto 9388 expressamente declarou que a culpa pelos atos absurdos vividos pelas pessoas em situação de prisão eram dos próprios apenados, uma vez que assumiam esses riscos ao praticar atos tipificados como delitos. Mais uma vez, ignorando totalmente a situação de miséria na qual a maior parte desses cidadãos estão inseridos e grave deficiência estrutural da sociedade que não oferece igualdade de oportunidades para todas as classes e gêneros.

Simples aplicação da teoria do "risco profissional", bem exposta pelo eminente juiz Corrêa de Moraes, desta Câmara. Ao adotar o crime como profissão, em outras palavras, como em qualquer atividade sujeita-se o delinquente a riscos que lhe são inerentes, dela fazem parte: em algumas das "empreitas" não ser bem sucedido, levar um tiro e morrer; ser preso, na Cadeia não receber o tratamento "à altura" de que se julgar merecedor. Passar à promiscuidade com outros detentos, por eles ser sequestrado, sujeito a abusos sexuais. Ali estando, depois de algum não houver vaga para a fase subsequente de cumprimento de pena, e assim por diante; não receber assistência médica adequada, nem laborterapia, e por aí afora. (AMBRA, 2006, s.p)

Retornando a análise do filme retromencionado, uma cena nos últimos minutos de Carandiru chama a atenção do espectador: um grande grupo de pessoas encarceradas, devido a superpopulação que já existia no presídio, se reúne no pátio para realizar um pequeno torneio de futebol. Antes do início da primeira partida, todos se levantam e, com a mão no peito, bradam o hino nacional do Brasil. A ironia presente na cena é clara. Incontáveis homens vivendo em condições desumanas enchem o peito para cantar "dos filhos deste solo és mãe gentil, pátria amada Brasil". Enquanto isso, o massacre começava em outra parte do presídio, e culminaria na execução a sangue frio de mais de 100 detentos, cujos algozes foram aqueles com o trabalho de proteger o povo. Todo o povo, sem exceções.

Ninguém sabe ao certo apontar exatamente o que deu início aos eventos do fatídico dia. O que se sabe, de fato, é que ao final daquele dia 02 de outubro de 1992 haviam 111 presos executados pela Tropa de Choque dentro do Carandiru, e nenhum policial morto.

O relatório disponibilizado pela Anistia Internacional⁵ no ano de 1993 traz os dados referentes ao massacre, e informa que os relatórios das autópsias realizadas apontaram que 41 presos foram mortos pelas costas com 176 balas. A grande maioria foi encontrada em posição defensiva, com as mãos sobre a cabeça. Muitos estavam nus, o que indicava que já haviam se rendido.

O diretor da prisão tentou negociar o fim da rebelião que teria sido a causa da invasão. De acordo com os relatos, no entanto, ele foi impedido pelos próprios policiais militares que já estavam invadindo o local antes mesmo de tentar o apaziguamento. Os relatos dos detentos afirmam que os policiais já entraram disparando, ainda que os detentos já tivessem se rendido. Segundo eles, os militares passaram de cela em cela, atirando em quem ali estivesse, alegações corroboradas pelos relatórios obtidos pela Anistia Internacional.

A criminalização da pobreza seguida da necropolítica em seu exemplo mais literal. Um grande grupo de pessoas, cidadãos brasileiros sem qualquer validade considerável para o Estado e, portanto, meros corpos descartáveis, brutalmente executados. O mesmo relatório disponibilizado pela Anistia Internacional ainda traz à luz uma questão interessante, se for possível caracterizar desta forma. Em seus depoimentos, os policiais militares que invadiram o presídio não se referiram aos apenados como pessoas, mas sim como meros “elementos”.

Os relatos daquele dia de terror são fortes, desumanos, absurdos e inaceitáveis. No entanto, merecem ser considerados no presente estudo. Se no Carandiru o Estado literalmente apontou suas armas aos detentos, em sua maioria pobres e marginalizados, e executou-os a sangue frio como se descartáveis fossem, quão grave seria enviá-los para a prisão ao invés de dar-lhes a oportunidade de cumprir medidas cautelares diversas do encarceramento em plena pandemia de Covid-19 que abalava todo o planeta?

Em suma, se as desigualdades sociais influenciam a criminalização, o que de fato ocorre, o problema da criminalização da pobreza em nosso país é grave. No Brasil, a maior parte dos encarcerados são pessoas pobres e pretas, pardas, amarelas ou indígenas, de acordo com dados disponibilizados pela Infopen no ano de 2020. No relatório divulgado, cerca de 68% do número total de encarcerados

⁵ O relatório elaborado foi encaminhado para a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, que responsabilizou o Brasil pelo descumprimento de direitos fundamentais inerentes ao ser humano na data de 13 de abril de 2000, conforme relatório nº 34/00 do caso 11.291.

eram pessoas de cor, ao mesmo tempo em que 66% eram pessoas sem estudo fundamental completo, um indicativo de baixa renda.

Tais conceitos podem descrever perfeitamente a atual situação carcerária no Brasil: a preocupação com os apenados em época de pandemia não foi encarada como um problema grave, visto que a possível morte daqueles em situação de prisão não é vista como um problema de fato. Ao contrário, há muitos que creem fielmente no ideal de que “bandido bom é bandido morto”, considerando a morte de detentos um castigo bem-vindo como vingança. Tal ideal é, por óbvio, totalmente inconstitucional e em desacordo com os Direitos Humanos fundamentais e inerentes aos cidadãos.

Cumprir destacar que existe uma diferença gritante entre a impunidade de alguém julgado culpado e a penalidade aplicada de forma justa e em respeito aos direitos fundamentais, com a finalidade de ressocializar o cidadão a fim de criar uma sociedade mais segura para todos. Posto que se o atual sistema em nada ajuda a diminuir os índices da criminalidade, então não funciona de fato. Apenas colabora para o descarte das vidas que não interessam mais ao Estado. Os autores Henrique Kloch e Ivan Dias da Motta (2008, p. 118) apontam de forma expressa a ineficácia existente nos processos de execução penal, colocando em pauta as práticas que lesam os direitos fundamentais do detento, o que acaba por prejudicar sua ressocialização ao invés de auxiliá-lo a se reinserir na sociedade.

A superlotação das unidades do sistema prisional e o descumprimento das regras mínimas atribuídas para preservar os direitos da dignidade dos apenados segregados, são de conhecimento público. Tais fatos demonstram a ineficiência na execução penal, pois atentam aos direitos da personalidade do detento, depondo contra sua ressocialização. (KLOCH, et al., 2008, p.118)

Nesse contexto, fica comprovado que a histeria punitiva não reflete mudanças reais na criminalidade (DE GIORGI, 2013, p. 30). Se realmente fosse obtida eficácia na forma como tratamos as punições a realidade seria outra. No lugar de termos uma das maiores populações carcerárias a nível mundial com índices de criminalidade ainda altíssimos fora das prisões, teríamos um país com níveis de segurança, destinada a todo o povo, elevados.

Consequentemente, a população pobre é quem sofre com o atual sistema penal brasileiro, fruto de um Estado Punitivo concreto. Enquanto a camada mais rica da população permanece impune após cometer atos criminosos graves, a camada

mais pobre do povo é sentenciada a anos dentro de um cárcere antes mesmo de ser condenado, quando poderiam cumprir medidas cautelares diversas da prisão.

No contexto pandêmico o risco apenas aumentou, e a população mais pobre do país ainda teve que lidar com o risco iminente de ser acometida por um vírus desconhecido. Tentar prevenir-se sequer era uma opção, dada as condições insalubres e anti higiênicas nas quais os apenados são forçados a viver, sem possibilidade de saída.

2.3 A nova face do punitivismo: a gestão do risco e o monitoramento social

Nos tempos de modernidade, é necessária a existência de um mecanismo a ser utilizado como forma de legitimar a atuação do Estado Punitivo perante a sociedade. Foi essa necessidade que ensejou a criação da cultura do pânico, com a finalidade de levar o povo a acreditar que somente a resposta violenta do sistema penal é capaz de controlar os crescentes níveis de criminalidade.

São os problemas resultantes do imaginário social, a impunidade e a insegurança, que exigem do poder estatal uma atuação que seja adequada ao anseio social (PASTANA, 2009, p. 121). O Estado, por sua vez, age de forma a sanar o clamor da sociedade. Ou assim prega, ainda que sua forma de agir em nada resolva os reais problemas sociais permeados entre o povo.

Na medida em que o discurso do medo se fortalece, mais os mecanismos de controle social são legitimados perante o povo, que vê no aparato penal uma falsa sensação de segurança que, em seu âmago, não passa de um engano.

A cultura do controle é a tese estudada por Luís Antônio Francisco de Souza em sua obra publicada no ano de 2003 no que se refere ao controle exercido pelo Estado, que passa a se preocupar com os riscos reais e até mesmo aqueles existentes apenas no plano imaginário. Guiado pelos ideais de David Garland, o autor discorre acerca da obsessão securitária advinda da modernidade, o que causou o direcionamento das “políticas criminais para um maior rigor em relação às penas e maior intolerância com o criminoso”. Simultaneamente, com o atual cenário da tecnologia avançada, é possível fazer a utilização de novas formas de controle a fim de identificar as condutas consideradas delituosas nos termos da lei.

O próprio autor supracitado reconhece a crise instalada no sistema penal, bem como a existência da crença que nada funciona a não ser endurecer as penas

e ampliar o controle exercido. Para ele, “o Estado busca a vingança e a exclusão, marcas incontestes de uma justiça privada, mas também aplica uma tecnologia de controle altamente moderna e cara” (SOUZA, 2003, p. 163).

Neste viés surge a noção do controle do crime como um verdadeiro negócio privado destinado a gerar lucros e fortalecer o sistema punitivo da área penal. O mais beneficiado dentro deste cenário é o próprio Estado Punitivo, que deixa de lado o ideal de ressocialização para pôr em prática um sistema penal violento. Nas palavras de Souza (2003, p. 164), as mudanças ocorridas na modernidade “levaram ao fortalecimento de uma perspectiva reacionária na qual o problema do crime passou a ser visto não mais no sentido da solidariedade e dos direitos, mas sim como uma fratura a ordem social”.

Essa é a era em que a crise instala-se de modo permanente, justificando a percepção de que, em matéria penal, nada funciona. Para muitos, portanto, não restava outra coisa a fazer senão ampliar e fortalecer a área penal. Ao mesmo tempo, ocorre um enorme investimento na infra-estrutura de controle do crime e na segurança da comunidade. O controle do crime torna-se um enorme negócio privado a produzir lucros inauditos. Esse é o novo senso-comum das políticas de controle do crime, a sua nova gramática, que convive com um perpétuo sentimento de crise no setor. (SOUZA, 2003, p. 163)

É a consequência do que o autor denomina “obsessão securitária”: a ampliação da atuação policial, oriunda do aumento do controle e vigilância da população, que culmina no encarceramento em massa. O clamor da população em resposta à cultura do medo é para que a atuação penal seja amplificada a fim de encarcerar mais. Como forma de colocar em prática tal anseio, a vigilância da população também foi amplificada, apoiada, em muito, pelas tecnologias recentes que permitem o controle do povo até mesmo através de câmeras e computadores.

A particularidade do controle digital seria o “monitoramento eletrônico à distância”. Esse monitoramento não somente ampliou a capacidade do sistema em controlar um maior número de indivíduos como também de produzir conhecimento sobre eles. É uma estratégia, política, sem dúvida, de controle de longa duração e de precisão sobre a massa de informações disponíveis na invejável memória das redes de grande porte. Na regra digital, as decisões não se dão mais de modo impensado, não demandam tempo e dispensam contatos não virtuais de qualquer tipo. Ao mesmo tempo, as formas de sanção legais e extralegis generalizam-se porque o sistema as distribui automaticamente por meio do controle de acesso. (SOUZA, 2003, p. 162)

Neste sentido, a própria aplicação da punição se altera, na medida em que passa a se desenvolver, também, no ambiente virtual. Em suma, o Estado tem

utilizado métodos de controle a fim de prevenir riscos reais e imaginários. Deste modo, garante o encarceramento de um número ainda maior de cidadãos em razão da avançada tecnologia utilizada atualmente. A dominação através do medo disseminado garante que os mecanismos de controle e vigilância sejam legitimados diante do povo, uma vez que esta foi a forma encontrada de adaptação diante de uma sociedade cujo índice de criminalidade não para de crescer.

Souza também se insere na lista de autores que criticam a criminalização da pobreza e a ideia de que a miséria seria uma escolha racional do povo, motivo pelo qual o aumento na probabilidade de apreensão e a expansão do campo punitivo seria um ajuste adequado e necessário. O cenário fantasioso proposto pelo autor, que define o define como uma ficção, é a de que tanto a pobreza quanto a prosperidade seriam oriundos dos esforços do próprio indivíduo, sem considerar os fatos alheios à sua vontade.

A classe trabalhadora e o lumpemproletariado também são livres para fazer suas escolhas, e a pobreza é uma dessas escolhas. Dentro dessa perspectiva, o crime também é visto como uma escolha racional. A estratégia neoconservadora de aumentar a probabilidade de apreensão e a severidade da punição é um ajuste sensível na economia de mercado do crime. Acreditar que o “crime é uma decisão, não uma doença” dá apoio à ficção necessária da economia de mercado segundo a qual a prosperidade e a pobreza são conquistas de indivíduos, não são condicionantes de raças, classes ou gêneros, bem como nenhuma pessoa é responsável pela dificuldade de outras ou obrigada a confrontar deficiências estruturais no sistema. (SOUZA, 2003, p. 164)

No intuito de compreender o funcionamento da realidade fática do Estado Punitivo no atual sistema, Vera Andrade (2010, p. 8) aponta a existência de cinco pontos distintos de identificação. O primeiro trata-se do teor quantitativo do controle, ou seja, sua ampliação. Este tópico se conecta intrinsecamente com o ideal de Souza de aumento na utilização dos mecanismos de controle da população, em especial da camada marginalizada do povo. A expansão do controle punitivo vem acompanhada nos novos métodos de controle do povo, a fim de garantir o aumento na probabilidade de identificar novas condutas delituosas, além de figurar como uma forma de negócio ao Estado.

Em um segundo momento, traz-se à luz a expansão quantitativa por meio da diversificação, que apresenta, como terceiro ponto de identificação, a continuidade dos métodos punitivos combinada com a redefinição das penas aplicadas, bem como dos dispositivos e tecnologias de controle empregadas. Vera Andrade (2009)

aponta a maximização dos mecanismos punitivos a fim de combater a criminalidade, maximização esta que decorre da própria noção de que o método atual não funciona. Cria-se um ciclo vicioso, se o sistema não funciona, a repressão deve ser expandida. Dessa forma, endurecem-se as penas, amplia-se os métodos de controle social e aumenta-se o nível do medo disseminado na sociedade.

O discurso oficial da “Lei e Ordem” proclama, desta forma, que se o sistema não funciona, o que equivale a argumentar, se não combate eficientemente a criminalidade, e nem sequer garante a “ordem”, é porque não é suficientemente repressivo. É necessário, portanto, maximizar os níveis (instrumentais e simbólicos) de eficiência do sistema para otimizar a luta contra a criminalidade, o que acarreta intervenção nos diversos níveis da engenharia e da cultura punitiva (mais leis penais e criminalizações, polícia, juízes, prisões, controles eletrônicos, amplificação do medo e da sensação de insegurança, mais e mais segurança pública). (ANDRADE, 2009, p. 11)

O quarto e penúltimo se trata da expansão do controle informal, ou seja, as penas privadas aplicadas dentro dos cárceres, como exposta pela própria pena de morte informal aplicada aos condenados à vida no cárcere. O controle informal, por sua vez, é aquele praticado além das linhas concretas do controle formal exercido. É o que de fato ocorre depois do momento em que o aprisionado entra pelas portas do cárcere. É a máxima já apontada previamente por Alessandro de Giorgi (2013, p. 29)⁶ ao afirmar que a demonização dos criminalizados trazia a legitimidade de práticas penais simbólicas e draconianas. Simbólicas na teoria, draconianas na prática, pois a população pobre, desempregada e sem estudos que é inserida dentro de um cárcere sabe que poderá sair morto, ou diretamente de volta para o crime, afinal é a única forma que sabem viver em razão do meio social no qual estão inseridos. Dessa forma, o sistema penal serve como uma fachada para o seu funcionamento fático, que se opõe ao funcionamento oficialmente divulgado.

Uma, de que há na região um funcionamento global e real dos mecanismos do controle formal e informal em contrariedade ao funcionamento oficialmente programado. Daí falar de “um sistema penal subterrâneo” funcionando sob “um sistema penal aparente”. E outra de que a articulação de instâncias judiciais com os níveis de maior discricionariedade, como a policial, operam sistematicamente na região em função da seletividade classista do controle social. (ANDRADE, 2009, p. 7)

Por fim, a autora aponta como último ponto de identificação a minimização das garantias fundamentais no âmbito dos processos penais. As garantias

⁶ Na versão original: “El ascenso del populismo penal que demonizaba a los criminales como marginales peligrosos e irredimibles renovó la legitimidad de toda una serie de prácticas penales simbólicas y draconianas.” (DE GIORGI, 2013)

processuais serviriam, em tese, como o próprio limite da atuação penal a fim de garantir que as penas aplicadas não ultrapassassem os limites dos direitos fundamentais do ser humano. Contudo, quando se trata de punir a camada marginalizada da população, elas sequer são observadas como deveriam.

Neste sentido, Débora Pastana (2009, p. 121) esclarece que o sistema penal opera de forma autoritária, tanto no decorrer processual quanto na própria execução da pena estabelecida, suprimindo os direitos fundamentais previstos na legislação para tutelar os direitos dos condenados, suprimindo também os benefícios concedidos. Assim, se assenta um sistema similar à própria ditadura, onde os direitos são ignorados e substituídos por penas severas que em nada ajudam a ressocializar o cidadão, demonstrando de forma clara o descaso do próprio Estado para com as garantias constitucionais de todos os cidadãos.

Como pode ser observado, a Justiça Penal, mesmo durante a execução da pena, opera de forma autoritária e excludente, ao suprimir ao máximo os direitos previstos em lei para os condenados, adotando uma postura altamente repressiva, revelada pelos ínfimos percentuais de benefícios concedidos. No Brasil, as respostas à criminalidade consistem, portanto, em sua grande maioria, em penas severas, traduzidas na ausência do respeito às garantias constitucionais e no recurso amplo ao encarceramento. Nessa linha, nossos governos democráticos contemporâneos frequentemente adotam uma posição punitiva que visa reafirmar a aptidão do Estado em punir e controlar a criminalidade. (PASTANA, 2009, p. 121)

No âmbito dos mecanismos de controle, Andrade (2010, p. 10) ainda faz uma crítica à forma de funcionamento do sistema atual, que pesa o custo-benefício do controle punitivo do sistema penal a fim de garantir seus lucros, afirmando que “é neste campo que têm lugar a privatização e a venda aberta de presídios, as tecnologias eletrônicas de controle, bancos de dados, pulseiras e toda gama de objetos para o monitoramento de presos”.

Por fim, no sistema vigente dominado pela classe considerada de elite, “o que se verifica é a consolidação de uma sociedade de exclusão, de uma democracia sem cidadania, de um cidadão sem direitos” (PASTANA, 2009, p. 135). É o Estado Punitivo estabelecido que contribuiu para uma sociedade em que quanto mais severas as penas aplicadas, mais satisfeita ela estará, ainda que a criminalidade siga aumentando de forma incessante.

Neste contexto surge uma necessidade: encontrar um meio de solucionar o problema. Ainda que a resolução total da questão seja uma realidade utópica e distante, há formas de dirimir determinadas tribulações advindas deste sistema.

Entre elas, estão estabelecidas as medidas cautelares diversas da prisão em regime fechado, que serão abordadas de forma pormenorizada no presente estudo.

3 PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E COVID-19

A fim de compreender a estruturação da prisão, das medidas cautelares e o motivo pelo qual a pandemia impactou de forma irremediável o sistema prisional, é necessário apontar de forma pormenorizada a configuração de cada um desses fenômenos para possibilitar uma análise aprofundada dos resultados oriundos da criminalização da pobreza e do estado punitivo na realidade fática de nosso país.

A priori, cabe ressaltar que o próprio instituto da prisão em regime fechado deveria seguir determinadas regras e preceitos a fim de garantir que os direitos fundamentais dos presos sejam protegidos, para que nenhum cidadão seja colocado em risco.

A nível universal, é válido mencionar o conjunto nomeado Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (também conhecidas como Regras de Nelson Mandela), traduzidas e publicadas no Brasil pelo Conselho Nacional de Justiça, que buscou estabelecer um acervo de regras com o objetivo de “estabelecer os bons princípios e práticas no tratamento de presos e na gestão prisional” (2016). Apesar de não terem força de lei visto se referir a um tratado internacional, tais regras foram criadas e aprovadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a fim de servir como uma guia orientador para os países ao redor do globo, demonstrando através de suas disposições a forma mais humana de tratar aqueles que se encontram em situação de reclusão, deixando claro que o respeito e a manutenção da dignidade do preso deve ser um princípio básico a ser seguido por todos os sistemas ao redor do mundo.

Regra 1. Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada. (REGRAS DE MANDELA, 2016, s.p)

A nível nacional, a fim de buscar colocar em prática as recomendações constantes nas Regras de Nelson Mandela, a Lei de Execução Penal estabelece exigências básicas que devem ser seguidas pelas penitenciárias a fim de manter a

dignidade dos apenados, como por exemplo: celas individuais e salubres, com ventilação, e manter a lotação dentro da capacidade máxima (BRASIL, 1984). Embora existam determinações a serem seguidas a fim de proteger a população encarcerada, a realidade é totalmente contrária às disposições estabelecidas em lei, conforme restou comprovado no primeiro capítulo da presente pesquisa.

A clara desatenção aos direitos dos presos foi um dos motivos que originaram a necessidade da introdução de novos instrumentos a serviço do processo penal que pudessem diminuir o número de prisões no país. O Código de Processo Penal vigente no território brasileiro data do ano de 1941, quando o Brasil vivia o governo de Getúlio Vargas. A Constituição de 1988 sequer existia e as legislações eram inspiradas pelos ideais fascistas dominantes na época. Naquele tempo, as medidas que buscavam garantir a segurança do processo eram centralizadas apenas na prisão cautelar durante o decorrer da investigação (QUEIROZ et al., 2012, s.p). Foi neste cenário e a fim de, na medida do possível, alterar o teor autoritário do Código vigente até então que surgiu a lei 12.403 no ano de 2011, trazendo à legislação o estabelecimento das medidas cautelares diversas da prisão, que buscavam garantir a eficácia do processo sem a aplicação da prisão em regime fechado antes do trânsito em julgado processual.

O nexos entre as medidas cautelares e a pandemia é evidente. Enquanto a pandemia atingia o Brasil e o mundo em níveis nunca vistos, a população encarcerada clamava por segurança contra o novo vírus, mas não era ouvida. Embora seja claro que garantir a saúde da população carcerária deveria ser essencial e prioridade ao Estado, até mesmo a fim de proteger a população geral, isso não ocorreu, e as pessoas em situação de prisão, já esquecidas por tantos, foram delegadas ao final da lista de prioridades do Estado no combate à pandemia.

Como fundamento, é de se destacar que a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva, sendo latente que um cenário de contaminação em grandes proporções nos estabelecimentos prisionais certamente produzirá impactos terríveis para a segurança e a saúde pública de toda a população, extrapolando os limites internos do cárcere (NAVES, 2021).

Com uma gama tão grande de medidas alternativas à prisão cautelar, questiona-se o porquê de tais medidas não terem sido aplicadas em sua máxima eficácia. Na realidade utópica de aplicação das medidas cautelares, imensurável se

tornaria o número de contágios e mortes por Covid-19 que poderiam ter sido evitados.

3.1 As prisões cautelares como *ultima ratio*

Como exposto previamente, boa parte dos cidadãos em situação de prisão se encontram encarcerados de forma cautelar e sequer foram julgados, o que significa que nem mesmo existe sentença condenatória dentro da ação penal. A priori, há que se falar do princípio máximo no que tange a aplicação de prisão preventiva no Brasil: teoricamente, tal medida deve ser imposta como *ultima ratio*, sendo reservada para os casos em que a prisão cautelar se faça extremamente necessária para a garantia da ordem pública e econômica, bem como para a garantia da instrução criminal e eventual aplicação da lei penal.

A prisão cautelar pode ser caracterizada como a espécie de prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com a finalidade de garantir a eficácia do andamento processual, bem como a eficácia da aplicação da lei penal (LIMA, 2020, p. 1.070). Trata-se, portanto, de uma prisão decretada em face de um indivíduo antes da formação da culpa, antes do próprio julgamento, a fim de garantir que o processo possa ter o devido andamento e assegurar a segurança da sociedade, com base nas mais diversas fundamentações.

As prisões cautelares podem ser divididas em duas: a prisão temporária, prevista na lei 7.960/89 e que possui o prazo de 5 dias, podendo ser prorrogada por igual período em caso de comprovada necessidade, nos termos do artigo 1º da retromencionada legislação. Findo o prazo, o preso deverá ser posto em liberdade, a não ser que seja decretada sua prisão preventiva. A prisão preventiva, por sua vez, é a segunda forma de prisão cautelar prevista em nossa legislação. Ela somente deverá ser aplicada quando for extremamente necessária para o curso da ação penal.

Ambos os tipos de prisões cautelares são considerados *ultima ratio* no sistema brasileiro. Giza-se que na presente pesquisa não se considera a modalidade de prisão em flagrante, visto ser considerada, para todos os efeitos, uma prisão precautelada.

A própria legislação brasileira é clara ao prever no artigo 282 do Código de Processo Penal que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a

sua substituição por outra medida cautelar”. O estado de liberdade é a regra, as medidas cautelares diversas da prisão são as preferíveis a serem aplicadas em casos de necessidade, e a prisão preventiva processual é a última opção, a exceção excepcionalíssima reservada para os casos mais extremos em que não exista qualquer outra alternativa que possa garantir a ordem pública e o devido decorrer do processo. Pode-se concluir que as medidas cautelares, em especial a prisão cautelar, não tem como objetivo fazer justiça, mas garantir que o sistema judiciário possa funcionar de forma regular durante o processo penal, sendo caracterizado como um instrumento a serviço do processo (LOPES JR, 2019, p. 701).

Diante disto, quando se fala em prisão cautelar na fase processual penal deve-se analisar minuciosamente a necessidade de aplicação desta medida, visto que deve ser aplicada apenas como última opção. Para Aury Lopes Jr., o caráter excepcional da prisão cautelar deve sempre ser observado, em complemento ao princípio da presunção de inocência presente no sistema brasileiro, devendo ser aplicada pelo Magistrado apenas em casos mais graves, ou seja, quando há uma motivação devida e fundamentada que justifique a aplicação da medida privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da ação penal.

Neste terreno, excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade devem caminhar juntas. Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. (LOPES JR., 2019, p. 714)

Ultima ratio significa que a prisão preventiva deveria ser aplicada apenas em casos extremos em que deixar o cidadão responder ao processo em liberdade seria prejudicial para a sociedade e/ou para a investigação dos fatos em questão, em ocasiões em que a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão não poderiam garantir a eficácia do andamento processual penal e tampouco a segurança da população. Portanto, não deveria jamais ser utilizada como uma forma de antecipação de uma possível pena posterior, e muito menos para satisfazer o clamor público pelo encarceramento de um indivíduo nos casos que ganham repercussão midiática em grande escala e criam medo generalizado no povo.

Para Eugênio Pacceli (2017, p. 260), a aplicação da medida privativa de liberdade anterior ao trânsito em julgado só deveria ser decretada quando for comprovadamente a única alternativa capaz de proteger a persecução penal em seu

inteiro teor procedimental, somente devendo ser estabelecida quando as demais medidas cautelares diversas da prisão não forem suficientes para garantir tal proteção, uma vez que se trata de uma medida extremamente grave e que vai contra as “garantias individuais constitucionais”.

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade. Em nosso Direito, a partir da Lei nº 12.403/11, e tal como ocorre no Direito português e no Direito italiano, são previstas várias outras medidas cautelares pessoais distintas da prisão preventiva, somente se aplicando esta última, como regra, quando não forem suficientes as demais. (PACCELLI, 2017, p. 260)

Nas palavras de Tourinho Filho (2011, p. 677), a prisão cautelar deveria limitar-se “aos casos indispensáveis, pelo mal irreparável que causa àqueles declarados inocentes no final da instrução”. Isso significa que, caso um cidadão fosse julgado inocente ao final do processo, teria passado pelas amarguras do cárcere cautelar sem motivo plausível e de forma totalmente indevida e injusta.

A priori, para que a prisão cautelar seja aplicada há que serem observados determinados princípios, tais como a jurisdicionalidade e motivação que prevê que toda e qualquer prisão cautelar deve ser decretada por ordem judicial com os devidos fundamentos; o contraditório a fim de oportunizar manifestação da defesa antes da aplicação da medida exceto em casos de urgência; a provisionalidade a fim de estabelecer que as prisões cautelares dizem respeito apenas a uma situação de perigo atual, não devendo se prolongar além desta; a provisoriedade que garante que as prisões cautelares devem ter um período curto de duração; a proporcionalidade a fim de ser considerada a gravidade da medida em contraposição ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis*; e, por fim, a excepcionalidade a fim de que reste claro que a prisão cautelar deve ser a *ultima ratio* no sistema. (LOPES JR., 2021, p. 63)

O entendimento estabelecido em nossos tribunais é de que as medidas cautelares, quando suficientes para garantir a ordem pública, devem ser aplicadas no lugar da prisão preventiva. Esta deve ser decretada apenas em casos máximos, e de forma fundamentada. O que abre margem a interpretação, no entanto, é a “fundamentação” em questão. Afinal, qual fundamentação seria suficiente para explicar o motivo pelo qual mais de 200 mil pessoas se encontram presas

provisoriamente em nosso país, aguardando julgamento? Ademais, a falta de defensoria pública em diversas comarcas impossibilita o cidadão hipossuficiente de postular pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, o que significa que inúmeras pessoas se encontram presas preventivamente pelo simples fato de que sequer tiveram a oportunidade de requerer sua soltura, posto que não possuem defensor constituído dentro da ação penal.

A prisão é a exceção, não a regra. A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão é, conseqüentemente, preferível quando for necessário a aplicação de medidas a fim de garantir a eficácia do processo penal. Tais medidas também são caracterizadas como exceção, posto que limitam certas liberdades do cidadão. Portanto, a prisão se torna a exceção excepcionalíssima das próprias exceções.

No entanto, o problema do uso desenfreado da prisão cautelar é real e não é atual. No ano de 2002, Luigi Ferrajoli já fazia uma crítica aprofundada à aplicação de prisão cautelar durante o processo penal. Para o autor, a prisão cautelar estaria ligada à pena antecipada, afirmando que o ideal por trás das prisões cautelares era de que “primeiro se pune e depois se processa, ou melhor, se pune processando” (2002, p. 623). Para ele, a existência da prisão cautelar vai contra todas as garantias penais e processuais dos indivíduos que fazem parte da ação penal, visto que tal privação da liberdade não possui um caráter cautelar, mas sim punitivo na medida em que submete o cidadão às dificuldades da privação de liberdade sem sequer haver sentença penal condenatória transitada em julgado, e antes de ter a oportunidade de se defender de qualquer acusação de forma formal.

Aury Lopes Jr. traz à luz um dos problemas presentes no sistema brasileiro, intrinsecamente ligado com o problema apresentado por Ferrajoli: a banalização das prisões cautelares. Ele afirma que o erro já se encontra no princípio das ações penais, ao se prender o cidadão a fim de continuar as investigações, quando a realidade fática é que primeiro deveria ser feita a investigação para depois efetuar a prisão, devendo esta ser decretada apenas quando demonstrados todos os requisitos para tanto tendo em vista a gravidade da privação de liberdade para aqueles que são a ela submetidos.

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para investigar, quando, na

verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. (LOPES JR., 2019, p. 714)

Além da crítica à banalização da aplicação da prisão cautelar, Aury Lopes Jr. ainda afirma que tal medida traz a falsa sensação de eficiência do sistema estatal em reprimir condutas delitivas. O autor ainda aponta que a existência da necessidade da prisão para que a sociedade possa crer nas instituições jurídicas, legitimando-as, é algo preocupante e que demonstra um retrocesso a um ideal de estado autoritário. Dessa forma, afirma o autor, “o que foi concebido para ser ‘excepcional’ torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente” (2019, p. 714). Tal ideal conecta-se com Frajola as características do Estado Punitivo apresentadas no primeiro capítulo da presente pesquisa, posto que o próprio estado cria o problema da criminalidade e se propõe a resolvê-lo através do encarceramento, sendo legitimado pela sede da sociedade em ver a “justiça” e a “segurança” supostamente trazida pelas prisões.

Além do notório problema da falsa sensação de eficácia do combate contra a criminalidade trazida pelas prisões, há outra questão preocupante: a utilização da privação de liberdade a fim de tentar coagir o indivíduo a confessar determinado ato, ainda que tal prática seja totalmente inconstitucional e autoritária. Utilizar a prisão preventiva como forma de coagir o investigado a fim de se ver constrangido a confessar atos delituosos que supostamente praticou é, por si só, uma afronta ao próprio Direito (RENAULT et al., 2014, s.p). Alexandre Morais da Rosa faz uma analogia com a teoria dos jogos ao colocar a prisão cautelar como uma “tática de guerra no jogo processual” (2013, p. 78). Em outras palavras, seria utilizada como uma tática de coagir o indivíduo a confessar ou para conseguir aprofundar as investigações. Tal técnica não somente é inconstitucional, mas já foi rechaçada no entendimento do STJ em Habeas Corpus nº 682.400 (2021/0232602-9), no qual a ministra Laurita Vaz evidencia a ausência de dispositivo legal que autorize a prisão preventiva para garantir a investigação.

Essa fundamentação é ilegal. Não há, no ordenamento, previsão de decretação de prisão preventiva com a finalidade de produção de elementos probatórios para instruir causas criminais (prisão para averiguações). [...] Ora, ainda que o art. 1.º, inciso I, da Lei n. 7.960/1989 preveja o cabimento de prisão temporária “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”, e se nem mesmo nessa modalidade de cautelar é possível a prisão para averiguações, com muito menos razão poderia ser admitida prisão preventiva para essa finalidade (VAZ, 2021, p. 10).

Ainda há a suposta fundamentação de utilizar a prisão cautelar como uma garantia contra um possível risco de reiteração delitiva. A realidade fática é que tal forma de agir é totalmente inconstitucional, indo contra o princípio da presunção de inocência que encontra guarida na própria Constituição Federal da República. Todas as justificativas retornam para a principal: garantir a ordem pública mediante encarceramento do cidadão investigado, fundamentação criticada amplamente por diversos doutrinadores.

A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública, pode ser considerado um instituto ultrapassado, não se fazendo cabível em um estado democrático de direito. Dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, tem como um de seus primórdios a liberdade (PEREIRA et al, 2020, s.p).

Em tese, a ordem pública é o estado de tranquilidade na sociedade, resultando em segurança para o povo. Este deveria ser o resultado final do sistema judiciário, mas torna-se uma justificativa “injustificada” para fundamentar o que muitas vezes não pode e não deveria ser fundamentado.

Não se tem um conceito exato do que significa a expressão ordem pública. No entendimento dos autores, a decretação da preventiva com base neste fundamento objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. Para eles, a mera existência de antecedentes criminais não seria, por si só, um fator de segurança, pois a ordem pública deve ser uma expressão de tranquilidade para a sociedade. (TÁVORA et al., 2014, p. 733).

Apesar das amplas críticas, a grande maioria das fundamentações utilizadas para manter a prisão ou decretar a preventiva e exatamente essa: a garantia da ordem pública, de forma geral, sem individualizar uma fundamentação para cada caso concreto. Se torna, portanto, quase um modelo seguido e copiado pela grande maioria dos magistrados, que a utilizam para dar embasamento a algo que não deveria sequer ser embasado, pois não possui uma fundamentação concreta.

A legitimidade das prisões cautelares, portanto, encontra seu fim. Deixando-se de lado os princípios constitucionais da presunção de inocência e do estado de liberdade como direito fundamental do cidadão, as prisões preventivas são decretadas a bel prazer do judiciário a fim de manter seus próprios interesses tutelados, ao invés de prezar pelos interesses e direitos do povo.

Se porventura ao final do processo o cidadão for julgado inocente, ele já terá passado por uma privação de liberdade de forma equivocada, descabida e desproporcional, além de ilegal, que pode deixar sequelas e feridas emocionais e

psicológicas a longo prazo diante de todas as situações vivenciadas dentro dos cárceres.

3.2 As medidas cautelares como instrumentos substitutivos e excepcionais

Diante do grave cenário da cultura do medo, da criminalização da pobreza e do encarceramento desenfreado que causa uma superpopulação extrema nas penitenciárias brasileiras, foi necessário criar um instrumento que possibilitasse, ao menos em parte, utilizar-se de uma alternativa à prisão preventiva uma vez que é a própria prisão cautelar a “principal responsável pela superlotação carcerária” (QUEIROZ et al., 2012, s.p). Assim, em 04 de maio de 2011 surgiu a nova legislação que alterou dispositivos essenciais do Código de Processo Penal, inclusive o artigo que estabeleceu as medidas cautelares diversas da prisão. Buscava-se, através dos novos dispositivos, diminuir o número das prisões cautelares no Brasil, considerado um dos países que mais abusam da prisão preventiva.

O Brasil é, atualmente, um dos países que mais abusam da prisão cautelar. O encarceramento desnecessário de pessoas que são presumidamente inocentes constitui exemplo do denominado direito penal do inimigo, que se exterioriza e se manifesta em todo ato persecutório ou punitivo indevido, no âmbito criminal, tal ato se funda na discriminação da pessoa mediante a violação de um direito ou mesmo de uma garantia fundamental. (QUEIROZ et al., 2012, s.p)

Ao invés de perpetuar o ideal de prender para investigar, as medidas cautelares surgiram como uma forma de possibilitar outras formas de garantir o devido andamento do processo penal sem ser necessário o encarceramento do investigado antes da conclusão da investigação, ou seja, substitui-se a prisão cautelar por medidas que não limitam totalmente a liberdade do cidadão, mas ainda atingem uma das finalidades para a qual foram criadas, qual seja garantir a segurança do processo. Não se tratam de penas antecipadas, mas sim de um instrumento processual a serviço da ação penal.

O novo sistema apresentado pela Lei nº 12.403/2011 trouxe uma nova gama de possibilidades de medidas a serem aplicadas pelos juízes antes que fosse necessária a mera cogitação do decreto de prisão preventiva, objetivando-se o término do encarceramento desnecessário de pessoas para as quais a prisão em regime fechado extrapola os limites legais.

O Sistema Nacional carecia de medidas intermediárias, que possibilitem ao juiz evitar o encarceramento desnecessário. Tal bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar. Muitas pessoas estão recolhidas nos cárceres brasileiros desnecessariamente. O novo sistema oferece ao juiz possibilidades de não encarceramento. (QUEIROZ et al., 2012, s.p)

Assim, as medidas cautelares diversas da prisão foram estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro⁷, estando imbuídas de um caráter de natureza instrumental, a serviço do processo penal para garantir sua eficácia. Elas foram inseridas na legislação por meio da supracitada Lei nº 12.403, de 2011. O projeto de lei nº 4.208/2001, que deu origem à referida legislação, buscava atualizar o Código Processual Penal considerando a evolução ocorrida nas jurisprudências no sistema brasileiro.

Desta feita, pode ser considerada uma evolução no que tange ao processo penal considerando a situação carcerária atual. Junto ao projeto de lei que expandiu o leque de medidas cautelares diversas daquelas que submetiam o cidadão ao cárcere, pôde ser percebida uma “profunda mudança de paradigma no sistema processual penal, tendo sido a prisão preventiva relegada a última opção pelo sistema” (DEZEM, 2011, s.p). Assim, passa-se a aplicar a prisão cautelar somente nos casos em que as medidas cautelares diversas não conseguirem garantir a eficácia da aplicação da lei penal (GANDOLPHI, 2021, s.p).

As medidas cautelares diversas da prisão surgiram dentro do contexto explanado no capítulo anterior, onde o discurso do medo é disseminado entre a sociedade, justificando um encarceramento em massa daqueles em situação de miséria através da necropolítica posta em prática pelo próprio Estado. Nesse sentido, na busca por amenizar tal fenômeno, foram inseridas as medidas cautelares dentro da legislação brasileira, que também buscavam desafogar o sobrecarregado sistema judiciário.

Guilherme Nucci (2021, p. 625) classifica as medidas cautelares como um “instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto”. Em suma, elas foram criadas como forma de diminuir o número de decretos de prisões

⁷ Comparecimento periódico em juízo (...); Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (...); Proibição de manter contato com determinada pessoa (...); Proibição de ausentar-se da comarca (...); recolhimento domiciliar (...); suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira (...); internação provisória do acusado (...); fiança nas infrações que a admitem (...); monitoração eletrônica. (BRASIL, 1941)

cautelares expedidos no Brasil. Na teoria, uma vez preenchidos os requisitos propostos em lei para a sua aplicação, a prisão do investigado em ação penal poderia ser substituída pela aplicação das medidas cautelares, podendo ser aplicada até mesmo mais de uma medida de forma cumulativa.

As medidas cautelares diversas da prisão vigentes no Brasil foram instituídas com finalidades específicas: aplicar a lei penal a fim de garantir que a investigação ou instrução criminal possa ocorrer sem prejuízo ao processo, ao mesmo tempo em que evita que todos os cidadãos respondendo por processo criminal sejam colocados dentro dos cárceres antes de haver uma sentença condenatória ou de absolvição contra si.

As medidas cautelares apresentam uma alternativa que possibilitaria uma reabilitação do investigado enquanto permanece vivendo fora dos presídios, uma opção que a prisão preventiva, por exemplo, não apresenta, além de garantir a aplicação do princípio da presunção da inocência ao não “condenar” o investigado à prisão e a total falta de liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado da ação penal. Tutela-se, assim, o princípio da presunção da inocência, garantia estabelecida na Constituição Federal brasileira. Através das cautelares seria possível manter o convívio com a sociedade e vínculos empregatícios, por exemplo.

As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. [...] Medidas como as de proibição de frequentar lugares, de permanecer, e similares, implicam verdadeira pena de “banimento”, na medida em que impõem ao imputado severas restrições ao seu direito de circulação e até mesmo de relacionamento social. Portanto, não são medidas de pouca gravidade. (LOPES JR., 2019, p. 793)

Conforme apontado pelo autor supracitado, as medidas cautelares não são de baixa gravidade e ainda devem ser aplicadas excepcionalmente, apesar de serem preferíveis à aplicação da prisão cautelar. Diante disto, não deveriam ser aplicadas sempre, em todos os casos, apenas quando devidamente preenchidos os requisitos, até mesmo porque no Estado de Direito, “toda restrição que venha a incidir sobre a liberdade deve ser rigorosamente justificada e necessária: porque a liberdade é regra, sua supressão ou restrição é exceção” (QUEIROZ et al., 2012, s.p).

Pode-se notar, analisando o atual contexto brasileiro, que há duas justificativas maiores para tratar a prisão preventiva como *ultima ratio*: tentar ao máximo diminuir a superlotação dos presídios, e evitar que pessoas que podem ser

inocentes passem pela complexa experiência do cárcere. Ademais, conectando-se ao Estado Punitivo, pode ser um instrumento utilizado a fim de garantir que seja dado um basta na criminalização da miséria e no fenômeno da necropolítica.

Teoricamente, as medidas cautelares diversas da prisão surgiram como uma forma de facilitar a aplicação destas no lugar da prisão provisória, tendo em vista que os magistrados, por muitas vezes, utilizavam de suas próprias crenças e juízos ao aplicar a prisão preventiva em casos em que tal medida era desnecessária. Cada medida possui finalidades distintas, a fim de ser possível verificar qual será a mais eficaz a ser aplicada dependendo de cada caso. Desta feita, para cada caso distinto foi estabelecida uma medida cautelar distinta, cuja escolha de aplicação deverá ser feita pelo Magistrado no momento oportuno. Nesse sentido, existem medidas cuja finalidade é garantir a permanência do investigado na comarca ou em lugar determinado e específico por meio do monitoramento eletrônico; evitar a prática de outros atos delituosos; garantir a proteção das provas no decorrer da investigação; evitar o contato do investigado com certos locais ou pessoas; entre outros, sendo que cada medida deve ser aplicada de acordo com as circunstâncias do ato delituoso investigado e das condições pessoais de cada réu.

Imprescindivelmente, há que frisar a existência de requisitos estabelecidos em lei para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão. Preliminarmente, os critérios bases podem ser separados em: legalidade, necessidade, adequação, razoabilidade e proporcionalidade. Importante frisar que as medidas cautelares devem ser aplicadas de ofício pelo magistrado, após requerimento das partes, representação de autoridade policial ou a requerimento do Ministério, conforme estabelecido no Código de Processo Penal brasileiro.

O artigo 282 do CPP é claro ao estabelecer os dois requisitos mais básicos: a necessidade da medida cautelar para a aplicação da lei penal e a adequação da medida a ser aplicada com a gravidade do crime cometido.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941, s.p)

A necessidade da aplicação fundamenta-se na indubitável essencialidade de restrição do investigado a fim de garantir a aplicação da lei penal, a investigação, a instrução criminal e a fim de evitar a prática de outras infrações penais. Comprovadamente existente tal necessidade, passa-se a analisar a adequação da medida ao crime, fato e condições pessoais do cidadão.

Quanto à adequação, Guilherme Nucci exemplifica de forma simples ao afirmar que quanto maior a gravidade do crime, opta-se pela prisão cautelar, em caso de gravidade média, opta-se pela medida cautelar diversa (NUCCI, 2021, p. 628). Nos casos onde há a aplicação de medida cautelar, esta deverá ser adequada a cada indivíduo, devendo ser considerados particularidades tais como por qual crime o cidadão está sendo investigado, se é primário ou reincidente e se possui bons ou maus antecedentes, devendo cada medida ser proporcional às especificidades dos casos concretos. Ademais, a proporcionalidade deve ser revista no decorrer do tempo, a fim de não se estender por um período longo que extrapole os limites legais, uma vez que “medida que nasce proporcional, com o tempo perde seu caráter de proporcionalidade e, por isso, deve ser revista à luz do art. 282 do CPP” (DEZEM, 2011, s.p).

Há que atentar, também, para o princípio da provisionalidade, o que significa que a medida cautelar aplicada deve sempre estar conexa com o fato gerador de tal necessidade. Desaparecendo o fato ou se alterando a situação, cabe ao Magistrado modificar a medida aplicada, ou revogá-la por completo, sob pena de se tornar ilegal e afrontosa aos direitos do cidadão.

Toda medida cautelar está vinculada a uma determinada situação fática. A provisionalidade se relaciona com o fato que ensejou a decretação da medida cautelar. Se tal situação é alterada, obviamente haverá modificação na medida cautelar. Vale frisar que, desaparecida a situação fática que ensejou tal medida, deverá o magistrado revogá-la ou substituí-la. Voltando a situação fática, caberá ao juiz decretar nova medida. [...] Há notório excesso quando o juiz, mesmo constatando o desaparecimento da situação fática justificadora de tal medida cautelar, não a revoga. Ilegal se torna a medida, além de inconstitucional, quando violado o princípio da proporcionalidade. (QUEIROZ et al., 2012, s.p)

Nesta senda, as medidas cautelares não devem ser aplicadas em qualquer caso simplesmente a bel prazer do Magistrado para garantir uma falsa sensação de segurança, mas apenas quando forem encontrados todos os requisitos supracitados. O autor Aury Lopes Jr. é claro ao afirmar que as medidas cautelares não devem ser banalizadas e aplicadas de forma injustificada apenas para aumentar o índice de

intervenção penal, visto que, apesar de serem consideradas mais leves do que a prisão propriamente dita, elas ainda são revestidas de restrições graves, motivo pelo qual devem ser utilizadas apenas quando extremamente necessário.

Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos. (LOPES JR., 2021, p. 62)

Conforme exposto, apesar de serem medidas mais brandas do que a efetiva privação de liberdade trazida pela prisão cautelar em regime fechado, as medidas diversas da prisão ainda devem ser aplicadas com a maior eficácia e excepcionalidade possível, após minuciosa análise do Magistrado a fim de aferir a real necessidade da aplicação para a garantia do processo penal. Traz-se à tona, mais uma vez, o fato de que o estado de liberdade total é a regra no sistema brasileiro.

Inobstante, ao analisar cada caso deve-se sempre optar por aplicar a medida menos onerosa possível e apenas quando necessário, a fim de resguardar os direitos fundamentais e constitucionais dos cidadãos. Os requisitos retro elencados para a aplicação da prisão cautelar também devem ser analisados no momento de decidir pela aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

No caso concreto, é necessário apontar a diferença existente entre o processo criminal e o processo civil em nosso sistema vigente. O *periculum in mora*, conforme utilizado nos processos civis, consiste no perigo na demora da prestação jurisdicional, ou seja, a possibilidade de dano irreversível para alguma das partes ou para o bem tutelado no caso de demora na decisão do Magistrado. Trazendo tal princípio para o processo penal, ele se pode traduzir para o *periculum libertatis*. Nesse caso, o que deve ser analisado a fim de aplicar as medidas cautelares deve ser o perigo que pode ser trazido ao processo caso o acusado seja posto em liberdade, e se esse perigo sequer existe no caso em análise.

Assim, pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (LOPES JR., 2021, p. 40).

Já no que se refere ao *fumus commissi delicti*, este pode ser caracterizado como a existência clara de crime e fortes indícios de autoria. Um conceito amplo que

origina diversas críticas, pois não há que se falar em certeza de nada antes do trânsito em julgado na ação penal. Inobstante, é necessária a existência de evidências suficientes de cometimento de crime e de um agente específico como o autor de tal conduta.

O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. (LOPES JR., 2021, p. 38).

O §1º do artigo 282 do Código de Processo Penal brasileiro é claro ao expor que “as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”, e o §4º do mesmo artigo explana de forma expressa que em caso de descumprimento de quaisquer obrigações impostas juridicamente, o Magistrado poderá substituir a medida cautelar, impor outras de forma cumulativa, ou, excepcionalmente, decretar a prisão preventiva do cidadão.

§ 4 No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único) (BRASIL, 1941, s.p).

Existe um amplo leque de medidas a serem aplicadas antes de ser a prisão preventiva a opção cogitada. Neste sentido, em matéria publicada no ano de 2011 na IBCCrim, o autor Guilherme Dezem afirma que existe uma ordem pré estabelecida, constante no artigo 310, caput⁸, do Código de Processo Penal, que discorre acerca dos atos a serem tomados pelo Magistrado. De acordo com o autor, a ordem especificada é a ordem a ser seguida a fim de garantir que a medida aplicada se atente para o critério da proporcionalidade em cada caso concreto, devendo a escolha do juiz, qualquer que seja, ser devidamente fundamentada, “não sendo suficiente a mera repetição dos termos legais” (DEZEM, 2011, s.p). Assim, deve-se sempre buscar aplicar a medida que menos irá limitar as condições de liberdade do cidadão.

Estas quatro possibilidades parecem-nos que não podem ter sua ordem alterada pelo magistrado. Ou seja, o próprio legislador já estabeleceu o

⁸ I - Relaxar a prisão ilegal; II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

critério de proporcionalidade, devendo o magistrado fundamentar o porquê de sua escolha em detrimento das anteriores. Assim, caso opte pela aplicação de medida cautelar diversa da prisão, deve motivar porque não relaxou a prisão em flagrante. E assim sucessivamente. (DEZEM, 2011, s.p)

Além disso, as medidas cautelares podem ser impostas de forma cumulativa entre si. Para dar um exemplo mais claro, poderia ser aplicada a um réu primário que esteja sendo denunciado pela prática de um crime de menor potencial ofensivo, como crime de contrabando, por exemplo, as penas cumulativas de comparecimento periódico em juízo e recolhimento domiciliar no período noturno, ao invés de sentenciá-lo a passar seus dias segregado dentro de um cárcere enquanto aguarda o fim do processo pelo qual está respondendo. Inobstante, em caso de descumprimento das obrigações fixadas, pode-se substituí-las a fim de aplicar as demais medidas previstas em lei e, em último caso, decretar a prisão preventiva.

O que se busca demonstrar, portanto, é a ampla gama de possibilidades oferecidas ao Magistrado no que tange a medida a ser aplicada àqueles que se encontram no polo passivo de uma ação criminal, o que demonstra a desnecessidade da aplicação da medida de prisão preventiva em um número tão grande de casos, como ocorre na realidade fática em nosso país. Ainda que aplicar as medidas cautelares sejam importantes em tempos normais, a necessidade de sua aplicação foi majorada no ano de 2020 diante do impacto trazido pela pandemia do Coronavírus.

3.3 O impacto da pandemia de Covid-19 no sistema judiciário penal

No dia 05 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde publicou uma nota em sua página oficial afirmando que havia sido informada pela China no dia 31/12/2019 da existência de 44 pessoas infectadas com uma pneumonia de causa até então desconhecida na cidade de Wuhan, província de Hubei. De acordo com a nota oficial publicada pela OMS na ocasião, as 44 pessoas estavam isoladas, e a cidade havia sido fechada para sanitização e desinfecção. Até então, ninguém poderia imaginar as proporções inigualáveis que esse desconhecido vírus iria tomar. Preliminarmente, giza-se que todos os dados que seguem, quando não apontadas

fontes diversas, foram disponibilizados pela página oficial da Organização Mundial da Saúde entre os anos de 2020 e 2021⁹.

No dia 07 de janeiro de 2020, foi identificado um novo vírus na China, sendo esta a causa das pneumonias previamente reportadas à Organização Mundial de Saúde. No dia 09 de janeiro do mesmo ano ocorreu a primeira morte confirmada em decorrência do novo coronavírus, ocorrida em território chinês. Até o dia 23 de janeiro do mesmo ano, 17 mortes já haviam sido confirmadas apenas na cidade de Wuhan, e 25 mortes confirmadas no total ao redor do globo. No mesmo mês foram confirmados casos da infecção na Tailândia, Japão, Coreia do Sul e nos Estados Unidos da América. Todos haviam viajado para Wuhan. Foi confirmado, no final de janeiro, que o alto crescimento do número de casos era devido à evidência de que o novo vírus era transmitido de humano para humano, sendo altamente contagioso.

Em 31 de janeiro de 2020 quase 10 mil casos já haviam sido confirmados ao redor do mundo, com 213 mortes confirmadas em decorrência do novo vírus. No dia 12 de fevereiro o novo vírus foi oficialmente denominado COVID-19 pela OMS. Em 13 de fevereiro, o Centro de Controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos da América confirmou a transmissão entre assintomáticos, ou seja, todos aqueles que foram infectados, ainda que sem apresentar quaisquer sintomas, transmitiam a doença. No dia 15 de fevereiro, durante um pronunciamento oficial, Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial da Saúde, afirmou que deveríamos “fazer todo o possível para nos prepararmos para uma potencial pandemia”. Em meados do fim de fevereiro o sistema de saúde da Itália entrou em colapso e o país se fechou em uma rígida quarentena, apresentando para o resto do mundo, pela primeira vez, os efeitos e a real gravidade do momento vivido.

No Brasil, o primeiro caso foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020 em um homem que havia viajado para a Itália, considerada o epicentro da pandemia na data. No dia 11 de março de 2020 foi oficialmente declarado o estado de pandemia mundial por Covid-19, sendo que o Brasil contava com mais de 100 casos confirmados até então. Em 17 de março do mesmo ano ocorreu a primeira morte por coronavírus em território brasileiro, no estado de São Paulo. Em abril, o número de mortes por Covid no Brasil superou o número de mortes por H1N1 e dengue durante

⁹ Desde o início da pandemia, foram disponibilizados na página oficial da OMS relatórios diários e mensais sobre o número de infectados e mortos pelo novo vírus. Além dos dados numéricos, cada relatório reforçava as medidas a serem aplicadas a fim de tentar achatar a curva de contágio e desacelerar a pandemia.

todo o ano de 2019, de acordo com o Ministério da Saúde em boletim epidemiológico divulgado naquele mês.

No mesmo mês, o país ultrapassou as mil mortes em decorrência do novo vírus, e ultrapassou o número de 20 mil casos confirmados nos primeiros dez dias de abril. No final daquele mês, o sistema de saúde de Manaus no Amazonas colapsou, bem como o sistema funerário da cidade. Ambos não suportaram o aumento nos casos e nas mortes em decorrência do vírus. Até outubro de 2021, o Brasil tinha computado mais de 21 milhões de casos confirmados da doença, e 606 mil mortes decorrentes dela, de acordo com os dados divulgados pelo projeto “Our World in Data”.

A pandemia afetou o Brasil em todos os sentidos, desde a economia ao mercado de trabalho, além do baque emocional e psicológico na população que assistiu o mundo colapsar. Além disso, houve a incerteza quanto à forma de agir diante da situação uma vez que se tratava de um vírus totalmente novo até mesmo para os cientistas, que foram obrigados a correr contra o tempo a fim de descobrir a melhor forma de orientar a população a fim de conter o número crescente de casos. Inobstante os impactos de curto prazo, os impactos de longo prazo mostram-se ainda mais graves tendo em vista que o altíssimo número de fatalidades decorrentes do vírus poderá gerar prejuízos ainda piores no decorrer dos anos. Tratar-se-á, de forma aprofundada no presente trabalho, dos maiores efeitos trazidos pela pandemia ao sistema judiciário e carcerário brasileiro em específico.

De acordo com dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2021, ocorreram 268 óbitos de pessoas em situação de prisão no Brasil, e 61.203 casos de infecção por Covid-19 foram detectados dentro dos presídios entre detentos e funcionários. Já de acordo com dados levantados pelo G1 em maio de 2021, teriam ocorrido, além das mortes dos detentos, o falecimento de 237 agentes penitenciários durante a pandemia em função do novo coronavírus. Sequer é possível calcular para quantas pessoas foi transmitido o vírus através dos agentes penitenciários quando iam para casa, ou através dos próprios reclusos em momentos de visita, muito menos supor o número de mortes decorrentes dessas transmissões. Cabe ressaltar, ainda, que o número de infectados e mortos dentro dos presídios em função do Covid-19 pode ser muito maior, visto que nem todas as unidades realizaram testagem em massa, de acordo com a mesma pesquisa que efetuou o levantamento dos dados supracitados.

É necessário destacar alguns pontos específicos referente ao novo vírus que provocou uma pandemia mundial e parou o mundo. De acordo com as diretrizes divulgadas pela Organização Mundial de Saúde, o método mais eficaz para controlar o crescimento desenfreado no número de contágios é o distanciamento social, razão pela qual foi decretada a quarentena em diversos países ao redor do globo, incluindo no próprio Brasil. Ademais, situações como aglomerações de pessoas criam um ambiente perfeito para a proliferação do vírus, que é transmitido através de gotículas expelidas por tosse ou espirro, por contato direto com alguém infectado e por partículas suspensas no ar (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021, s.p). Conclui-se, dessa forma, que qualquer local fechado com grande quantidade de pessoas é um ambiente perfeito para a transmissão descontrolada do novo coronavírus.

Um caso ocorrido no ano de 2020 pode servir como um exemplo perfeito: a disseminação do vírus no navio de cruzeiro Diamond Princess, que partiu do Porto de Yokohama, no Japão, em 20 de janeiro de 2020 à passeio, com 3.711 pessoas a bordo, incluindo passageiros e tripulantes. Um dos passageiros testou positivo para o vírus ao desembarcar do navio no dia 02 de fevereiro de 2020, motivo pelo qual o navio foi fechado e posto em quarentena até que se tivesse controle da situação. Ocorre que a transmissão do vírus já havia se iniciado, e os números de infectados não parou de crescer.

A quarentena terminou apenas no dia 1º de março do mesmo ano, quase um mês mais tarde, sendo que toda a tripulação foi obrigada a permanecer a bordo durante esse período. A contagem final, de acordo com dados liberados no site oficial da responsável pelo navio, a empresa Princess Cruises, foi de que foram detectados 712 passageiros infectados, sendo que 7 faleceram em decorrência do coronavírus. O motivo pelo qual se menciona este caso em específico é claro: um navio é um local relativamente pequeno, comportando um grande número de pessoas sem que haja espaço considerável que permita uma grande circulação de ar. Ademais, os passageiros permanecem confinados em cabines pequenas sem ventilação natural, o que cria o ambiente perfeito para a proliferação do vírus.

Notoriamente, as condições de luxo nas quais os passageiros vivem nem se comparam às dificuldades desumanas dos cárceres, mas vale mencionar o exemplo a fim de se entender a gravidade que as prisões apresentam para os cidadãos que nela se encontram no que tange o perigo de contágio por Covid-19 uma vez que são infinitamente e obviamente muito piores do que as cabines de um navio de luxo. Se

até mesmo as cabines luxuosas de um navio foram um ambiente propício para proliferar o vírus, as celas dos presídios brasileiros foram um ambiente perfeito.

A superpopulação e as situações desumanas vividas dentro dos cárceres, portanto, foram ainda mais agravadas no contexto pandêmico ao colocar os cidadãos em risco incalculável de contágio e até mesmo morte, indo contra todas as recomendações da Organização Mundial da Saúde para controle no aumento do número de infectados.

A fins de possibilitar uma clara análise da situação recomendada e da situação fática, cabe mencionar que Organização Mundial da Saúde recomendou, como forma de controlar a transmissão do vírus, as seguintes medidas: higienizar as mãos constantemente, manter ao menos 01 metro de distância entre cada pessoa, evitar tocar olhos, nariz ou boca com as mãos sujas, evitar contato com outras pessoas em caso de sintomas e garantir uma boa higiene respiratória com circulação de ar.

Ocorre que foi impossível seguir as recomendações supracitadas dentro dos presídios. De acordo com uma pesquisa divulgada pela organização Pastoral Carcerária em 2020, cerca de 65,9% dos presos entrevistados afirmaram que os produtos de higiene levados por familiares sequer chegam às mãos dos apenados, que permanecem sem ter sequer um sabonete para se lavar, posto que os itens levados nas visitas não chegam ao seu destino. Nem mesmo a higiene pessoal dos presos é garantida.

Notoriamente, há uma clara diferença na forma em que o vírus afetou a população. A diferença no risco de contágio de alguém que pode permanecer isolado em sua residência é incomparável ao nível de risco de contágio sofrido pelas grandes massas encarceradas, que não têm para onde ir a fim de se proteger e sequer possuem os itens necessários para tentar se prevenir. Proteção esta que deveria ser responsabilidade do próprio Estado para com seus cidadãos.

Em face do estado decretado de pandemia, o sistema judiciário brasileiro se viu obrigado a determinar novas diretrizes e recomendações a fim de enfrentar o problema gravíssimo da forma mais eficiente possível. A questão mais grave, por óbvio, foi precisamente as precárias situações vividas dentro dos presídios, que contrariavam todas as medidas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde para o enfrentamento da Covid-19.

Antes mesmo de alterações serem efetuadas dentro do país, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou em sua página oficial uma série de recomendações de tratamento aos que estavam em situação de prisão durante a pandemia. A publicação feita em março de 2020 foi clara ao recomendar que fossem adotadas medidas em caráter de urgência a fim de garantir que a saúde da população presa fosse protegida. Ainda, foi explicitamente recomendado que se buscasse reduzir a super lotação dos presídios tendo em vista que as aglomerações majoravam o risco de contágio (CIDH, 2020).

Movido pela necessidade de alterar determinadas facetas do sistema em face da pandemia, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 62 no dia 17 de março de 2020, cuja ementa especificava o estabelecimento de recomendações “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.” (CNJ, 2020, s.p). Entre as recomendações dispostas estava a reavaliação das prisões preventivas previamente decretadas e a análise dos detentos a fim de classificá-los dentro dos grupos de risco entabulados pela Organização Mundial da Saúde. Inobstante a prisão já ser considerada *ultima ratio*, a Recomendação do CNJ explicitou ainda mais a excepcionalidade na qual deveriam ser decretadas as prisões cautelares dentro do contexto pandêmico.

A recomendação expedida pelo CNJ tinha como objetivo resguardar a integridade daqueles em situação de vulnerabilidade, em especial aqueles em situação de cárcere em meio a pandemia. Para tanto, foram estabelecidas cinco frentes de combate ao aumento do número de contágios e mortes: buscava-se a redução do fluxo de ingresso nas penitenciárias; estabelecia-se medidas de prevenção durante as audiências realizadas; suspendeu-se de forma excepcional as audiências de custódia; previu ação em conjunto com os órgãos locais a fim de elaborar os demais planos de enfrentamento do vírus; e deu suporte aos planos liberados pelas administrações das penitenciárias no que tange às visitas (CARVALHO et al., 2020, s.p).

Nessa esteira, o Supremo Tribunal de Justiça passou a embasar diversas decisões na Recomendação expedida pelo CNJ. A exemplo disso, pode-se citar a decisão proferida pelo relator Paulo de Tarso Sanseverino em 26 de março de 2020,

nos autos do Habeas Corpus nº 568.021¹⁰ (2020/0072810-3). Na oportunidade, o relator estendeu a todos os cidadãos presos por inadimplemento de obrigação alimentar que o cumprimento de tal pena fosse mediante regime domiciliar em função da pandemia, a fim de tentar diminuir o fluxo de ingresso nos cárceres e, conseqüentemente, controlar o número de contágio dentro das instituições, nos termos do artigo 15 da Lei nº 14.010 de 10 de junho de 2020, que dispôs sobre o regime jurídico emergencial a ser adotado no período da pandemia, em especial no que se refere as prisões por inadimplemento alimentar, consideradas as “prisões civis”.

Neste mesmo sentido foi proferida a decisão no Habeas Corpus nº 565.799¹¹, no qual o ministro e relator Rogerio Schietti Cruz afirmou que diante da crise inédita

¹⁰ Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS COLETIVO IMPETRADO EM FACE DE DECISÃO DADA PELO DESEMBARGADOR DE PLANTÃO QUE REMETE O PROCESSO AO RELATOR. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DAS ORDENS DE PRISÃO. CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME DOMICILIAR. QUESTÃO PREJUDICIAL. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO. JULGAMENTO POSTERIOR DO MÉRITO DO HABEAS CORPUS NO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONCESSÃO DA ORDEM PARA CONVERTER A PRISÃO EM REGIME DOMICILIAR. POSTERIOR PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM PARA TODO O TERRITÓRIO NACIONAL FORMULADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PREJUDICADO. 1- Os propósitos da presente impetração consistem em definir: (i) preliminarmente, se é admissível o habeas corpus, seja no que tange ao cabimento, seja no que tange a superveniente perda do objeto da impetração; (ii) se porventura superada a preliminar, se o cumprimento das prisões civis de devedores de alimentos decretadas antes da entrada em vigor da Lei 14.010/2020 deve ser diferido ou ocorrer em regime de prisão domiciliar. 2- O julgamento do mérito da impetração pelo Tribunal de Justiça do Ceará, ocasião em que foi concedida parcialmente a ordem para converter em domiciliar as prisões dos devedores de alimentos enquanto perdurar a pandemia do coronavírus, acarreta a perda superveniente do objeto do habeas corpus que havia sido impetrado nesta Corte em face da decisão do Desembargador Plantonista que remeteu o processo ao Relator, prejudicado, conseqüentemente, o pedido de extensão, que havia sido formulado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, para que a ordem fosse estendida a todos os devedores de alimentos em território nacional. 3- Habeas corpus prejudicado.

¹¹ Ementa: HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO. LAVAGEM DE DINHEIRO. OPERAÇÃO TITEREIRO. PRISÃO PREVENTIVA. SUFICIÊNCIA MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. PEDIDOS DE EXTENSÃO NÃO ACOLHIDOS. 1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do STF somente em casos excepcionais, quando, sob a perspectiva da jurisprudência deste Superior Tribunal, num exame superficial, a ilegalidade do ato apontado como coator é inquestionável e cognoscível de plano, inegável para ser corrigida até o julgamento de mérito da impetração originária. 2. Ante a crise mundial do novo coronavírus, ainda que, em casos complexos, o recomendável seja o prestígio às competências constitucionais, deve-se fortalecer sobremaneira o princípio da não culpabilidade e eleger, com primazia, medidas alternativas à prisão processual. A custódia ante tempus é, mais do que nunca, o último recurso a ser utilizado neste momento de adversidade. 3. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). 4. Para sua decretação, é imprescindível que o Juiz aponte motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP). 5. Deve ficar concretamente evidenciado, na forma do art. 282, § 6º, do CPP, que, presentes os motivos que

causada pela pandemia mundial, uma atuação mais ousada dos órgãos e poderes judiciários era imprescindível, devendo as prisões preventivas serem flexibilizadas em grau ainda maior do que em tempos normais, prezando de forma majorada pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão a fim de não agravar ainda mais a situação carcerária e contribuir para a propagação do novo coronavírus.

Essa é a regra, mas ante a crise mundial do coronavírus e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. Assim, penso que, na atual situação, salvo necessidade inarredável da prisão preventiva - mormente casos de crimes cometidos com particular violência -, a envolver acusado/investigado de especial e evidente periculosidade ou que se comporte de modo a, claramente, denotar risco de fuga ou de destruição de provas e/ou ameaça a testemunhas, o óbice da Súmula n. 691 do STF deva ser flexibilizado em maior grau, quando a concessão da ordem seria provável no mérito. Ainda que, em casos complexos, o recomendável seja o prestígio às competências constitucionais, deve-se fortalecer sobremaneira o princípio da não culpabilidade e eleger, com primazia, medidas alternativas à prisão processual, como o propósito de não agravar ainda mais a precariedade do sistema penitenciário e evitar o alastramento da doença nas prisões. A custódia ante tempus é o último recurso a ser utilizado neste momento de adversidade, com notícia de suspensão de visitas e isolamentos de internos, de forma a preservar a saúde de todos. (CRUZ, 2020, p. 2)

autorizam a segregação provisória, não é suficiente e adequada a sua substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es) menos invasivas à liberdade. 6. O édito prisional proferido durante a Operação Titereiro, além de indicar fundados indícios de cometimento de crimes de pertencimento a organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro, justificou a contemporânea necessidade de garantir a ordem pública (evitar a prática de novas infrações penais), ante a gravidade concreta dos crimes, evidenciada pelo modus operandi das condutas. O Magistrado mencionou o risco à instrução criminal, uma vez que o paciente, no passado, teria auxiliado investigado a deixar o país. 7. Sem embargo, em juízo de proporcionalidade, medidas alternativas à prisão preventiva são igualmente idôneas e suficientes para garantir os bens jurídicos tutelados pelo art. 312 do CPP. 8. O paciente é idoso (72 anos de idade), está preso há algum tempo e não exerce mais nenhum cargo público, estadual ou nacional, nem exerce influência no novo governo fluminense. Ele é primário, tem residência fixa, ocupação lícita e não há registro de que responda a outras ações penais ou inquéritos penais em curso. Os crimes atribuídos ao postulante não foram perpetrados com violência ou grave ameaça contra pessoa. O suposto esquema de propina foi identificado, assim como as pessoas físicas e jurídica, em tese, utilizadas como instrumento para escamotear ativos ilícitos, o que dificulta sobremaneira a continuidade das atividades ilícitas. 9. Sopesadas a gravidade dos crimes narrados na denúncia e as condições pessoais favoráveis do suspeito, é possível a substituição da prisão preventiva por outras cautelares, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal. 10. Na hipótese de concurso de agentes, verificada a identidade de situações fática e processual, a decisão que beneficiar um deles, se fundada em motivos objetivos, aproveitará aos outros. Os pedidos de aplicação do art. 580 do CPP a corréus que não são suspeitos das mesmas condutas atribuídas ao paciente e não estão contextualizados no mesmo trecho do édito prisional ora analisado não comportam acolhimento. Em relação a alguns, não existe o interesse de agir, pois já foram beneficiados com o alvará de soltura. Quanto ao requerente que não foi encontrado para efetivação da ordem de prisão, o pedido de revogação da medida extrema deve ser veiculado por meio de instrumento próprio, pois não é viável o atalho processual. 11. Habeas corpus concedido, para, superada a Súmula n. 691/STF, substituir a prisão preventiva do paciente por cautelares descritas no voto, sem prejuízo de imposição de outras que o prudente arbítrio do Juiz natural da causa entender cabíveis e adequadas, permitida a decretação de nova segregação, se sobrevierem novos motivos que a justifiquem, mediante explícita fundamentação.

No estado do Espírito Santo, houve o julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 568.693¹² em março de 2020, no qual o ministro Sebastião Reis Júnior deferiu a

¹² Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESOS QUE TIVERAM A LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE FIANÇA. CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/CNJ. EXCEPCIONALIDADE DAS PRISÕES. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DOS EFEITOS PARA TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. 1. No que diz respeito ao cabimento do habeas corpus coletivo, não obstante a inexistência de norma expressa, plenamente possível o seu processamento. 2. Inicialmente, os arts. 580 e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, dão azo à permissibilidade do writ coletivo no sistema processual penal brasileiro. Ademais, o microsistema de normas de direito coletivo como a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei do Mandado de Injunção, entre outras, autoriza a impetração do writ na modalidade coletiva. 3. No âmbito supranacional, o art. 25, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, garante o emprego de um instrumento processual simples, rápido e efetivo para tutelar a violação de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela Lei ou pela citada Convenção. 4. Anoto, ainda, que, diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea - "sociedade de massa" -, imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal. 5. A reunião, em um único processo, de questões que poderiam estar diluídas em centenas de habeas corpus implica economia de tempo, de esforço e de recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional desta Corte Superior mais célere e mais eficiente. 6. No mais, sabe-se que o habeas corpus consolidou-se como um instrumento para defesa de direito fundamental e, como tal, merece ser explorado em sua total potencialidade. 7. No direito comparado, a Suprema Corte argentina, a despeito de inexistir, naquele país, norma expressa regulando o habeas corpus coletivo, no famoso "Caso Verbitsky", admitiu o cabimento da ação coletiva contra toda e qualquer situação de agravamento da detenção que importe um trato cruel, desumano ou degradante a um grupo de pessoas afetadas pela atuação arbitrária do Estado. 8. Por fim, vê-se que conflitos sociais já foram solucionados por meio de habeas corpus coletivo tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como no do Superior Tribunal de Justiça, citando-se, como exemplos, o HC n. 143.641/SP, o HC n. 568.021/CE e o HC n. 575.495/MG. 9. Busca-se, neste habeas corpus coletivo, a soltura de todos os presos do estado do Espírito Santo que tiveram o deferimento da liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, o que se faz com fulcro na Recomendação n. 62/2020 do CNJ. 10. Não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62/2020, em 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. 11. Nesse contexto, corroborando com a evidência de notória e maior vulnerabilidade do ambiente carcerário à propagação do novo coronavírus, nota técnica apresentada após solicitação apresentada pela Coordenação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no Distrito Federal - IBCCrim/DF, demonstra que, sendo o distanciamento social tomado enquanto a medida mais efetiva de prevenção à infecção pela Covid-19, as populações vivendo em aglomerações, como favelas e presídios, mostram-se significativamente mais sujeitas a contrair a doença mesmo se proporcionados equipamentos e insumos de proteção a estes indivíduos. 12. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas (ONU), admitindo o contexto de maior vulnerabilidade social e individual das pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, divulgou, em 31/3/2020, a Nota de Posicionamento - Preparação e respostas à Covid-19 nas prisões. Dentre as análises realizadas, a ONU afirma a possível insuficiência de medidas preventivas à proliferação da Covid-19 nos presídios em que sejam verificadas condições estruturais de alocação de presos e de fornecimento de insumos de higiene pessoal precárias, a exemplo da superlotação prisional. Assim, a ONU recomenda a adoção de medidas alternativas ao cárcere para o enfrentamento dos desafios impostos pela pandemia aos já fragilizados sistemas penitenciários nacionais e à situação de inquestionável vulnerabilidade das populações neles inseridas. 13. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) igualmente afirmou, por meio de sua Resolução n. 1/2020, a necessidade de adoção de medidas alternativas ao cárcere para mitigar os riscos elevados de propagação da Covid-19 no ambiente carcerário, considerando as pessoas privadas de liberdade como mais vulneráveis à infecção pelo novo coronavírus se comparadas àquelas usufruindo de plena liberdade ou sujeitas a medidas restritivas de liberdade alternativas à prisão. 14. Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF n. 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional se encontra em um estado de coisas inconstitucional, é que se faz necessário dar imediato cumprimento às recomendações apresentadas no âmbito nacional e

soltura de todos os presos provisoriamente cuja liberdade estava condicionada ao pagamento de fiança no estado do Espírito Santo. Para ele, diante da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, a máxima excepcionalidade das prisões preventivas deveria ser praticada, e a soltura dos pacientes cuja liberdade provisória estava pendente apenas do pagamento de fiança era medida a ser imposta. Ademais, o ministro ainda chamou atenção para o impacto da pandemia na própria situação financeira dos cidadãos, do que afirmou ser irrazoável o condicionamento da liberdade dos pacientes ao pagamento de fiança tendo em vista o impacto econômico apresentado pelo alastramento do Covid-19. Posteriormente, no mês de abril do mesmo ano, a decisão foi estendida para todos os presos do Brasil que se encontravam na mesma situação, a fim de diminuir a lotação dos cárceres durante a pandemia.

Diante desse cenário, necessário dar imediato cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça, que preconiza a máxima excepcionalidade das novas ordens de prisão preventiva, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19). [...] Diante do que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução, não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na

internacional, que preconizam a máxima excepcionalidade das novas ordens de prisão preventiva, inclusive com a fixação de medidas alternativas à prisão, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19). 15. Nos casos apresentados pela Defensoria Pública do Espírito Santo, a necessidade da prisão preventiva já foi afastada pelo Juiz singular, haja vista não estarem presentes os requisitos imprescindíveis para sua decretação. Diante de tais casos, o Juiz deliberou pela substituição do aprisionamento cautelar por medidas alternativas diversas, optando, contudo, por condicionar a liberdade ao pagamento de fiança. 16. Nos termos em que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução, não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos - notoriamente de menor gravidade - não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo. 17. Ademais, o Judiciário não pode se portar como um Poder alheio aos anseios da sociedade, sabe-se do grande impacto financeiro que a pandemia já tem gerado no cenário econômico brasileiro, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo ou, até mesmo, extirpando a renda do cidadão brasileiro, o que torna a decisão de condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança ainda mais irrazoável. 18. Por fim, entendo que o quadro fático apresentado pelo estado do Espírito Santo é idêntico aos dos demais estados brasileiros: o risco de contágio pela pandemia do coronavírus (Covid-19) é semelhante em todo o país, assim como o é o quadro de superlotação e de insalubridade dos presídios brasileiros, razão pela qual os efeitos desta decisão devem ser estendidos a todo o território nacional. 19. Ordem concedida para determinar a soltura, independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança no estado do Espírito Santo e ainda se encontram submetidos à privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor, com determinação de extensão dos efeitos desta decisão aos presos a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, em todo o território nacional. Nos casos em que impostas outras medidas cautelares diversas e a fiança, fica afastada apenas a fiança, mantendo as demais medidas. Por sua vez, nos processos em que não foram determinadas outras medidas cautelares, sendo a fiança a única cautela imposta, é necessário que os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais determinem aos juízes de primeira instância que verifiquem, com urgência, a conveniência de se impor outras cautelares em substituição à fiança ora afastada. Oficiem-se os Presidentes dos Tribunais de todos os estados da Federação e os Presidentes de todos os Tribunais Regionais Federais para imediato cumprimento.

prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos - notoriamente de menor gravidade - não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo. Ademais, o Judiciário não pode se portar como um Poder alheio aos anseios da sociedade, sabe-se do grande impacto financeiro que a pandemia já tem gerado no cenário econômico brasileiro, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo ou, até mesmo, extirpando a renda do cidadão brasileiro, o que torna a decisão de condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança ainda mais irrazoável. (REIS JR., 2020, p. 5)

Uma das medidas mais importantes, no entanto, foi a que afetou a realização das audiências de custódia durante a pandemia de Covid-19. De acordo com o artigo 310¹³ do Código de Processo Penal, o próximo passo a ser adotado após a prisão em flagrante do cidadão é a realização da audiência de custódia, que deverá ser realizada dentro do prazo de 24 horas após o recebimento do auto de prisão em flagrante pelo juiz, antes que seja decretada a prisão preventiva ou relaxada a prisão em flagrante.

A audiência de custódia é um instrumento através do qual o preso é levado diretamente a presença do juiz, momento no qual o magistrado irá analisar o caso concreto a fim de relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Um dos grandes benefícios trazidos pela audiência de custódia é a possibilidade concreta do juiz entrar em contato direto e imediato com a pessoa em situação de prisão em flagrante, uma vez que poderá testemunhar de fato as especificidades e as características pessoais do cidadão. Para o preso, há a chance de ser ouvido antes de ter sua prisão preventiva decretada.

Nesse sentido, o decreto nº 592 de 06 de julho de 1992, conhecido como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que entrou em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992, dispõe sobre a necessidade de levar a pessoa presa à presença da autoridade judicial responsável por seu caso, garantindo ser este um direito do preso.

9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de

¹³ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1941).

ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992, s.p)

Apesar da existência de diversas opiniões no que se refere a audiência de custódia e sua forma de funcionamento e aplicação, o entendimento majoritário é de que ela é um instrumento eficaz, na medida do possível, quando utilizada corretamente. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, afirma que o objetivo maior das audiências de custódia é precisamente evitar a prisão desnecessárias daqueles que não deveriam permanecer presos durante o processo visto não cumprirem os requisitos estabelecidos para terem sua prisão preventiva decretada. Ademais, ainda utiliza a própria necessidade de resguardar a integridade física e moral dos apenados como justificativa da realização das audiências de custódia.

Audiências de custódia servem para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas que, ainda que tenham cometido delitos, não devam permanecer presas durante o processo. Além do mais, já sinalizam ser notórios mecanismos a resguardarem a integridade física e moral dos presos, coibindo práticas de tortura, e que consolidam o direito ao acesso à justiça, ao devido processo e à ampla defesa, desde o momento inicial da persecução penal. (LEWANDOWSKI, 2015, s.p)

Para os autores Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa, a audiência de custódia é benéfica no sentido de permitir o magistrado de ligar um rosto ao acusado, refletindo diretamente no senso de humanidade do juiz, que poderá compreender as coisas de forma diferente ao ver de perto aquele a quem está sendo imputado um fato delituoso.

Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação. (LOPES JR.; ROSA, 2015, s.p)

A audiência de custódia serve para humanizar aqueles em situação de prisão em flagrante, sendo um eficaz instrumento na diminuição das prisões preventivas decretadas quando usado corretamente. A pandemia, no entanto, trouxe consigo a suspensão das audiências de custódia a fim de diminuir as aglomerações presenciais. Entre as medidas recomendadas pela Recomendação nº 62 do CNJ datada de 17 de março de 2020 estava a suspensão da realização de audiências de

custódia, a fim de reduzir os riscos apresentados pela pandemia do novo coronavírus.

Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia. (CNJ, 2020, s.p)

Apesar da notória necessidade de adoção de medidas visando a diminuição do número de casos, necessidade esta que não se discute, a realização de audiências de custódia fez falta no momento da análise de concessão das medidas cautelares alternativas à prisão, uma vez que o magistrado tinha como documentação a ser analisada tão somente o auto da prisão em flagrante do acusado.

Inobstante ser um documento imprescindível no meio penal, o auto da prisão em flagrante ainda é, por assim dizer, apenas um lado da história, além de não proporcionar uma análise mais individualizada de cada um tendo em vista a falta de contato entre o juiz e o acusado. A audiência de custódia oportuniza esse contato, e permite que o magistrado veja por si mesmo a pessoa sobre a qual terá que proferir uma decisão quanto a sua liberdade. Durante a pandemia, portanto, após o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao magistrado ele já deve prontamente relaxar a prisão ilegal, convertê-la em prisão preventiva quando forem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou conceder a liberdade provisória, nos termos do retromencionado artigo 310 do Código de Processo Penal, sem a realização da audiência de custódia.

Em que pese a impossibilidade de combater a pandemia sem que o próprio poder judiciário se manifeste, inúmeras foram as críticas quanto ao modo de agir adotado durante o pico de contágio, entre elas a suspensão da audiência de custódia. O parágrafo 1º do artigo 3º-B do Código de Processo Penal¹⁴ expressa que o uso de encontros virtuais nas audiências de custódia é proibido. Partindo da noção de que o legislador não teria como prever uma pandemia mundial de níveis extremos no momento de edição do referido artigo, resta sensato assumir que ele nunca

¹⁴ In verbis: “§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência” (BRASIL, 1941).

previu a necessidade de realização de audiência de custódia por videoconferência. Durante a pandemia, no entanto, esta era a única forma de possibilitar sua realização.

Foi por este exato motivo que o ministro Nunes Marques, do Supremo Tribunal Federal, na data de 28/06/2021 mediante decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6841, suspendeu o disposto no §1º do artigo 3º-B do Código de Processo Penal, conseqüentemente autorizando a realização das audiências de custódia por videoconferência. Na visão do ministro, vedar a utilização de ferramentas remotas durante a pandemia mundial tornava plausível a inconstitucionalidade do referido parágrafo, motivo que autorizou a concessão de medida liminar pleiteada. No entanto, é necessário considerar que tal decisão liminar foi proferida apenas em junho de 2021, mais de um ano após a chegada do novo coronavírus em território brasileiro.

Já no que se refere às medidas impostas no que tange a vacinação da população carcerária contra o Covid-19, na data de 04/02/2021 foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução nº 14, que recomendou às Secretarias Estaduais, ao Ministério da Saúde e aos Departamentos de Administração Penitenciária que fossem preparados planos operacionais a fim de incluir na lista de pessoas com prioridade na vacinação os agentes penitenciários e as pessoas em situação de prisão.

A despeito da Resolução publicada, os dados liberados no mês de dezembro de 2021 pelo Conselho Nacional de Justiça apontam que a vacinação da população encarcerada estava abaixo da média nacional no Brasil. Até a referida data, foi percebida uma desaceleração na vacinação da população carcerária. Apesar de ser um grupo em situação de extrema vulnerabilidade no que tange o contágio por Covid-19, apenas 50,1% das pessoas em situação de prisão e dos servidores penitenciários haviam completado todas as etapas da vacinação, enquanto a população em geral teve um índice de vacinação de 66,5% (CNJ, 2021, s.p). Os estudos realizados quanto à imunidade de rebanho apontam que, para garantir a eficácia da vacina, seria necessária a imunização completa de 60% a 80% da população.

A ineficácia do sistema em proteger os vulneráveis e a falta de transparência quanto aos dados liberados no que tange o número de infectados e mortos por Covid dentro dos presídios levou a sociedade a buscar formas de monitorar e

acompanhar o que o Estado estava, de fato, fazendo em relação aos grupos vulneráveis, entre eles aqueles em situação de prisão. Tais iniciativas nasceram da vontade de uma parcela da população em trabalhar, do lado de fora dos cárceres, por aqueles que se encontram aprisionados dentro deles, iniciativa esta que deveria ser inerente ao próprio Estado.

Desta feita, o próprio povo buscou, com as ferramentas que estavam a seu dispor, buscar que o Estado demonstrasse como os presos estavam sendo tratados durante a pandemia de Covid-19, se estavam recebendo visitas, produtos de higiene, e se seus direitos fundamentais estavam sendo devidamente tutelados.

Foi essa necessidade que originou, entre outras organizações, a criação do Infovírus - Covid nas prisões, um observatório criado a fim de trabalhar com “informações, verificações e contraposições sobre a pandemia no sistema penitenciário brasileiro¹⁵”, fundamentando-se no fato de que é dever constitucional do Estado zelar pela saúde das pessoas que se encontram em situação de prisão. O relato disponibilizado pela organização buscou compilar as informações disponibilizadas sobre a pandemia nas prisões no período compreendido entre abril de 2020 à abril de 2021.

O Infovírus trouxe à luz a questionabilidade dos dados liberados pelos órgãos governamentais durante a pandemia no que tange às pessoas encarceradas. Tais dados serão expostos de forma mais aprofundada posteriormente, mas cabe dizer desde pronto que a falta de transparência na liberação dos dados foi notória. Desde datas em que o governo repetia a mesma informação até dias em que os números de infectados não condiziam com a realidade do restante do país. O objetivo, de acordo com o relato, seria manipular a realidade fática da situação insalubre e ameaçadora dos cárceres e pintar um falso cenário de segurança.

Na mesma senda da organização denominada Infovírus atua a organização Pastoral Carcerária, criada anteriormente a pandemia com a finalidade de acompanhar a realidade fática dos cárceres brasileiros uma vez que mantê-los presos serve mais para tortura do que para reabilitar, mas que se empenhou a analisar os dados referentes ao contágio dentro das prisões a fim de lutar pelo programa de redução da população carcerária.

¹⁵ Essa é a descrição encontrada no site oficial da organização, que através de uma parceria com o site “Covid nas prisões” fez o acompanhamento dos dados liberados quanto ao impacto da pandemia dentro das instituições carcerárias.

O Instituto de Estudos da Religião (ISER) foi outro órgão não governamental que se empenhou em trazer à luz a realidade fática dos cárceres durante a pandemia. Com esse objetivo, foi elaborado o relatório “Instrumentos de combate e prevenção à Covid-19 nas prisões” no ano de 2021, que buscou relatar de forma pormenorizada como a pandemia atingiu, de fato, as instituições carcerárias, cujos apontamentos serão expostos a seguir.

Foi a organização da própria sociedade em buscar os dados concernentes aos impactos da pandemia no sistema prisional que possibilitou uma análise mais minuciosa da realidade. Por este motivo, os estudos e dados coletados por tais organizações serão expostos a seguir, a fim de demonstrar como foram, de fato, tratados os cidadãos aprisionados durante a pandemia.

3.4 A aplicação das medidas cautelares diversas durante a pandemia e a falta de transparência dos instrumentos penais

A realidade é que o Estado falhou em responder à pandemia de forma eficaz e humanitária. As ações tomadas pelo poder judiciário e até mesmo pelas penitenciárias foram ineficazes. Havia, no entanto, uma forma clara e recomendada cientificamente para controlar o número de contágios: diminuir as aglomerações.

A recomendação efetuada pela CIDH em 2020 trazia quatro itens prioritários a serem seguidos a fim de garantir a segurança da população encarcerada durante a pandemia. Entre eles estava a necessidade de redução da população prisional mediante a aplicação de liberdade condicional ou medidas cautelares diversas. Além da necessidade de adaptação dos cárceres com o estabelecimento de procedimentos visando garantir a segurança dos cidadãos.

1. Adotar medidas para combater a superlotação de unidades de privação de liberdade, incluindo a reavaliação de casos de prisão preventiva, a fim de identificar aqueles que possam ser substituídos por medidas alternativas à privação de liberdade, priorizando populações com alto risco à saúde ante um possível contágio de COVID-19.
2. Avaliar de forma prioritária a possibilidade de conceder medidas alternativas, como liberdade condicional, prisão domiciliar ou liberação precoce para pessoas consideradas no grupo de risco, como idosos, pessoas com doenças crônicas, mulheres grávidas ou com crianças sob seus cuidados e para aqueles que estão em estágio avançado de cumprimento de suas sentenças.
3. Adaptar as condições de detenção de pessoas privadas de liberdade, particularmente no que diz respeito a medidas de alimentação, saúde, saneamento e quarentena, para impedir a propagação do COVID-19 dentro das unidades. Em particular, garantindo que todas as unidades tenham

atendimento médico e prestem atenção especial às populações em uma situação particularmente vulnerável, incluindo idosos.

4. Estabelecer protocolos para garantia de segurança e ordem em unidades de privação de liberdade, em particular para prevenir atos de violência relacionados à pandemia e respeitando os padrões interamericanos sobre o assunto. (CIDH, 2020, s.p).

O relatório elaborado pela ISER colocou em pauta a necessidade de que o Estado garantisse a total transparência na liberação de informações sobre o sistema prisional durante a pandemia. Nessa senda, deveriam ter sido prestadas as informações pertinentes durante todo o período, tanto para os presos quanto para seus familiares e a sociedade como um todo.

Os documentos apontam que o Estado tem o dever de informar as pessoas privadas de liberdade, seus familiares, trabalhadores do sistema prisional e o público em geral, através de estratégias de comunicação, sobre a prevenção e o tratamento do vírus, as medidas restritivas implementadas nas unidades em função do contexto pandêmico e os impactos da Covid-19 nos espaços de privação de liberdade. (PORTELLA et al., 2021, p. 39).

O mesmo estudo organizado pela ISER ainda explicitou a necessidade do desencarceramento em massa com a finalidade de diminuir o risco de contágio por Covid-19 dentro dos presídios. Com base no estudo publicado, diminuir as aglomerações “é absolutamente fundamental para o combate à Covid-19, e que as unidades prisionais, principalmente as superlotadas, são espaços propícios para a propagação do vírus” (PORTELLA et al., 2021, p. 87).

A necessidade da diminuição da população presa foi clara desde o início da pandemia. A primeira e mais importante diretriz liberada pelas autoridades de saúde globais foi a diminuição de aglomerações posto que grande número de pessoas juntas em pequeno espaço cria um ambiente perfeito para que o vírus se espalhe. Dessa forma, houveram diversos caminhos abertos perante os Magistrados brasileiros para que o desencarceramento tão necessário em época de pandemia fosse posto em prática. Tais caminhos tinham como carro chefe as medidas cautelares diversas da prisão.

A redução da população prisional é uma medida dirigida à contenção da pandemia, portanto há normativas sinalizando que o encarceramento deve ser tratado como último recurso pelos Estados, que devem privilegiar a presunção de inocência, medidas alternativas ao cárcere e concessão de liberdade antecipada ou temporária, principalmente para pessoas pertencentes ao grupo de risco para Covid-19 e/ou que estão em espaços superlotados. (PORTELLA et al., 2021, p. 87).

Buscando colocar em prática as diretrizes da CIDH e da OMS, a Recomendação nº 022 de 09 de abril de 2020, proferida pelo Conselho Nacional de Saúde, foi clara ao recomendar que as medidas a serem aplicadas para garantir o distanciamento social fossem reforçadas a fim de diminuir a disseminação do vírus a fim de que se desse a implementação de “medidas que possibilitem o afastamento social, e que não permitam aglomerações de pessoas, como forma de diminuir a disseminação do coronavírus e evitar o colapso do Sistema de Saúde” (CNS, 2020, s.p). Enquanto há diversas medidas possíveis no âmbito de nossas vidas diárias, há algumas devidamente explanadas e eficazes no âmbito da execução penal: as medidas cautelares diversas da prisão.

A pandemia escancarou a realidade da superlotação do sistema carcerário brasileiro. Foi ainda além ao demonstrar a quase inexistente proteção aos direitos fundamentais daqueles em situação de prisão. Se o próprio Brasil esteve em pauta nas notícias ao redor do mundo pela falta de diretrizes governamentais contra o alastramento da pandemia, muito pior foi a situação carcerária, ainda que tal problema não encontre lugar nas pautas mais populares na mídia. Com a finalidade de adentrarmos na análise da realidade fática da aplicação, ou falta delas, durante o período da pandemia é necessário explicar de forma pormenorizada o que acontece com o cidadão após ser preso em flagrante.

A prisão em flagrante pode ser decretada quando o agente for encontrado em flagrante delito. O Código de Processo Penal estabelece como flagrante delito as situações em que o indivíduo é encontrado cometendo a infração penal; quando acabou de cometê-la; após perseguição logo após infração; após ser encontrado com instrumentos que façam presumir ser ele o responsável pela infração cometida (BRASIL, 1941, s.p).

Uma vez caracterizado o flagrante delito, o procedimento a ser adotado então é encaminhar o cidadão para a delegacia a fim de lavrar o auto de prisão em flagrante, que deverá conter as informações pessoais dele e dos fatos ocorridos que ensejaram a prisão. O auto de prisão em flagrante é, então, encaminhado ao magistrado. Conforme estabelecido pelo artigo 310 do Código de Processo Penal, após o recebimento do auto de prisão em flagrante, o magistrado terá um prazo de 24 (vinte e quatro) horas para promover a audiência de custódia, ocasião onde deverá relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva quando

foram insuficientes a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória.

Uma vez que as audiências de custódia foram suspensas, como já explanado, durante a maior parte do período de pandemia os magistrados tiveram de proferir sua decisão depois da análise de tão somente o auto de prisão em flagrante. Neste momento, ainda em primeira instância, seria a hora de conceder a liberdade como regra, as medidas cautelares como a exceção, e a prisão preventiva como a mais absoluta exceção das exceções.

No entanto, a falta de transparência do poder judiciário foi tão intrínseca aos atos proferidos durante a pandemia que se torna difícil comprovar, de forma concreta, a forma como os magistrados agiram. O Departamento Penitenciário Nacional (Depen) foi o órgão responsável por liberar os dados concernentes ao Coronavírus nos presídios, tais como número de infectados, óbitos e recuperados, tanto entre os presos quanto entre os agentes penitenciários. De acordo com o governo brasileiro¹⁶, o objetivo de manter a transparência nos dados liberados era prioridade, motivo que ensejou a liberação dos dados pelo Depen no decorrer da pandemia.

Os dados liberados, no entanto, foram alvos de críticas de diversas organizações e estudos que apontaram uma falta de transparência nos números divulgados. O motivo para tanto foi o fato de que os números destoavam grandemente da realidade do restante do país na época de pico da pandemia do novo coronavírus. Os levantamentos realizados pelo Infovírus no ano de 2021 expuseram parte dos dados controversos. Entre eles, a passagem de 381 dias sem qualquer óbito entre 2020 e 2021 em estados distintos, 242 dias com a mesma informação no painel e dados que apresentavam mudanças drásticas de um dia para o outro, apenas para voltar aos dados iniciais no dia posterior¹⁷.

Outro relato preocupante exposto pela Rede Justiça Criminal (2021, s.p) foi o de um detento, cuja identidade não foi revelada, afirmando que as pessoas encarceradas que foram contaminadas pelo novo coronavírus eram retiradas do presídio, supostamente para serem encaminhadas ao médico, porém, não

¹⁶ O objetivo da liberação dos dados foi exposto na página oficial do governo brasileiro, que também afirmou existirem ações por parte do governo para frear o impacto da pandemia dentro dos cárceres, ainda que não tenha pormenorizado que ações seriam essas.

¹⁷ O relatório foi disponibilizado por meio da página da “Rede Justiça Criminal”, que compactou os dados em gráficos expostos na matéria realizada. Entre os estados com dados controversos, estavam o Paraná, Alagoas, Amapá, Pará, Piauí, Rio Grande do Norte, Tocantins e Bahia.

retornavam. O futuro de cada um era incerto, pois nenhum dos antigos colegas de cela sabiam se estavam mortos, vivos ou se haviam sido liberados.

O relatório organizado pela ISER também apontou as inúmeras denúncias realizadas por familiares das pessoas presas. A grande maioria das denúncias efetuadas relatava “a falta de informações a respeito do estado de saúde dos entes, demonstrando que a ausência de transparência, inclusive nos casos de pessoas acometidas por Covid-19, eiva as administrações penitenciárias de todo o país” (PORTELLA et al., 2021, p. 39).

Dados expostos pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP mostraram ainda relatos de familiares de pessoas presas, que apontaram a existência de uma ocultação deliberada de número de óbitos e infectados dentro dos cárceres. Ademais, apontaram existência de pessoas em situação de prisão sendo ameaçadas pelos agentes penitenciários a fim de não exporem caso apresentassem sintomas do novo vírus.

Ao que indicam as pesquisas, ao largo da promoção de medidas efetivas de proteção à saúde das pessoas presas, a administração da pandemia no sistema penitenciário brasileiro se mantém centrada na omissão de dados, no silenciamento de denúncias e na intensificação da violência carcerária. (CAMPELLO et al., 2021, s.p)

Os encarcerados, portanto, além de estarem em uma situação de extrema vulnerabilidade em instituições já insalubres que afrontam seus direitos fundamentais, ainda testemunharam um aumento da violência sofrida por parte do sistema. Torna-se fácil evidenciar que a realidade fática foi distinta da apresentada pelo governo brasileiro. O governo federal e o sistema judiciário foram altamente criticados por deixarem à mercê da morte as milhares de pessoas em situação de prisão durante a pandemia.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa elaborou, no ano de 2020, o relatório de pesquisa denominado “Justiça e Negacionismo: como magistrados fecharam os olhos para a pandemia nas prisões”. O relato se provou extremamente rico para a análise de parte dos dados disponibilizados para a população. O prefácio da pesquisa já prevê os resultados adquiridos ao afirmar que, em que pese a pandemia ser uma oportunidade para a humanização do sistema judiciário, o que realmente pôde ser observado foi mais uma extensão do desrespeito aos direitos humanos, que já faz parte da forma como o atual sistema funciona.

Muito se tem propagado que a pandemia da Covid-19 seria uma oportunidade para a revisão de condutas e uma melhor humanidade seria encontrada ao final do túnel. Mas o túnel parece não ter fim. A partir da Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça, o IDDD atuou juridicamente para garantir a efetivação do relaxamento de prisão de centenas de pessoas em situação prisional, haja vista que os presídios brasileiros são notórios pela superlotação e condições insalubres para sobrevivência digna. Mas, o que se verifica no relatório produzido como resultado dessa atuação, é mais um capítulo de horror e desrespeito aos direitos humanos. (IDDD, 2020, p. 9)

No estudo realizado pelo Instituto, analisou-se 118 decisões que concederam a substituição da prisão cautelar por liberdade provisória ou medidas diversas. No entanto, 52,5% das decisões favoráveis sequer utilizaram a questão da pandemia como justificativa da revogação da prisão cautelar.

Além disso, outro dado preocupante apresentado pelo relatório mostrou que entre as decisões analisadas, a menção expressa à Recomendação nº 62 do CNJ foi utilizada em 28% das decisões favoráveis à substituição da prisão cautelar e em 39% das decisões que negaram a substituição. Ou seja, a Recomendação criada com a finalidade de diminuir a população encarcerada na pandemia foi utilizada mais vezes para negar a substituição da prisão cautelar do que para concedê-la, sendo totalmente deslegitimada por diversos magistrados. Entre as justificativas utilizadas para negar a concessão das medidas cautelares diversas da prisão estão a falta de comprovação de que os cárceres ofereceriam riscos à saúde, o fato de que o réu estaria supostamente correndo mais risco em liberdade, e até mesmo que o réu seria um “vetor” da doença caso fosse solto. Além disso, de acordo com o relatório, em 14 decisões foi alegado que a pandemia não constituía fato novo que merecesse ser analisado no momento de substituição da prisão cautelar, em que pese ter sido um fator que gerou mudanças inimagináveis em todos os cenários possíveis a nível nacional e mundial.

Outro estudo publicado pela autora Ana Pompeu expôs que o STF negou 81% dos Habeas Corpus fundamentados na Recomendação nº 62 do CNJ que foram impetrados perante tal Corte. De acordo com o estudo, várias justificativas foram utilizadas para fundamentar a denegação de ordem, ainda que todas fossem irrisórias. Entre elas, houve a suposta falta de constatação dos requisitos autorizadores das medidas pleiteadas; a alegação de que o juízo de primeiro grau teria mais conhecimento quanto as informações dos presídios locais; e até mesmo

ordens denegadas em respeito ao espírito da colegialidade entre ministros (POMPEU, 2020, s.p).

O relatório denominado “Deixados para morrer”, elaborado pela Rede Justiça Criminal no ano de 2021, buscou apontar qual poderia ter sido a realidade do Brasil caso a liberdade tivesse sido concedida a mais encarcerados. Entre as críticas feitas no relato, a mais evidente permaneceu na mesma esteira: os magistrados do país dificultaram a aplicação da Recomendação nº 62, preferindo manter as prisões cautelares ao invés de revogá-las e aplicar medidas cautelares diversas. O estudo ainda apontou que, no estado de São Paulo, 3 em cada 4 pessoas em situação de prisão foram mantidas nos cárceres, quando poderiam ter sido soltas.

A justificativa encontrada pelo relatório nas decisões analisadas foi de que “ser do grupo de risco e possuir doença grave não dá direito à soltura” e “solicitantes estão se aproveitando da recomendação para uma soltura geral”. O entendimento basilar do sistema, no entanto, deixou de ser analisado por tais magistrados. Liberdade é regra, prisão é exceção.

No entanto, “o ímpeto punitivo das autoridades judiciais e políticas responsáveis pela execução penal no país em detrimento das preocupações concernentes à preservação da saúde e da vida” (CAMPELLO et al., 2021, s.p) foi predominante, sendo a preservação da saúde da população presa ignorada, quando deveria ter sido uma das prioridades estatais no combate à pandemia.

Em situação pandêmica, não é trabalho dos juízes decidir quem vive ou morre, e tampouco agir de forma a garantir a impunidade de alguém. Ao contrário, busca-se garantir o direito à vida e à saúde, inclusive daqueles que posteriormente poderão ser condenados ou absolvidos em processo criminal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou, através de extensa pesquisa bibliográfica, demonstrar a ligação intrínseca do super encarceramento no Brasil com a criminalização da pobreza e o conceito de necropolítica, que ficou escancarado ao povo durante o pico da pandemia de Covid-19 que abalou o mundo no ano de 2020, 2021 e 2022. Buscou-se, ainda, expor através de dados coletados pelos órgãos governamentais e pelas ONG's espalhadas pelo país a realidade fática da pandemia dentro dos presídios, e como o poder judiciário deixou de combater a pandemia de forma eficiente, em especial no que se refere à concessão de medidas cautelares diversas da prisão a fim de diminuir a população encarcerada, um instrumento que poderia ter sido usado de forma mais extensa.

Desta feita, o primeiro capítulo do trabalho procurou conceituar e identificar a existência de um Estado Punitivo no Brasil, sendo este conceituado por diversos autores como um estado que busca, através da maximização do aparato punitivo, garantir uma estrutura de poder em que sua soberania seja garantida ao oferecer à sociedade uma falsa sensação de segurança, mediante a criação de uma ilusão de combate à criminalidade com o uso encarceramento desenfreado. Junto a isso, busca garantir a segurança econômica do povo, tirando de circulação aqueles que não tem utilidade no atual sistema de consumo. Tal prática encontra sua falsa legitimidade mediante o estabelecimento de um discurso de medo generalizado dentro da sociedade, que através da mídia e demais órgãos governamentais garantem que os cidadãos acreditem que o único modo de combater o crime é encarcerando a maior quantidade de cidadãos possível. Assim, a criminalização da miséria encontra guarida e legitimação por parte do povo, ainda que os cárceres se assemelhem mais a campos de tortura do que meios de ressocialização (WACQUANT, 1999, p. 7). O estado, por sua vez, busca encarcerar aqueles sem utilidade para as relações econômicas, colocando em prática o conceito da necropolítica, que pode ser definido como o poder exercido pelas autoridades estatais em ditar quem vive e quem morre de acordo com os interesses do governo soberano (MBEMBE, 2016, p. 123). Dessa forma, os pobres são criminalizados e tirados de circulação, sendo posteriormente abandonados nos cárceres, sem ser objeto de preocupação para o estado, que exerce verdadeiro poder e controle sobre

a vida e a morte desses grupos vulneráveis, aplicando uma verdadeira pena de morte informal.

Por fim, o capítulo final busca apresentar o conceito das prisões cautelares e o motivo pelo qual a restrição de liberdade é considerada medida excepcionalíssima, *ultima ratio* no sistema judiciário brasileiro. Ademais, apresenta-se de forma minuciosa as medidas cautelares diversas da prisão, seus requisitos e as diversas modalidades existentes, todas com a finalidade de diminuir o número de encarcerados, em especial de forma cautelar, no nosso país, bem como garantir que os direitos fundamentais dos presos sejam tutelados.

A chegada da pandemia de Covid-19 no Brasil no ano de 2020 afetou em muito o sistema prisional brasileiro. Foi estabelecido pela OMS como formas de prevenção medidas como distanciamento social e higiene básica, tais como lavar as mãos frequentemente, uma realidade distante do dia a dia dentro dos cárceres. Em função disso, diversas medidas excepcionais foram estabelecidas, sendo a mais importante a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, que recomendou aos Magistrados, entre outras medidas, a concessão de liberdade com a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão a fim de diminuir a população prisional e, conseqüentemente, tentar diminuir a aglomeração existente nos presídios espalhados pelo Brasil.

Buscou-se explicar, ainda, a criação de diversas organizações entre a própria sociedade a fim de monitorar as ações tomadas pelo Estado e assim garantir que estavam sendo postas em prática. No entanto, os dados coletados pelas referidas organizações demonstraram uma clara falta de transparência estatal no que se refere aos dados concernentes a pandemia, tais como número de mortos e infectados dentro dos cárceres. Inobstante, pesquisas realizadas no âmbito prisional demonstraram que a própria Recomendação nº 62, redigida com a finalidade de diminuir a população prisional e garantir o direito à saúde daqueles em situação de prisão, foram invalidadas em numerosas decisões pelos próprios juízes, que a utilizaram de forma a justificar o indeferimento do pedido de liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares diversas para diversos presos.

Restou claro, portanto, que o sistema judiciário pouco fez para garantir a eficácia da Recomendação redigida pelo CNJ, e tampouco para proteger a integridade física dos grupos vulneráveis e encarcerados que vivem sob total tutela do Estado. Restou comprovado, ainda, que em numerosos presídios os cidadãos

sequer tinham acesso a produtos básicos de higiene pessoal, ficando completamente à mercê do novo vírus. A inércia do governo em auxiliar a população encarcerada durante a pandemia foi óbvia, deixando exposta a negligência e o desprezo diante da gravidade da situação da população prisional durante a pandemia (PORTELLA et al., 2021, p. 9).

No decorrer do presente estudo pôde-se comprovar que o atual sistema punitivo brasileiro é eivado de falhas que o tornam incapaz de cumprir com seu objetivo principal: o combate eficaz à criminalidade crescente. Estudos realizados por autores há diversos anos já comprovam que o sistema é falho em sua própria origem ao combater a violência com mais violência, assemelhando-se a uma real forma de tortura e genocídio contra a parcela encarcerada da população, geralmente composto pelos cidadãos mais pobres. Neste ponto, a necropolítica é posta em prática na sua forma mais crua a partir do momento em que o Estado, responsável por manter o bem estar dos encarcerados, os deixa para morrer, uma vez que fora das prisões não possuem qualquer valia econômica para o Estado.

Em que pese ser uma realidade comprovada desde muito antes da pandemia, a gravidade apresentada pelo novo Coronavírus deveria ter sido o carro chefe da mudança na execução penal e na forma como as prisões cautelares são decretadas ou substituídas pelas medidas cautelares diversas da prisão, posto que a pandemia escancarou as condições insalubres dos cárceres e a falta de acesso aos direitos mais fundamentais de todo cidadão. No entanto, pôde-se notar que isso não ocorreu. De fato, o sistema seguiu funcionando da mesma forma: encarcerando os vulneráveis e deixando-os para morrer, preferindo não utilizar o instrumento processual que possuem a seu dispor a fim de evitar a superpopulação carcerária, ou seja, as medidas cautelares.

Diante disso, em face dos dados liberados durante a pandemia que serviram para comprovar de forma ainda mais aprofundada a falha no sistema e, em especial, a falha na aplicação das medidas cautelares para garantir o andamento processual, se torna clara a necessidade de uma alteração na forma como esse instrumento processual é aplicado.

É possível concluir, portanto, que o estabelecimento das medidas cautelares diversas da prisão através da Lei 12.403/2011 foi um avanço, não há como negar, mas seu objetivo principal não está sendo alcançado. Como forma de garantir a máxima eficácia da aplicação de tais medidas, seria necessária a análise

pormenorizada de cada caso pelos magistrados a fim de que não sejam aplicadas penas desmedidas para casos em que a prisão cautelar não é necessária. Uma coordenação entre o poder legislativo e o poder executivo é necessária a fim de diminuir a superpopulação encarcerada atualmente em nosso país.

Além disso, é necessária uma mudança ainda mais profunda: uma alteração no próprio entendimento da sociedade, que há anos é levada a acreditar que sem prisão não há como combater a criminalidade. Imprescindível se torna buscar que seja compreendido o fato de que a criminalidade se combate com a educação e a reabilitação, parâmetros que podem ser mais facilmente alcançados através da substituição da prisão cautelar em regime fechado por medidas cautelares diversas que possibilitem ao investigado permanecer na sociedade, e não à margem desta. Desta forma, garante-se um combate efetivo ao crime ao mesmo tempo que se busca garantir os direitos fundamentais daqueles que se encontram encarcerados. Afinal, “educar ao jovem, oferecendo-lhe maior oportunidade de desenvolvimento social, financeiro, moral, é o meio mais eficaz de evitar práticas criminosas por parte deste” (ASTA et al., 2020, p. 183).

Por fim, cabe ressaltar que o decorrer dos anos já demonstrou de forma clara que o atual sistema não atinge sua finalidade. A criminalidade cresce enquanto a população presa a acompanha. Durante a pandemia, se fez clara a completa desatenção aos direitos fundamentais dos presos, que em meio a uma emergência sanitária permaneceram, muitas vezes, sem itens de limpeza, sem visitas, aglomerados e abandonados. Enquanto isso, os crimes cometidos do lado de fora não diminuiriam. A população prisional que já vive excluída da sociedade como um todo se encontrou em uma posição ainda mais inconstitucional ao ser abandonada por completo, muitas vezes perdendo o último fio de contato que possuía com o mundo exterior.

No entanto, o que se delineou na realidade carcerária brasileira, a partir do início da pandemia, foi a imposição de incomunicabilidade para as pessoas privadas de liberdade, ao passo que medidas alternativas não foram empregadas – ou foram, mas de maneira não satisfatória - pelas Secretarias de Administração Penitenciária. (PORTELLA et al., 2021, p. 47).

Neste grave contexto em que os direitos fundamentais dos presos, já violados em tempos normais, foram ainda mais desatendidos, ficou escancarada a desídia com a qual os magistrados agem no momento de decidir pela manutenção da prisão cautelar ou aplicação de medida cautelar diversa. A realidade é que a aplicação de

tais medidas durante a pandemia poderia ter alterado o destino de incontáveis vidas que se perderam dentro dos cárceres neste período, tanto de forma literal quanto figurativa tendo em vista que o abalo psicológico sofrido pelos cidadãos presos pode ter causado danos irremediáveis.

Torna-se claro, portanto, que o problema vem ocorrendo há tempo demasiadamente grande, e o Estado se manteve inerte diante dele. A mudança necessária, no que tange à forma como a prisão é vista pelo povo e na forma como as medidas substitutivas à prisão em regime fechado são aplicadas, possui um caráter de extrema urgência. Enquanto o sistema do Estado Punitivo que prende quem lhe convém prender estiver em curso, será impossível combater a criminalidade de forma eficaz. Por este motivo, o ímpeto que originou a criação de diversas organizações na sociedade para controlar e relatar o que realmente ocorreu dentro das prisões se faz mais necessário que nunca, e deve ser usado para cobrar das autoridades competentes atitudes que andem lado a lado às garantias fundamentais garantidas na Carta Magna brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Horizonte de projeção da política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista**. Rio de Janeiro: 2009.

_____. **Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal** In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

ASTA, Renata Aparecida Dall; SILVA, Jocelino Tramontin da; PAVAN, Karla Eduarda Modena. **EDUCAÇÃO E CRIMINALIDADE: A Educação como forma de influência e estancamento à criminalidade entre jovens no Brasil**. Políticas Públicas, Educação e Diversidade: Uma Compreensão Científica do Real, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 172-188, dez. 2021. Disponível em: <https://downloads.editoracientifica.org/articles/210605069.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BARBOSA, Bárbara Arbex; MARINHO, Letícia Gamonal; COSTA, Marcela Braga. **O sistema prisional brasileiro frente à pandemia do novo coronavírus**. Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior. Juiz de Fora, p. 77-98. jun. 2021.

BATISTA, Nilo. **Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas**. In: INSTITUTO CARIOCA DE CRIMINOLOGIA. Discursos sediciosos – crime, Direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2000.

_____. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.11, n.42, p. 56-72, jan. /mar. 2003. Número Especial

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

BERNARDO, Leonam. **Metade da população carcerária foi vacinada contra Covid-19, índice abaixo da média nacional**. Disponível em: <http://cearaleste.com.br/metade-da-populacao-carceraria-foi-vacinada-contracovid-19-indice-abaixo-da-media-nacional/>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 565.799**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Hc. Brasília, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855201246/habeas-corpus-hc-565799-rj-2020-0061440-0/inteiro-teor-855201256?ref=serp>. Acesso em: 29 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 568.021**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Hc. Brasília, 2020. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923475970/habeas-corpus-hc-568021-ce-2020-0072810-3/inteiro-teor-923475988?ref=serp>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 568.693**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Hc. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/14102020%20HC-568.693.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 682.400**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. HC. Brasília, 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1268667014/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-682400-pr-2021-0232602-9/inteiro-teor-1268667041>. Acesso em: 01 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Stf. Brasília, 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25 jan. 2022.

_____. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

_____. **REENTRADAS E REITERAÇÕES INFRACIONAIS: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

_____. **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília: Cnj, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2021.

_____. **RESOLUÇÃO Nº 14**. Brasília, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-14-de-4-de-fevereiro-de-2021-302791438>. Acesso em: 28 out. 2021.

CAMPELLO, Ricardo; CHIES-SANTOS, Mariana. **Superlotação, Covid-19 e ausência de dados: a situação das prisões brasileiras**. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/superlotacao-covid-19-e-ausencia-de-dados-a-situacao-das-prisoas-brasileiras.ghtml>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CARCERÁRIA, Pastoral. **Pastoral Carcerária Nacional**. 2021. Disponível em: <https://carceraria.org.br>. Acesso em: 13 jan. 2022.

CARVALHO, Anna Karoline Cavalcante; NUNES, Victor Soares. **As medidas jurídicas adotadas no Brasil durante a pandemia da COVID-19 e seus reflexos no sistema prisional**. 2021. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/quer-debater/as-medidas-juridicas-adotadas-no-brasil-durante->

a-pandemia-da-covid-19-e-seus-reflexos-no-sistema-prisional. Acesso em: 23 dez. 2021.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. Belo Horizonte: D'Placido, 1981.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília. Poder Judiciário, 2019. p. 155. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf
Acesso em 24 jul. 2021

COSTA, Nairla Oliveira; ARAUJO, Anna Thais da Silva; COSTA, Pedro Policarpo da. **Medidas cautelares diversas da prisão**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78955/medidas-cautelares-diversas-da-prisao>. Acesso em: 18 dez. 2021.

CRIMINAL, Rede Justiça. **Deixados para morrer**. 2021. Disponível em: <https://deixadosparamorrer.org>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. **Levantamento do Infovirus expõe falhas em dados oficiais sobre mortes por Covid-19 nas prisões**. 2021. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org/levantamento-do-infovirus-expoe-falhas-em-dados-oficiais-sobre-mortes-por-covid-19-nas-prisoas/>. Acesso em: 21 jan. 2022.

_____. **Rede Justiça Criminal**. 2021. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org>. Acesso em: 30 jan. 2022.

CRUST, Kevin. **The stories and horrors in Brazil's penal system**. Los Angeles Times, Los Angeles, 14 mai. 2004. Disponível em: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2004-may-14-et-carandiru14-story.html>. Acesso em: 02 nov. 2021.

DATA, Our World In. **Coronavirus Pandemic (COVID-19) – the data**. Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus-data>. Acesso em: 27 out. 2021.

DEPEN. **Após um ano de pandemia, sistema penitenciário possui taxa de 0,31% de letalidade**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/apos-um-ano-de-pandemia-sistema-penitenciario-possui-taxa-de-0-31-de-letalidade>. Acesso em: 09 jan. 2022.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 24 jul. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Brasil: Seepix, 2021. Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. Disponível em: https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf. Acesso em 28 nov. 2021.

GANDOLPHI, Raissa Gazeta. **Medidas cautelares como exceção a prisão - Lei 12.403/11**. 2017. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50207/medidas-cautelares-como-excecao-a-prisao-lei-12-403-11>. Acesso em: 18 dez. 2021.

GIORGI, Alessandro de. **Prisiones y estructuras sociales en las sociedades del capitalismo tardío**. In: SCOTT, David. *Why Prison?* Reino Unido: Cambridge University Press, 2013. p. 24-37.

GRECCO, Rogério. **Monitoramento eletrônico**. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819870/monitoramento-eletronico>. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Curso de direito penal**. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: <https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/greco-rogc3a9rio-curso-de-direito-penal-vol-1.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

HUMANOS, Comissão Interamericana de Direitos. **A CIDH urge os Estados a garantir a saúde e a integridade das pessoas privadas de liberdade e de suas famílias diante da pandemia da COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/066.asp>. Acesso em: 10 fev. 2022.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993. Disponível em: <http://arquimedes.adv.br/livros100/O%20Sistema%20Penal%20em%20Questão%20-%20Penas%20Perdidas%20-%20Louk%20Hulsman%20e%20Jacqueline%20Bernat%20de%20Celis.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2022.

IBBCRIM (org.). **Crítica à banalização das medidas cautelares diversas da prisão no processo penal brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/991>. Acesso em: 19 dez. 2021.

_____. **Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões**. 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5295/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

INFOPEN. **Relatórios Analíticos Infopen**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>. Acesso em: 28 out. 2021.

INFOVÍRUS. **De olho no painel do Depen: análise de informações de estado sobre a covid-19 nas prisões**. 2021. Disponível em:

https://deixadosparamorrer.org/website/wp-content/themes/deixados-theme/arquivos/Infovirus_De_Olho_No_Depen.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

_____. **Prisões e pandemia**. 2021. Disponível em: <https://www.covidnasprisoes.com/infovirus>. Acesso em: 14 jan. 2022.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Justiça e negacionismo: como magistrados fecharam os olhos para a pandemia nas prisões**. 2021. Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/08/iddd-relatorio-negacionismo-final-2.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

INTERNATIONAL, **Amnesty. Brazil: “Death has arrived”: prison massacre at the Casa de Detenção**, São Paulo. 1993. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/amr19/008/1993/en/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

JUSTIÇA, Superior Tribunal de. **Pandemia trouxe novos desafios ao Judiciário na análise da situação dos presos**. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14032021-Pandemia-trouxe-novos-desafios-ao-Judiciario-na-analise-da-situacao-dos-presos.aspx>. Acesso em: 29 dez. 2021.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça — Da política à prática**. 2021. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/audiencias-de-custodia-do-conselho-nacional-de-justica-da-politica-a-pratica/>. Acesso em: 30 dez. 2021.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/88426/5752-Manual-de-Processo-Penal-volume-nico-by-Renato-Brasileiro-de-Lima-z-lib-org.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Brasil: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2021.

_____. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1)**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MBEMBE, Achille. **NECROPOLÍTICA**. Disponível em: <https://www.procomum.org/wp-content/uploads/2019/04/necropolitica.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MENGER, Luiza Raupp. **O impacto da pandemia do coronavírus no sistema prisional brasileiro**. Revista Transgressões, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 134-155, dez. 2020.

MOURA, Tatiana Whately de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; SILVA, Fábio de Sá e; CASTRO, André Luis Machado de. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Anadep, 2013. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf. Acesso em: 29 jul. 2021.

MUNDIM, Marília. **Covid-19: mesmo com avanços, vacinação de pessoas presas segue abaixo da média geral**. Disponível em: <https://apamagis.com.br/institucional/covid-19-mesmo-com-avancos-vacinacao-de-pessoas-presas-segue-abaixo-da-media-geral/>. Acesso em: 15 jan. 2022.

NAVES, Pedro Paulo de Andrade. **O Covid-19 e seus reflexos nas medidas cautelares diversas da prisão**. 2020. Disponível em: <https://romanodonadel.com.br/o-covid-19-e-seus-reflexos-nas-medidas-cautelares-diversas-da-prisao>. Acesso em: 06 fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OAB/SP. **D'Urso defende monitoramento eletrônico para presos**. 2007. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/noticias/2007/04/04/4108/>. Acesso em: 27 out. 2021.

ORGANIZATION, World Health. **Pneumonia of unknown cause – China**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/disease-outbreak-news/item/2020-DON229>. Acesso em: 18 ago. 2021.

PACCELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: http://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processo-penal---euge770nio-pacelli---2017-1.pdf. Acesso em: 27 jan. 2022.

PASHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **The general theory of law and Marxism**. 2. ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2003.

PASTANA, Débora. **Justiça penal autoritária e consolidação do Estado Punitivo no Brasil**. Revista Sociol. Política, Curitiba, v. 32, n. 17, p. 121-138, fev. 2009.

_____. **Os contornos do Estado Punitivo no Brasil**. Revista Perspectivas, São Paulo, v. 31, n. 0, p. 29-46, jun. 2007.

PAULO, Folha de São. **Pandemia democratizou poder de matar, diz autor da teoria da 'necropolítica'**. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/03/pandemia-democratizou-poder-de-matar-diz-autor-da-teoria-da-necropolitica.shtml>. Acesso em: 28 out. 2021.

PEREIRA, Daniel Mendonça; ALVES, Rodrigo Oliveira. **A inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82343/a-inconstitucionalidade-da-prisao-preventiva-como-garantia-da-ordem-publica>. Acesso em: 12 jan. 2022.

POLITIZE. **Necropolítica: o que esse termo significa?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/necropolitica-o-que-e/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

POMPEU, Ana. **STF nega 81% dos HCs baseados na Recomendação 62, do CNJ, sobre a Covid-19**. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020>. Acesso em: 10 fev. 2022.

PORTELLA, Bruna; VIEIRA, Eliene; PEREIRA, Isabel; BARROUIN, Nina; OLIVEIRA, Priscila. **Instrumentos de combate a prevenção à Covid-19 nas prisões: uma sistematização de normas de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Iser, 2021. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wJAWckF-K3-HBEVwt8Myl85v7y2RnUpH/view>. Acesso em: 11 fev. 2022.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989**. Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

QUEIROZ, Pedro Ivo Leite; LIRA, Daniel Ferreira de; COSTA, Hertha França. **As medidas cautelares processuais penais e a novel sistemática processual penal: uma análise da Lei nº 12.403/2011**. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-103/as-medidas-cautelares-processuais-penais-e-a-novel-sistemica-processual-penal-uma-analise-da-lei-n-12-403-2011/>. Acesso em: 19 dez. 2021.

RENAULT, Sérgio; TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Usar prisão preventiva como forma de coação é afronta ao Direito**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-29/usar-prisao-preventiva-forma-coacao-afronta-direito>. Acesso em: 27 out. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Disponível em: http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20dos%20Jogos%20-compacto-Alexandre_Morais_da_Rosa.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

SAÚDE, Conselho Nacional da. **#MarchaPelaVida: entidades em todo o Brasil defendem a Ciência frente à negligência do governo diante da pandemia**. 2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1221-marchapelavida-entidades-em-todo-o-brasil-defendem-a-ciencia-frente-a-negligencia-do-governo-diante-da-pandemia>. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. **Recomendação 022 de 09 de abril de 2020**. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1112-recomendac-a-o-n-022-de-09-de-abril-de-2020>. Acesso em: 03 nov. 2021.

SILVA, Marcos Faleiros da. **O prazo para a realização da audiência de custódia no dia a dia. 2021**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/faleiros-prazo-audiencia-custodia-dia-dia>. Acesso em: 29 out. 2021.

SOUZA, Luis Antonio Francisco de. **Obsessão securitária e a cultura do controle**. Revista Sociol. Política, Curitiba, v. 20, n. 20, p. 161-165, jun. 2003.

STABILE, Arthur. **Em lista de 47 países, Brasil é 4º com mais mortes de presos pela Covid-19. 2020**. Disponível em: <https://ponte.org/em-lista-de-47-paises-brasil-e-4o-com-mais-mortes-de-presos-pela-covid-19/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Judispodvim, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Coletivo Sabotagem, 1999. Disponível em: http://files.femadireito102.webnode.com.br/200000039-62f056357d/As%20Prisoas_da_Miseria%20Loic_Wacquant.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 14ª edição. Ed. Revistas dos tribunais. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/50721/6923-Manual-de-direito-penal-brasileiro-parte-geral-by-Eugenio-Ral-Zaffaroni-Jos-Henrique-Pierangeli-z-lib-org.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2022.