

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**NATÁLIA XIMENEZ CAMPANILE**

**A pandemia e a prisão: uma crítica sobre o punitivismo dentro do contexto brasileiro e o estado de exceção que permeia o cárcere**

**MONOGRAFIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**São Paulo/SP**

**2022**

NATÁLIA XIMENEZ CAMPANILE

A pandemia e a prisão: uma crítica sobre o punitivismo dentro do contexto brasileiro e o estado de exceção que permeia o cárcere

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal e Direito Processual Penal.

Professor Orientador: Professor Doutor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

SÃO PAULO

2022

NATÁLIA XIMENEZ CAMPANILE

A pandemia e a prisão: uma crítica sobre o punitivismo dentro do contexto brasileiro e o estado de exceção que permeia o cárcere

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Campo de conhecimento: Direito Penal e Direito Processual Penal.

Data de aprovação:

\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca examinadora:

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira  
(Orientador)

\_\_\_\_\_  
Professor(a)\_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

Gostaria, inicialmente, de deixar a reflexão de que essa pesquisa reflete os intensos anos de trajetória acadêmica e profissional que vivi nesses últimos cinco anos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Não posso deixar de agradecer cada um e cada uma que cruzou meu caminho durante esses anos tão marcantes, seja de forma profissional, seja de forma pessoal.

Agradeço aos meus pais, Luciana e Vinicius e ao meu irmão, Mateus, por todo o companheirismo, a parceria, as risadas, as conversas. O amor de vocês me faz mais viva. Agradeço a minha mãe por ter me dado a liberdade de ser quem eu sou. Agradeço ao meu pai por ter me incentivado a ser essa pessoa que vai atrás do que quer, mesmo com medo. Agradeço ao meu irmão pelo caminho que construímos juntos, por sermos tão parecidos e tão diferentes.

Ao meu companheiro de vida, Gustavo, por me ajudar a me tornar cada vez mais eu. Por ter visto vários lados meus que sem ele eu não teria coragem de mostrar ao mundo. Por me ajudar a me tornar mais corajosa e livre.

Agradeço aos meus amigos e amigas. Agradeço àqueles da infância, àqueles que já me conhecem há muito tempo e me viram crescer e transformar, e continuaram ao meu lado. Agradeço especialmente as minhas amigas mulheres que fiz durante a faculdade. Amigas, sem vocês esse último ano não teria tido o sentido que teve. Quero caminhar para sempre ao lado de vocês. Obrigada por terem sido exatamente o que eu precisava.

A todos os professores que me acompanham e me ensinaram para além da faculdade, especialmente ao meu orientador, professor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, pela dedicação, paciência e atenção e por ter, durante suas maravilhosas aulas, me incentivado a querer ser defensora pública. Obrigada por ter me dado o brilho nos olhos necessário para ter força e coragem para seguir essa carreira tão linda, mas tão sofrida.

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo relacionar o punitivismo e o Estado de exceção que permeia o cárcere brasileiro. Para isso, foi feito um estudo, no primeiro capítulo, sobre criminologia, punitivismo e Estado de exceção. O segundo capítulo foi destinado para o estudo ao direito à saúde no Brasil, com foco principal no estado de calamidade pública causada pela Covid-19. No terceiro capítulo foram utilizadas entrevistas realizadas com defensores(as), desembargadores(as) e promotores(as) com o intuito de entender como e o que pensaram sobre a situação da pandemia do coronavírus e as decretações de prisões preventivas, durante, principalmente, o ano de 2021. O objetivo foi o de entender o quanto a Covid-19 influenciou os cárceres, em especial em São Paulo. Relacionou-se a calamidade pública instaurada em 2020 com o punitivismo que permeia a sociedade brasileira e a relação entre cárcere, Estado de exceção e direito penal do inimigo.

Assim, por meio de revisão bibliográfica sobre criminologia, punitivismo e direito a saúde e também utilizando-se de uma pesquisa qualitativa sobre pandemia do coronavírus e unidades prisionais, o intuito foi o de entender e criticar o quanto o direito à saúde nos presídios brasileiros é constantemente violado, e como as prisões se transformaram em uma verdadeiro Estado de exceção, com regras próprias e permanentes, em que nem mesmo um estado de calamidade pública foi capaz de influenciar.

**Palavras-chave: Direito Penal – Direitos Humanos – Estado de Exceção – Criminologia – Encarceramento – Covid-19 – Recomendação 62/20 do CNJ – Direito à saúde**

## **ABSTRACT**

The present monograph aims to relate punitivism and the State of exception that permeates the Brazilian prison. For this, we studied, in the first chapter, criminology, punitivism and the State of exception. The second chapter was devoted to the study of the right to health in Brazil, focusing on the state of public calamity caused by Covid-19. In the third chapter, we used interviews with public defenders, judges, and prosecutors to understand how and what they thought about the situation of the coronavirus pandemic and the decrees of pre-trial detention. The goal was to understand how much Covid-19 influenced the prisons, especially in São Paulo. After the interviews, the public calamity instated in 2020 was related to the punitivism that permeates the Brazilian society.

That way, through a literature review on criminology, punitivism and right to health, and also using qualitative research on the coronavirus pandemic and prison, it was aimed to understand and criticize how the right to health in Brazilian prisons is constantly violated, and how prisons have become a true State of exception, with its own rules, in which not even a state of public calamity is able to influence.

**Keywords: Criminal Law - Human Rights - State of Exception - Criminology - Incarceration - Covid-19 - CNJ Recommendation 62/20 - Right to health**

## SUMÁRIO

Introdução.....1

Metodologia.....3

### **CAPÍTULO 1 – PUNITIVISMO**

1.1. Uma crítica antropológica ao punitivismo.....5

1.2. História do punitivismo.....7

1.3.1. Uma explicação criminológica.....10

1.3.2. Criminologia crítica.....13

1.3.3. Uma visão da psicanálise sobre o punitivismo.....15

1.4. Estado de exceção.....16

1.5. Direito penal do inimigo.....18

1.6. Direito penal mínimo e abolicionismo.....21

### **CAPÍTULO 2 – O DIREITO À SAÚDE NOS CÁRCERES**

#### **BRASILEIROS**

2.1. Uma crítica entre o “dever ser” e o “ser”..... 25

2.2. O Poder Público e o direito a saúde.....27

2.3. A efetivação do direito a saúde da pessoa privada de liberdade.....31

2.4. O direito à saúde durante o coronavírus e reflexões sobre recomendação  
62/20 do CNJ.....33

### **CAPÍTULO 3 – A PANDEMIA E O CÁRCERE**

3.1. Recomendações do CNJ..... 35

3.2. A pandemia da Covid-19 no cárcere.....36

3.3. Análises empíricas.....37

3.4. Sínteses dos resultados.....47

Conclusão.....50

Bibliografia.....52

## INTRODUÇÃO

Este Trabalho de Conclusão do Curso parte da tese de que, desde o início da pandemia da COVID-19, quase nada foi registrado em decisões judiciais de prisão preventiva a respeito do estado de calamidade pública e da recomendação da OMS de se evitar aglomerações, mantendo-se o número de decretações de prisões preventivas antes e durante da pandemia.

Diante de um cenário em que o cárcere se coloca como um espaço reconhecido de violação de direitos, superlotação e insalubridade, facilitando a propagação do vírus sem que exista uma estrutura de atenção à saúde, foi editada a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça, emitida em 17 de março de 2020. Ela recomenda, dentre outras coisas, que juízes e juízas adotem diferentes medidas para reduzir o risco de infecção por COVID-19 nas prisões e orienta que a prisão preventiva ocorra apenas em casos extremos, evitando aglomerações no sistema prisional<sup>1</sup>.

Além disso, como evidenciam os dados periodicamente publicados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o encarceramento em massa é uma realidade brasileira e, de acordo com esses dados, o estado de calamidade pública não serviu de incentivo para a sua diminuição<sup>2</sup>. Portanto, levantamentos têm mostrado que a Recomendação 62 do CNJ não tem servido para embasar decisões que, de fato, considerem a excepcionalidade da prisão, expondo pessoas ao contágio nos presídios. Inclusive, em uma pesquisa recente concluiu-se que o direito à saúde de pessoas presas está sendo sistematicamente desconsiderado (VASCONCELOS, MACHADO, WANG: 2020; COSTA, 2020).

Frisa-se que, não bastassem as desigualdades sociais oriundas das opressões de gênero, raça e classe que definem a população carcerária brasileira, conforme problematiza Juliana Borges (2019), é notória mais uma vulnerabilidade: a pandemia da Covid-19. Ela também se distribui desigualmente, reproduzindo vitimizações estruturais – racismo, sexismo e desigualdade socioeconômica – que caracterizam tão fortemente a seletividade penal brasileira<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>

<sup>2</sup> <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODIkdTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

<sup>3</sup> <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Relatorio%20SCO%20-%20COVID%2019%20maio.pdf>

No Brasil, todavia, continuam sendo recorrentes os discursos – da sociedade e do Estado – que legitimam o sistema punitivo (ZAFFARONI, 1991), e, ao que parece e com estudos recentes, mesmo em meio à calamidade pública, como já citado anteriormente.

Portanto, as prisões preventivas já deveriam ocorrer apenas excepcionalmente e, durante a pandemia da COVID-19, deveriam ser ainda mais raras, algo que não foi. Dentro deste contexto de descumprimento do documento do CNJ e das aglomerações nas prisões em meio a uma pandemia, surgiu a reflexão sobre quanto o punitivismo está sobrepondo a vida e como o cárcere realmente faz parte de um Estado de exceção. Neste trabalho pretendo aprofundar essa reflexão.

Importante frisar que o entendimento é de que o punitivismo, que tem como raciocínio que quem comete um crime merece ser punido, acaba sendo mais um fator que viola direitos humanos. Por isso, considero que estudar as punições como violadoras de direitos humanos é extremamente relevante.

O meu objetivo principal é o de responder ao questionamento de se o punitivismo brasileiro se sobrepõe ao direito à saúde.

Para isso, pretendo estudar o Estado de exceção e a lógica punitivista – e consequentemente a violação de direitos humanos – existente nos presídios brasileiros e sua relação com o direito à saúde – principalmente a relação do presídio com a pandemia da Covid-19.

Assim, pretendo produzir um trabalho crítico sobre como a pandemia causada pelo coronavírus tem ensejado mais violações de direitos e o quanto a lógica punitivista acabou sobrepondo o próprio direito à vida, expondo ainda mais o Estado de exceção e a força da teoria do direito penal do inimigo.

Será demonstrado como as prisões são lugares que afastam os seres humanos da sociedade, mostrando, por exemplo, como o mundo inteiro se adaptou ao isolamento social, enquanto os presos mantiveram suas vidas normalmente.

Deste modo, irei estudar a criminologia, textos críticos ao encarceramento e que estudem o punitivismo e as violações de direitos humanos que ocorrem no cárcere, juntamente com uma análise sobre o direito a saúde de pessoas privadas de liberdade e com entrevistas feitas com magistrados(as), promotores(as) e defensores(as).

Frisa-se que essas entrevistas já foram feitas durante uma Iniciação Científica realizada por mim, pela antropologia do direito, quando obtive bolsa pelo CNPq por meio de minha outra graduação (ciências sociais na FFLCH).

Além disso, pretendo me aprofundar no estudo da criminologia, que, como futura defensora pública que pretendo ser, entendo ser essencial para meu dia a dia.

## METODOLOGIA

Trata-se de uma monografia que intercala revisão bibliográfica sobre criminologia, punitivismo, Estado de exceção e direito à saúde com entrevistas realizadas por mim em outro trabalho – Iniciação Científica realizada pela FFLCH/USP por meio da Antropologia do Direito durante o ano de 2021 e 2022 – com análise de nove entrevista.

A escolha metodológica de realizar entrevistas ocorreu porque estudar o direito é também estudar o cotidiano de quem influencia o que chamamos de justiça, no caso, defensores(as), juízes(as) e promotores(as).

As entrevistas foram realizadas de forma semiestruturada, ou seja, foram abordados pontos importantes para o aprofundamento do problema de pesquisa, mas com espaço para que os(as) entrevistado(as) incluíssem informações e elaborassem teorias.

Cabe registrar que no caso do direito é costume o estudo e a pesquisa não serem empíricos e se restringirem à análise de dados e considerações teóricas. A pesquisa empírica acaba sendo um diferencial por potencializar análises de dados e reflexões teóricas. Nesse sentido:

Estudar o Direito, suas práticas, instituições e tradições, a partir de uma perspectiva empírica, é o que permitirá perceber, como inúmeras pesquisas já apontaram, que o Direito que se pratica está muito distante do Direito que se idealiza. Olhar para a realidade fática, construída de acordo com métodos das ciências humanas e sociais, vai possibilitar ver em que medida essa distância se verifica e, a partir disso, sem negar nem criminalizar as eventuais discrepâncias, engendrar, pelo contrário, o que é necessário fazer para alterar o rumo desses caminhos tão dissonantes, seja para aproximá-los, seja para começar a pensá-los a partir de outro viés que frutifique em práticas e medidas que viabilizem transformações positivas a serem usufruídas pelos Tribunais e, principalmente, pela sociedade (LIMA; BATISTA, 2014)

Além disso, foi feita uma revisão bibliográfica sobre aprisionamentos durante a pandemia e foram realizadas 9 entrevistas: 3 com desembargadores(as) do TJSP, 3 com defensores(as) e 3 com promotores(as). A revisão bibliográfica se pautou na importância em estudar a criminologia e o punitivismo para entender a efetividade do direito à saúde nos cárceres brasileiros, em especial em São Paulo.

Frisa-se que a presente monografia analisou, observou e abordou a Covid-19 como mais uma *“forma de pensar criticamente as instituições de justiça e seus efeitos sobre a*

*sociedade brasileira*” (VASCONCELOS, MACHADO, WANG, 2020, p. 23). Ou seja, o cerne da pesquisa não foi a pandemia em si e sua relação direta com o cárcere, mas como mesmo em uma calamidade pública, a lógica sistema prisional – com foco em São Paulo – permanecem as mesmas, isto é, com o punitivismo se sobrepondo aos direitos.

## CAPÍTULO 1 – PUNITIVISMO

### *1.1. Uma crítica antropológica ao punitivismo*

A sociedade, em geral, entende a punição como uma consequência, muitas vezes justa, de desacordos em relação a padrões estabelecidos. Contudo, importante trazer o olhar da antropologia jurídica, que entende que não há uma noção única, universal e simplista da concepção de punitivismo.

O antropólogo Lévi-Strauss analisa em seus estudos dois tipos básicos que a sociedade lida com aquilo que lhe é desconfortável, que causa conflito: uma maneira seria incorporar a pessoa entendida como a causadora do conflito e considerar que toda sociedade é responsável por ela e pelo conflito em si; e a segunda seria excluir, jogar para fora, eliminar essa pessoa que é concebida como causadora do conflito.

A sociedade ocidental moderna está majoritariamente nesse segundo entendimento – quando se vê diante de um conflito, acusa pessoas e tenta retirá-las da vida social, seja prendendo-os num presídio, manicômio ou matando-os. Aqui trataremos especificamente do primeiro caso, ou seja, do cárcere, com foco no Brasil e, especificamente, em São Paulo.

Ademais, em referência a Lévi-Strauss, Foucault argumenta que há outras maneiras com as quais a sociedade pode lidar com conflitos e com quem é considerado culpado, mas a opção escolhida cria o que chama de mecanismos disciplinares na formação de corpos dóceis. Segundo o autor, estes corpos são consequência do controle social, que se torna obediente e disciplinado, para que se evite uma punição – que é majoritariamente desproporcional ao delito.

A conclusão principal que os autores trazem para a análise da punição é a de que há vários modos de definir e lidar com situações conflitantes e formas de agir não aceitas pela população. Entretanto, a sociedade ocidental escolheu um modo que não pensa no equilíbrio; pelo contrário, só aumenta o desequilíbrio por meio da punição, isolando pessoas – que já eram marginalizadas – do convívio social. Entende-se ainda, que se cria (aparentemente cada vez mais) um estereótipo negativo dessas pessoas, em que a punição não ocorre só na condenação, mas também durante o processo criminal e depois de cumprida a pena.

Importante mencionar que essa concepção de punitivismo é uma escolha dentre outras, não sendo o único caminho possível a ser tomado. Não cabe aqui analisar exemplos de outras sociedades com outras noções de punições, por não ser o foco da pesquisa. Contudo, importante lembrar que sempre há outros modos de resolução de conflito que não a punição.

Pode-se pensar, por exemplo, que outros modos de resolução de conflito, como mediação, arbitragem, negociação (ou seja, a justiça restaurativa) permeiam e estão presentes em outras áreas do direito – principalmente na cível. Entretanto, parece estar longe de atingir o direito penal, justamente pela concepção rígida e excludora que há na sociedade ocidental sobre a punição.

Além disso, não é possível pensar no conceito de punição sem trazer a história racista que existe no Brasil. Isto é, para entender as relações sociais e fazer entender o vínculo entre os sujeitos, o Estado e o poder, é preciso lembrar do racismo brasileiro.

De acordo com Correa, no século XX, a nação era entendida em termos de raça e não em termos objetivos de cultura ou economia. Consequentemente, a punição também seguiu essa lógica. A noção biológica de raça trazia suposições que são conservados até hoje: pensar em características raciais era (e é) entender o indivíduo em determinado comportamento social preconcebido e excluir a sua individualidade. Não havia (e não há) uma separação nítida entre fenômenos econômicos, sociais e raciais.

Nesse sentido,

nossa sociedade se construiu historicamente como um espaço onde as desigualdades se expressaram tanto nas leis como nas normas sociais em urgência desde o período colonial (CORRÊA, 1998, p. 72).

Observa-se que

os resultados da pesquisa são incontestáveis em apontar a maior punibilidade para negros, tanto se considerarmos a sua progressiva captação e manutenção pelo sistema (mais condenados do que indiciados), como se levarmos em conta a categoria prisão no processo: além de serem mais presos em flagrante (do que indiciados por portaria, como a maioria branca), seus processos correm num prazo menor, o que é indicativo de maior incidência de prisão processual (LIMA, 2003).

Pelo relatório do IBCCRIM<sup>4</sup> percebe-se que foi constatado que os negros possuem penas mais longas e processos mais curtos, porque respondem ao processo presos, enquanto os brancos conseguem mais concessões de liberdades provisórias.

---

<sup>4</sup> Boletim do IBCCRIM, nº 125, abr./2003, p. 4

Além disso, para a população, a visão de que a violência do Estado é aceitável ao diferenciar “trabalhadores”, considerados cidadãos do bem e “bandidos”, identificados como criminosos, apenas realça a concepção do punitivismo na sociedade ocidental.

Assim, entende-se que a adoção de políticas discriminatórias do direito penal tal como conhecemos hoje tem os seus próprios inimigos: pobres e negros. A questão do inimigo no direito penal será abordada posteriormente.

### ***1.2.1. História do punitivismo***

Para entender o punitivismo atualmente é importante fazer uma retomada histórica da punição.

Foucault, em seu livro *Vigiar e Punir*, analisando os séculos XVIII e XIX, observa que durante o século XVIII a justiça se torna mais constante. O autor analisa que esse fator ocorre porque, ao longo do século XVII, após a Revolução Industrial, a relação entre a burguesia e os camponeses fica cada vez mais tensa e relacionada com a propriedade privada:

A ilegalidade dos direitos, que muitas vezes assegurava a sobrevivência dos mais despojados, tende, com o novo estatuto da propriedade, a tornar-se uma ilegalidade de bens. Será então necessário puni-la (FOUCAULT, 1999, p. 105/106).

Com essa nova relação entre propriedade privada e burguesia, a última classe se vê obrigada a controlar práticas ilícitas para manter a sua posse. Ou seja, é preciso que os delitos sejam bem definidos para serem punidos. Isso porque, segundo o autor, com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de propriedade, todas as práticas populares que se classificavam na ilegalidade dos direitos (e por isso eram toleradas), são agora entendidas como ilegalidade dos bens.

Assim, passa a haver uma vigilância constante e uma intrínseca relação entre punição e capitalismo, com novas técnicas de punição. Há uma reestruturação do cárcere com o desenvolvimento da sociedade capitalista e essa divisão corresponde a uma oposição de classe, já que o capitalismo está intrinsecamente ligado com o conflito entre a burguesia e o proletariado.

Foucault relata, portanto, que durante o século XVIII houve essa reforma do direito criminal, e que o objetivo dela não foi a de criar um direito de punir, mas a de estabelecer uma nova forma do poder de castigar para que houvesse uma melhor distribuição do castigo, que se fizesse mais presente. O controle deixa de estar na mão de apenas uma autoridade (no caso, o rei), para ser exercido em toda parte e de maneira contínua.

Portanto, essa reforma do direito criminal trouxe um poder de punir mais eficaz e mais constante, ou seja, aumentaram os efeitos do castigo para ser diminuído o custo econômico e político, havendo uma mudança na forma política econômica, mas não na vontade de punir. A punição passa a ser mais controlada e vigiada como forma também de prevenir novos crimes, tudo para que fosse protegida a propriedade privada.

O filósofo analisa que durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, há a seguinte estratégia para o exercício do poder de castigar: *“fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir”* (FOUCAULT, 1999, p. 102).

Foucault ainda analisa que

a conjuntura que viu nascer a reforma não é, portanto, a de uma nova sensibilidade; mas a de outra política em relação às ilegalidades (...) essa transformação não pode ser separada de processos que lhe armam uma base e, em primeiro lugar, de uma modificação no jogo das pressões econômicas, de um forte crescimento demográfico, de uma multiplicação das riquezas e das propriedades e da necessidade de segurança que é uma consequência disso (FOUCAULT, 1999, p. 102).

Para o autor,

a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas (FOUCAULT, 1999, p. 103).

Logo, o filósofo entende que há uma adaptação dos instrumentos que vigiam o comportamento cotidiano das pessoas. Isso significa uma outra política a respeito desse controle de corpos que agora são dóceis e disciplinados.

Ademais, Foucault cita uma frase emblemática que, de certa forma, se encaixa com o pensamento atual. Um homem afirma que espera que pessoas que roubam “*sejam adquiridas pelo Estado e lhe pertençam como escravos a seus senhores*” (FOUCAULT, 1999, pg. 108).

Em resumo, a reforma penal do século XVIII constituiu uma nova economia e, para ser mantida, se fez necessária uma nova tecnologia do poder de punir. “*Para a população, o criminoso passa a ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu um pacto, e, portanto, é inimigo da sociedade inteira, mas participa também da punição que se exerce sobre ele. Observa-se que o castigo penal é uma função coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos*” (FOUCAULT, 1999, p. 109). O direito de punir passa ser de todos porque o “criminoso” torna-se, como será refletido mais a frente, o inimigo comum:

Até mesmo pior que um inimigo, é um traidor pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade. Um “monstro”. Sobre ele, como não teria a sociedade um direito absoluto? Como deixaria ela de pedir sua supressão pura e simples? (FOUCAULT, 1999, p. 110)

Interessante ponderar que o direito de punir deixou de ser unicamente sobre a vingança do soberano para ser visto como uma forma de defesa da sociedade.

Assim, a proporção entre a pena e a qualidade do delito é determinada pela influência que o pacto violado tem sobre a ordem social. Por isso, essa influência de um crime não tem proporção direta com sua atrocidade do crime. Veja que um delito que apavora a consciência tem muitas vezes um efeito menor que um crime que a sociedade tolera (FOUCAULT, 1999, p. 111).

Nesse sentido, a pena para Beccaria justifica-se muito mais como prevenção do que como argumento de vingança. Isto é, a pena deve ser eficaz para prevenir e combater o delito, devendo a lei penal servir para proteger a sociedade do arbítrio estatal e para dar uma resposta punitiva aos que contrariaram o sistema vigente. O ato criminoso, com esse entendimento, seria consequência apenas de uma escolha individual, e, portanto, o indivíduo deve ser punido para reparar a culpa e também para que seja evitado que outros cidadãos cometam esse mesmo crime.

Dessa forma, a pena é calculada não em função do crime, mas para que se previna sua repetição e, por isso, não se visa o passado, mas o futuro. Punir então, para o filósofo, é uma

arte dos efeitos, para que se olhe para o futuro: “*é preciso punir exatamente o suficiente para impedir*” (FOUCAULT, 1999, p. 113).

Entretanto, necessário firmar que com esse pensamento, não se considera o contexto em que o indivíduo está inserido, apenas sua conduta e, superficialmente, “*o criminoso como indivíduo que deveria seguir critérios específicos e se adequar às normas sociais, culturais e econômicas específicas*” (FOUCAULT, 1999, p. 121).

### ***1.3.1. Uma explicação criminológica***

Para Zaffaroni, o poder punitivo está descontrolado e as autoridades que possuem esse poder – ou seja, o Estado – acabam cometendo crimes ao invés de atuar para sua contenção. Para o autor, qualquer poder punitivo tende ao descontrole e possui como fim o combate aos inimigos, seja em um Estado de exceção existente por conta de uma guerra, seja um Estado de exceção que possibilita a existência de um cárcere tal como o atual no Brasil.

Nesse contexto, pode-se dizer que a sociedade ocidental adota a política de tolerância zero, como analisa Belli, que funciona como a teoria das janelas quebradas: em uma casa abandonada, se há um controle rígido sobre a destruição do lugar, ninguém irá quebrar a janela para não ser punido e não ter que lidar com as consequências repressivas. Se não há uma punição sobre a destruição, todas as janelas serão quebradas em um curto espaço de tempo.

Portanto, o que se acredita é que sem o movimento da tolerância zero, os crimes terão mais margem para existir e por isso reprime-se todo e qualquer tipo de desordem social (BELLI, 2004).

Ademais, para Bauman, na passagem da modernidade para a pós-modernidade, mudanças radicais atingiram o relacionamento do indivíduo com outros indivíduos. Relacionamentos individuais, relação de emprego e sentido de comunidade passaram a ter liquidez e instabilidade. Assim, se perdem os laços comunitários.

A perda do sentimento de segurança humana (como trabalho certo e estável, relação familiar bem estabelecida, estado de bem-estar) leva muitas pessoas, segundo Bauman, a procurar uma compensação restauradora da estabilidade.

Uma das formas em que se acredita que é possível retomar essa estabilidade no convívio social é demarcando os limites da vida comunitária, que estão fortemente ligadas ao crime. A crença que a segurança se encontra na eliminação do indivíduo considerado perigoso e da criminalidade baseia-se em ilusões que acabam sendo simplificadoras da realidade social.

É expressão, portanto, de uma oposição visceral, no dia a dia e no senso comum, à descoberta central de Durkheim: a de que a

sociedade é mais do que a simples soma dos indivíduos que a compõem (BAUMAN, 2003, p. 50).

A política de tolerância zero, de acordo com Belli, além de ser parte do encarceramento em massa, traz consigo a ideia de que aqueles que não se encaixam na sociedade de consumo são os responsáveis pelo seu próprio destino, ou seja, merecem ser presos porque optaram por cometer delitos. Os indivíduos excluídos deixam de ser funcionais para a economia capitalista.

Toda política dessa natureza, que produz mais encarceramento, aprofunda as desigualdades vivenciadas pelos grupos perseguidos. É de fácil compreensão a constatação do aprofundamento da pobreza em decorrência do encarceramento. Ora, a prisão só contribui para intensificar a pobreza e o isolamento: 60% dos que deixam a prisão são desempregados, comparados com 50% dos que entram; 30% não são ajudados nem atendidos por ninguém; mais de 25% não dispõem de dinheiro para arcar com as despesas ao serem soltos, e um em oito não tem moradia ao sair da prisão (WACQUANT, 2004, p. 221)

Importante mencionar que o impacto do encarceramento não age apenas sobre o detento, mas também sobre a sua família: deterioração da situação financeira, desestabilização das relações com o conseqüente enfraquecimento de vínculos afetivos, julgamento e sentimento de ódio, distúrbios nos e com os filhos, com perturbações psicológicas decorrentes do sentimento de exclusão. Um indivíduo preso é muito mais do que uma pessoa privada de liberdade.

Nesse lugar crítico, existe a criminologia – um potencial transformador e crítico da realidade – que pode ser definida como um dos pilares das ciências criminais. Entretanto, não se trata de uma ciência exata, mas sim social.

De acordo com Shecaira, a criminologia parte do pressuposto de que junto com a punição e com o sistema de justiça sempre há questões culturais e sociais que precisam ser consideradas. Apenas punir o indivíduo nunca irá resolver o problema que, mais do que individual, é coletivo.

A sociedade ocidental e capitalista é construída e constituída a partir da dominação de uma classe por outra. Como a sociedade é internamente dividida pelas contradições que existem em sua essência, há o contrato social dominante, mas também reconhecimentos e identificações além do *status quo*.

É o que acontece no Brasil. Em um país que construiu sua história em cima de desigualdades sociais, há uma busca por uma identificação que não a do contrato social estabelecido. Assim, entende-se a existência de subculturas, formadas por pessoas que não são aceitas pela sociedade – como negros e pobres – e, para encontrar uma identidade e uma pertencimento, se unem em grupos e criam seus conjuntos de regras, comportamentos, como forma de resposta ao sistema injusto em que se inserem (SHECAIRA, 2018).

De acordo com o autor, percebe-se que há uma cultura de grupo que existe enquanto forma de reconhecimento pessoal, sendo simplista a afirmação de que existe uma escolha individual pela “vida do crime”. O punitivismo parte da simples constatação de que uma pessoa opta por essa vida, como se tivesse a escolha de se (ou não) inserir e fazer parte (ou não) do contrato social.

Por isso, além de questões de pobreza, que certamente existem e influenciam o mundo do crime, há também a questão de identidade e reconhecimento – sabemos que o indivíduo, para viver em sociedade, precisa se sentir pertencente a ela. Contudo, também sabemos que não são todos os indivíduos que são aceitos e que conseguem se inserir na cultura predominante. Por isso, há as chamadas subculturas, descritas anteriormente, que criam vários *status quos* dentro do *status quo* “principal” (ou seja, a seguida pela elite econômica e política). É nesse complexo contexto que surge a criminologia.

Além disso, como pondera Shecaira, a criminologia desconstrói o crime enquanto consequência do “contágio social” da desorganização social: não se trata de uma desorganização de normas, mas sim da organização paralela de outro conjunto de normas, de um sistema normativo próprio, característico da subcultura, em oposição ao conjunto inerente à sociedade convencional. Logo, comete-se crime por pobreza e fome, mas também por busca de reconhecimento social.

É preciso entender que o combate à criminalidade das subculturas não se dá de forma eficaz, por meio da repressão, porque há particularidades que a diferenciam e inviabilizam o uso concreto da punição. Basta observar que a característica da subcultura aqui descrita é a existência de um grupo e o direito penal só consegue tratar dos crimes de forma individualizante, sem considerar todo o contexto social existente, ao mesmo tempo em que exclui e marginalizadas um grupo social específico.

Ou seja, há uma predominância pelo entendimento de que o crime é uma anormalidade no contexto social – isso é um alívio para a população em geral, considerando que caracterizar a criminalidade a “seres anormais” as coloca em um lugar de “cidadãos de bem” – e é nesse lugar superficial que se encaixa o punitivismo.

Há algumas teorias e pensamentos relevantes para a criminologia. As teorias funcionalistas sobre a criminologia, de acordo com Durkheim, pressupõe que os objetivos e valores sociais sejam compartilhados por todos os indivíduos que façam parte da sociedade, e que estes indivíduos se comportem de forma compatível com esses objetivos – o que o autor chama de solidariedade orgânica.

O entendimento é de que o crime ocorre em qualquer sociedade, e inclusive pode ser um indicador do grau de desenvolvimento dela. Isso porque, de acordo com os funcionalistas, sociedades com poucos crimes tendem a ser subdesenvolvidas. O crime não é necessariamente nocivo, é funcional para a estabilidade e para mudança social, pois serve para consolidar valores.

Dentro dessa teoria Durkheim estabelece o conceito de consciência coletiva: conjunto de crenças e sentimentos comuns a maioria dos membros de uma sociedade, e que forma um sistema determinado, com vida própria.

Para o autor, existe nas sociedades uma consciência coletiva que estabelece uma solidariedade entre seus integrantes. O crime é entendido como um fenômeno normal de toda estrutura social. A criminalidade terá relevância apenas quando existir a anomia (entendida como uma situação em que faltam regras), situação na qual a criminalidade consegue atingir a consciência coletiva da população.

A teoria funcionalista é interessante porque desmistifica a criminalidade enquanto fenômeno anormal: pessoas cometem crimes, e os crimes são sinais de normalidade e desenvolvimento das sociedades. Por isso, para a criminologia o conceito de função foi importante pela inauguração da percepção da sociedade enquanto algo dinâmico e instável.

Além disso, importante trazer Labelling, cujo textos se caracterizam por um relativismo jurídico e moral, em que há o entendimento do pluralismo cultural e o acolhimento para com as minorias sociais. Em sua pesquisa, o paradigma de estudo se transforma porque ao invés de se perguntar “por que certas pessoas cometem crimes?”, passa-se ao questionamento de “por que certas pessoas são tratadas como criminosas e quais as causas e consequências deste tratamento?”. Em outras palavras, muda-se o foco: na criminologia tradicional, o foco era a ação, o crime, enquanto para Labelling o estudo deve ser a reação e a resposta da sociedade em relação aos delitos e aos indivíduos considerados perigosos.

Para o autor, a diferença entre o considerado criminoso e o cidadão de bem é que este último cria as regras de acordo com seus padrões de comportamento e, ao perceber uma conduta diversa daquela que previu, reage de modo a estigmatizar o indivíduo que, muito

antes de cometer o delito, não se encaixava nos padrões esperados, justamente por questões sociais e econômicas.

### ***1.3.2. Criminologia crítica***

A criminologia crítica pretende defender o cidadão contra a sociedade. Para essa vertente, o direito penal não funciona como uma defesa da sociedade contra o crime, mas sim como mais uma forma de marginalizar e excluir determinada classe social. Assim, a criminologia crítica pretende a transformação da sociedade, não do acusado (que veja, muitas vezes nem é condenado, mas já se insere em um lugar de marginalização muito antes). Tanto o direito quanto a construção do conceito de crime são formas de dominação de classes (SHECAIRA, 2018).

A criminologia crítica se aproxima da antropologia jurídica, que entende que a punição funciona e existe de acordo com a forma sobre como a sociedade enxerga o crime. Ou seja, não há um único sistema de punição intrínseco às sociedades humanas, assim como não há forma de punição que seja politicamente neutra.

O entendimento é de que as consequências da aplicação do direito penal quase sempre são piores do que o próprio crime. Inclusive, uma corrente dessa teoria é o abolicionismo, que reconhece o direito penal como uma construção que tem como utilidade legitimar e reproduzir desigualdades sociais.

O tema será aprofundado mais a frente, porém, há duas correntes abolicionistas que vale a pena destacar: a matriz anarquista, que aponta a ilegitimidade do Estado para cercear liberdades dos indivíduos; e a matriz marxista, que entende o direito penal como aparelho de dominação de classes - pertencente à burguesia, para a opressão do proletariado. Para o abolicionismo, acabar com o direito penal seria ter como resultado mais liberdade e justiça social.

De acordo com Luzinger, as teorias abolicionistas entendem que o crime não é uma qualidade intrínseca à conduta, mas sim uma construção social e política. O sistema penal se opõe ao sistema social, porque a punição é vertical, quando na verdade os conflitos deveriam acontecer e ser resolvidos horizontalmente.

Além disso, entende-se que a pena é uma violência institucional e ilegítima. Suas finalidades são irreais – não há qualquer estudo que comprove minimamente a eficácia da pena (em especial, a privativa de liberdade) na pacificação social, na resolução de conflitos, na prevenção de novos crimes e na ressocialização. Entretanto, ainda assim, as penas são aplicadas porque possuem objetivos muito específicos de excluir e marginalizar.

A criminologia crítica observa que o delito cometido deve ser analisado a partir das bases estruturais econômicas e sociais, cujas determinações regem a vida do indivíduo, havendo uma análise muito mais profunda do que nas outras escolas criminológicas.

Para a criminologia crítica,

o direito criminal moderno deve ser estudado, não para complicar (...), mas para armar o poder público de meios mais inteligentes e eficazes na defesa contra a criminalidade (LUZINGER, 1912, p.12)

### ***1.3.3. Uma visão da psicanálise sobre o punitivismo***

Segundo Freud, o ser humano, instintivamente, possui instintos e pulsões. Para se viver em sociedade, precisam reprimir essas tendências e isso, naturalmente, gera um mal-estar nos indivíduos. A psicanálise entende que muitas vezes essas repressões se manifestam em ações consideradas criminosas e passíveis de serem punidas.

Primeiramente, interessante pontuar que Freud estudou a histeria e a neurose, e utilizou a hipnose como forma de terapia. Utilizando-se da hipnose para explorar o inconsciente e os impulsos reprimidos, o psicanalista desenvolve a teoria da neurose para explicar certos comportamentos.

Freud afirmava que a personalidade de cada indivíduo é formada por três camadas: o *superego*, que é o conjunto de normas, pautas e regras que a sociedade impõe ao indivíduo, o *id*, que é onde se encontram os instintos e pulsões (de vida e de morte), e o *ego*, que é o mundo consciente, o da própria vida, fruto da relação entre as duas primeiras camadas. A relação entre os três espectros trazidos devem estar sempre em harmonia e caso haja uma disfunção, o indivíduo se torna neurótico.

Para o autor, a neurose é consequência de um acontecimento que o indivíduo viveu e que lhe produziu um trauma, ficando instalado no inconsciente, sem ser manifestado externamente. O indivíduo não se lembra desse acontecimento, mas o afeta, sem estar consciente disso.

O psicanalista, por meio da hipnose, tentava fazer com que os acontecimentos que estavam no mundo inconsciente passassem para a consciência.

A partir dos conceitos freudianos, construiu-se explicações psicológicas sobre o criminoso: o delito como efeito do complexo edipiano; na falta de superação de etapas na criança ou de desenvolvimento de inibições morais, nas pulsões de agressão e destruição etc.

Além disso, algumas interpretações freudianas consideravam o crime como um sintoma de desorganização individual, que só é realizada por um indivíduo que não se adaptou

ao sistema social, ao *status quo*. O agente seria, assim, alguém que não está suficientemente socializado, que não consegue reprimir seus próprios impulsos antissociais, sendo o adulto que, de certa forma, ainda é uma criança porque possui uma carência do *superego*.

Do ponto de vista individual, os seres humanos considerados “não-delinquentes” passam por uma adaptação para superar seus instintos, fato que os delinquentes não conseguem: eles transformariam seus impulsos antissociais em ações. Nessa perspectiva, há uma questão de adaptação social porque enquanto os neuróticos apelam para a fantasia, os delinquentes, que não reprimem suas funções, apelam para o crime.

Essas explicações acabam prejudicando a criminologia crítica, porque reduzem o delito a uma conduta meramente individual, como se o crime ocorresse apenas por questões de subdesenvolvimento de indivíduo e fosse uma “falha” da pessoa considerada criminosa.

Entretanto, há também uma explicação freudiana que entende que por meio da pena e da punição satisfaz-se a necessidade de castigo da sociedade, que advém de sua identificação inconsciente com o delinquente. Assim como a neurose, que reprime questões individuais, há os tabus, que reprimem questões sociais. Por meio dessa lógica, a sociedade possui desejos e vontades que são reprimidas, e quem comete certos delitos estaria rompendo com os tabus e por haver essa identificação inconsciente com a conduta delituosa, há a vontade de punir.

Portanto, o cidadão que quebra com o pacto do tabu merece ser punido, porque, se todos os cidadãos se reprimem para conviver em sociedade, aquele que rompe com o acordo merece uma forma de repressão.

Além disso, se a neurose é uma doença individual, a quebra do tabu seria um problema da sociedade. Os tabus são culturalmente construídos e sua violação deve ter como consequência um castigo, uma punição que será articulada por toda sociedade. Uma resposta habitual é a segregação e exclusão.

Para Freud, a reação social punitiva pressupõe a presença de instintos iguais ao manifestado pela conduta proibida. Ou seja, todos os demais membros da sociedade acabam violando tabus da mesma forma que o indivíduo que está sendo castigado. Veja, portanto, que há um elemento punitivo intrínseco da própria cultura ocidental.

Logo, a reação punitiva corresponde a mecanismos psicológicos violentos da própria sociedade tal como entendemos hoje. Não é só o indivíduo que tem um componente irracional: esse componente está presente na própria sociedade e, conseqüentemente, na construção do direito penal.

Hoje os seres humanos levaram tão longe o seu domínio sobre as forças da natureza que, com seu concurso, lhes será fácil exterminarem-se uns aos outros, até o último homem. Eles sabem

disso, daí boa parte da inquietude contemporânea, de sua infelicidade, de seu semblante angustiado (FREUD, 2012).

#### **1.4. Estado de exceção**

Como ponto de partida para entender o Estado de exceção, importante pontuar que este ocorre para anular “*todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável*” (AGAMBEN, 2004, p. 14). Quando há essa situação, acontece uma a inaplicabilidade de determinadas normas vigentes e uma dificuldade de distinguir os atos do poder executivo e do legislativo, com a consequente confusão entre a política e o direito.

Como há uma indistinção entre o jurídico e o político, as normas não se limitam pelo direito e se torna, por isso, uma ação ilimitada de natureza política-jurídica que permitem a suspensão de normas específicas. Observa-se que não são apenas as normas que se encontram nessa indefinição entre o político e o jurídico, porque os cidadãos também são inseridos em um pertencimento – ou exclusão – do conjunto de leis que regem a sociedade.

O Estado de exceção sempre surge com a alegação de uma suposta necessidade, ou seja, sendo justificado uma transgressão que ocorreria apenas em casos específicos, isto é, supostamente, uma exceção. Contudo, como afirma Agamben, “*(...) a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo*” (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Percebe-se que Estados de exceções costumam ser recorrentes e duradouros em sistemas democráticos. O Estado Democrático de Direito possibilita e dá espaço para a criação de muitas situações emergenciais dentro do próprio Estado, como por exemplo é o caso dos cárceres brasileiros, que se encontram permanentemente em um Estado de exceção.

A criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Assim, para haver a eliminação ou marginalização dos indivíduos considerados inimigos sociais, o Estado democrático encontra formas para poder perpetuar sua excepcionalidade, usando justificativas como necessidade, especificidade de determinado momento ou situação, defesa da sociedade.

Será descrito, posteriormente, como as unidades prisionais possuem um sistema próprio, com normas próprias que constantemente desrespeitam direitos fundamentais, com

a justificativa na necessidade e na exceção, o que possibilita, contraditoriamente, sua permanência. Nessa monografia também será discutido como o Estado de exceção se manifestou durante o estado de calamidade pública decorrente da Covid-19, com sucessivas violações de direitos.

Observa-se que o que a exceção faz é estabelecer uma nova ordem normativa. Segundo Agamben, cria-se uma situação para ser possível o estabelecimento de novas normas jurídicas que, frisa-se, são pertinentes para que seja mantido o *status quo*.

O Estado de exceção se estabelece contra um conjunto de pessoas tidas como inimigas e são as consideradas perigosas e criminosas. Esses indivíduos são marginalizados, encarcerados e fazem parte de determinado grupo social, integráveis ao sistema vigente.

Ocorre uma normalização e banalização da exceção, sendo utilizada como técnica normal e aceitável de governo, fundamentando-se na premissa da segurança e defesa da sociedade. Por isso, “*o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea*” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

### ***1.5. Direito penal do inimigo***

Antes de adentrar no tema do direito penal do inimigo e sua relação com o Estado de exceção, importante refletir sobre o processo histórico do poder punitivo seletivo, que tem como intuito exterminar e marginalizar inimigos. Nesse sentido, esse poder punitivo está atrelado à discursos verdadeiros a qual somos submetidos, como leciona Foucault:

Somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de poder (FOUCAULT, 2010, p. 22).

A esse respeito, Zaccone ainda complementa:

A construção de saberes legitimadores do poder, na modernidade, acaba por engendrar um esforço no sentido de demarcar as distinções entre violência e formas supostamente legítimas do uso da força, muitas vezes identificadas como justiça. (ZACCONE, 2015, p. 46).

Segundos os autores, o sistema penal é mais uma ferramenta de manutenção das relações de dominação inerentes ao sistema capitalista. Assim, o direito funciona como tática para punir e excluir determinados indivíduos, os considerados inimigos. Por isso, poder e direito estão sempre conectados.

Dessa forma, entende-se que o direito nada mais é que a manifestação e técnica do poder, e a relação entre ambos se encontra justamente na violência legitimadora da ordem: o Estado legitima a violência contra estas pessoas tidas como inimigas da sociedade utilizando-se de normas jurídicas e do discurso verdadeiro observado por Zaffaroni, e sempre a serviço do poder.

Para Agamben, o inimigo é aquele sobre o qual não existem mais expectativas, aquele que, por não se orientar em conformidade ao ordenamento jurídico e por não cumprir o contrato social, está fora da ordem normativa e por isso é preciso excluí-lo da sociedade e incluí-lo nas normas destinadas aos inimigos.

Desta forma, o entendimento da sociedade, de acordo com o autor, com a justificativa de sua segurança e proteção é a de que o poder punitivo é perfeitamente aplicável para àquelas vidas que não merecem ser vividas, e por isso devem ser eliminadas. A validação do direito penal é intrínseca ao funcionamento do sistema capitalista e do Estado Democrático de Direito e violador de direitos fundamentais em sua própria essência.

Assim, leciona o filósofo que se produzem discursos legitimadores para ser possível produzir punições. Esses discursos legitimadores proporcionam a criação do inimigo comum e, essa lógica só ocorre dentro de um Estado de exceção em que autoridades impõe novas regras a serem seguidas que são justificadas pela necessidade, como explicado acima .

Percebe-se que o inimigo é excluído do direito especialmente em relação as garantias e direitos fundamentais que o Estado deveria proporcionar. Frisa-se que essa exclusão não ocorre apenas por parte do Estado, mas da própria sociedade, porque uma vez caracterizados como inimigos, os indivíduos passam a ser vistos como perigosos, e a ideologia da defesa e proteção à sociedade passa a ser maior do que a manutenção da ordem e lei para todos de forma igual – é preciso eliminá-los para garantir o funcionamento do organismo social e uma das formas de garantir essa eliminação é por meio do encarceramento em massa (AGAMBEN, 2004).

Como já dito, o objetivo da exceção sempre foi na verdade a de ser permanente, para se tornar regra e ser utilizada como forma de perseguição do inimigo comum. Por isso, a tendência é a estabilização da situação excepcional, que é o que acontece nos cárceres brasileiros, com a argumentação de que esses fatores apenas ocorrem para manter o estabelecimento da segurança e da ordem pública.

É justamente nesse ponto que se encontram a perseguição ao inimigo e o Estado de exceção: o poder necessita de um inimigo para legitimar o Estado de exceção, e o Estado de exceção justifica a existência da figura do inimigo comum, ou seja, os marginalizados e encarcerados. É necessário o inimigo para o Estado exercer a punição e, ainda assim, continuar se dizendo democrático.

Por isso, o conceito de inimigo é absolutamente incompatível com um Estado de Direito e com os direitos humanos. Observando a realidade fática, não é difícil perceber que os cárceres – nesse caso, os brasileiros – se encontram em desconformidade com a Constituição Federal e com tratados internacionais.

Analisa-se que quando se distingue os indivíduos entre cidadãos e inimigos, que não merecem o devido respeito, seres humanos pré-estabelecidos são privados de direitos fundamentais, por não serem mais considerados pessoas. Nesse ponto, esses indivíduos perdem completamente sua própria individualidade para se tornarem o que o coletivo, genericamente, caracteriza como inimigo.

Ademais, Ferrajoli entende que a existência dos direitos e garantias fundamentais é o que confere legitimidade ao Estado Democrático de Direito, com sua constituição social, de forma que sem sua garantia e efetivação, o Estado tal como existe deixa de ter sentido. Além disso, o autor ainda afirma que a separação entre pessoas que são “amigas” e “inimigas” acaba possibilitando uma discricionariedade com a qual autoridades exercem seu poder que também é incompatível com a democracia.

Nesse sentido, qualquer perspectiva democrática e voltada aos direitos humanos entra em colapso com a existência de inimigos comuns, porque essas pessoas são destituídas do direito do Estado de garantir direitos – pior ainda, há uma aceitação e concordância com essa lógica por parte da sociedade.

Por isso, é perceptível que os direitos fundamentais e conseqüentemente a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito são radicalmente opostos ao discurso do inimigo e ao Estado de exceção. Considera-se ainda, que essa suspensão de direitos atinge determinado grupo populacional.

Em realidade, pode-se dizer que é perfeitamente compatível a forma como o Estado cria um inimigo e consegue violar diversos direitos, mantendo-se, ainda assim, com um discurso democrático. Essa contradição é o que possibilita que o Estado exerça seu poder sem criar inimigos externos. O entendimento, portanto, é que o poder punitivo e o sistema de justiça violador de direitos humanos existe para a manutenção do *status quo*.

Observa-se que o Estado, com suas normas agregadoras e acolhedoras aos considerados inimigos, cuja grande parte se encontra presa, utiliza como justificativa o fato

de que somente haveria a privação do inimigo dentro do necessário para conter um certo perigo. Nesse ponto, faz-se uma crítica de que detentores do poder utilizam-se das normas e dos discursos democráticos para usufruir de um poder punitivo e violador de direitos humanos. Assim entende Zaffaroni:

Assim como propõe encerrar o direito penal do inimigo num compartimento estanque para salvar o resto do direito penal (do cidadão), ele também aspira a limitar o caráter de não pessoa do inimigo (Zaffaroni, 2011, p. 161).

À vista disso, o sistema penal atua para proteger a sociedade contra o que ele próprio criou: a invenção de um inimigo comum. Assim, retiram-se todos os direitos de pessoas já marginalizadas – cuja direitos mal eram garantidos - para que a comunidade seja resguardada (ZAFFARONI, 2011).

Frisa-se que ao contrário do discurso da excepcionalidade, a exceção punitiva não atua de forma rara, com limites bem delimitados. Pelo contrário, a aceitação e permissão da sociedade configuram novas regras que são aplicadas a determinados grupos, criminalização classes específicas. Atualmente, nos cárceres brasileiros, não há mais limites jurídicos.

Conclui-se que a aplicação do direito penal do inimigo transforma todo sistema de garantias em exceção, transformando o Estado de exceção na verdadeira regra. Segundo Agamben, as cidades passam a ser verdadeiros campos de concentração:

O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação factícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do ordenamento normal (AGAMBEN, 2014, p. 164/165)

Não é à toa que os presídios se encontram sempre isolados e afastados dos centros das cidades: sua real função é possibilitar que a exceção seja intocável, permanente e estável.

### ***1.6. Direito penal mínimo e abolicionismo***

Após inúmeras críticas sobre o Estado de direito tal como ele funciona hoje, necessário trazer a concepção do direito penal mínimo e do abolicionismo sobre o tema.

Como já dito, pessoas encarceradas são submetidas a esse Estado de exceção, que faz parte da sociedade, do punitivismo e, principalmente, do próprio Estado Democrático de Direito.

Para o direito penal mínimo, é possível se aproximar de um Estado ideal ao se afastar do Estado de exceção. Para isso, é preciso garantir os direitos fundamentais e impedir que o Estado de exceção exerça seu poder, para assim, não permitir que o sistema punitivo exerça seu poder contra pessoas classificáveis como inimigas, o que implicaria, portanto, em uma redução radical do próprio poder punitivo.

Neste sentido, o sistema garantista formulado por Ferrajoli é um modelo que tem como foco o controle e minimização dos poderes punitivos, objetivando a concretização dos direitos humanos. Ademais, para Salo de Carvalho, é necessário uma redução de danos causados pela violência dos poderes.

Para tanto é imprescindível o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, pressuposto universalista e que preza pela igualdade. Percebe-se a incompatibilidade do inimigo social e do Estado de exceção com os pressupostos do Estado de direito para que seja efetivamente garantido os direitos fundamentais, sem uma teoria intolerante e simplificadora da sociedade e de seus complexos.

Os autores que formularam a teoria do direito penal mínimo entende que apenas com a efetivação e concretização dos direitos humanos é que se obtém uma minimização do punitivismo estatal e lutam pelo combate ao discurso e práticas do inimigo e do Estado de exceção.

Frisa-se, entretanto, que como amplamente dissertado não se trata de uma crise do sistema penal, mas sim de questão inerentes à estrutura estatal democrática que, na visão de autores, são problemas impossíveis de serem resolvidos com a mera reforma do sistema.

Isso porque

a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

Nesse sentido,

o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por

mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento ‘unfinished’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’ (ZAFFARONI, 1991, p. 106)

Para o autor, como o sistema penal só existe fabricando inimigos e culpados, sendo sempre contra alguém – cidadãos que estão entre as classes mais baixas, propagando as opressões de raça, classe, gênero, sexualidade – o sistema penal acaba sendo também uma forma de reforçar essas desigualdades sociais.

Importante mencionar que, ao contrário do que se acredita, o abolicionismo não acredita que deve haver a supressão de toda e qualquer forma de sanção. O que se entende é a necessidade da eliminação de uma pena aplicada de maneira verticalizada por uma autoridade que não considera as particularidades de cada caso, assim como e o contexto social em que o delito foi cometido.

Ou seja, a questão não é excluir qualquer forma coerção, redefinir o modo de respostas para as situações e para os conflitos, de forma horizontal e pensada por toda a sociedade e não apenas pelos detentores de poder, pelo Estado e por uma classe social. Para se atingir esse ideal, uma das formas seria pelo fortalecimento das solidariedades em relação a todas as partes e à sociedade num geral.

De acordo com Passeti e retomando novamente os ideais da antropologia jurídica, é necessário uma mudança cultural para que seja transformado a ideia de que o sistema penal punitivista é a única forma de enfrentamento de situações relacionadas com o direito criminal. Como dissertado anteriormente, há várias formas de resoluções de conflitos que são empregadas em diversas culturas e, até mesmo, em diversas áreas do direito. A vingança e a punição tal como é vista hoje não é o único caminho a ser trilhado.

Por fim, é importante novamente ressaltar que o sistema punitivo utilizado nas sociedades ocidentais e nos Estados democráticos são formas de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, características do capitalismo. Consequentemente, considerando o conflito de classes inerente ao sistema vigente, a atuação do sistema penal se volta contra as pessoas das classes mais baixas subalternizadas e majoritariamente negras, escolhidas como inimigas. Ou seja: o sistema penal só reforça as desigualdades já existentes no sistema capitalista e existe não para ressocializar os cidadãos, mas para marginalizá-los e deixá-los exatamente onde devem estar para o funcionamento do poder.

Por isso, o entendimento de autores é a de que para o abolicionismo realmente existir, é preciso acabar com o capitalismo. Isto é, para deixar de existir indivíduos marginalizados, considerados inimigos, para deixar se perpetuar lógicas sexistas, classistas e racistas, é necessário um nível de alteridade e solidariedade incompatíveis com o modo de produção

existente, porque um sistema capitalista pressupõe, inevitavelmente, um conflito de classes, assim com o punitivismo e o direito penal.

Para a teoria abolicionista, o sistema punitivo e o sistema de justiça criminal atua à serviço das classes dominantes, e por isso proporciona o mantém a exclusão e marginalização de determinados grupos, como amplamente descrito. A superação do sistema punitivo e elitista pressupõe, necessariamente, a superação do capitalismo.

## CAPÍTULO 2 – O DIREITO À SAÚDE NOS CÁRCERES BRASILEIROS

### *2.1. Uma crítica entre o “dever ser” e o “ser”*

Neste capítulo será abordado o direito à saúde no sistema prisional brasileiro e de que forma o Estado brasileiro tem efetivado esse direito frente a população carcerária.

Para entender a relação que há entre direito à saúde e cárcere, importante citar Pachukanis, que observa a existência de uma separação entre o “dever ser” e o “ser” no mundo jurídico. Essa diferença cria uma barreira para a efetivação do direito, e o direito que se encontra no “dever ser”, sem contato com o “ser” acaba sendo apenas mais uma forma de manter o *status quo* e de se desviar a atenção para a luta de classes.

Infelizmente, sabe-se que não é de hoje que no Brasil algumas vidas valem mais que outras e algumas pessoas possuem mais direitos que outras. O “dever ser” do direito à saúde a todos os cidadãos brasileiros, principalmente aos que se encontram encarcerados, está muito longe de alcançar o “ser”. Nessa lógica, para Marx e Engels, o Estado

É produto da contradição da sociedade dividida por antagonismos irreconciliáveis entre as classes econômicas, em função das relações de produção, para a qual se faz necessário um poder aparentemente acima e distante dela. Há uma suposta separação entre o interesse público, salvaguardado pelo Estado, do interesse privado próprio da sociedade civil capitalista. Como o Estado nasce do conflito de interesses das classes, é o interesse da classe economicamente dominante que ele representa, ao mesmo tempo em que é por intermédio dele que essa classe se converte em politicamente dominante, utilizando dos meios repressivos para exploração da classe oprimida (ENGELS, 1982).

Esse paradoxo sobre a essência do Estado possibilita que o interesse privado se sobreponha ao interesse público de forma mascarada:

Os direitos concedidos aos cidadãos são regulados de acordo com as posses dos referidos cidadãos, pelo que se evidencia ser o Estado um organismo para proteção dos que possuem contra os que não possuem(ENGELS, 1982, p. 137).

Assim, entende-se a contradição do próprio Estado perante os indivíduos privados de liberdade, porque, enquanto na teoria é responsável por prover direitos a todos os cidadãos, na prática é o causador de inúmeras violações de direitos humanos a incontáveis cidadãos de determinadas classes sociais.

Além disso, é importante mencionar que a promulgação do direito à saúde no Brasil, ocorreu na mesma época que o crescimento do neoliberalismo, que favorece o mercado e o afastamento do Estado dos setores sociais. Assim, a efetivação do direito à saúde na vida das pessoas acaba sendo intimamente ligada ao aspecto econômico do país. Veja a contradição dessa situação: de um lado há o direito universal garantido na constituição e de outro sua negação à certos grupos sociais.

Nesse ponto cabe lembrar Marx, que entende que a afirmação de direitos humanos como universal esconde as diferenças entre explorados e exploradores. O direito existe e se alimenta para poder assegurar o funcionamento do sistema, e manter o *status quo*, sendo, na realidade, um interesse da classe dominante.

Dessa forma, a afirmação de um direito universal e igual para todos existe apenas em lei e não na realidade fática. Marx ainda afirma que no capitalismo o trabalhador e o burguês, apesar de estarem na prática sempre em conflito, perante o direito são tratados como iguais, escondendo as desigualdades materiais.

Ademais, para Foucault, a disciplina como tática de poder se enraizou com o início do sistema de produção capitalista. O autor, assim como Marx, entende que a sociedade burguesa se fundamenta em um sistema de direitos universais e igualitários, mas acabam produzindo corpos dóceis e disciplinados. A disciplina insere uma relação de subordinação de um indivíduo sobre o outro, e enquanto as normas qualificam os sujeitos como universais e iguais, na prática há um afastamento cada vez maior.

O próprio funcionamento da pena e da prisão é em si contrário a um sistema que efetiva direitos humanos. Isso porque a prisão vai além da privação da liberdade como punição do delito e o castigo é desproporcional se comparado com a ação. A pena de prisão assume um caráter de aparelho disciplinar e a punição funciona como uma prevenção, para que o indivíduo sempre aja de acordo com o esperado.

Outrossim, deve ser considerado que há, muitas vezes, na recusa ao direito à saúde do preso, um julgamento moral. Se o entendimento é de que o crime prejudica a sociedade, o criminoso, como já analisado, passa a ser o inimigo social, ou seja, aquele que rompeu com um pacto estabelecido. Portanto, não pode ser tratado da mesma maneira que outras pessoas cujos comportamentos não ferem o concebido como conduta correta. Por isso, nessa visão acaba sendo justificável que tenha menos, ou quase nada, de direitos garantidos.

Voltemos para Pachukanis, que observava que a igualdade, assim como a universalidade, são princípios incorporados pela sociedade burguesa como algo moral e de transformação das relações humanas em relações jurídicas. Consequentemente, se reconhecer o outro como igual é imprescindível para o reconhecimento do direito, o julgamento moral sobre o comportamento de uma pessoa que quebra o pacto social acaba a discriminando e impedindo que tenha direitos iguais.

Ou seja, quem possui uma conduta que fere o que é moralmente correto deve ter menor acesso aos direitos, inclusive o direito à saúde. Esse raciocínio, que parece ser predominante, provoca a dupla penalização. Isso é, a pena e a punição não são os únicos fatores que envolvem uma condenação; a punição se inicia no julgamento próprio do processo penal, e da constante violação de direitos a que uma pessoa em privação de liberdade é submetida durante e depois da execução da pena.

## **2.2. O poder público e o direito à saúde**

A OMS define a saúde como “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades*”<sup>5</sup>.

Oferecer acesso à saúde para a pessoa privada de liberdade é um direito garantido em tratados internacionais, como o Pacto de San José Da Costa Rica<sup>6</sup>, que assegura, em seu art. 5º, que toda as pessoas têm direito a integridade física e psíquica, proíbe a torturas, penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, além de estabelecer que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito considerando a dignidade inerente ao ser humano.

A Constituição Federal também garante esse direito à pessoa privada de liberdade. Em seu art. 196, a Carta Magna define a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, o qual deve ser garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças, com acesso universal e igualitário para a sua promoção, recuperação e proteção.

Entretanto, estudos publicados sobre a saúde das pessoas privadas de liberdade<sup>7</sup>, assim como relatórios de entidades que trabalham com direitos humanos<sup>8</sup> demonstram que as condições insalubres do cárcere como o confinamento, a superlotação, falta de saneamento básico, a falta de estrutura adequada e suficiente para o atendimento médico, alimentos de má

---

<sup>5</sup>[https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro\\_internacional\\_saude/documentos/textos\\_referencia/00\\_palavra\\_dos\\_organizadores.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf)

<sup>6</sup> CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

<sup>7</sup> Menezes, 2002; Sequeira, 2006; Coelho, 2009

<sup>8</sup> Mesquita Neto e Alves, 2007; CEJIL, 2007

qualidade, a violência e o abalo emocional, são fatores que estão diretamente ligados às violações de direito à saúde.

No ano de 2020, com o surgimento do coronavírus, todos esses fatores só deixaram mais exposto o problema existente em relação à saúde de pessoas presas. Contudo, antes mesmo da pandemia da Covid-19, esse problema já era relevante e contrastante. De acordo com Menezes, no Brasil pelo menos 20% da população presa é infectada pelo vírus da aids e da hepatite B, 10% pelo bacilo da sífilis e vírus da hepatite C. Observa-se, portanto, que essa é uma situação que já marcava a história do sistema penitenciário brasileiro e que já revelava o descaso das políticas públicas.

Chama atenção como é grande a distância entre “dever ser” e o “ser” em relação ao direito à saúde de pessoas privadas de liberdade no Brasil – apesar se estar amplamente previsto na legislação brasileira, está longe de ser efetivado em sua plenitude.

A saúde faz parte do

sistema social sobre o qual nos encontramos, e, se quisermos ir mais adiante, faz parte do sistema da vida – que também é um sistema social. Ela [a saúde] é um sistema dentro de um sistema maior [a vida], e com tal sistema interage (SCHWARTZ, 2003, p. 37).

Além disso, a Carta Magna não trata a saúde apenas como a ausência de doenças nos seres humanos, mas sim na ótica da proteção, prevenção e promoção da saúde, sendo obrigação do Estado proporcionar qualidade de vida digna aos seus cidadãos, sem distinção.

Ao estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado, a Constituição Federal indica que tipo de saúde deve ser possibilitada aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. *“Esse é o sentido das expressões ‘redução do risco de doenças’, ‘promoção’, ‘proteção’ e ‘recuperação’, contidas no dispositivo constitucional anteriormente referido. Quando fala em ‘recuperação’, a CF/88 está conectada ao que se convencionou chamar de saúde ‘curativa’; os termos ‘redução do risco de doença’ e ‘proteção’ estão claramente ligados à saúde ‘preventiva’; e a ‘promoção’ é a qualidade de vida, posteriormente explicada pelo art. 225 da Constituição”* (SCHWARTZ, 2003, p. 27)

Nesse sentido, também é relevante o entendimento de que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, forte no

artigo 196 da Constituição Federal de 1988, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde. Cabe ao Poder Público, nos termos do artigo 197 da Carta Magna, dispor nos termos da lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (MORAES, 2013, p. 844)

Apesar do Código Penal prever e garantir, desde 1940, os direitos humanos e sociais de pessoas privadas de liberdade, as políticas sociais no âmbito prisional foram criadas apenas com a Lei de Execuções Penais (LEP) em 1984. Essa lei regula os direitos e os deveres dos presos, estabelecendo normas a serem aplicadas durante o período de encarceramento. O foco da LEP é a reintegração social, que busca a prevenção do crime e o retorno ao convívio social. Dentre os direitos previstos à população prisional pela referida lei, está o direito à saúde.

Importante destacar, primeiramente, que existem três marcos fundamentais das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional: A LEP, de 1984, que surge no período de redemocratização brasileira e assegura o direito à saúde a presos; o Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário (PNSSP), de 2003, que prescreve o acesso à saúde à população privada de liberdade; e o Portal da Secretaria de Atenção Primária a Saúde (PNAISP), de 2014, que garante o acesso integral a toda população prisional, ou seja, todas as pessoas que estão sob custódia do Estado.

Em relação à saúde, a LEP prevê em seu art. 14 que "*a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico*". Frisa-se que quando o estabelecimento prisional não estiver preparado para prover a assistência necessária, esta deverá ser prestada em outro local.

O PNSSP<sup>9</sup>, legitimou a garantia do acesso à saúde para as pessoas encarceradas. Entretanto, novamente, se observa a tentativa da lei de garantir os direitos dos presos – trata-se de uma estratégia para fazer chegar o acesso às políticas de saúde à população privada de liberdade – mas na prática não há essa assistência. Lembremos da grande diferença que há entre o “dever ser” e o “ser”.

Por fim, em relação ao PNAISP<sup>10</sup> é importante pontuar que as terminologias utilizadas, como "pessoas privadas de liberdade", "sob custódia do Estado temporariamente"

---

<sup>9</sup> Ministério da Saúde e Ministério da Justiça. Portaria Interministerial n.º 1.777/2003, de 09 de setembro de 2003. Brasília, 2003b. Disponível em:

[http://www.saude.mg.gov.br/index.php?option=com\\_gmg&controller=document&id=882](http://www.saude.mg.gov.br/index.php?option=com_gmg&controller=document&id=882)

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério da Saúde e Ministério da Justiça. . Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional Brasília, 2014c. Disponível em:

<http://www.conass.org.br/Notas%20t%C3%A9cnicas%202013/NT%2033-%202013%20Poli%CC%81tica%20Sau%CC%81de%20Prisional.pdf>

e "beneficiários" chama atenção por demonstrar um esforço para que os estereótipos conferidos à população prisional sejam minimizados e não sejam todos generalizados como "presos". Entretanto, novamente, deve-se pontuar que a mudança da terminologia deve ser acompanhada de ações concretas para que as mudanças efetivamente ocorram, fato que não se observa.

Ao mesmo tempo em que leis são desenvolvidas para que as pessoas privadas de liberdade passem a ser entendidas para além do crime cometido, a sociedade permanece com uma postura punitiva não muito diferente com a de trinta anos atrás.

Sabe-se, portanto, que a saúde no sistema prisional brasileiro se constitui como um direito social fundamental, previsto em diversas leis e tratados como visto acima. Todavia, ao analisarmos a possibilidade de aplicabilidade desse direito no cárcere, difícil vislumbrar todas essas garantias dentro de unidades penitenciárias.

Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo, e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo (FOUCAULT, 1999, p.13).

Portanto, a situação de violação de saúde das pessoas privadas de liberdade ocorre por conta da precariedade dos espaços físicos, da violência dentro do cárcere e da dificuldade do fornecimento assistencial a saúde, sendo uma verdadeira violência praticada pelo Estado e uma extensão da punição, porque, como se não bastasse ser privado de sua liberdade, o indivíduo ainda perde seus direitos fundamentais.

Ademais, é preciso atentar-nos para o fato de que a lógica de encarceramento está, quase sempre, destinada a um mesmo público: jovens, pobres, afrodescendentes, que historicamente vivem um processo de marginalização e exclusão social: 46% têm até o ensino fundamental completo, 60% são afrodescendentes, 38% foram presos por crimes contra o patrimônio e 19% por envolvimento com entorpecentes, segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional<sup>11</sup>.

Importante expor também que os dados que apresentam a população penitenciária brasileira, a qual, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

---

<sup>11</sup><https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>

(INFOPEN) que ressalta que o perfil das pessoas em situação privativa de liberdade é de 41,5% presos provisórios, sendo predominantemente jovens entre 18 e 29 anos, e 64% são negros<sup>12</sup>.

Além disso, o custo médio do preso por unidade federativa em junho de 2022 foi de R\$2.231,41, ou seja, maior que um salário-mínimo que atualmente é de R\$1.212. Segundo dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>13</sup>, a pandemia da Covid-19 levou o Brasil ao marco de 919.651 presos, número que o consagra como terceiro país que mais prende no mundo. Em abril de 2020, ou seja, no início dos dois anos pandêmicos que se seguiriam, encontravam-se presos no Brasil cerca de 885.195 pessoas. Portanto, houve um aumento de 7,6% da população carcerária após a disseminação do coronavírus.

### ***2.3. A efetivação do direito à saúde da pessoa privada de liberdade***

É sabido e reconhecido que os direitos humanos devem ser assegurados de forma efetiva, mesmo que a realidade fática apresente limitações (como o cárcere). No entanto, apesar do extenso rol normativo relacionado ao direito à saúde, há diversos empecilhos para a efetivação dessas políticas.

Em relação a essas violações, o fenômeno da inobservância dos direitos da pessoa presa, por parte da administração pública, é uma das realidades mais notórias no país. Serão mostrados mais a frente estudos empíricos sobre as violações que ocorreram durante a pandemia do coronavírus.

Observa-se que um grande problema enfrentado pelo sistema carcerário brasileiro é a questão da superlotação e conseqüentemente da aglomeração que há, sem falar da falta de saneamento básico. A consequência desse fato é a violação de diversos direitos. Desta forma, pode-se perceber que a prisão se torna um espaço de punição excessiva, em que há, como aqui já refletido, uma dupla punição: a pena e a violação de direitos humanos.

De modo geral, o preso se encontra em “*situação social e jurídica bem mais grave do que qualquer pessoa que viva em liberdade*”. Além disso, a restrição da liberdade impede o preso de “*satisfazer, pelas próprias possibilidades, as suas necessidades vitais, como a proteção à saúde, de sua segurança*” (SCHMIDT, 2003, p. 278). Nesse sentido, o ambiente mais “*dessocializador possível é o próprio cárcere, já que boa parte das casas prisionais brasileiras não possui condições mínimas de salubridade*” (SCHMIDT, 2003, p. 280).

---

<sup>12</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário Brasília, 2003a. Disponível em: Disponível em:

[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano\\_nacional\\_saude\\_sistema\\_penitenciario\\_2ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf)

<sup>13</sup> [https://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)

Quanto às condições da cela, Schmidt relembra a obrigação de assistência material que, segundo dispõe o art. 16 da LEP, consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Portanto, o Estado deve proporcionar condições dignas para que os possam cumprir a reprimenda imposta de forma digna e humana.

No mais, em relação ao contexto carcerário brasileiro, percebem diversas divergências que saltam aos olhos: enquanto o Estado é o responsável por garantir os direitos humanos, ele é também o ocasionador das violações desses direitos aos presos. O que se observa é que desde a LEP ocorre um distanciamento entre as propostas da política social e da política prisional, como se fossem incompatíveis. A postura do Estado foi (e é) a de priorizar ações repressivas e muitas vezes contrárias à lei, seja para com a pessoa que está presa de forma preventiva (sendo ainda mais grave a atitude estatal) ou condenada.

Pode-se entender que esta divergência observada entre as políticas sociais e as prisionais reflete o pensamento da sociedade sobre os direitos sociais da população encarcerada. Apesar de os direitos sociais estarem previstos na Constituição, o pensamento racial e elitista rege, até hoje, a construção de políticas sociais no Brasil.

Aqui cabe lembrar a famosa frase que tantos cidadãos compactuam: “direitos humanos a humanos direitos”, que parece sintetizar (infelizmente) o pensamento de grande parte da população brasileira.

Vale pontuar, ainda, que conforme já demonstrado, a lógica capitalista que é, em sua essência, uma lógica de exclusão, pois esse modelo não abarca a totalidade da população.

Não existem empregos formais para todos; logo, não é possível a inserção de 100% das pessoas no mercado de trabalho formal. A população prisional, por sua vez, é uma das parcelas da sociedade que fica a margem desse mercado e não deve ser prioridade das políticas sociais, tendo em vista que há um questionamento quanto ao seu status de sujeitos de direitos. Isso porque, nessa linha de pensamento, o valor do homem é medido através do trabalho (MONTEIRO; COIMBRA; MENDONÇA FILHO, 2006).

Contudo, essa visão moralista e punitiva de parte da sociedade ignora o fato que o Código Penal prevê que as pessoas encarceradas devem ter respeitadas as suas condições de cidadãos, pois continuam sendo sujeitos de direitos. Segundo o artigo 38 do código, “*o preso conserva os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral*”. Novamente importante lembrar a discrepância que há entre lei e realidade.

As precárias condições do sistema penitenciário brasileiro são bem conhecidas: superlotação, condições sanitárias rudimentares, alimentação insuficiente, ausência de assistência médica, jurídica, educacional e profissional. Tem-se, ainda, constante violência entre os presos e entre esses e o Estado, representado por policiais e agentes penitenciários (Brasil, 2000, Mesquita Neto e Alves, 2007; CEJIL, 2007; Diuana e col., 2008).

Enquanto o direito universal à saúde não se concretiza para as pessoas privadas de liberdade, a pena de prisão é um fenômeno que materializa o contradireito, como observa Foucault, que é, inclusive, contraditoriamente sustentado pelo direito penal.

Assim, mesmo que leis postulem que a pena de prisão apenas pode privar a pessoa de sua liberdade, não de outros direitos e que é dever do Estado prover tais direitos, o que se observa é que a pena de prisão possui um caráter cruel e violento contra as pessoas presas.

Entende-se, assim, que é necessário e urgente um rompimento com a lógica punitiva vigente. Esse rompimento pressupõe, como analisa Zaffaroni, o deslocamento de eixo tanto do espaço quanto do modelo de solução dos conflitos.

Enquanto houver essa lógica punitiva, sempre haverá desamparo estatal para pessoas privadas de liberdade e que, em muitos casos, já eram marginalizadas anteriormente, com a grande contradição em que o Estado se propõe a ser uma rede de apoio para a sociedade, mas possibilita um constante Estado de exceção com consequentes violações de direitos humanos nos cárceres brasileiros.

Observa-se, assim, que essas violações já eram recorrentes e graves antes da pandemia causada pela Covid-19. Com o coronavírus, os problemas já existentes ficaram ainda mais acentuados. Nesse contexto, o problema envolve não só questões básicas de saúde, mas trouxe à tona a reflexão: por que é tão difícil assegurar e possibilitar direitos, incluindo o direito a saúde, para pessoas privadas de liberdade, se já são, conforme já dissertado, amplamente previstos? Desenvolveremos, a seguir, a estranha contradição do direito penal: protetor da sociedade e violador de direitos fundamentais – para preservar a saúde pública pensando, por exemplo, no tráfico, se prende cidadãos em meio a uma pandemia.

#### ***2.4. O direito à saúde durante o coronavírus e reflexões sobre recomendação 62/20 do CNJ***

Considerando que o direito à saúde de presos é sistematicamente desconsiderado (VASCONCELOS, MACHADO, WANG: 2020; COSTA, 2020), se faz necessário um olhar mais atento quanto ao direito à saúde das pessoas privadas de liberdade durante o estado de

calamidade pública causada pela Covid-19. Por isso, será estudada a Recomendação 62/20 do CNJ, sua eficácia e o quanto a pandemia foi considerada no cárcere brasileiro. Deve ser levado em consideração a vulnerabilidade que houve durante a Covid-19 e também que as pessoas encarceradas são também vulneráveis (VASCONCELOS, MACHADO, WANG: 2020; COSTA, 2020). Ou seja, estamos tratando de uma vulnerabilidade muito grande.

Por conta da pandemia o Conselho Nacional de Justiça emitiu uma Recomendação que dizia, entre outras coisas, que haviam riscos de contágio dentro de presídios e apontaram a necessidade de o sistema de justiça adotar medidas alternativas à prisão, com a decretação da prisão preventiva em casos ainda mais excepcionais, sendo evitado a decisão para crimes sem grave ameaça ou violência, por exemplo<sup>14</sup>.

Em uma pesquisa, conclui-se

que não só a Recomendação nº 62 não teve impacto sobre o resultado das decisões, como pode estar correlacionada ao improvimento dessas ações. Também encontramos que variáveis relacionadas ao tribunal e ao perfil da magistratura têm mais efeito explicativo sobre o resultado dos casos que variáveis ligadas a grupos de risco e tipo penal. Analisando em profundidade as decisões sobre casos concedidos e casos envolvendo pessoas idosas, concluímos que não só pertencer a grupos de risco não importa, mas as razões para decidir dos juízes ignoram os riscos da pandemia para as pessoas em privação de liberdade (VASCONCELOS, MACHADO, WANG, 2020, p. 2)

Importante aqui ressaltar que o próximo capítulo foi destinado unicamente para análise de como defensores(as), desembargadores(as) e promotores(as) se portaram diante da pandemia e decretações de prisões, considerando, inclusive, os inúmeros estudos e pesquisas que comprovam a ausência de efetividade do direito à saúde de pessoas privadas de liberdade. É importante trazer esse olhar para poder enxergar e analisar mais de perto o sistema de justiça.

De qualquer forma, é evidente que a pandemia não modificou as precárias situações que se encontram os cárceres brasileiros e que, nem mesmo uma Recomendação de uma instituição pública que existe justamente para aperfeiçoar o sistema judiciário, foi capaz de alterar, nem minimante, essa realidade.

Analisa-se que apesar de teórico e político, o CNJ ter emitido uma Resolução de tamanha importância, acabou escancarando a relação que há entre o funcionamento da justiça e o encarceramento em massa com as inúmeras violações de direitos fundamentais que

---

<sup>14</sup> <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>

pessoas privadas de liberdade são obrigadas a suportar. Apesar de sucinto, percebe-se a responsabilidade de juízes e juízas para com o sistema de justiça, que deveria agir em benefício da saúde pública e do bem-estar dos indivíduos. No documento do CNJ, há a clara advertência em relação aos riscos de contágio dentro do cárcere e em como existe a necessidade de uma atuação na linha de frente para promover os direitos fundamentais previstos em lei para todos, inclusive pessoas presas.

Entretanto, analisando decisões de *habeas corpus*, chega-se ao resultado de que “quase 90% dos *habeas corpus* do universo de decisões analisadas são indeferidos. Apenas 608 foram providos no período. Do total de 6771 decisões, 54% citam a Recomendação nº 62 e em mais de 90% dos casos, o uso da recomendação é para indeferir o pedido” (VASCONCELOS, MACHADO, WANG, 2020, p. 10).

Ou seja, como já frisado, mesmo tendo sido alertado a chance de contágio, a Recomendação 62 e a pandemia parecerem terem sido desconsideradas. Os autores ainda analisam que nem mesmo em casos de pessoas que comprovadamente se inseriam no grupo de risco tiveram sua soltura decretada.

Se considerarmos que os cárceres vivem em um contínuo Estado de exceção, esses números não deveriam ser gritantes. Lembremos que em um Estado de exceção, normas próprias são aceitas, inclusive em um estado de calamidade pública. Portanto, parece que a vontade de punir realmente se sobressai se comparada com o direito à saúde que todos deveriam ter garantidos.

De acordo com Levin, as implicações da pandemia no sistema prisional poderiam “tanto acessar as mazelas vividas pelas pessoas afetadas pelo sistema criminal e potencialmente salvar vidas no processo quanto reconhecer a crueldade, o caráter inumano e destrutivo que definem a política criminal” (LEVIN, 2020, p. 2). O autor afirma ainda que esta foi uma escolha, porque a situação de calamidade pública poderia ter sido vista “como uma chance para lidar com as duras realidades do sistema criminal” (LEVIN, 2020, p. 2).

Retornando ao raciocínio de que o cárcere só existe nas condições atuais porque se enquadra no que definimos como Estado de exceção, é evidente que a pandemia apenas realçou o caráter cruel e desumano do sistema de justiça.

## **CAPÍTULO 3 – A PANDEMIA E O CÁRCERE**

### ***3.1. Recomendações do CNJ***

Para estudar profundamente o quanto a Recomendação 62/20 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) impactou realidades, realizei uma Iniciação Científica na FFLCH, na área da antropologia do direito, entre 2021 e 2022. Aproveitei as duas graduações que faço (ciências sociais na USP e direito na PUC) para realizar esse estudo interdisciplinar.

Meu Projeto de Iniciação Científica partiu da hipótese de que, desde o início da pandemia, quase nada foi registrado em decisões judiciais de prisão preventiva no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a respeito do estado de calamidade pública e da recomendação OMS para se evitar aglomerações, conforme resultados de outra pesquisa aqui já citada (VASCONCELOS, MACHADO, WANG: 2020). A conclusão foi de que o direito à saúde de pessoas presas foi realmente sistematicamente desconsiderado nesse contexto, como já anteriormente à essa situação específica.

Além disso, o TJSP parece ter desrespeitado também a recomendação 62/2020 do CNJ para que fossem evitadas as prisões preventivas, e as manteve com a mesma frequência de antes da pandemia da Covid-19.

O meu objetivo com a pesquisa foi, então, verificar se realmente a Recomendação 62 do CNJ não foi considerada nas decisões sobre prisões preventivas tomadas entre os anos de 2020 e 2021 no TJSP e, se sim, porque isso assim se deu. Para responder à pergunta, eu conversei com defensores(as), magistrados(as) e promotores(as), para entender o que pensavam sobre a recomendação 62/2020 e como perceberam tal situação. Para isso, como já dito, realizei 3 entrevistas com magistrados(as), 3 com defensores(as) e 3 com promotores(as).

Antes de adentrar nos resultados das entrevistas, importante pontuar que Bobbio analisa que recomendações fazem parte do mundo normativo e possuem a mesma função de comandos: direcionar o comportamento humano. Para o autor, uma Recomendação do CNJ não é distinta de um comando do Código Penal porque ambos possuem a mesma natureza jurídica, constituindo-se como fontes do direito.

Porém, os conselhos não são tão eficazes como os comandos. Segundo Bobbio, a aceitação de uma recomendação depende de seu conteúdo e é apenas observada quando o seu destinatário se convence da racionalidade do que é aconselhado.

Para Bobbio, quem de fato torna o pronunciamento de um conselho facultativo são os próprios(as) magistrados(as) que optam por não levar a letra do seu pronunciamento a sério. Dessa forma, mesmo que um conselho não seja obrigatório, ele funcionará como tal quando seus(suas) destinatários(as) o levarem a sério.

Posteriormente será analisado com os profissionais de direito enxergam as recomendações do CNJ.

### **3.2. A pandemia da Covid-19 no cárcere**

No contexto da pandemia da Covid-19, percebe-se que utilizar a Recomendação 62 do CNJ foi uma escolha institucional e ideológica. Durante as entrevistas, percebi que alguns profissionais do direito concluíram que seguir a Resolução acabaria rompendo com a garantia da ordem pública, enquanto outros entenderam que era importante acatar a recomendação e adotar medidas alternativas para reduzir as contaminações dentro do cárcere.

Outros estudos<sup>15</sup> verificaram que a Recomendação 62 do CNJ ou foi ignorada ou citada apenas como ato normativo, ou seja, sem ter caráter vinculante. Os resultados obtidos nessas pesquisas indicaram que a Recomendação 62 teve pouco impacto sobre as decretações de prisão preventiva.

A Resolução possibilitava que, durante o período de calamidade pública causada pela Covid-19, a prisão preventiva ocorresse apenas em casos extremos, evitando aglomerações no sistema prisional, onde há maiores possibilidades de se disseminar qualquer doença. A orientação se deu, principalmente, em razão das condições insalubres das prisões do país, onde há grande transmissibilidade de doenças infecciosas, tanto devido à superlotação quanto por não serem cumpridos protocolos sanitários básicos<sup>16</sup>.

Além disso, um relatório do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), demonstrou como a esmagadora maioria das pessoas presas, que deveriam ter sido beneficiadas pelo documento do CNJ com a liberdade provisória ou outras medidas alternativas à prisão, foram mantidas no cárcere durante a pandemia.<sup>17</sup>

Somado a isto, como analisado pelo IBCCRIM<sup>18</sup>, o esforço do CNJ para apresentar Recomendações voltadas à prevenção da Covid-19 no sistema prisional reconhece o protagonismo desse órgão judiciário na decretação de prisões preventivas, na determinação de liberdades provisórias, bem como nos atos de prevenir e responsabilizar situações de

---

<sup>15</sup> <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-28-03-2020-20-50-52-567900.pdf>

<sup>16</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação Nº 62, de 17 de março de 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

<sup>17</sup> <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/08/iddd-relatorio-impacto-2020-final.pdf>

<sup>18</sup> <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1016>

violação dos direitos humanos de pessoas privadas de liberdade. Então, apesar de parecer não ter tido efeito prático, há fatores positivos no documento, como o reconhecimento da responsabilidade do Judiciário para com pessoas privadas de liberdade.

A Recomendação 62, então, evidenciou a preocupação com aglomerações inerentes aos espaços de confinamento punitivo. Ademais, realçou o reconhecimento de que a atuação do Poder Judiciário é central para a realidade do encarceramento em massa, o que poderia ser minimizado por medidas de desencarceramento.

Assim, a Recomendação pondera sobre o alto índice de transmissibilidade do vírus por fatores como

a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e o isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde<sup>19</sup>

Em São Paulo, houve uma imensa resistência em adotar o desencarceramento como medida preventiva à pandemia. As muitas decisões que indeferiram a liberdade condicional demonstraram que, entre o exercício do poder punitivo do Estado e o direito fundamental à saúde de pessoas privadas de liberdade, o que prevaleceu foi a força das práticas punitivas (VASCONCELOS, MACHADO, WANG: 2020; COSTA, 2020).

### ***3.3. Análises empíricas***

Como já mencionado, durante o ano de 2021, estagiei na segunda instância do TJSP, na 12<sup>a</sup> vara criminal, no gabinete de um desembargador que podia ser considerado “garantista”, ou seja, é visto como um juiz que tende a tomar decisões em favor de direitos de réus e rés. Por isso, eu estava com a expectativa de que as decretações de prisões preventivas, sentenciadas por ele, seriam mais raras, e a Recomendação 62 mais acolhida.

Contudo, conforme observei, isso não ocorreu. Casos em que a pandemia causada pela Covid-19 aparecia para justificar um indeferimento de pedido de prisão preventiva só ocorriam quando, comprovadamente, a pessoa se encaixava em algum grupo de risco, mesmo sendo recomendado que as decretações fossem diminuídas quando se tratasse de crimes sem violência ou grave ameaça. Mesmo assim, a comprovação de ser grupo de risco não trazia uma certeza de que a pessoa conseguiria a liberdade provisória.

---

<sup>19</sup> <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>

O meu questionamento foi o de que, se em meio à pandemia, acusados em uma situação de vulnerabilidade econômica e social, primários continuaram sendo presos preventivamente e colocados em meio a dezenas de outros, o que esperar em um contexto considerado normal, ou seja, em que não se está enfrentando um estado de calamidade pública?

Com essas reflexões, fiz algumas ponderações ao observar processos que chegavam ao gabinete e citei aqui três que mais me chamaram a atenção.

O primeiro caso ocorreu no final de 2021, e está registrado em um processo em que o réu confessou estar traficando entorpecentes – crime sem violência ou grave ameaça. Ele foi apreendido com menos de 5g de crack, era primário e confesso. Em audiência de custódia, chorando, afirmou ser jardineiro. Contudo, seu patrão não pagou seu salário e, por isso, foi vender drogas durante o dia, em uma praça, para poder comprar fraldas e alimentos para seus 4 filhos.

Ele dizia que se fosse condenado e ficasse preso por muitos anos, seus filhos não contariam com a presença do pai, como ele mesmo não contou. Declarou como isso influenciou negativamente sua vida e afirmou, várias vezes, que só cometera o delito pelo desespero da fome. Disse, por fim, ainda chorando: “*nunca mais vou fazer isso doutora, eu aprendi minha lição; se for preciso, vou catar latinha para alimentar meus filhos, mas não vou fazer isso de novo*”. Mesmo assim, ele foi condenado a 5 anos de prisão, em regime fechado.

Outro caso marcante se deu durante uma audiência de custódia. O réu, relatando os fatos, ao invés de falar que os policiais o abordaram, disse: “*os policiais me abortou*”. Quão simbólico é um homem negro e pobre cometer o ato falho de dizer que foi abortado ao invés de abordado?

Ressalte-se que na área cível, para a vítima ser ressarcida, o agente acusado de cometer uma violação paga-lhe uma indenização, mas, na área penal, o agente “paga” com a sua própria liberdade. Podemos metaforizar que essas pessoas, muitas vezes, sofrem, de fato, uma espécie de aborto, considerando, inclusive, as inúmeras violações de direitos humanos que ultrapassam a pena de privação de liberdade

Por fim, perdi a conta de em quantos casos réus tiveram prisões preventivas decretadas, ao longo de 2021, não sendo considerada a Covid-19 na decisão. Contudo, era perceptível a quantidade de vezes em que a pena foi agravada com a justificativa de que a pessoa teria cometido crime durante uma situação de calamidade pública, ou seja, teria se aproveitado das ruas vazias. Assim, foi notável as inúmeras as vezes em que a pandemia não foi usada para liberar indivíduos da cadeia, mas foi usada para aumentar penas com o

argumento de que acusados não pertenciam a grupos de risco e que o grau de reprovabilidade de suas condutas seria maior porque haviam se aproveitado da pandemia, com ruas vazias, para cometerem crimes.

## **Tema 1: Pandemia e prisão preventiva**

### **Defensores(a)**

**A:** *“Eu costumo fazer um paralelo com o Código de Processo Penal, quando teve as medidas cautelares diversas da prisão. Achamos que menos pessoas iriam ser presas, mas não foi o que aconteceu (...), na verdade, foi o efeito reverso, [pois], na prática, os juízes que soltaram, já soltariam normalmente, mas colocavam a Recomendação como argumentação (...). Talvez, no início, teve diferença com crime sem violência, mas, com o passar do tempo, as coisas voltaram ao normal. Por seis meses a Recomendação acabou sendo usada de forma diferente, depois só serviu como argumentação de algo que já aconteceria sem pandemia”.*

O(a) participante conta que, no seu dia a dia, não sentiu reflexos da pandemia em termos de diminuição de prisões provisórias, porque trabalha com uma juíza que já decidia por medidas cautelares e a pandemia não influenciou nas suas decisões. Além disso, ele(a) não tinha a expectativa de que seria diferente. *“O Ministério Público ainda usava a situação da calamidade pública para mostrar como a pessoa foi ruim: as pessoas presas em casa e a outra saindo para praticar crime”.*

Segundo a sua percepção, a maioria dos membros do MP entendeu que houve acusados que se valeram da pandemia para cometer crimes, de modo que a situação pandêmica seria até um agravante a pesar contra a pessoa acusada. Destacou também que a única decisão que realmente fez diferença em relação às prisões preventivas foi a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual nenhuma pessoa poderia ser mantida presa durante a pandemia sob o argumento de que não pagou fiança<sup>20</sup>.

**B:** *“O cenário em que vivemos é o da exclusão da população preta, pobre, periférica, com punição e exclusão social”.*

Sua percepção foi que, mesmo no momento mais crítico da pandemia, foi negada a liberdade até para pessoas idosas, gestantes, mulheres com filhos com menos de dois anos e para pessoas que cometeram crimes sem grave ameaça ou violência: *“antes da pandemia, 70% das pessoas tinham suas prisões preventivas decretadas, e se manteve esse número.*

---

<sup>20</sup> Habeas Corpus n. 568.693 – ES

*Inclusive, há estudos e dados sobre isso, o que mostra como a pandemia não mudou o cenário*”<sup>21</sup>.

O(a) participante comentou uma decisão que chama atenção: a 6ª Câmara Criminal do Estado de São Paulo utilizou o argumento de que não sabia se o acusado morava bem, se a condição iria ser melhor na prisão ou em casa e por isso não poderia se basear no estado de calamidade pública para decretar seu alvará de soltura.

**C:** *“A pandemia obrigou as pessoas a parar, mas o sistema carcerário nunca parou. Agora tem uma doença que mata as pessoas, não as soltar é dizer ‘que morra’. (...) As pessoas sabem que mandam outras para esses lugares indignos e por isso a pandemia escancarou a realidade que já existia, da vida humana. Estão mandando as pessoas para elas morrerem e eles sabem disso”*.

O(a) participante narrou que o primeiro impacto da pandemia foi o isolamento social, mas que a prisão é a antítese disso, porque as pessoas são forçadas a ficarem aglomeradas, o tempo todo, em um lugar superlotado. O medo era que se alguém pegasse o vírus, todos se infectassem. *“Vários países tiveram solturas em massa, mas no Brasil não teve nada. Serviu para reafirmar que a prisão é também uma pena de morte”*.

Este(a) participante lembrou que praticamente não há médicos no sistema carcerário, e por isso não havia quem pudesse dizer se uma pessoa que estava presa era ou não do grupo de risco e, por isso, a pandemia acabou não servindo nem para livrar pessoas que efetivamente corriam perigo. Pelo que presenciou, não houve diminuição no número de decretações de prisões preventivas, mesmo em relação a crimes sem grave ameaça ou violência.

Contudo, viu muitos casos em que era pedida e acolhida a agravante de que o indivíduo se aproveitou da situação de calamidade pública para cometer o crime. *“Eles inventaram a agravante. Algo que era para ter efeito de maior flexibilização, humanização, garantia maior de direitos, foi usado para mais punitivismo”*.

### **Desembargadores(as)**

**A:** *“Liberdade é a regra, mas existe a sociedade, de um lado, querendo proteção, e os presos, do outro (...). Assim, existem dois focos de pensamento: um (...) no homem e na sua individualidade e um que pensa muito no capital em detrimento da pessoa. Esse último grupo encara o sistema jurídico ‘nós aqui e eles lá’. Essa é uma visão imediatista, mas eu acredito que pensar no ser humano é pensar no futuro. A maioria dos magistrados tem essa*

---

<sup>21</sup> <https://www.conjur.com.br/2020-jun-08/justica-sp-deferiu-pedidos-soltura-base-cnj>; <https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/tj-sp-mantem-prisoas-porque-condicoes-moradia-presos-sao-ruins>; [http://www.sap.sp.gov.br/download\\_files/covid-19/boletim-covid-14-03-22.pdf](http://www.sap.sp.gov.br/download_files/covid-19/boletim-covid-14-03-22.pdf).

*visão imediatista e não entende, por exemplo, o racismo estrutural. Por isso, existem muitos desembargadores insensíveis aos problemas da sociedade, e isso não é incomum”.*

O(a) participante pontuou que grande parte das pessoas que foram soltas estavam ligadas a crimes relacionados a tráfico e furtos, casos em que era possível o alvará de soltura, inclusive antes da pandemia. Para ele(a), a pandemia não aumentou as solturas, foi apenas mais uma justificativa para decretar a liberdade.

Contudo, reconheceu que a pandemia também influenciou decisões de aprisionamento. Contou que, por exemplo, adiantou algumas progressões de cumprimento da pena, do regime semiaberto para o aberto, por conta da pandemia, até mesmo de acusados(as) de terem cometido crimes com violência contra a pessoa. *“De toda a forma, independentemente da pandemia, é necessário prestar atenção na gravidade, risco de integridade à terceiros, reiteração”.* A seu ver, muitas pessoas foram soltas e não houve aumento da criminalidade por conta disso.

**B:** *“Eu só posso falar pela visão da 12ª Câmara e pela minha percepção do que ocorreu durante o momento mais crítico da pandemia”.* O(a) participante declarou que a pandemia implicou grandes mudanças nas decisões de primeira instância, então, com mais solturas em primeira instância, não houve muitas mudanças na segunda. Conta que, pelo que percebeu, a pandemia colaborou para que mais pessoas fossem soltas.

Em relação ao Ministério Público, este(a) desembargador(a) sentiu que houve poucos pareceres para soltar ou não decretar a prisão preventiva, e que o MP continuou recorrendo das decisões que determinavam a soltura. Sobre a Defensoria Pública, percebeu que foi impetrado muito mais *habeas corpus* do que antes.

**C:** *“No contexto da 12ª Câmara, que é o contexto do garantismo, não houve grande alteração. Nossa visão, em regra, é que a prisão preventiva é, por excelência, excepcional, apenas aplicável quando outras cautelares não se revelarem suficientes. (...)”.* O(a) entrevistado(a), afirma que sua visão já era a de que a prisão preventiva deve ser a exceção, e, para ele(a), continuou sendo excepcional durante o período da pandemia.

Em geral, ele(a) não esperava que a pandemia iria trazer mudanças significativas: *“Já estou nessa vida há muitos anos e sei como o Judiciário pensa”.* Ele(a) declarou que não deixaria de decretar uma prisão por conta da pandemia quando a julgasse necessária.

### **Promotores(as)**

**A:** *“Só ia para a prisão quem não tinha jeito, porque a prisão preventiva já era para crimes mais graves e por isso não teve menos presos durante a pandemia. Para o preso, a pandemia não mudou, mas para nós sim”.* O(a) participante contou que em relação a crimes

sem violência ou grave ameaça, continuava pedindo a prisão, porque a maioria não era réu primário.

**B:** *“A prisão preventiva é excepcional e não se pode conceder medidas que não estão previstas em lei”*. Pelo que observou em seu dia a dia, a pandemia impactou todos os tipos de prisão. *“Foi uma situação completamente inusitada, houve fechamento dos fóruns, as atividades em tribunais se tornaram remotas (...), com trabalhos informatizados como regra”*.

Em relação às prisões preventivas, no início, percebeu que houve preocupações e até medidas como a proibição de visitas nos presídios. Para ele(a), ninguém queria que a situação no sistema prisional ficasse caótica, até em razão da “segurança pública”. Entende que as medidas foram adotadas por razões sanitárias e que foram efetivas.

*“Como não começou a ter morte generalizada nem muitos casos, a tendência foi a volta das prisões preventivas, porque, no início, estavam preocupados com a possibilidade de que viesse a se instalar uma contaminação generalizada”*.

Sentiu que desde o início da pandemia houve observância da legalidade. Além disso, trabalha na procuradoria de *habeas corpus*, onde há, segundo ele(a), a preocupação de avaliar a gravidade dos crimes. No início, quando estavam suspensos os julgamentos coletivos, percebeu que houve pareceres da procuradoria concordando em soltar réus, inclusive em alguns poucos casos em que os crimes tinham sido cometidos com violência. Nos casos sem violência ou grave ameaça, apontou que foi mantida a prisão preventiva quando o réu era reincidente.

**C:** *“Num primeiro momento, parecia que haveria solturas, mas ficou claro que as solturas não iam resolver nada. O ambiente prisional pode ser reflexo da sociedade, e grande parte da população mora na favela [onde] já não se tem saúde. Além disso, ficamos todos com receio de que houvesse grande soltura, uma distopia. Havia um medo de coisas terríveis, grandes contingentes de decisões de liberdade, mas depois foi esclarecido”*.

Para ele(a), no começo da pandemia, não se sabia bem o que fazer, e a primeira reação foi promover o isolamento da forma mais eficaz possível, o que implicou mais restrições e menos visitas às pessoas presas. Inicialmente, considerou que a pressão para a obtenção de liberdade foi maior, depois ela diminuiu e as demandas também mudaram. Afirmou que, em nenhuma situação, pediu para soltar acusados que estavam em situação de prisão preventiva.

## **Tema 2: Recomendações do CNJ**

### **Defensores(a)**

**A:** *“As Recomendações são feitas com a intenção de terem eficácia, mas a realidade de São Paulo não segue isso. O Tribunal de Justiça tem uma postura que não aceita ordem de ninguém, até em relação ao STJ, com a lógica de que ‘é só Recomendação, não vou seguir’”.* O(a) participante declarou que as Recomendações têm um viés político, a fim de mostrar que o Judiciário *“está fazendo sua parte”*.

**B:** *“Houve um descumprimento reiterado da Recomendação 62 do CNJ”.* Ainda assim, o(a) participante declarou que a Recomendação continuou sendo usada, por defensores(as), em quase todos os pedidos de soltura dos(as) acusados(as).

**C:** *“As Recomendações têm efeito mais simbólico, político”.* Para ele(a), a Recomendação 62 do CNJ foi bastante ignorada, porque acredita que quem decidiu pela liberdade provisória assim já decidia, antes da pandemia, e quem ignorou a Recomendação 62 já ignorava outras. *“Ninguém passou a soltar mais”*.

### **Desembargadores(as)**

**A:** *“Teve desembargador que ignorou a Recomendação com a justificativa de que é apenas recomendação”.* Este(a) participante explicou que o CNJ e o STJ trabalham em harmonia, por isso o CNJ procura criar Recomendações quando verifica certas discordâncias no âmbito do STJ. As Súmulas Vinculantes, a fim de se uniformizar certas decisões, surgem nesse contexto e, mesmo assim, o que se percebe é que muitos juízes não as seguem. *“Do ponto de vista administrativo, o CNJ é ótimo, do ponto de vista jurídico não, e por isso o STJ cria Súmula Vinculante para ajudar o CNJ”*.

Em relação à Recomendação 62, ouviu muitos juízes questionando o CNJ, com receio de que *“a criminalidade fosse para rua”*. De toda forma, explicou que soltou muitas pessoas que cometeram crimes sem violência ou grave ameaça usando a Resolução (...), mas sem citá-la, apenas se valendo de suas ideias. Entendeu que essa Recomendação teve efeitos práticos e que, como qualquer outra, possuía uma faceta política.

**B:** *“A sensação que tive é de houve uma diminuição dos aprisionamentos por conta da pandemia, uma tendência maior de soltura, principalmente em relação àqueles crimes mencionados na Recomendação 62, os sem violência ou grave ameaça. Estava ocorrendo um encarceramento crescente nos crimes de tráfico e furto e minha impressão é de que nesses dois casos houve uma diminuição”*.

O(a) participante declarou ter analisado caso a caso com base na Resolução 62 e, a seu ver, ela surtiu efeitos práticos, mas talvez não suficientes. Para ele(a), houve expectativas, quando saiu a Recomendação, de menos decretações de prisões preventivas, mas, com o

tempo, voltou-se a decretá-las e a própria Resolução passou a ser “temperada” por essa nova realidade, perdendo o efeito e a importância de frear aprisionamentos.

Em relação ao CNJ, declarou que suas Recomendações têm efeito prático e são polêmicas, porque não existe uniformidade no mundo do direito. Nesse sentido, lembrou que até Súmulas e leis são polêmicas. Percebeu que muitos juízes mencionaram a Resolução 62 para soltar, mas muitos usaram o argumento de que, como se tratava de “mera recomendação”, ela não impedia outros entendimentos. O(a) participante observou que sempre é possível manipular, ter interpretações e leituras diversas de normas. Mesmo assim, de forma geral, considerou a Recomendação muito importante, em um primeiro momento, porque ela advertiu o(a) aplicador(a) da lei da necessidade de fazer uma triagem qualitativa, caso a caso, para, de fato, avaliar se havia ou não a necessidade de manter pessoas presas.

*“A Resolução acabou deixando um juízo casuístico nas mãos do julgador, mas exigiu uma avaliação criteriosa da necessidade da prisão preventiva. Ela foi feliz e rápida. O Brasil é muito grande, tem muitas realidades. Se você está lidando com um país plural, há todo tipo de pensamento, ideia, corrente, e é preciso lidar com essa pluralidade de realidades. As pessoas pensam diferente, e é bom que seja assim. O que seria do quadrado se todos pensassem no redondo?”*

**C:** *“Eu diria que, em geral, os juízes não dão bola para as Recomendações, com o argumento de que é só uma recomendação. Entendo que aqueles que já concordam com o teor das recomendações têm argumento de reforço, e aquele que não compactua, ignora porque é recomendação. É tudo pré-estabelecido”.*

O(a) participante lembrou de ter usado argumentos que estavam na Recomendação 62 em casos mais leves como furtos, receptação, estelionato, mas apenas como reforço, porque, antes, seu posicionamento já era restritivo em relação à prisão preventiva. Sua expectativa era que a Recomendação repercutisse na diminuição do número de prisões, mas, na prática, pelo que observou, ela não repercutiu.

Na sua visão, as Recomendações representam mais uma manifestação política do CNJ, principalmente em relação à omissão do governo, do que uma mudança na prática e, mesmo assim, percebeu uma resistência no Judiciário, que, segundo ele(a), ocorreu e ocorre por conta do conservadorismo de vários membros da magistratura.

### **Promotores(as)**

**A:** O(a) participante acredita que os juízes, assim como os promotores, usaram bem a Recomendação, quando necessário. Não esperava que a pandemia fosse resultar em menos

prisões, mas achou que o documento do CNJ foi seguido. Declarou que o CNJ é “*puramente político*”.

**B:** “*Aqui, em São Paulo, a Recomendação 62 do CNJ foi cumprida na sua integralidade. Não lembro de um acórdão que desprezasse a análise dos critérios indicados pelo CNJ que, portanto, teve eficácia plena dentro dos limites jurídicos*”.

Considerou que a Resolução 62 teve suas virtudes, porque conseguiu destacar riscos que, no início, ninguém sabia quais seriam, e pontuou a necessidade de valorar melhor certas análises. Nesse sentido, observou que acórdãos passaram a dar relevância e a fazer ponderações a partir de critérios previstos na Recomendação.

Na sua opinião, as Resoluções são apenas recomendações e o CNJ não tem o poder de legislar, sendo obrigação de todos os profissionais do direito assim as considerarem. Não soube dizer se as Recomendações são mais eficazes, a depender do tema, mas acha natural que os Conselhos recebam pressões da sociedade e escutem a população. Contudo, entende que “*o tipo de providências que isso gera acaba desenvolvendo controvérsias, porque há divergências quanto às Resoluções serem apenas recomendações ou ordens*”.

**C:** “*Tenho impressão de que o CNJ é um órgão político, tem composição política, muito política, e lá existe um caráter de prestação de serviço público que é muito influenciado por setores da sociedade mais liberais ou garantistas que têm uma visão crítica da prisão e querem mostrar efeito, divulgação de ideias e conceitos, composição política, além de resultado político, e por isso o CNJ tem uma atuação político-institucional*”.

Para este(a) entrevistado(a), os defensores tendem a abraçar as Recomendações e usaram muito a Resolução 62 do CNJ para pedidos de liberdade em *habeas corpus*, porque, segundo ele(a), a prisão é “meio” insalubre. Entende que, até maio ou junho de 2020, ninguém tinha certeza da segurança, dos riscos e das medidas de saúde que deveriam ser tomadas em relação à pandemia, o que rendeu algumas solturas. Por conta dessa insegurança, no começo, acha que a Recomendação teve algum efeito, mas que em 2021 ela praticamente não era mais usada.

Observou que, dependendo do tema e das lacunas das leis, as Resoluções entram e passam a ser usadas como parâmetros.

### **Tema 3: Teletrabalho**

#### **Defensores(a)**

Todos(as) os(as) defensores(as) relataram estar em trabalho híbrido e que acreditavam que assim iriam continuar.

### **Desembargadores(as)**

**A:** Informou que não morava na capital, por isso ficava a maior parte dos dias em casa e só ia ao tribunal quando necessário.

**B:** Como as sessões eram sempre virtuais, declarou que ia para o gabinete raramente, apenas por conta dos processos físicos. Acreditava que o regime 100% presencial não iria voltar. *“A gente descobriu coisas né? A justiça, até por conta de pessoas da minha idade, tinha uma certa resistência ao computador, mas, com a pandemia, acabamos descobrindo o meio virtual”*. O(a) participante observou que advogados não precisavam mais viajar para despachar, barateando e acelerando o andamento dos processos.

**C:** Este(a) participante contou que quase nunca ia ao gabinete e que não via seus funcionários há mais de 2 anos. Considerou haver um lado bom nessa mudança, porque o Tribunal se adaptou à situação, os advogados se beneficiaram, o serviço passou a fluir melhor, a ser menos burocrático, fazendo com que o sistema se tornasse mais ágil. Observou, inclusive, que as sustentações orais haviam aumentado significativamente, mas que houve um grande impacto em relação à sociabilidade. Além disso, declarou que uma consequência do teletrabalho poderia ser um afastamento ainda maior entre réus e juízes, na primeira instância, com prejuízos sérios para um bom julgamento.

### **Promotores(as)**

**A:** Atestou que as audiências estavam se dando de forma híbrida e que trabalhava quase todo o período de casa. Acreditava que iria continuar assim.

**B:** *“O trabalho virtual virou rotina, hoje em dia, tanto no primeiro quanto no segundo grau. A tragédia da pandemia acabou trazendo um avanço imenso de cultura de trabalho e trabalho informatizado muito mais ágil”*. Todavia, para este(a) entrevistado(a), nem tudo deveria ser informatizado. As audiências, por exemplo, precisariam continuar sendo presenciais.

Em segundo grau, considerou que a experiência estava demonstrando que o teletrabalho é muito mais rápido e conveniente. Inclusive, em relação às sustentações orais, percebeu que os advogados passaram a preferir essa nova forma de comunicação, por poderem dispensar o deslocamento, e assim economizar tempo e dinheiro. O(a) participante narrou que as Câmaras Criminais, antes da pandemia, não trabalhavam no sistema de julgamento virtual, mas, em 2022, mais de 90% dos casos seguiam sendo julgados virtualmente.

**C:** O(a) participante percebeu que o Tribunal julgou muito mais em 2021 do que em outros anos, e atribuiu isso ao teletrabalho. *“Nos últimos dois anos, as coisas mudaram muito, acelerou o rendimento do trabalho, o acesso à justiça melhorou, a celeridade está sendo mais eficaz”*. No caso deste(a) participante, todavia, por conta de processos físicos e sessões presenciais, ele não conseguiu ficar no regime de teletrabalho durante os 5 dias da semana.

*“Agora, a vítima ou o advogado podem falar com a gente por WhatsApp e o atendimento ao público pode ser via vídeo. Mas eu acredito na necessidade de convivência, não estamos preparados para o teletrabalho total. Um pouco é bom, mas, totalmente, não é possível. Precisamos de convivência”*.

### **3.4. Síntese dos resultados**

Na análise das entrevistas, foi possível perceber que há uma grande divergência entre promotores(as) e defensores(as). Os(as) primeiros(as) acreditavam que práticas correntes no Judiciário são justas, e entenderam que seus pareceres foram corretos. Já os(as) defensores(as) se mostraram desacreditados(as) e críticos(as). Para eles(as), os presídios brasileiros são conhecidos pelo seu “estado de coisas inconstitucionais” (ADPF 347), mas, entre os anos de 2020 e 2021, houve ainda mais descumprimentos e desrespeitos para com os direitos dos(as) presos(as).

Ou seja, para os(as) defensores(as) e promotores(as) que eu entrevistei, a pandemia não trouxe mudanças no sistema carcerário e a Recomendação 62/20 não influenciou nas decretações de prisões preventivas. A diferença foi que os(as) promotores(as) chegaram a esta conclusão por acreditarem que já se prendia o mínimo possível de acusados(as), enquanto os(as) defensores(as) concluíram que a pandemia não teve força para mudar a lógica punitivista que entendem estar em vigor.

Analisando o total de entrevistados, percebi que promotores(as) se encontraram mais otimistas, defensores(as) mais pessimistas, enquanto desembargadores garantistas (porque só consegui entrevistar magistrados da 12ª Câmara) se posicionaram em um meio termo. Os(as) juízes(as) entrevistados(as) acreditavam na importância do CNJ e afirmaram que a Recomendação 62/2020 foi seguida “dentro do esperado”, mas também criticaram o sistema de justiça.

Todos(as) os(as) entrevistados(as) estavam trabalhando de casa ou em regime híbrido, e mencionaram que dificilmente o trabalho voltaria a ser 100% presencial, mas não notaram grande diferença dentro do cárcere. Além disso, percebi que entre eles(as) havia divergências quanto à eficácia das recomendações do CNJ. Contudo, quase todos(as) acreditavam que elas expressavam um viés político e que não há uma obrigação de seguir as Recomendações

(apesar de que alguns comentaram este fato concordando com a lógica, e outros, principalmente defensores, entendem que deveria haver uma obrigatoriedade).

Como resultado geral, ficou perceptível que cada profissional possuía opiniões próprias sobre o sistema de justiça, inclusive durante a pandemia de Covid-19, embora cada subgrupo de entrevistados(as) também tenha demonstrado algumas linhas comuns de pensamento.

Chamou a atenção, portanto, a diferença de perspectivas de cada categoria profissional, pois elas parecem viver em realidades diferentes. Apenas defensores(as) confirmaram o que eu já havia observado no cotidiano trabalhando com um desembargador, sobre o descumprimento reiterado do direito à saúde de presidiários(as). Estes(as) profissionais não perceberam quase nenhuma mudança durante o estado de calamidade pública e não esperavam que houvesse alguma diminuição nas decretações de prisões preventivas.

Os(as) promotores(as) entrevistados(as) foram enfáticos ao dizer que, antes da pandemia, apenas emitiam pareceres requerendo a decretação de prisões preventivas quando elas eram realmente necessárias, o que acabava ocorrendo em quase todos os casos. Por isso, como os pedidos só ocorriam quando necessário, para eles(as) a Recomendação foi, corretamente, pouco aplicada.

Por outro lado, mesmo com justificativas diferentes – como citado anteriormente – é interessante observar que promotores(as) e defensores(as) consideraram que houve uma inobservância da Recomendação 62/2020 e que quase nada influenciou nas decretações de prisões preventivas.

Já os desembargadores entrevistados afirmaram que, antes da pandemia, já permitiam a liberdade dos(as) presos(as) que cometiam crimes sem violência ou grave ameaça, desde que fossem réus primários. Na visão deles, a Recomendação 62/2020 possibilitou uma flexibilização ainda maior, que fez diferença para o sistema de justiça.

Os(as) entrevistados(as) pareceram personificar suas instituições. Os(as) defensores(as) já se sentiam, enquanto Defensoria Pública, antes da pandemia, imobilizados(as) pelos(as) outros(as) profissionais, e isto se manteve durante o estado de calamidade pública. O MP continuou pedindo a decretação de prisões preventivas de quase todos os réus. Os(as) juízes(as) considerados garantistas declararam acreditar que a prisão deveria ser uma exceção e que a Recomendação 62 do CNJ flexibilizou o sistema de justiça.

Durante as entrevistas, minha impressão foi que as decisões de juízes(as) e pareceres de promotores(as) seguiram uma lógica quase matemática. Em geral, prevaleceram análises de fatores relativos à primariedade ou reincidência do acusado, à gravidade do crime e à forma

como ele foi cometido em detrimento de considerações sobre outras características pessoais e do contexto social, inclusive pertinentes ao quadro pandêmico.

Enfim, como observado por defensores(as) e promotores(as), decretações de prisões preventivas, em SP, de fato, não diminuíram durante a pandemia e a Recomendação 62 do CNJ não foi, em geral, considerada uma diretriz a ser seguida, nem mesmo por juízes(as) garantistas. Assim como outras Recomendações, foi tomada apenas como mera sinalização que poderia ou não ser acatada.

## CONCLUSÃO

Meu objetivo era o de responder ao questionamento de se o punitivismo no Brasil se sobrepõe ao direito à saúde, com foco na pandemia da Covid-19 e sua relação com o cárcere.

Em síntese, as entrevistas feitas, que me ajudaram a responder minha reflexão, pareceram apenas demonstrar e firmar a necessidade de se estudar a criminologia com um olhar crítico para com o direito penal. Há uma normalização de violações de direitos humanos que não é de hoje, e não foi uma calamidade pública que foi capaz de transformar essa realidade.

Nesse sentido,

Existem pontos importantes sobre a organização e o funcionamento institucional do TJSP e sobre características da magistratura que importam em resultados concretos sobre as decisões por encarceramento, independentemente de novas recomendações ou normativas, independentemente da pandemia (VASCONCELOS, MACHADO, WANG, 2020, p. 26).

Isto é, apesar de existem inúmeras normas que deveriam garantir e assegurar não só o direito à saúde, mas os direitos fundamentais, é inquestionável as inúmeras violações que ocorrem nos cárceres e foram realçadas pela Covid-19. Ao que parece, o único fator que realmente foi alterado durante a pandemia para àqueles privados de liberdade foi a distância – que ficou ainda maior – entre o “ser” e o “dever ser” elaborado por Pachukanis.

Logo, conclui-se neste trabalho que a pandemia serviu para realçar as violações de direitos humanos que já existiam e permeavam o cárcere. Nesse sentido, percebe-se que o punitivismo é maior do que a efetivação dos direitos dos presos, especialmente o direito à saúde.

O cárcere vive em um constante estado de exceção, seguindo suas próprias lógicas. A pandemia, realçando desigualdades que já existiam, intensificou o fato de como as prisões brasileiras estão isoladas da sociedade, por, em um momento de calamidade pública, que transformou drasticamente a vida da população em geral, não ter impactado o cotidiano de pessoas privadas de liberdade.

Considerando esse afastamento da sociedade e a forma como a punição existe de forma irracional e desproporcional, percebe-se que, se mesmo em um estado excepcional nada se transforma, a mudança para um sistema de justiça democrático está longe de existir

e de possibilitar a reinserção e ressocialização de cidadãos presos (muitas vezes nem condenados).

Inclusive, neste ponto é interessante questionar o que é a ressocialização. e como, do jeito que está, nunca vai possibilitar a ressocialização da pessoa que foi presa. Inclusive interessante aqui fazer uma crítica do que seria a ressocialização: seria a tentativa de inserir pessoas já marginalizadas, pobres e negras em uma sociedade que culturalmente já não as aceita?

Logo, nem mesmo uma calamidade pública foi capaz de diminuir o punitivismo no Brasil – o que demonstra como os cárceres vivem em um estado de exceção; enquanto a pandemia estava onipresente para todos nós, fora dos muros, o cárcere teve suas próprias regras que são possibilitadas justamente pelo estado de exceção: criam-se normas específicas e únicas. Por exemplo, enquanto estagiária em um gabinete com um desembargador criminal e em um escritório de advocacia criminal, percebi que a pandemia realmente só transformou 3 aspectos para pessoas presas: audiência de custódia online, pena agravada e restrição de visitas.

Interessante realçar que os 3 aspectos que realmente fizeram diferença durante a pandemia foram justamente aspectos negativos para os réus. Porque, pelo que se analisou da Iniciação Científica realizada, em relação às decretações e solturas de prisões preventivas a pandemia e a Recomendação 62/2020 do CNJ em quase nada influenciaram.

Frisa-se ainda que a punição é um processo complexo e profundo que envolve muito mais do que a condenação de um indivíduo: envolve o processo enquanto ainda não foi condenado, envolve o momento depois de ter sido condenado, ou muitas vezes só de ter saído do cárcere enquanto estava em prisão preventiva e a família inteira das pessoas que se encontra privada de liberdade.

Nesse sentido, entende-se que se a punição é maior do que o cuidado ao direito à saúde da pessoa que se encontra nessa situação, que inclusive possibilita a existência do estado de exceção no cárcere, as excluindo da sociedade, é de se esperar que em um estado de calamidade pública (ou seja, a pandemia) só iria realçar e intensificar ainda mais o punitivismo, as violações de direitos humanos e o estado de exceção que permeia o cárcere.

Assim, entende-se que o sistema penal é produtor de sofrimento e dores inúteis e desproporcionais, além de fabricante de inimigos escolhidos dentre os grupos sociais mais oprimidos.

Por fim, gostaria de ressaltar a lógica matemática e cartesiana que existe no sistema de justiça. Como realçado no capítulo 3, parece que decisões e pareceres de juízes e promotores seguem uma lógica muito clara, encaixotada, que não parece considerar

características pessoais, sociais e, por consequência, pandêmicas. Assim, a lógica matemática das instituições confirma a tese de que a competência técnica da administração pública, incluindo a jurídica, é extrínseca às desigualdades sociais e raciais que tanto permeiam a sociedade e, de forma ainda mais intensificada, os cárceres brasileiros.

## BIBLIOGRAFIA

A prisão fora e acima da lei. *Tempo Social*, [S. l.], v. 31, n. 3, p. 141-160, 2019. GODOI, Rafael; CAMPOS, Marcelo da Silveira; MALLART, Fábio; CAMPELLO, Ricardo;

AGAMBEN, GIORGIO. *Estado de Exceção*. 2ª. Ed. Editora Boitempo, São Paulo, 2004;

BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003;

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: EDIPRO, 1. Ed., 2013;

BELLI, Benoni. *Tolerância Zero e Democracia no Brasil*. São Paulo, Perspectiva, 2004;

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Brasília, 1940. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm);

BRASIL. Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm);

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm);

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte-MG: Letramento: Justificando, 2018;

CAMPOS, G. W. S. SUS depois de vinte anos: reflexões sobre o direito à atenção à saúde. *Boletim do Instituto de Saúde*, São Paulo, p. 36-38, out. 2008. Número especial;

CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. São Paulo: Saraiva, 2013;

CARVALHO, Salo de. Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação N° 62, de 17 de março de 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>;

COELHO, H. C. et al. Soroprevalência da infecção pelo vírus da hepatite B em uma prisão brasileira. Revista Brasileira de Epidemiologia, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 124-131, 2009;

Como os Magistrados fecharam os olhos para a prisão na pandemia: Disponível em: <file:///C:/Users/55119/Downloads/Relat%C3%B3rio%20IDDD%20-%20pris%C3%B5es%20e%20pandemia.pdf>;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais. “Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra”. Brasília, 2018;

COSTA, Jaqueline Sérgio da. COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: DA INDIFERENÇA COMO POLÍTICA À POLÍTICA DE MORTE. Psicol. Soc., Belo Horizonte, 2020. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822020000100412&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822020000100412&lng=pt&nrm=iso);

Da relação prisão-sociedade: atualização de um balanço”. In: Cunha, Manuela I (org.). Do crime e do castigo: temas e debates contemporâneos. Lisboa, Mundos Sociais, vol. 1, pp. 181-200, 2015;

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Detecções/suspeitas de coronavírus nos sistemas prisionais brasileiros. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODIkJTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>;

DOMINGUES, B. Uma política para garantir o direito à saúde no sistema prisional. *Revista Radis Rio de Janeiro*, n. 118, p. 20-21, 2012;

DURKHEIM, É. *As regras do método sociológico*, trad. Paulo Neves, Ed. Martins Fontes, RJ: 1999;

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de Vida: A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*: Editora Revan, 2015;

ENGELS, F. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. In: MARX, K.; ENGELS, F. *Obras escolhidas* São Paulo: Alfa-Omega, 1982;

ESMERALDINO, O. T. *Bandeira. Estudos de política criminal*. Rio de Janeiro, Luzinger;

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

FLEURY, S. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 743-752, 2009;

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975/1976)*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010;

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhete. 21 ed. Petrópolis: Vozes, 1999;

FREUD, S. *Totem e Tabu, Contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914)* São Paulo: Companhia das Letras, 2012;

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro, Revan, 2008;

GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos*. São Paulo, Boitempo, 2017;

GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. 2013. 210 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14100/1/2013\\_PatrickMarianoGomes.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14100/1/2013_PatrickMarianoGomes.pdf);

HULSMAN, Louk. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam Editora LTDA, 1993, p. 86;

IBCCRIM: A PANDEMIA DA COVID-19 NOS SISTEMAS PRISIONAL E SOCIOEDUCATIVO BRASILEIROS: ENTRE NARRATIVAS, RECOMENDAÇÕES E REALIDADES. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1016>;

Infovirus: prisão e pandemia (a pesquisa trata justamente da reação do TJ à Res. CNJ nº 62, e afirma que, realmente, a Recomendação não está sendo observada pelo TJ de São Paulo). Disponível em: <http://repositoriocovid19.unb.br/repositorio-produtos/infovirus-prisao-e-pandemia/>;

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA - ITTC. *Tecer Justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo*. São Paulo: ITTC, 2012. Disponível em: [https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/rel\\_tecer\\_justic%CC%A7a\\_net.pdf](https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/rel_tecer_justic%CC%A7a_net.pdf);

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA - ITTC. Fora de foco: caminhos e descaminhos de uma política de alternativas à prisão. São Paulo, 2017;

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ Instituto Carioca de Criminologia, n.1, 1996;

LEAL, César Barros. Prisão: Crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 1998;

LEITE, Fabiana Lima. Manual de gestão para alternativas penais: medidas cautelares diversas da prisão. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: 2016;

Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quántuplo da registrada na população geral:  
[https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos-brasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml?utm\\_source=whatsapp&origin=folha](https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos-brasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml?utm_source=whatsapp&origin=folha);

LEVIN, B. Criminal law in crisis. Colorado Law Review Forum (Forthcoming). U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 20-19, Maio, 2020.

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. ANUÁRIO ANTROPOLÓGICO, 2014;

MASCARO, A. L. Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002;

MATSUDA, Fernanda Emy. A centralidade da prisão provisória na gestão dos ilegalismos. Disponível em:

<https://anpocs.com/index.php/encontros/papers/39-encontro-anual-da-anpocs/gt/gt42/9843-a-centralidade-da-prisao-provisoria-na-gestao-dos-ilegalismos/file>;

MERHY, E. Saúde e direitos: tensões de um SUS em disputa e molecularidades. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 267-279, 2012;

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9. ed.atualizada até a EC n.º 71/12. São Paulo: Atlas S.A., 2013;

MONTEIRO, A.; COIMBRA, C.; MENDONÇA FILHO, M. Estado democrático de direito e políticas públicas: Estatal é necessariamente público? *Psicologia & Sociedade*. Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 7-12, 2006;

PACHUKANIS, E. *Teoria geral do direito e marxismo* São Paulo: Acadêmica, 1988;

PASSETTI, Edson (coordenador). *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2012, p. 80;

Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos juizados especiais criminais e suas sanções. 2012. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012;

Relatório da DPE-SP sobre Covid (de modo geral, o diagnóstico que tem sido feito é que as pessoas continuam presas): <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Relatorio%20SCO%20-%20COVID%2019%20maio.pdf>;

RENATO, Sergio de et alii, *Raça e Gênero no funcionamento da justiça criminal*;

Requerimento de Medida Cautelar Incidental no Bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347: Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-28-03-2020-20-50-52-567900.pdf>;

SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 1, n. 1. 2013;

SARLET, Ingo W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

SCHWARTZ, Germano. Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre. Editora do Advogado. 2001;

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018;

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36<sup>a</sup> ed, ver, atual até a Emenda Constitucional nº 71, de 29.11.2012. Editora Malheiros, São Paulo, 2013;

VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1472-1485, set.2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/82222/78320>;

WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. Revista de Ciências Sociais, vol. 47, nº 2, 2004;

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro, Revan, 2007;

ZACKSESKI, Cristina Maria; GOMES, Patrick Mariano. O que é ordem pública no sistema de justiça criminal brasileiro?

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Air Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.