

A falta de isonomia na concessão de prisões domiciliares no contexto da pandemia

The lack of equality in granting house arrest in the pandemic setting

Ana Carolina Barbosa Pereira*

Resumo: Os impactos da pandemia de COVID-19 são especialmente percebidos pelos grupos mais vulneráveis. Pessoas privadas de liberdade, que já convivem com a precarização do sistema punitivo estatal e a superlotação dos estabelecimentos prisionais, agora sofrem com uma ameaça facilmente transmissível e que as tornou ainda mais invisibilizadas. O presente trabalho tem como principal referência a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que orientou o Poder Judiciário de todo o país a adotar medidas de contenção do vírus. A partir da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação em vigor, são apresentadas as possibilidades de substituição das prisões preventivas por prisões domiciliares, em cotejo com o novo regramento trazido pelo Conselho Nacional de Justiça. Enfoca-se, ainda, a interpretação conferida à Resolução 62/2020, demonstrando-se a contrariedade das decisões em casos análogos, em prejuízo ao princípio da igualdade e da segurança jurídica. As reações legislativas à Recomendação (efeito *backlash*) são igualmente abordadas e analisadas à luz da jurisprudência internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: Pandemia, Prisão Preventiva, Prisão Domiciliar, Igualdade, Direitos Humanos.

Abstract: The impacts of COVID-19 pandemic are particularly noticed by the most vulnerable groups. People deprived of their liberty, who already live with the precariousness of the state punitive system and the overcrowding of prisons, now suffer from an invisible, easily transmissible threat that has made them even more invisible. This current paper has as main reference the Recommendation 62/2020 of the National Council of Justice of Brazil, which guided the Judiciary across the country to adopt measures to contain the virus, but unfortunately, has not been fulfilled, under the allegation that it is not binding. Based on the jurisprudence of the higher courts and the legislation in force, the possibilities of replacing preventive prisons with house prisons are presented, in comparison with the new regulation brought by the National Council of Justice of Brazil. It also focuses on the interpretation given by some courts to Resolution 62/2020, establishing the contradiction of decisions in similar cases, to the damage of the principle of equality and legal certainty. Legislative reactions to the Recommendation (backlash effect) are also analyzed based on international human rights jurisprudence.

Keywords: Pandemic, Preventive Prison, House Arrest, Equality, Human Rights.

Recebido em: 04/03/2021
Aprovado em: 29/03/2021

Como citar este artigo:
PEREIRA, Ana Carolina
Barbosa. A falta de
isonomia na concessão de
prisões domiciliares no
contexto da pandemia.
Revista da Defensoria
Pública do Distrito
Federal, Brasília, vol. 3, n.
1, 2021, p. 45-71.

* Advogada, especialista em Direito Público e pós-graduanda em Direitos Humanos. Professora do Curso Popular de Formação de Defensores Públicos (SP) e do Instituto Elpídio Donizetti (IED). Aluna especial dos cursos de Mestrado em Direito e em Sociologia da UnB, ex-juíza de direito.

Introdução

A crise sanitária ocasionada pela pandemia de COVID-19, além de potencializar inúmeros conflitos sociais e contribuir para o aumento da taxa de desemprego no país¹ e no mundo (HERÉDIA, 2020), expôs, mais uma vez, a desigualdade entre as pessoas privadas de liberdade.

A discriminação frequentemente reforçada pelo Poder Judiciário apresenta-se no contexto atual a partir do subjetivismo das decisões judiciais sobre quem pode ou não ter a prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar.

As condições alarmantes em que a população carcerária se encontra no país, além dos níveis extremos de superlotação, fez com que o Conselho Nacional de Justiça editasse, em 17 de março de 2020, a Recomendação 62, que orienta a revisão das prisões preventivas, a aplicação de medidas alternativas à prisão e a substituição do tradicional encarceramento pela prisão domiciliar.

Comemorada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)², a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, embora com natureza de fonte do Direito, vem sofrendo um esvaziamento desproporcional e ofensivo aos ideais da igualdade e da não-discriminação, ambos previstos no artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos³.

Pessoas privadas de liberdade que se encontram em situações semelhantes recebem tratamentos completamente diversos. Os juízes, aparentemente respaldados no princípio do livre convencimento motivado, muitas vezes, decidem de forma subjetiva, de acordo com um senso de justiça cultivado internamente, e por isso sujeito a diversas variantes.

Sabe-se do potencial de transmissão do vírus quando em ambientes fechados e com aglomerações. Igualmente, não se desconhece que a ocupação prisional excede a capacidade dos estabelecimentos em todas as regiões do país. De Norte a Sul, a quantidade de estabelecimentos prisionais caminha em descompasso com a taxa de ocupação. De acordo com pesquisa do

¹ Dados do IBGE confirmam que o desemprego cresceu 14,6% no terceiro trimestre de 2020. No mesmo período de 2019, a taxa era de 11,8%. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020).

² “En particular, la Comisión saluda la iniciativa del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de Brasil para contener la pandemia y evitar su propagación en los centros penitenciarios, recomendando a los tribunales y jueces, reducir la población de personas privadas de la libertad, adoptando medidas alternativas a la prisión. Entre las medidas se destacan la revisión de casos de prisión preventiva, la adopción de la prisión domiciliaria para personas mayores y mujeres embarazadas y la progresión al régimen abierto para aquellas personas que se encontraban cerca de recibir el beneficio legal”. (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2020).

³ Sobre o tema, a lição de Flávia Piovesan, Melina Fachin e Valério Mazuolli: “A proteção da lei deve se dar de modo a não discriminar qualquer pessoa, a menos que o fato de discriminar, (razoável e plenamente justificável) guarde relação lógica com a discriminação legal implementada em função dele.” (2019, p. 229).

Conselho Nacional do Ministério Público realizada no terceiro trimestre de 2019⁴, a situação no Centro-Oeste é a mais alarmante: 220 estabelecimentos com capacidade para 36.402 estavam com uma taxa de ocupação de 196,45%, ou seja, com quase o dobro da disponibilidade.

A saúde prisional ainda se agrava no contexto da pandemia em razão da alta prevalência de infecções respiratórias. Estima-se que a incidência de tuberculose em presos é 30 (trinta) vezes maior do que na população não encarcerada (SOCIEDADE BRASILEIRA DE MICROBIOLOGIA, 2018)⁵. Esse fator passa ao largo das decisões judiciais em processos nos quais se busca salvaguardar os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, especialmente no contexto da pandemia de COVID-19.

O sério risco de expansão do vírus e a necessidade de adoção de planos de contingência não foram observados pelas autoridades brasileiras, mesmo com os esforços de instituições, como a Defensoria Pública. A título de exemplo, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou *habeas corpus* coletivo em favor de 355 presos diagnosticados com tuberculose, pretendendo que eles fossem transferidos para prisão domiciliar enquanto perdurasse o estado de calamidade. O Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido (HC 570.589), argumentando a necessidade de análise específica da situação de cada preso, que deveria ser realizada pelo Poder Judiciário carioca (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2020a).

O excessivo número de prisões preventivas corrobora o aumento da população carcerária e o risco de contágio e morte entre as pessoas privadas de liberdade. A concepção de que as prisões cautelares são excepcionais ainda não foi internalizada pela maioria dos julgadores. A prisão preventiva, que deveria ser o último recurso nos procedimentos penais, assumiu uma posição de preferência, e as disposições que suprimem ou restringem a liberdade transformaram-se em regra, subvertendo toda a lógica da presunção de não culpabilidade.

O Poder Legislativo, embora seja auxiliado por comissões que analisam a compatibilidade entre os projetos de lei e a Constituição Federal de 1988⁶, recentemente voltou a adotar a prisão preventiva como *prima ratio*. A denominada Lei Anticrime (Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019) fez ressurgir a prisão preventiva *ex lege* ao proibir a liberdade provisória, com ou sem fiança,

⁴ A menor taxa de ocupação foi registrada na Região Sul (131,30%), mas ainda supera a quantidade máxima dos estabelecimentos prisionais. A pesquisa ainda traz dados alarmantes relacionados à integridade física dos presos e quantidade de estabelecimentos que registraram mortes no ano de referência. No ano 2019, 4.209 estabelecimentos prisionais registraram mortes de pessoas privadas de liberdade. (BRASIL, [2021]).

⁵ Dados do Observatório da Tuberculose, vinculado à ENSP/Fiocruz.

⁶ São as Comissões de Constituição e Justiça (CCJs), com atribuições para debater e votar sobre aspectos constitucionais, legais, jurídicos e regimentais, além de avaliar a técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões.

para o reincidente, para aquele que integra organização criminosa armada ou milícia, ou para quem porta arma de fogo de uso restrito (artigo 310, §2º, Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil se submete há mais de 20 (vinte) anos, já decidiu que a prisão decorrente de mera abstração legislativa não é cabível por incompatibilidade com os princípios da presunção de inocência e da fundamentação das decisões judiciais. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos que vedavam a restrição da liberdade exclusivamente com base em previsão legal. Um diálogo com os precedentes internacionais pelas Comissões de Constituição e Justiça, a partir da ideia amplificada de *bloco de constitucionalidade*, permitira a antecipada conclusão pela inconveniência da Lei Anticrime nesse aspecto, com a manutenção do *status* excepcional da prisão preventiva. No entanto, o que se vê é um desvirtuamento das finalidades da prisão, visto que não se associa, impositivamente, a um juízo de necessidade, mas a um juízo de conveniência (SCHIETTI, 2020).

A hipercriminalização e o hiperencarceramento como formas prioritárias de controle social permitem o agravamento do quadro epidemiológico, vulnerabilizando ainda mais as condições de salubridade e dignidade das pessoas privadas de liberdade.

A falta de controle sobre a entrada de presos sintomáticos ou integrantes do grupo de risco, conforme critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, é outro agravante para a saúde prisional, que envolve não apenas as pessoas encarceradas, mas também agentes penitenciários, familiares e todos aqueles que direta ou indiretamente possuem alguma vinculação com o sistema prisional.

Em levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2020a), mais de 80% (oitenta por cento) dos autos de prisão em flagrante chegaram ao Poder Judiciário sem informações sobre o estado de saúde do flagranteado (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2020e). Assim, mesmo com a orientação de alguns Tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷, no sentido de que sejam adotadas medidas de triagem, comunicação e isolamento, os números de infectados até o final de março de 2021 chegou a 67.262⁸, sendo 293 o número de mortos dentre servidores e pessoas privadas de liberdade.

⁷ O mencionado tribunal lançou uma Nota Técnica com o objetivo de instrumentalizar os servidores e outros profissionais para a atuação no cenário de enfrentamento da COVID-19, bem como instruir pessoas presas e visitantes. (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

⁸ O Conselho Nacional de Justiça criou uma página específica para divulgação dos casos de COVID-19 nos estabelecimentos prisionais. Os números foram atualizados até 22/03/2021. (BRASIL, 2021).

Neste singelo texto, pretende-se demonstrar que apesar dos dados alarmantes, as recomendações do Conselho Nacional de Justiça e de organismos internacionais estão sendo genericamente relativizadas, e que não há, como regra, uma avaliação isonômica de casos análogos, seja para conceder a prisão domiciliar ou para manter a custódia preventiva.

1. O contexto das prisões domiciliares antes da pandemia

A prisão domiciliar como medida substitutiva da prisão preventiva, destinada, portanto, às pessoas que não foram condenadas por sentença transitada em julgado, encontra regramento nos artigos 317, 318, 318-A e 318-B do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941).

Por se tratar de uma medida substitutiva, e não de providência alternativa à prisão, o julgador deve analisar não somente as hipóteses legais de cabimento (artigo 318), mas, especialmente, os pressupostos autorizadores da prisão preventiva (artigos 311 e 312). Somente quando esses critérios estiverem presentes poderá a autoridade judicial determinar o cumprimento da medida cautelar em domicílio (STJ, HC 564.485, 6ª Turma, julgado em 25/08/2020) (BRASIL, 2020b). Em outras palavras, a prisão domiciliar é uma forma de prisão preventiva, e não uma medida cautelar diversa da prisão, sendo, portanto, imprescindível a observância aos critérios da subsidiariedade e da provisoriedade para o seu cabimento⁹.

Além disso, a decisão judicial que admite a prisão preventiva, seja em estabelecimento prisional ou em domicílio, deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o *periculum libertatis*.

Nada diz a lei a respeito da natureza do crime praticado como requisito para a substituição. Assim, desde que preenchidos os pressupostos legais, não se pode distinguir o beneficiário, por exemplo, a partir da classificação do delito cometido. Todas as espécies de infrações penais admitem a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar (LIMA, 2020).

Nos termos do artigo 318 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a substituição poderá ser destinada ao agente: (i) maior de 80 (oitenta) anos; (ii) extremamente debilitado por motivo de doença grave; (iii) responsável pelos cuidados de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) gestante; (v) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

⁹ A Corte IDH considera que a prisão preventiva está limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, da necessidade e proporcionalidade, bem como que as características pessoais do suposto autor do fato delituoso não são suficientes para justificar a medida extrema (Sentença de mérito, reparação e custas do caso López Álvarez vs. Honduras).

(vi) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência ainda impõe as seguintes condições: o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa e ter como vítima o próprio filho ou dependente.

No que tange ao encarceramento de mulheres – especialmente gestantes, puérperas ou mães de crianças e pessoas com deficiência – prevalece na jurisprudência que o rol do artigo 318 possui natureza exemplificativa, sendo possível a concessão de prisão domiciliar em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser fundamentadas. Justifica-se o posicionamento a partir do seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal: HC 143.641/SP, 2ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018 (BRASIL, 2018). Embora se trate de decisão proferida antes das alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018, entende-se que a normatização de apenas duas exceções (artigo 318-A) não afastou a efetividade do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. Assim, “[...] o fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais [...]” (STJ, 5ª Turma, HC 470.549/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 12/02/2019) (BRASIL, 2019), devendo prevalecer a interpretação teleológica da lei. Em outros termos, admite-se a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar quando houver efetivo risco direto e indireto à criança ou à pessoa com deficiência, cuja proteção deve ser integral e prioritária, dependendo, portanto, de convivência direta com a genitora/responsável.

A substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, na forma do art. 317 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), não se confunde com a hipótese de recolhimento domiciliar do condenado à pena privativa de liberdade. O artigo 117 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), possibilita o cumprimento de pena em domicílio, aplicando-se àqueles cuja condenação é definitiva (BRASIL, 1984). É dizer, os artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal cuidam da substituição da prisão preventiva como espécie de prisão cautelar, enquanto o artigo 177 da Lei de Execução Penal viabiliza a prisão albergue-domiciliar, funcionando como hipótese de prisão aberta, ou seja, modalidade de cumprimento de prisão penal em residência particular (LIMA, 2020).

De acordo com o artigo 117 da Lei de Execução Penal, o beneficiário de regime aberto poderá cumprir o restante da pena em domicílio se: (i) tiver idade superior a 70 (setenta) anos; (ii)

for acometido por doença grave; (iii) tiver filho menor ou deficiente físico ou mental; (iv) for gestante (BRASIL, 1984).

Embora a legislação restrinja a possibilidade aos presos em regime aberto, a ausência de vagas em estabelecimento adequado constitui outro fundamento capaz de ensejar o cumprimento da pena em residência, até que surjam novas vagas. Não pode o condenado preso em regime fechado, beneficiado pela progressão para o regime semi-aberto, aguardar a disponibilização de vagas pelo Estado, sob pena de constrangimento ilegal. Com efeito, *poderá* o juízo da execução conceder-lhe a prisão albergue-domiciliar, conforme entendimento exposto na Súmula Vinculante n. 56 do Supremo Tribunal Federal: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (BRASIL, 2016).

Utiliza-se a expressão “poderá”, porque, mesmo diante da notoriedade a respeito da superlotação dos estabelecimentos prisionais no país, a jurisprudência vem exigindo que o juízo da execução comprove por meio de diligências que não foi localizado estabelecimento adequado para o resgate da pena (AgRg no HC 538773/RJ, 6ª Turma, Min. Rogério Schietti, DJE 17/03/2020) (BRASIL, 2020c).

Outra situação que reflete o déficit de vagas e ausência de estrutura capaz de comportar o número excessivo de pessoas detidas é a inexistência de Casa de Albergado destinada ao cumprimento de pena em regime aberto. Em alguns Estados¹⁰, os condenados são encaminhados à Cadeia Pública, estabelecimento que deveria ser destinado, com exclusividade, ao recolhimento de presos provisórios, conforme prevê o artigo 102 da Lei de Execução Penal.

Essas possibilidades de ampliação da prisão domiciliar foram objeto de discussão na I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal. Na ocasião, aprovou-se o Enunciado 20, segundo o qual “[...] é possível, em situações excepcionais, a aplicação da prisão

¹⁰ Temos o exemplo do Amazonas no seguinte julgado: “PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. NEGATIVA DE AUTORIA. ALEGATIVA DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. SENTENÇA FULCRADA NA PALAVRA DA VÍTIMA. RÉU CONDENADO A CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO NA CADEIA PÚBLICA LOCAL. MODIFICAÇÃO DO LOCAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DA CADEIA PÚBLICA PARA A RESIDÊNCIA DO REU. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. (...) A Cadeia Pública não é apropriada para cumprimento de pena em regime aberto, tendo em vista que não contribuiria para a recuperação do preso, poderia, pelo contrário, causar-lhes sérios prejuízos pelo contato com presos por crimes de diversas naturezas, de forma que a prisão domiciliar, é a mais indicada. Além disso é obrigação do Estado suprir as comarcas com estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena, tal ônus não pode ser repassado ao réu, agravando o cumprimento de sua pena. Substitui-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se o réu atende todos os requisitos do art. 44 do CP. Recurso parcialmente provido”. (MARANHÃO, 2008).

domiciliar humanitária, prevista no artigo 117 da Lei nº 7.210/1984, também aos condenados em cumprimento de regime fechado e semiaberto [...]” (BRASIL, 2020).

Em ambos os casos – preso provisório ou definitivo – a ausência de vagas, a precariedade e a superlotação admitem a concessão da prisão domiciliar, que ainda poderá ser acompanhada de monitoração eletrônica, na forma do artigo 146-B, IV, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

Atualmente essas possibilidades sofreram uma ampliação pela Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que considerou a realidade do sistema prisional, permeada pela insalubridade e pela falta de condições sanitárias decorrentes da pandemia mundial (BRASIL, 2020d).

2. Prisões domiciliares excepcionais à luz da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça

Presídios nada mais são do que calabouços ilegais (KHALED JR., 2018). A Lei de Execução Penal, apesar de estabelecer que o condenado deve ser alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo requisitos básicos da unidade celular a salubridade do ambiente e área mínima de seis metros quadrados (artigo 88), não tem qualquer efetividade. Lamentavelmente muitos estabelecimentos ainda subsistem ao arrepio dessas mínimas garantias, apresentando condições indignas de sobrevivência que afastam qualquer resquício de esperança no processo de ressocialização. Por isso, não parece ser um exagero a comparação com os calabouços, destinos para os quais os senhores enviavam os escravos para aplicação do castigo oficial.

As prisões no Brasil estão longe de cumprir as finalidades ou funções para as quais foram criadas, notadamente a prevenção especial positiva¹¹. Não é à toa que alguns corajosos juízes, a exemplo de Luís Carlos Valois, titular da Vara de Execuções Penais de Manaus, afirmam que toda prisão, no Brasil, é ilegal (VALOIS, 2017), pois o aprisionamento real é completamente diferente daquele previsto na Lei de Execução Penal. Entretanto, o discurso pró-violação da lei, arraigado no chavão *bandido bom é bandido morto*, é cada vez mais recorrente, transparecendo, inclusive, em algumas decisões judiciais.

¹¹ A Convenção Americana de Direitos Humanos adotou a teoria da prevenção especial positiva da pena quando estabeleceu que “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” (artigo 5.6) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

No início da pandemia, o discurso oficial negava a gravidade da situação, afirmando que não havia risco de contágio intramuros. Posteriormente, após o registro de uma primeira morte em estabelecimento destinado a idosos, localizado na cidade do Rio de Janeiro, os órgãos estatais passaram a monitorar o avanço da COVID-19 nos presídios brasileiros. Até 22/03/2021 foram confirmados 49.946 casos entre pessoas privadas de liberdade e 17.316 entre servidores do sistema prisional. Mesmo com a subnotificação, o Brasil ocupa o segundo lugar no ranking mundial da COVID-19 no sistema penitenciário (CONNECTAS, 2020). Não há dúvidas de que a pandemia agravou a situação daqueles que já eram vulneráveis antes dela. As pessoas privadas de liberdade fazem parte de um grupo que, segundo Santos (2020), está “a sul da quarentena”¹², porque é constantemente invisibilizado, injustiçado, discriminado e socialmente excluído.

A crise sanitária fez com que o Conselho Nacional de Justiça editasse a Recomendação 62/2020, que estabelece procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação do vírus em espaços de confinamento (BRASIL, 2020d).

A referida Recomendação não tem natureza de lei, apesar de contemplar disposições que são consideradas como fontes do Direito. Portanto, caberia aos magistrados, até mesmo para conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, cumprir os termos da Recomendação. A professora Raquel Herdy (2020) cuidadosamente explica que a norma editada pelo Conselho Nacional de Justiça, ao contrário do que muitos consideram, não dificultou, mas facilitou o trabalho dos integrantes do Poder Judiciário, pois

[...] especificou diferentes medidas, para uma variedade de situações e em relação a diversas categorias ou grupos de pessoas. Supor que a solução deva ser dada segundo as particularidades de cada caso confere aos magistrados uma responsabilidade alta e cognitivamente exigente. Magistrados de diversas instâncias do Poder Judiciário foram assim beneficiados: aqueles que apuram atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude; que atuam na fase de conhecimento criminal, ordenando ou reavaliando prisões provisórias; que possuem competência sobre a execução penal, decidindo sobre o cumprimento de pena em regime aberto; que decidem sobre a prisão por dívida alimentícia etc.

O Conselho Nacional de Justiça, órgão investido com autoridade normativa (ainda que inferior ou secundária), possui um Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, que desenvolve pesquisas e

¹² Na versão original: “Al Sur de La Cuarentena”. A expressão é adotada por Boaventura Sousa Santos ao longo da obra “A Cruel Pedagogia do vírus”.

estratégias de ação neste campo (HERDY, 2020), não sendo razoável que magistrados, sob o argumento de ausência de vinculação normativa, contrariem frontalmente as orientações do órgão.

Não se trata de conferir direito subjetivo às pessoas privadas da liberdade, especialmente àquelas integrantes do grupo de risco. No entanto, é preciso avaliar a normativa a partir da ideia de que a prisão preventiva tem caráter cautelar e excepcional, não podendo ser decretada ou mantida a partir de uma atuação discricionária do julgador.

Qualquer intérprete, assim como todo juiz, estará sempre vinculado pelos textos normativos. A abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. Eis a primeira razão pela qual nego a discricionariedade judicial (GRAU, 2021, p. 91).

É preciso ponderar que a Recomendação reconhece que a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva e que um cenário de contaminação em grande escala poderá produzir impactos que extrapolam os limites internos dos estabelecimentos prisionais.

Além disso, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF (BRASIL, 2015), mostra-nos que a cultura institucional punitiva precisa ser modificada, e não fomentada pela crise sanitária. O controle social não pode fragilizar ainda mais o Estado Constitucional de Direito, permitindo que as condições humilhantes e degradantes de tratamento sejam perpetuadas, tal como infelizmente demonstrado no relatório divulgado pela Pastoral Carcerária, que aponta diversas denúncias de acesso precário a produtos de higiene pessoal, limpeza e vestuário, além da insuficiência na oferta de água durante a pandemia (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, 2021)¹³.

Uma das soluções encontradas pelo Conselho Nacional de Justiça consiste na concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo juiz da execução, além da colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de COVID-19, mediante relatório de equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado

¹³ A Pastoral Carcerária afirma que recebeu cerca de 90 denúncias de tortura no ano de 2020, quase o dobro do ano anterior. Na maioria dos casos o Estado se nega a dar uma resposta alegando a suspeição de falsidade das denúncias. (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, 2021).

no estabelecimento penal. O Conselho Nacional de Justiça ainda trouxe a seguinte orientação: as prisões preventivas precisam ser reavaliadas periodicamente, a fim de que não se tornem uma modalidade de antecipação da pena (artigo 316, parágrafo único e artigo 313, § 2º, todos do Código de Processo Penal). Ou seja, o Conselho Nacional de Justiça apenas reforçou uma exigência decorrente da legislação e da própria natureza da medida cautelar, “[...] que exige um fim processual (e não material), de cunho excepcional, proporcional e provisório [...]” (LOPES JR; ROSA, 2019).

Estatisticamente os números de solturas podem aparentar que, apesar da não obrigatoriedade, a Recomendação vem sendo observada como um ato de vontade por parte dos magistrados brasileiros. Isso porque, conforme avaliação do próprio Conselho Nacional de Justiça, 4,78% da população carcerária foi inserida em regime domiciliar durante o período da pandemia, sem levar em consideração presos em regime aberto ou em delegacias (BRASIL, 2020e). Contudo, seja como meio para conter o surto pandêmico nos sistemas prisionais ou reduzir a superpopulação carcerária, a Recomendação não atingiu a finalidade esperada. Houve, de fato, um crescimento exponencial das infecções pelo novo coronavírus nos presídios brasileiros. Os dados dos órgãos de acompanhamento da pandemia demonstram que, mesmo com a soltura de quase 5% da população carcerária, em dezembro de 2020 foi registrada a maior alta de casos positivos de COVID-19 desde julho do mesmo ano (BRASIL, 2020f).

Esse avanço do coronavírus nos presídios brasileiros foi objeto de apelo à Organização das Nações Unidas e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por parte de mais de 200 (duzentas) entidades brasileiras envolvidas com a proteção dos direitos e garantias das pessoas encarceradas. O documento aponta um colapso geral sanitário, com uma alta demanda de atendimentos, falta de testes, subnotificações, além do aumento de conflitos em virtude da falta de comunicação entre as pessoas presas e suas respectivas famílias. Questiona-se, ainda, a resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que autoriza os órgãos da administração penitenciária a buscar e implementar soluções alternativas e temporárias para as unidades prisionais, visando à instalação de estruturas extraordinárias específicas para o enfrentamento do novo coronavírus. Para as instituições, a normativa permite, em alguma medida, “[...] a utilização de estruturas temporárias nas unidades prisionais de todo o país, expondo a escolha do Estado brasileiro em manter pessoas privadas de liberdade de maneira precária [...]” (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2020b), em verdadeiros depósitos de seres vivos.

Sobre a comunicação dos presos, alguns ressaltam que a medida é essencial para evitar a propagação do vírus. Nesse sentido, as visitas devem ser limitadas enquanto perdurar a pandemia.

Não se desconhece que a suspensão de visitas pode minimizar o avanço da doença e garantir não apenas a proteção das pessoas encarceradas, mas também de seus familiares e servidores do sistema prisional. No entanto, o impedimento das visitas não exime o Estado de cumprir com suas obrigações de assegurar por outros meios a comunicação com mundo externo.

A propósito, na Resolução 1/2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar das pessoas privadas de liberdade como integrantes do grupo em situação de especial vulnerabilidade, orienta que os Estados estabeleçam protocolos que assegurem que todas as medidas que acarretem limitação de contatos, de visitas e de comunicações sejam avaliadas de forma proporcional, sem que isso acarrete violação dos padrões interamericanos sobre a matéria. Nesse contexto, a CIDH insta os Estados que, em face da restrição de visitas físicas, adotem outras medidas como videoconferências, aumento de telefonemas e comunicação eletrônica (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Na realidade, as dificuldades de comunicação foram potencializadas na pandemia, e as pessoas privadas de liberdade, que já não contam com a garantia prevista no artigo 41, X, da Lei de Execução Penal¹⁴, permanecem meses sem notícias de seus familiares (e o contrário, conseqüentemente, também ocorre). O número de assistentes sociais e algumas importantes iniciativas¹⁵ mostraram-se insuficientes para conter as rebeliões noticiadas, por exemplo, nos Estados de Goiás, Pernambuco, São Paulo e Amazonas, justamente em razão das restrições em relação aos direitos de visita e de comunicação.

A crise sanitária, embora tenha deflagrado ações que tentam relativizar a visão ultrapunitivista e o populismo penal midiático trazido para os poderes da Federação, inclusive para o Poder Judiciário, serviu para novamente nos mostrar que o exercício do poder punitivo do Estado e o direito fundamental à saúde das pessoas privadas de liberdade caminham em lados completamente opostos. A postura encarceradora do Poder Judiciário vai de encontro à excepcionalidade das prisões cautelares, à lógica da presunção de não culpabilidade e aos tratados

¹⁴ “Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” (BRASIL, 1984).

¹⁵ Na Defensoria Pública de São Paulo, o Núcleo Especializado de Situação Carcerária requereu ao Secretário de Estado da Secretaria de Administração Penitenciária a instalação de telefones públicos nas unidades prisionais e, enquanto tal medida não fosse efetivada, a intermediação do contato das pessoas presas com seus familiares por meio da equipe de serviço social de cada estabelecimento. Infelizmente o Secretário de Estado registrou que a providência é inviável e que os recursos disponíveis são necessários para suprir a demanda por insumos destinados ao combate e prevenção da disseminação da COVID-19 entre os custodiados e servidores do sistema penitenciário. Em São Paulo, Amazonas e Pernambuco, advogados doaram equipamentos para a realização de videoconferências com presos. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020).

A falta de isonomia na concessão de prisões domiciliares no contexto da pandemia e convenções internacionais, a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996)¹⁶.

Não bastasse, o próprio Conselho Nacional de Justiça, objetivando reforçar a ideia de que a prisão deve ser ponderada como exceção, e não como regra, recomendou “[...] a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias [...]” (artigo 4º, III, Recomendação 62/2020) (BRASIL, 2020d).

Tal excepcionalidade decorre, ainda, de uma interpretação conferida pela jurisprudência internacional dos direitos humanos. A Corte IDH, no caso *López Álvarez vs. Honduras*, reforçou que a medida mais severa que se pode impor a um acusado é a prisão, razão pela qual ela deve ser revestida de excepcionalidade e proporcionalidade, além de considerar dados que efetivamente legitimem a restrição da liberdade em um contexto cautelar. A gravidade em abstrato não é, portanto, justificativa suficiente para legitimar a prisão preventiva, já que esta, repita-se, não tem natureza punitiva, mas meramente cautelar (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015).

As ordens de encarceramento, especialmente no contexto da pandemia, demonstram que os protocolos das autoridades sanitárias, que elencam como integrantes do grupo de risco pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções¹⁷, por vezes são desconsideradas pelos magistrados que são cientificamente leigos e incapazes tecnicamente de compreender o fundamento empírico da Recomendação.

A pandemia ocasionada pelo novo coronavírus não pode ser alegada de forma indiscriminada, nem servir de salvo-conduto para que todos os presos do sistema carcerário brasileiro sejam automaticamente colocados em liberdade. Entretanto, embora a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça não permita a automática revogação ou substituição da prisão preventiva, ela não pode ser simplesmente ignorada¹⁸. Igualmente, não pode o julgador desprezar

¹⁶ “Art. 9º, item 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996).

¹⁷ No “Considerando n. 04” da Resolução, o Conselho Nacional de Justiça reforça a necessidade de ponderação a respeito das prisões preventivas em relação às pessoas integrantes dos grupos de risco.

¹⁸ “A Recomendação nº 62/2020 do CNJ, que trata da avaliação da possibilidade de concessão de medidas cautelares diversas da prisão no contexto da pandemia causada pela COVID-19, não significa automática revogação da prisão ou sua substituição por medidas cautelares diversas. Contudo, não se pode compreendê-la no sentido de permitir ou

o contexto fático para negar a prisão domiciliar, tampouco adotar os mesmos argumentos para favorecer determinado preso e, em relação a outro, que se encontra em situação semelhante, afastar a possibilidade de aplicação da Recomendação. Os particularismos são notados em casos semelhantes, que demandariam uma solução igualmente proporcional.

A insegurança jurídica ocasionada pela multiplicidade de decisões em completo descompasso com a realidade foi claramente reforçada pela pandemia. Há não apenas divergência entre Tribunais, mas entre decisões internas, proferidas por um mesmo juiz ou órgão julgador. É claro que a decisão prolatada em um processo não tem eficácia sobre outro, mesmo que as demandas sejam semelhantes. Isso não quer dizer, contudo, que a solução adotada deva ser desprovida de coerência e, fundamentalmente, de isonomia. Da mesma forma, não se pode compreender que o livre convencimento motivado tem aptidão para legitimar a transgressão do sistema jurídico.

3. Nem todos são iguais perante a lei

Pós “Mensalão”, a frequência com que o Judiciário vem ganhando espaço na mídia é consideravelmente maior. Diariamente assistimos nos noticiários reportagens sobre decisões judiciais, especialmente envolvendo a soltura e a prisão de investigados, acusados e pessoas condenadas.

Recentemente noticiou-se que o juízo da Comarca de Abadiânia, no Estado de Goiás, concedeu prisão domiciliar a um *médium* da região, condenado a mais de 60 anos por crimes sexuais (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2020c). De acordo com a decisão veiculada na mídia, o apenado encontra-se no grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus, sendo-lhe aplicável a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça. Queiroz, Crivella, Cunha e Valério são alguns dos sobrenomes que também foram beneficiados com a prisão domiciliar em razão da pandemia.

legitimar a omissão do julgador quanto ao que dispõe o ato normativo sobre medidas preventivas à propagação da infecção pela COVID-19 no âmbito do sistema de justiça penal, especialmente em face do comando legal insculpido no parágrafo único do art. 316 do CPP (STJ, AgRg no HC 572.843, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 16/06/2020)”. Mais recentemente (fevereiro de 2021), no julgamento do HC 188.820, o STF acolheu parcialmente o pedido apresentado pelas Defensorias Públicas da União e do Estado do Rio de Janeiro em favor de todos os presos que tenham cometido crime sem violência ou grave ameaça, que sejam parte do grupo de risco da doença, bem como estejam em estabelecimentos prisionais acima da capacidade de lotação, determinando que os magistrados façam uma reanálise da situação de detentos em regime semiaberto, verificando quais podem ser beneficiados pela Recomendação 62/2020. (GANEM, 2021).

Não se está aqui a criticar as decisões que deferiram as referidas conversões, especialmente porque nem todas foram disponibilizadas publicamente. O que se conhece, superficialmente, são as razões de decidir, as quais estão vinculadas à crise sanitária.

Temos, por outro lado, uma infinidade de decisões de indeferimento de pedidos semelhantes, envolvendo pessoas em situações ainda mais graves. Uma senhora de 66 anos, com hipertensão, diabetes e HIV, presa por tráfico de drogas, teve a prisão domiciliar indeferida liminarmente pela Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 187.368. Somente após a formulação de pedido de reconsideração da Defensoria Pública da União, o Ministro Dias Toffoli, Presidente da Corte, entendeu que o estado geral de saúde da paciente, com risco real de contaminação e possível agravamento do estado geral de saúde, justificava a adoção de medida de urgência para preservar a sua integridade física e psíquica, frente à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2020g).

No Tribunal de Justiça de São Paulo, um homem preso por tráfico de drogas, diagnosticado com diabetes, hipertensão arterial sistêmica e insuficiência renal crônica não dialítica, teve o pedido de prisão domiciliar indeferido, ao argumento de que tais comorbidades não o impediram de perpetrar o hediondo delito pelo qual responde (SÃO PAULO, 2020a). No mesmo Tribunal, uma mulher presa por estelionato, primária, com recomendação para realização de cirurgia de retirada de câncer do colo de útero, também teve negado o pedido formulado com base na Resolução do Conselho Nacional de Justiça. Argumentou-se, nesse caso, que a concessão de liberdade provisória ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão eram claramente insuficientes para evitar que a acusada voltasse a perpetrar crime semelhante ao que lhe foi imputado na denúncia (SÃO PAULO, 2020b).

A grande complexidade em relação às decisões envolvendo o contexto da pandemia reside especialmente no fato de que em muitos precedentes a existência de comorbidades é encarada como condição *sine qua non* para o deferimento do pedido¹⁹. No entanto, quando os presos apresentam tais comorbidades (câncer, hipertensão, diabetes, HVI, doenças infecciosas e respiratórias, por exemplo) costuma-se relativizar a Recomendação, ao argumento da inexistência de eficácia vinculante, acarretando grave insegurança jurídica.

¹⁹ A título de exemplo: “No tocante ao momento de pandemia da Covid-19, vivenciado pela sociedade como um todo, observo que a sentenciada não possui idade igual ou superior a sessenta anos, bem como que não há nada nos autos que indique ser ela soropositivo para HIV, diabética, portadora de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas ou outras imunossupressoras ou suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19, ou que o estabelecimento prisional em que se encontra custodiado não dispõe de equipe de saúde ou esteja sob ordem de interdição” (SÃO PAULO, 2021).

Outro fundamento bastante utilizado para indeferir os pedidos está vinculado à ausência de casos de contaminação na unidade prisional pelo novo coronavírus. Em maio de 2020, no ápice da “primeira onda” da pandemia, mesmo considerando as condições precárias da unidade e o diagnóstico de HIV, a prisão albergue-domiciliar foi negada a um preso²⁰.

No Espírito Santo, o Tribunal de Justiça decidiu que mesmo sendo o réu diagnosticado com “[...] melanoma maligno de sítio primário desconhecido, metastático para linfonodos de cadeia cervical e axilar [...]” (HC n. 0009005-52.2020.8.08.0000, j. 03/04/2020) (ESPÍRITO SANTO, 2020), não seria prudente a sua colocação em prisão domiciliar diante da adoção de providências pela Secretaria de Estado da Saúde para evitar a disseminação do vírus.

A inserção ou não em grupo de risco é outro fator gerador de insegurança jurídica a partir da contrariedade das decisões judiciais. O já mencionado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indeferiu a prisão domiciliar a uma sentenciada de 23 anos de idade, mãe de criança menor de 12 (doze) anos de idade, argumentando que ela não se encontrava no grupo de risco. O Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão, esclarecendo que a Recomendação do CNJ orienta os magistrados a conceder a saída antecipada dos regimes aberto e semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 do STF, às mães e mulheres responsáveis por crianças de até 12 anos, sem exigência de inclusão no grupo de risco (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, HC n. 570.608/SP, j.02/04/2020) (BRASIL, 2020h).

Esses são apenas alguns exemplos que refletem a seletividade do sistema penal. O contexto de contrariedade e subjetivismo em relação às decisões judiciais que envolvem temas semelhantes, além de contribuir para a desconfiança e para a falta de legitimação no Poder Judiciário, afasta os julgadores da sua missão constitucional de garantia dos direitos dos cidadãos – ou melhor, de *todos* os cidadãos.

²⁰ “Habeas Corpus – Execução Penal – Insurgência contra decisão que indeferiu a concessão da prisão domiciliar, a despeito das condições precárias da unidade prisional e embora o paciente seja portador de HIV, enquadrando-se no grupo de risco, de acordo com a Recomendação n. 62/2020 do CNJ – NÃO VERIFICADO – Não há comprovação inequívoca de que o paciente se encaixe no grupo de vulneráveis e que haja impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra recolhido. É cediço que a Secretaria da Administração Penitenciária, de seu 18 turno, vem adotando providências para evitar a propagação do coronavírus nos presídios do Estado de São Paulo, e por ora não há registro de presos contaminados com o novo Covid-19. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 2067168- 87.2020.8.26.0000, rel. Paulo Rossi, 12ªC, j. 12/05/2020)”. Há posicionamento contrário do Min. Dias Toffoli, do STF: “O fato de não haver comprovação de caso suspeito de Covid-19 no presídio não afasta, por si só, o risco de contágio de indivíduos que apresentam maior propensão de infecção pelo novo coronavírus, mormente por considerar o alto índice de transmissibilidade do vírus e o agravamento do risco de contágio em estabelecimentos prisionais devido à aglomeração de pessoas e à insalubridade do ambiente (STF, HC 187.368, j. 21/07/2020)” (BRASIL, 2020g).

[...] Na justiça criminal a atenção é para os jovens negros e periféricos, como reflexo da justiça neoliberal, que segundo Antoine Garapon, tem critérios próprios, dentre eles a chamada “segurança”, que está sempre pronta a homogeneizar os processos judiciais, a prestação jurisdicional e, na área criminal, é dirigida a um grupo determinado que precisa de controle pela via punitiva. O inimigo está eleito. Na época da ditadura eram aqueles que sonhavam com um outro país, agora são uma categoria na qual estão os jovens, negros e periféricos. Uma questão de classe. Esta cultura está arraigada no cotidiano do sistema de justiça (BOUJIKIAN, 2018).

O trecho citado, de autoria da Desembargadora aposentada Kenarik Boujikian, reforça a cultura institucional punitiva e as práticas de disciplina e controle social destinadas a determinados cidadãos. Quando o Direito Penal avança sobre agentes políticos e do poder, diversos são os discursos legitimadores de direitos e garantias fundamentais. Alguns até cogitam recorrer aos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Entretanto, quando as classes sociais que mais abastecem o sistema penitenciário buscam guarida no Poder Judiciário, suas vozes, infelizmente, não são ouvidas na mesma extensão.

Destaca-se que não se pretende fomentar a soltura indiscriminada de presos, nem apontar equívocos ou acertos de um ou outro julgador. A crítica reside na ausência de proporcionalidade de algumas prisões, que fogem da função do processo penal e manipulam os pressupostos da prisão preventiva com artifícios retóricos, quase sempre vinculados à preservação da paz social, além da falta de igualdade perante a lei – aqui entendida em sentido amplo.

Talvez sejamos o retrato da granja narrada no livro “A Revolução dos Bichos”, de George Orwell, onde prevalece a máxima “[...] todos os bichos são iguais, mas alguns bichos são mais iguais que outros [...]” (2019, p. 106).

4. Reação legislativa: pandemia não é desculpa!

Algo muito comum vem acontecendo entre dois dos três poderes da Federação: quando o Poder Legislativo não está satisfeito com uma decisão judicial ou posicionamento da jurisprudência, reage com uma proposta de lei ou de emenda constitucional exatamente contrária ao que foi decidido. A esse contra-ataque político, dá-se o nome de efeito *backlash*²¹.

²¹ Conforme ensinamentos de George Marmelstein (2016) “[...] o efeito backlash é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo.”.

Temos exemplos de reações do Poder Legislativo a esse protagonismo exercido pelo Poder Judiciário. A validade jurídica de uniões homoafetivas conferida pelo Supremo Tribunal Federal tem gerado o crescimento de manifestações favoráveis ao denominado Estatuto da Família, que pretende definir como entidade familiar a união entre homem e mulher, exclusivamente²². Do mesmo modo, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54/DF (BRASIL, 2005), que considerou atípica a conduta de antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, veio acompanhada de forte inconformismo da ala conservadora do Congresso Nacional. A proposta mais recente pretende criar o Estudo do Nascituro, o qual delimita em seu art. 14 que “[...] jamais será admitido causar diretamente a morte do nascituro [...]” (TONIETTO, 2021)²³.

As audiências de custódia também foram alvo de descontentamento do Poder Legislativo. O Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015, a partir da exigência prevista no artigo 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como em estrita observância ao devido processo convencional no âmbito interno (MAZZUOLI, 2018, p. 68), determinou a implementação das audiências de custódia, exigindo que toda pessoa presa em flagrante delito fosse obrigatoriamente encaminhada à autoridade judicial e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou a sua prisão. Posteriormente essa exigência foi estendida para qualquer prisão, seja em flagrante delito ou decorrente do cumprimento de ordem judicial.

Embora a Lei Anticrime (Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019), que alterou o Código de Processo Penal, tenha inserido expressamente a necessidade de realização da audiência de custódia (artigo 287), há diversos projetos de lei que desconsideram a convencionalidade da previsão legal e tentam extinguir a obrigatoriedade da realização do ato²⁴. E o mais grave: os parlamentares desconhecem que a orientação dos órgãos do sistema interamericano também possui como objetivo controlar a legalidade da prisão, prevenindo, por exemplo, o desaparecimento forçado²⁵.

²² Por exemplo, o PL 4824/2019, de autoria do Deputado Pastor Eurico (PATRIOTA/PE) propõe como definição de entidade familiar a “união de um homem e de uma mulher, denominados respectivamente de pai e mãe, por meio de casamento ou de união estável entre um homem e uma mulher, com ou sem a existência de filhos” (art. 3º) (EURICO, 2019).

²³ Trata-se do PL 434/2021, de autoria da Deputada Chris Tonietto (PSL/RJ) (TONIETTO, 2021).

²⁴ Por exemplo, o PL 421/2020, de autoria do Deputado Federal Guilherme Derrite (PP/SP), sugere a revogação das “regras que determinam a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia” (art. 1º). Na justificativa, o Deputado alerta que a “população de bem” repudia a obrigatoriedade de realização do ato, que só serve para a “supervalorização de criminosos e de delinquentes” (DERRITE, 2020).

²⁵ “No julgamento do Caso Velásquez Rodríguez, a Corte IDH considerou que a prisão ou a detenção de uma pessoa sem a sua condução, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, consiste em privação arbitrária de liberdade e difícil os meios adequados para se controlar a legalidade da prisão (Mérito, §155)” (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 61).

Recentemente, em virtude da prisão de parlamentar determinada pelo Supremo Tribunal Federal, em uma polêmica interpretação do artigo 324, inciso IV, do Código de Processo Penal, a Câmara dos Deputados aprovou a admissibilidade da Proposta de Emenda Constitucional 03/2021, que restringe as possibilidades de prisão em flagrante de membros do parlamento aos casos expressamente previstos na Constituição Federal, como crimes inafiançáveis²⁶.

Nesse contexto, não poderia ser outra a manifestação do parlamento em relação aos efeitos da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça. A partir do momento em que alguns poucos juízes passaram a aplicar a normativa, mesmo deixando claro que a deliberação de prisão domiciliar possui caráter temporário, as forças políticas começaram a agir, quase sempre ancoradas no clamor daqueles que consideram que as pessoas encarceradas devem perder não apenas a liberdade, mas a própria condição de ser humano.

Dois projetos de lei encontrados a partir de pesquisa junto ao portal da atividade legislativa da Câmara dos Deputados ilustram tal situação. O primeiro – PL 2149/2020 – busca não só impedir a concessão de prisão domiciliar, mas

[...] qualquer outra medida alternativa ao preso acusado ou condenado por crime hediondo ou membro de facção ou organização criminosa, em decorrência de surto, epidemia, pandemia, endemia ou situação assemelhada, independente do tipo de prisão ou do regime de cumprimento da pena [artigo 1º] [...]. (MARTINS, 2020).

A justificativa para o projeto, sem qualquer base empírica, parte da premissa que de “[...] dentre os beneficiários da prisão domiciliar, encontram-se líderes de organizações criminosas [...]” (MARTINS, 2020). Além de não existir qualquer pesquisa nesse sentido, o PL desconsidera que também os presos condenados por crimes hediondos²⁷ adoecem.

Há, ainda, o PL 1331/2020, bem mais restritivo. Propõe-se a vedação de liberdade provisória e prisão domiciliar a todos os presos e adolescentes em cumprimento de medida

²⁶ Conhecida como “PEC da Impunidade” ou, para os parlamentares, “PEC das Prerrogativas”, foi retirada da pauta de votação após grande pressão popular. Determinou-se a criação de uma comissão especial para discutir essa alteração no texto constitucional.

²⁷ Para a população leiga, tratar um crime como hediondo é criar um estereótipo de magnitude ao tipo penal. É comum imaginar uma conduta abjeta, repugnante. No entanto, o crime de porte o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido está inserido no rol de crimes hediondos, assim como a falsificação de produto destinado a fins medicinais ou terapêuticos. Essa segunda hipótese foi inserida na legislação por puro modismo, em razão de uma série de denúncias de falsificação de remédios, especialmente pílulas anticoncepcional, feitas em cadeia pela imprensa. Embora grave, esse crime de perigo foi inserido de maneira desproporcional no rol da Lei n. 8.072/1990 (NUCCI, p. 506).

socioeducativa motivada pela pandemia de COVID-19²⁸. Mais uma vez, há clara tentativa do legislador de segregação de presos e utilização da prisão preventiva como medida prioritária. Não há, contudo, nenhum projeto de lei ou medida do Poder Executivo que busque reduzir a hiperpopulação carcerária ou criar condições mínimas de dignidade para o cumprimento da pena. O que importa é manter o distanciamento social: “pessoas de bem” de um lado, presos – pretos e pobres – de outro.

5. Conclusão

“Por um lado, a gente enfrenta um vírus que se espalha muito rápido, mas que não tem uma letalidade tão grande. Agora, o que é extremamente letal são os abismos sociais que a nossa sociedade produz e finge que não existe”. Essa frase, dita pelo *rapper* Emicida (GSHOW, 2020) em entrevista para uma rede de televisão, retrata o cenário de desigualdade potencializado pela pandemia. As precarizações próprias de um sistema ultrapunitivista dão o tom da sociedade atual.

A pandemia das desigualdades econômica, social e educacional invisibilizou ainda mais as pessoas encarceradas. A teoria de que presos e isolados esse grupo estaria mais protegido do coronavírus transmitiu o discurso seletivo que paira sobre o sistema prisional e legitima violações massivas aos direitos humanos. O Direito Penal seletivo e estigmatizante ganhou um novo impulso e desnudou a desigualdade material do sistema da justiça penal.

As estatísticas aqui apresentadas expuseram apenas o óbvio: o sistema carcerário não tem estrutura para conter a contaminação. Precisamos repensar a forma de reduzir as desigualdades e, conseqüentemente, o hiperencarceramento seletivo, que existe muito antes da pandemia. O número de prisões provisórias arbitrárias como uma forma de controle social e criminalização da pobreza não se conectam com os ideais de um Estado Democrático de Direito, e, ao fim e ao cabo, só institucionalizam a violência.

O controle de convencionalidade é uma saída possível, apesar da resistência de quem invoca a soberania como princípio intransponível. Se todos os poderes da Federação

²⁸ “Art. 1º Esta Lei veda as concessões de liberdade provisória ou de prisão domiciliar aos presos ou aos internados recolhidos aos estabelecimentos penais ou socioeducativos, motivadas pela pandemia do coronavírus (COVID-19) no Brasil. Art. 2º Ficam vedadas as concessões de liberdade provisória ou de prisão domiciliar, de que tratam os artigos 321 e 317 do Código de Processo Penal, aos presos ou aos internados recolhidos aos estabelecimentos penais ou socioeducativos, motivadas pela pandemia do coronavírus (COVID-19) no Brasil. Parágrafo único. Os presos ou internos diagnosticados com a infecção por COVID-19 deverão ser internados, preferencialmente, em instalações hospitalares ou ambulatoriais do próprio sistema prisional” (SANDERSON *et al.*, 2020).

A falta de isonomia na concessão de prisões domiciliares no contexto da pandemia reconhecessem o caráter vinculante dos tratados²⁹, especialmente de direitos humanos, assim como respeitassem a interpretação autêntica conferida pelos órgãos do sistema interamericano, poderíamos almejar o desejado *ius commune* interamericano e, talvez assim, admitir em caráter definitivo que a prisão preventiva jamais pode ser utilizada como instrumento de justiça instantânea.

Referências

BOUJIKIAN, Kenarik. O Estado Democrático de Direito e o Judiciário. *Brasil de Fato*, São Paulo, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/11/28/artigo-or-o-estado-democratico-de-direito-e-o-judiciario>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado 20*. In: I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: CFJ, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 81% dos APFs analisados por juízes não possuem informação sobre Covid-19. *CNJ*, Brasília, 30 jun. 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/81-dos-apfs-analisados-por-juizes-nao-possuem-informacao-sobre-covid-19/>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ renova Recomendação por mais 90 dias e divulga novos dados. *CNJ*, Brasília, 12 jun. 2020e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-renova-recomendacao-n-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Covid-19 no Sistema Prisional*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/03/Monitoramento-Casos-e-C3%93bitos-Covid-19-24.3.21-Info.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. COVID-19: Registros de novos casos em prisões tem maior alta desde julho. *CNJ*, Brasília, 12 jun. 2020f. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/covid-19-registro-de-novos-casos-em-prisoas-tem-maior-alta-desde-julho/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020*. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: CNJ, 2020d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.

²⁹ Sem qualquer necessidade de esforço interpretativo, cabem aos Estados cumprir as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. O “*pacta sunt servanda*” em relação aos tratados internacionais é extraído do art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, segundo o qual “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”. O art. 27 prossegue estabelecendo que um Estado-parte não pode invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (BRASIL, 2009).

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Sistema Prisional em Números. CNMP, Brasília, [2021]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 7030/2009*. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília: Planalto, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Planalto, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Planalto, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 538773/RJ*. Sexta Turma. Min. Rogério Schietti, 17 mar. 2020. Brasília: STJ, 2020c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201903048184&dt_publicacao=17/03/2020. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 564.485 MG 2020/0052620-5*. Sexta Turma. Ministro Sebastião Reis Júnior, 25 de ago 2020. Brasília: STJ, 2020b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101089898/habeas-corpus-hc-564485-mg-2020-0052620-5/inteiro-teor-1101089907?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 570.608/SP*. Quinta Turma. Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 2 abr. 2020. Brasília: STJ, 2020h. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=108299234&tipo_documento=documento&num_registro=202000797725&data=20200406&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 470.549/TO*. Quinta Turma. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 12 fev. 2019. Brasília: STJ, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678480137/habeas-corpus-hc-470549-to-2018-0247260-3/inteiro-teor-678480149>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF*. Tribunal Pleno. Partes: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, Luís Roberto Barroso e outro(A/S). Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 54/DF*. Tribunal Pleno. Partes: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, Luís Roberto Barroso e outro(a/s). Brasília: STF, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 187.368. Paciente: Nair Nunes dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública Da União. Relatora: Min. Rosa Weber, 21 jul. 2020. Brasília: STF, 2020g. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345022962&ext=.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 56*. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: *HC 143.641/SP*. Segunda Turma. Min. Ricardo Lewandowski, 20 fev. 2018. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, Washington, 31 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

CONNECTAS. Brasil tem a segunda maior contaminação por COVID-19 em prisões. *Conectas*, São Paulo, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-tem-a-segunda-maior-contaminacao-por-covid-19-em-prisoas/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. Pastoral carcerária recebeu 90 denúncias de caso de torturas em 2020, quase o dobro do ano anterior 2021. *CNBB*, Brasília, 22 jan. 2021. Disponível em: <https://www.cnbb.org.br/pastoral-carceraria-recebeu-90-denuncias-de-caso-de-torturas-em-2020-quase-o-dobro-do-ano-anterior/#>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Lone y otros vs Honduras*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 oct., 2015 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.

DERRITE, G. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 421/2020*. Altera o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal Brasileiro, para revogar as regras que determinam a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia e para alterar as atribuições judiciais após o recebimento do auto de prisão em flagrante delito. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238062>. Acesso em 26 fev. 2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Habeas Corpus n. 0009005-52.2020.8.08.0000*. Relator Fernando Zardini, 3 de abril de 2020. Espírito Santo: TJ-ES, 2020. Disponível em: <https://sistemas.tjes.jus.br>. Acesso em: 18 mar. 2021.

EURICO, P. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4824/2019*. Institui o Estatuto das Famílias e a definição de entidade familiar. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1801366&filename=Tramitacao-PL+4824/2019. Acesso em: 25 fev. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. Na pandemia, advogados doam equipamentos para viabilizar videoconferências com presos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/na-pandemia-advogados-doam-equipamentos-para-viabilizar-videoconferencias-com-presos.shtml>. Acesso em: 10 fev. 2021.

GANEM, Pedro. STF: liminar manda presos do grupo de risco para prisão domiciliar. *Canal Ciências Criminais*, [s. L.], 26 fev. 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/stf-liminar-manda-presos-do-grupo-de-risco-para-prisao-domiciliar/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GSHOW. Emicida faz reflexão sobre a realidade do Brasil: 'letais são os abismos sociais que a nossa sociedade produziu'. Entrevistador: Faustão. Entrevistado: Emicida. São Paulo: Gshow, 2020. Disponível em: <https://gshow.globo.com/programas/domingao-do-faustao/noticia/emicida-faz-reflexao-sobre-a-realidade-do-brasil-letal-sao-os-abismos-sociais-que-a-nossa-sociedade-produziu.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2021.

HERDY, Raquel. A recomendação de uma instituição normativa serve pra quê? *Conjur*, [s. L.], 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/limite-penal-recomendacao-instituicao-normativa-serve>. Acesso em: 12 fev. 2021.

HERÉDIA, Thais. Desemprego vai crescer no mundo, mas subirá ainda mais no Brasil. *CNN BRASIL*, São Paulo, 7 maio 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/05/07/desemprego-vai-crescer-no-mundo-mas-subira-ainda-mais-no-brasil>. Acesso em: 20 fev. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PNAD Contínua Trimestral: desocupação cresce em 10 das 27 UFs no 3º trimestre de 2020. *IBGE*, Brasília, 27 nov. 2020. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29519-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-10-das-27-ufs-no-3-trimestre-de-2020#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20do,2019%20\(11%2C8%25\)](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29519-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-10-das-27-ufs-no-3-trimestre-de-2020#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20do,2019%20(11%2C8%25).). Acesso em: 10 fev. de 2021.

KHALED JR, Salah H. *Justiça social e sistema penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES JR, A.; ROSA, Alexandre Moraes. Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar. *Conjur*, [s. L.], 24 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. *Apelação Criminal APR: 180092007*. Rel. Maria madalena Alves Serejo, 17 maio 2008. Maranhão: TJ-MA, 2008. Disponível em: <https://tj->

ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4685560/apelacao-criminal-apr-180092007-ma/inteiro-teor-101724172?ref=serp. Acesso em: 18 mar. 2021.

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional*: reações políticas ao ativismo judicial. *Conselho Federal de Justiça*, Brasília, [2016]. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

MARTINS, Paulo Eduardo. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2149/2020*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), proibindo a concessão de prisão domiciliar ou qualquer outra medida alternativa ao preso acusado ou condenado por crime hediondo ou membro de facção ou de organização criminosa, em decorrência de surto, epidemia, pandemia, endemia ou situação assemelhada. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2250531>. Acesso em 25 fev. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade das Leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. v. 1, 10. ed. São Paulo: Forense, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Local: ONU, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Costa Rica: Organização dos Estados Americanos, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. La CIDH urge a los estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19. *Organización de los Estados Americanos*, Washington, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>. Acesso em: 10 fev. de 2021.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flávia. FACHIN, Melina. MAZZUOLI, Valério. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Forense: 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Juíza concede prisão domiciliar a João de Deus. *Conjur*, [s. L.], 30 mar. 2020c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/juiza-concede-prisao-domiciliar-joao-deus>. Acesso em: 10 fev. 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. 81% dos autos de prisão não têm informações sobre Covid-19, aponta CNJ. *Conjur*, [s. L.], 30 jun. 2020e. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/81-autos-prisao-nao-informacoes-covid-19-cnj>. Acesso em: 20 fev. 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil durante a pandemia de Covid-19. *Conjur*, [s. L.], 23 jun. 2020d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/brasil-denunciado-onu-avanco.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. STJ nega HC coletivo a presos com tuberculose no Rio de Janeiro. *Conjur*, [s. L.], 7 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/stj-nega-hc-coletivo-presos-tuberculose-rio-janeiro>. Acesso em: 10 fev. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Administração Penitenciária. *Nota Técnica 01/2020 (versão 15):* Orientações para a prevenção do contágio por coronavírus – COVID-19. Rio Grande do Sul: SEAPEN – SUSEPE, 2020. Disponível em: <https://www.seapen.rs.gov.br/upload/arquivos/202009/17100217-nota-tecnica-publicada-v15.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SANDERSON, U. *et al.*, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 1331/2020*. Veda as concessões de liberdade provisória ou de prisão domiciliar aos presos ou aos internados recolhidos aos estabelecimentos penais ou socioeducativos, motivadas pela pandemia do coronavírus (COVID-19) no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242529>. Acesso em 25 fev. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2005644-55.2021.8.26.0000*. 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator Geraldo Wohlers, 17 de fevereiro de 2021. São Paulo: TJ-SP, 2020a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2004133-22.2021*. 15ª Câmara de Direito Criminal. Relator Ricardo Sale Junior, 16 de março de 2021. São Paulo: TJ-SP, 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2265834-34.2020.8.26.0000*. 7ª Câmara de Direito Criminal. Relator Otávio Rocha, 23 de janeiro de 2021. São Paulo: TJ-SP, 2020b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SCHIETTI, Rogério. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE MICROBIOLOGIA. População carcerária tem 30 vezes mais casos de tuberculose. *SBM*, São Paulo, 23 abr. 2018. Disponível em: <https://sbmicrobiologia.org.br/populacao-carceraria-tem-30-vezes-mais-casos-de-tuberculose/#:~:text=Popula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria%20tem%2030%20vezes%20mais%20casos%20de%20tuberculose,-23%20de%20abril&text=De%20acordo%20com%20dados%20do,a%20cada%20100%20mil%20pessoas>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *O Direito Achado na Rua: Questões emergentes, revisitações e travessias*. v., 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. Coleção Direito Vivo.

TONIETTO, C. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 434/2021*. Institui o Estatuto do Nascituro, que dispõe sobre a proteção integral do nascituro e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270201>. Acesso em 25 fev. 2021.

VALOIS, Luis Carlos. “Toda prisão no Brasil é ilegal” afirma Valois. [Entrevista cedida a] Macedo e Fábio Serapião. *Estadão*, São Paulo, 6 jan. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/toda-prisao-no-brasil-e-ilegal-afirma-valois/>. Acesso em: 15 fev. 2021.