



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL SANTOS CORDEIRO DE MENEZES

**A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CUMPRIDA EM ESTABELECIMENTO
CARCERÁRIO POR REGIME DOMICILIAR COMO FORMA DE
PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA DOS APENADOS EM TEMPOS
DE PANDEMIA POR CORONAVÍRUS**

Salvador

2021

RAFAEL SANTOS CORDEIRO DE MENEZES

**A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CUMPRIDA EM ESTABELECIMENTO
CARCERÁRIO POR REGIME DOMICILIAR COMO FORMA DE
PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA DOS APENADOS EM TEMPOS
DE PANDEMIA POR CORONAVÍRUS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Thaize de Carvalho Correia

Salvador

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

RAFAEL SANTOS CORDEIRO DE MENEZES

**A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CUMPRIDA EM ESTABELECIMENTO
CARCERÁRIO POR REGIME DOMICILIAR COMO FORMA DE PROTEÇÃO À
INTEGRIDADE FÍSICA DOS APENADOS EM TEMPOS DE PANDEMIA POR
CORONAVÍRUS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovada pela seguinte Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Thaize de Carvalho Correia (Orientador)

Universidade Federal da Bahia

Prof^a. Dr^a. Rafaela Alban Cerqueira

Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Misael Neto Bispo da França

Universidade Federal da Bahia

Salvador, ___/___/_____

AGRADECIMENTOS

Este é o final de um ciclo muito importante em minha vida. Profissional, acadêmica, e, como não poderia deixar de ser, pessoal. Como em todas as partes mais importantes da minha vida, fui ajudado de maneira que não poderia finalizar este momento sem antes agradecer àqueles que estiveram ao meu lado.

Agradeço primeiramente a Deus, por tornar possível o que antes era um simples sonho, e por toda a força que me deu, para que eu conseguisse superar os obstáculos. Agradeço aos meus pais, Deniz e Jorge, pelo apoio que me deram, inclusive corrigindo folhas e mais folhas do que eu escrevia. Agradeço aos meus irmãos, Felipe e Augusto, por toda a compreensão que tiveram e por torcerem por mim incansavelmente.

Quero agradecer à Larissa, minha companheira, por estar ao meu lado a todo instante, por tudo o que fez e faz por mim, pelo seu apoio incondicional e, principalmente, pelo seu amor tão tenro. Obrigado.

Agradeço ainda à minha professora e orientadora Thaize de Carvalho Correia, por se disponibilizar durante as semanas e finais de semana, por toda a dedicação e pelo Norte que me deu no presente trabalho, aceitando meu convite sem titubear em momento algum.

Agradeço à Universidade Federal da Bahia, pela educação pública, pelo conhecimento disponibilizado por meio de seus professores e funcionários e, conseqüentemente, o meu crescimento pessoal. É triste me despedir do que foi minha casa durante os últimos anos.

Agradeço a todas as pessoas que estiveram ao meu lado me apoiando nos últimos tempos. Aos meus familiares e amigos que aqui não especifiquei, mas que se fizeram presente, meu muito obrigado.

MENEZES, Rafael Santos Cordeiro de. **A substituição da pena cumprida em estabelecimento carcerário por regime domiciliar como forma de proteção à integridade física dos apenados em tempos de pandemia por Coronavírus.** 82 fls. Orientadora: Thaize de Carvalho Correia. Trabalho de Graduação. Curso de direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

A pandemia por coronavírus influenciou em diversas áreas do Direito no cenário nacional, e o Direito penal, em especial a execução das penas e o direito dos apenados, foi uma das áreas mais afetadas. O presente trabalho é destinado à análise da prática da substituição das penas cumpridas no sistema carcerário pelo regime domiciliar como forma de proteção ao princípio da integridade física dos apenados, que possui o risco de ser violado por conta da pandemia. Partiu-se da premissa da função ressocializadora da pena defendida por Ferrajoli, em sua obra Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal. Ao final concluiu-se pela viabilidade da prática, levando-se em consideração a recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça e dos precedentes trazidos, além da necessidade em tempos pandêmicos, considerando o Estado de Coisas Inconstitucionais que possibilita a taxa de contaminação em maior número dentro do Sistema Carcerário brasileiro.

Palavras-Chave: Pandemia, Coronavírus, Execução da Pena, Integridade Física, Regime Domiciliar.

MENEZES, Rafael Santos Cordeiro de. **Replacing the sentence served in a prison facility with a home-based regime to protect the physical integrity of inmates in times of Coronavirus pandemic.** 82 fls. Advisor: Thaize de Carvalho Correia. Graduation work. Law course, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

The coronavirus pandemic influenced several areas of law on the national scene, and criminal law, in particular the execution of sentences and the rights of inmates, was one of the most affected areas. The present work is intended to analyze the practice of replacing the sentences served in the prison system by the domicile regime as a way of protecting the principle of physical integrity of the inmates, who have the risk of being violated due to the pandemic. We started from the premise of the resocializing function of the penalty defended by Ferrajoli, in his work *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*. In the end, the feasibility of the practice was concluded, taking into account the recommendation No. 62/2020 of the National Council of Justice and the precedents brought, in addition to the need in pandemic times, considering the Unconstitutional State of Things that enables the contamination rate in greater numbers within the Brazilian Prison System.

Keywords: Pandemic, Coronavirus, Execution of Sanction, Physical Integrity, Household Regime.

SUMÁRIO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE FÍSICA.....	10
2.1. ARCABOUÇO HISTÓRICO.....	11
2.1.1. Marcos Históricos de maior relevância.....	14
2.2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ENTENDIMENTO ATUAL.....	23
2.2.1. A Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário.....	26
2.2.2. A Lei 12403/11 e o Juiz das Garantias.....	28
2.2.3. Do Estado de Coisas Inconstitucionais reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.....	30
3. A PANDEMIA POR CORONAVÍRUS.....	37
3.1. SAÚDE HUMANA E COLETIVA – COMO A COVID-19 A ATINGE.....	37
3.1.1. O conceito de Pandemia e exemplos da história.....	39
3.1.2. O Coronavírus, sua origem e retrospecto.....	42
3.2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O CORONAVÍRUS.....	48
3.2.1. O Sistema Prisional Brasileiro.....	48
3.2.1.1. A penitenciária.....	49
3.2.1.2. A Colônia Penal.....	50
3.2.1.3. A Casa de Albergado.....	51
3.2.1.4. Centro de Observação Criminológica.....	53
3.2.1.5. Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.....	54
3.2.1.6. Cadeia Pública.....	55
3.2.2. O Coronavírus no Sistema Prisional Brasileiro.....	56
4. A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CUMPRIDA EM SISTEMA CARCERÁRIO POR REGIME DOMICILIAR NA PANDEMIA POR CORONAVÍRUS.....	60
4.1. JULGADOS RECENTES FAVORÁVEIS À SUBSTITUIÇÃO.....	60
4.2. A POSSIBILIDADE PRÁTICA DA SUBSTITUIÇÃO.....	68
5. CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

1. INTRODUÇÃO

As Nações Unidas, por meio de seu programa de voluntariado no Brasil, buscaram revolucionar o modo como acontecia a Execução Penal no cenário nacional, por meio do SEEU – Sistema Eletrônico de Execução Unificada, implementando os autos físicos em um portal eletrônico que permite um melhor acompanhamento dos processos de execução do apenado.

A revolução dos autos físicos para um melhor acompanhamento nos meios eletrônicos é um grande passo, e que dificulta que determinados acontecimentos cheguem à execução, como por exemplo, o atraso demasiado para a concessão da progressão do regime, mas esta, por si só, não é o suficiente. Muito ainda precisa ser feito para que a pena cumprida no cárcere, no Brasil, esteja adequada à constituição.

Com a chegada da COVID-19, o preso que cumpre pena no sistema carcerário acaba por estar ainda mais exposto à pandemia, por conta do ambiente insalubre e de superlotação ao qual estão sujeitos, havendo inclusive o dobro da taxa de contaminação dentro do presídio do que fora deles, conforme dados que ao longo deste trabalho foram expostos.

Desta feita, fez-se necessário encontrar solução para o problema da pandemia no cárcere, o que foi analisado no presente trabalho, ao qual verificou-se a possibilidade da substituição da pena cumprida no sistema carcerário para o regime domiciliar, como forma de proteção à integridade física dos apenados.

No primeiro capítulo, busca-se trazer o marco teórico do presente trabalho, além do princípio da integridade física dos apenados, remontando às suas origens e pontos mais importantes, sem olvidar o entendimento atual do Brasil acerca do tema, inserido na Constituição Federal.

No segundo capítulo foi trazido o Coronavírus. Em primeiro plano o conceito de pandemia utilizado no presente trabalho, além de exemplos claros de pandemias pelos séculos da humanidade, traçando pontos semelhantes entre as mesmas. Ao final do capítulo, relatou-se como o coronavírus afeta o sistema prisional brasileiro, trazendo dados atualizados da pandemia dentro do cárcere.

No último capítulo há um maior enfoque no tema do presente trabalho, trazendo –se a hipótese de substituição por meio de jurisprudência selecionada dos tribunais

de justiça do Brasil, bem como detalhando-se, na prática, quais condições são impostas aos apenados para que a substituição ocorra, além de restrições em determinados casos, buscando pontos semelhantes para traçar um norte que possibilitasse o entendimento de como funciona essa prática atualmente.

2. O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE FÍSICA

Deve-se fixar o marco teórico em um plano primordial anterior ao início propriamente dito do trabalho. Para esta definição, deve-se responder para que serve o Sistema da Justiça Criminal, e qual o seu objetivo.

Luigi Ferrajoli, em seu livro *Direito e Razão*, teoria do Garantismo Penal, preceitua a necessidade da existência do poder punitivo estatal como preventivo da utilização do poder de punir dentro da esfera privada, como o uso arbitrário das próprias razões, sendo necessária a utilização do Direito Penal tanto para a prevenção dos delitos quanto das reações ao delito. Ao se ver:

Se, no que tange às duas alternativas abolicionistas representadas pelos sistemas disciplinares, as formas jurídicas da proibição e da pena se justificam enquanto técnicas de controle que exponenciam a liberdade de todos, no que concerne às duas alternativas representadas pelos sistemas selvagens as mesmas se justificam enquanto técnicas que, compativelmente com a liberdade, exponenciam a segurança geral, inclusive aquela dos réus. O duplo objetivo do direito penal, já dissemos, é a prevenção quer dos delitos, quer das reações informais a ele. Este segundo objetivo, por sua vez, se articula em duas finalidades, quais sejam a prevenção geral da vingança privada, individual e coletiva, tal como expressa na vingança de sangue, no exercício das próprias razões, no linchamento, na represália e outros similares, e a prevenção geral da vingança pública, que, na ausência do direito penal, seria atuada por poderes soberanos de tipo absoluto e despótico, não regulados nem limitados por normas e garantias. Destes dois sistemas punitivos, que chamei de "selvagens", o primeiro pertence a uma fase primordial da nossa história, mesmo considerando que não devemos negligenciar a sua ressurreição em fenômenos modernos, tais como as polícias privadas, as esquadras de vigilantes, as justiças penais domésticas e, de uma forma geral, as relativas anarquia e autonomia punitiva presentes nas faixas sociais marginalizadas e periféricas, inclusive dos países evoluídos. O segundo, embora também corresponda a ordenamentos arcaicos de tipo pré-penal, é virtualmente imanente em todos os momentos de crise do direito penal, que a este regride sempre que se afrouxam os vínculos garantistas do poder punitivo e se alargam os seus espaços de arbítrio.¹

Desta forma, há a necessidade da existência do Direito Penal, não somente para a prevenção dos delitos, mas para impedir o acontecimento de retaliações fora do âmbito jurídico, sem qualquer limitação ou regulação por normas ou garantias.

Deve-se agora buscar compreender o segundo importante ponto do entendimento teórico ao qual este trabalho se baseia, que é de que modo o Estado, por meio do Direito Penal, deve agir, com a finalidade de garantir o respeito aos

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

direitos dos apenados. Ferrajoli preceitua o conceito do Garantismo Penal. Segundo o autor:

Garantismo, com efeito, significa [...] precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja a satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal²

Entende-se ser necessário o Direito Penal para a regulação das condutas tipificadas em sociedade, de maneira que a legitimação para a existência deste é a proteção dos valores ou direitos fundamentais lesados. Inclusive, leciona Ferrajoli que a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedade das proibições e das punições é uma defesa do Direito Penal. Para além disso, o mesmo deve garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, sob o risco de ser deslegitimado.

2.1 - ARCABOUÇO HISTÓRICO

Antes de trazer o arcabouço histórico, que de fato inicia o princípio da integridade física, tal como se conhece nos dias atuais, deve-se lembrar, sobretudo, que tal princípio nasce do desenvolvimento do próprio direito da dignidade da pessoa humana, que tem por origem os direitos humanos em primeira escala, conforme se verá pela evolução histórica dos Direitos Humanos trazida neste capítulo. Desta forma, e em estando o princípio da integridade física enraizado de maneira visceral no aludido grupo de direitos, faz-se necessário trazer, assim, a origem dessa raiz.

Acerca do princípio da integridade física, utiliza-se do conceito de Ingo Wolfgang Sarlet, que demonstra ser este um princípio decorrente da dignidade da pessoa humana, além de que, da integridade física decorrem ainda vedações e proteções consolidadas pela legislação brasileira, como se vê:

Assim, por exemplo, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física do indivíduo, do que decorrem a proibição da pena de morte, da tortura,

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

das penas de cunho corporal, utilização da pessoa humana para experiências científicas, estabelecimento de normas para os transplantes de órgãos, etc.³

Pelo que se entende a manutenção de condições insalubres e que atentam contra a vida dos apenados em cárcere como uma afronta ao princípio da integridade física e dos direitos que deste decorrem.

O princípio da integridade física se baseia na premissa da conservação do corpo e da saúde do ser humano. Significa dizer que a lesão à estes são condutas contrárias a este princípio, sendo, inclusive, condutas tipificadas no código penal, como por exemplo, a lesão corporal.

Deve-se levar em consideração especialmente a possibilidade de lesividade direta, quando esta atinge a esfera do corpo e da saúde de um ser humano, e a indireta, através de comportamentos que atingem a saúde e o bem-estar coletivo, conforme relata Tavares de Freitas.⁴

Nota-se que o princípio da proteção ou integridade física fora inicialmente pensado em um contexto de lesões corporais físicas, quando se percebe a violência presente no trecho retirado do Digesto mais à frente, ou ainda as leis Draconianas, que permitiam apenas ao estado punir fisicamente os cidadãos, também mais à frente melhor explicado.

No entanto, com o avanço do pensamento iluminista, o princípio expandiu-se para outros contextos de direitos individuais e sociais, como o próprio direito à segurança, à qualidade de vida e à saúde. Segundo Bobbio⁵, inclusive, tal marco partiu da revolução francesa:

O Direito à Integridade Física consiste na incolumidade física da pessoa e da sua saúde; visa assegurar ao Ser Humano a proteção contra ofensas ao seu corpo e a sua saúde, de forma a impedir que a pessoa, como unidade biológica, e suas diversas funções sofram interferências prejudiciais de terceiros(...).⁶

³ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões Da Dignidade Da Pessoa Humana: Construindo Uma Compreensão Jurídico-constitucional Necessária E Possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, 2007

⁴ FREITAS, André Guilherme Tavares de. O Direito à Integridade Física e sua Proteção Penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 59, 2016.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁶ FREITAS, André Guilherme Tavares de. O Direito à Integridade Física e sua Proteção Penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 59, 2016.

O princípio da integridade física, na esfera penal, possuía cunho objetivo-corporal, no sentido de não abranger a esfera psíquica de maneira direta, mas tão somente quando estas tinham consequências também nas esferas comuns, havendo, por essa razão, a distinção dos crimes contra a honra e dos crimes contra a integridade física ou corporal, tipificados em capítulos diferentes.

No entanto, considerando-se a recente alteração do código penal, de 31 de março do presente ano, com a redação trazida pelo Art. 147-A, percebe-se que, de uma conduta apenas, pode-se sofrer abalos tanto na esfera psíquica quanto na esfera corporal, de modo que, em que pese distintos, não é raro perceber danos causados à psique humana e ao corpo do indivíduo de maneira simultânea.

O fato de o titular do direito à integridade física ter direito sobre o próprio corpo não o possibilita de exercer este direito de maneira completamente deliberada, vez que se trata de um dos direitos indisponíveis da personalidade. Tais direitos são tão inerentes à vida humana quanto a própria vida, de maneira que quando se dispõe de tal direito, em verdade se dispõe da própria dignidade, situação que fere o direito da dignidade da pessoa humana.

Por esta razão, o direito à integridade física é indisponível, exceto em situações teóricas do direito penal em que há a presença da excludente de tipicidade conglobante, como por exemplo, a tatuagem, sendo esta uma conduta penalmente irrelevante e, portanto, imprópria de persecução penal para o Estado.⁷

Ressalta-se, para tanto, que o Direito à integridade física faz parte de um grupo seletivo de direitos tutelados pelo Direito Internacional quando da promulgação da Carta das Nações Unidas pela Convenção de Viena, datada de 1986, em seu Art. 53:

Art. 53: Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que

⁷ TAVARES, Nathália Escansetti. **A tipicidade penal moderna**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.⁸

A estes direitos, dá-se a classificação de *jus cogens*. São as normas que impõem aos Estados obrigações objetivas, que prevalecem sobre quaisquer outras. Sendo assim, o direito à integridade física faz parte de um conjunto de normas reconhecidas do direito internacional que não é passível de qualquer derrogação, tendo como única possibilidade de modificação quando por uma norma da mesma natureza.

Sendo, portanto, o direito à integridade física intimamente ligado ao próprio direito à dignidade da pessoa humana, compartilhando da esfera dos direitos humanos no campo internacional do *jus cogens*, ou seja, as normas reconhecidas e tuteladas pelo Direito Internacional que não são passíveis de qualquer derrogação, deve-se levar em consideração a necessidade da observância e do respeito a este direito não apenas como um texto legal nacional, mas em verdade uma norma de origens internacionais com força impositiva de prerrogativa indisponível.

Desta forma, e entendendo a origem do direito à integridade física com a criação dos direitos humanos e enraizada no princípio da dignidade da pessoa humana, passa-se a relatar acerca dos mais importantes marcos históricos e teóricos desta tutela.

2.1.1 – Marcos históricos de maior relevância

No Egito antigo, “O Livro dos Mortos⁹” com data provável de sua redação a partir do III milênio A.C., tratava não de leis, mas de espécies de regras morais que possibilitariam a vida eterna, como ser justo com os menos favorecidos. O livro é uma narrativa, a partir da qual se percebe um rico nobre buscando assegurar a vida eterna.

Embora muito prematura, a ideia de tratar os outros com igualdade e respeito é basilar e fundamental para os direitos fundamentais e da personalidade característico dos direitos humanos.

⁸ **DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acesso em 17 de set de 2021.

⁹ BUDGE, E. A. W. **The Egyptian Book of the Dead.** London: Penguin Classics, 2008. Tradução do autor.

No período clássico da Grécia, houve a criação de dois grandes códigos. O de Drácon, datado de aproximadamente 620 A.C., e o de Sólon, datado de cerca de 590 A.C. As leis draconianas, que em que pese permitirem uma punição capital para quase todas as condutas àquela época tipificadas, trouxeram um avanço no sentido de permitir somente ao estado o direito e dever de punir.¹⁰

Em Roma, com o *Corpus Juris Civilis*, tem-se a criação de uma legislação que permitiu o embasamento de grande parte da legislação ocidental tal como hoje se conhece. No Digesto, 4.2.13, tem-se a seguinte redação, em tradução para o português:

César disse: “julgas que há violência somente se os homens são feridos? Há violência também toda vez que alguém exige aquilo que reputa dever-se a si não por meio de um juiz. Portanto, se me for provado que alguém possui sem razão alguma coisa do devedor ou dinheiro devido não dado espontaneamente por ele sem o intermédio de um juiz, tendo afirmado o direito para si sobre a coisa: não terá direito ao crédito”.¹¹

Em que pese haver a menção ao fato obrigacional, constitui um marco histórico pela imposição da norma a todas às pessoas, identificando institutos como a violência física (somente se os homens são feridos) e a patrimonial (por meio do dolo em obrigações contratuais). Desta forma, ainda que não haja a dignidade da pessoa humana em si, estes institutos são basilares para as posteriores fundações dos direitos humanos.

A doutrina cristã presente na bíblia no livro do Gênesis ensina que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus e que, por tal motivo, seria soberano no Universo.

Aí ele disse: - Agora vamos fazer os seres humanos, que serão como nós, que se parecerão conosco. Eles terão poder sobre os peixes, sobre as aves, sobre os animais domésticos e selvagens e sobre os animais que se arrastam pelo chão. Assim Deus criou os seres humanos; ele os criou ele os criou parecido com Deus.¹²

Desta forma, todos os seres humanos, em tese, seriam soberanos em igual forma, bem como semelhantes em todos os aspectos, não havendo, portanto, sobreposição de seres humanos, devendo todos serem tratados à mesma maneira,

¹⁰MARTINS, Pedro Ribeiro. **A Constituição dos Atenienses**. Coimbra: Coimbra University Press, 2011.

¹¹ COELHO, Fernando. **Uma tradução do livro IV do Digesto hermeneuticamente fundamentada**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Comunicação e Expressão, Programa de Pós-Graduação em Estudos de Tradução, Florianópolis, 2018.

¹² Bíblia Sagrada. São Paulo: Paulinas Editora. 2011. Gênesis 1, vers. 26 – 27. Pág. 4.

ou da forma que melhor lhes solucione em conflito. Em suma, dar a cada um aquilo que lhe pertence.

Acerca de tal condicionamento, inclusive, São Tomás de Aquino, um dos maiores filósofos da idade média e da doutrina cristã, na sua obra *Suma Teológica*, responde à questão da seguinte forma:

Como já dissemos a matéria da justiça é a ação exterior, enquanto que esta ação mesma ou a coisa sobre que ela se exerce tem relação com outra pessoa, relação que deve ser regulada pela justiça. Ora, chama-se nosso o que nos é devido por uma igualdade proporcional. Por onde, o ato próprio da justiça não consiste senão em dar a cada um o que lhe pertence.¹³

Desta forma, é notório o entendimento do filósofo de que a justiça seria uma vontade perene de dar a cada um aquilo o que é seu, em uma razão geométrica. Desta forma, a sanção não poderia ultrapassar o montante daquilo que seria devido por lei. Para além deste entendimento, ainda aponta São Tomás de Aquino certas virtudes que seriam próprias da justiça, como a misericórdia:

A justiça, enquanto virtude cardeal estão anexas certas virtudes secundárias, como a misericórdia, a liberalidade e outras semelhantes, conforme a seguir se verá. Por onde, socorrer aos miseráveis, que é próprio da misericórdia ou da piedade; e fazer bem liberalmente, o que é próprio à liberalidade, atribuem-se, por uma certa redução, à justiça, como à virtude principal.¹⁴

Com estes dizeres, São Tomás de Aquino traria, em meados do século XIII, o início daquilo que se reconheceria como princípio da dignidade da pessoa humana posteriormente, bem como o princípio da integridade física contido neste pensamento.

O princípio da integridade física no direito como atualmente se conhece provém de ideais iluministas difundidos na luta contra o Absolutismo, segundo Bobbio¹⁵, entre os séculos XVII e XVIII. Surgiu da necessidade de se preservar direitos humanos, dando a eles caracteres de inalienabilidade e imprescritibilidade.

O iluminismo e, em primeiro plano a sua concentração política, surge na sucessão histórica com a necessidade da defesa de direitos que seriam necessários para, minimamente, a existência do ser humano. Tais direitos originam um grupo de liberdades individuais, que respeitam, deste modo, o limite do agir contra o ser humano.

¹³ AQUINO, São Tomás de. *Summa Theologiae, Secunda Secundae Partis*, q. LVIII, art. XI. Tradução por Mário Ferreira dos Santos.

¹⁴ AQUINO, São Tomás de. *Summa Theologiae, Secunda Secundae Partis*, q. LVIII, art. XI. Tradução por Mário Ferreira dos Santos.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

A partir de tal entendimento, tem-se a necessidade não apenas de possibilitar que o indivíduo tenha garantia dos seus direitos, mas verdadeiramente compreendê-los em suas formas mais profundas, para que os exerça de maneira livre e consciente. O iluminismo, portanto, carrega, dentro da democracia, não apenas o direito à liberdade, mas também a necessidade do ser humano de compreender as teses enfrentadas nos debates democráticos.

Daí se percebe que a liberdade material, na concepção iluminista, compreende espectro formidavelmente amplo de garantias, desde o direito a condições de integridade orgânica do indivíduo (alimentação e saúde, por exemplo) até o direito a participar ativamente da escolha de seu destino e da sociedade que integra.¹⁶

Quando se trata deste período humanista da sociedade, trazido à tona pela revolução francesa, destaca-se a forma que tomou os direitos humanos e o princípio da integridade, sendo estes bastante abrangentes, englobando as liberdades individuais e a própria saúde humana. Ao se relatar os direitos humanos de maneira intrínseca, a integridade física fazia parte da mais vasta gama das benesses humanitárias difundidas por meio da luta contra o absolutismo e a revolução política na Europa.

Immanuel Kant, no século XVIII, traria por sua vez a ideia do homem como fim em si mesmo, deixando de lado a coisificação do ser humano, sendo ele um sujeito de vontades próprias, e não mera ferramenta do cumprimento de vontades alheias. Aduz o filósofo:

Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim.¹⁷

Desta forma, e com a junção da ideia do homem como um fim em si mesmo, e da necessidade do entendimento da vontade humana, surge a própria dignidade como sendo um princípio comum, e não individual, que deve ser observado e respeitado por todos os seres humanos em suas ações, em sendo o indivíduo ele mesmo o fim em suas ações e, simultaneamente, fim nas ações dos outros seres humanos.

¹⁶ PEREIRA SANTOS, Alexandre. Magno Borges. **Iluminismo político: a libertação do homem pelo Direito**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/23331/iluminismo-politico-a-libertacao-do-homem-pelo-direito> Acesso em 31 de ago de 2021.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. Tradução de Paulo Quintela.

Com este pensamento acima citado, Immanuel Kant traria, em “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, na sua ideia da separação da coisificação do homem, um pensamento de ideal coletivo que coaduna justamente com a teoria da vontade. Por esta teoria, a vontade só é autônoma se ela, simultaneamente, pode ser universalizada e, assim, legisladora, e obedecer à lei universal, que foi criada por esta mesma vontade.

Consequentemente, em sendo o homem um ser racional, dotado de vontade autônoma e simultaneamente um fim em si mesmo, é o mesmo dotado da necessidade de reconhecimento da dignidade não apenas em si, como também nos outros seres humanos, posto que a vontade dos outros tem, como finalidade, o próprio ser. Não sendo o homem mera ferramenta para a finalidade alheia, mas tendo em verdade autonomia sobre a própria vontade, é este dotado de dignidade.

Portanto, Immanuel Kant traz uma ruptura no conceito da dignidade da pessoa humana, no qual está inserido o princípio da integridade física, baseando a sua teoria tão somente na razão, diferentemente das experiências trazidas anteriormente, pelos conceitos de igualdade.

A Inglaterra, por sua vez, no século XIX, uma das pioneiras na consagração de direitos contra o absolutismo por meio da magna carta, foi uma das pioneiras também na criação do princípio da integridade física daqueles perseguidos pela polícia.

Em 1829, Sir Robert Peel, quando criou os chamados *Policing Principles*, no momento em que fundou a Força de Polícia Metropolitana de Londres, determinou em um de seus nove aclamados princípios, o seguinte trecho:

V) O uso da força pela polícia é necessário para manutenção da segurança, devendo agir em obediência à lei, para restauração da ordem, e só usá-la quando a persuasão, conselho e advertência forem insuficientes.¹⁸

Desta forma, quando da própria criação da polícia londrina, percebeu-se uma ativa força contrária à brutalidade e uso irrestrito da força, concedendo, ao mínimo, o direito à persuasão, conselho e advertência anteriores ao uso da força física. Trata-se de um procedimento a ser utilizado visando proteger a saúde, o corpo e a vida daqueles que serão inquiridos pela polícia londrina. Este é um marco histórico pela proibição veemente da brutalidade em uma relação de poder de polícia.

¹⁸ MATRAK FILHO, Riskala. A doutrina de polícia repressiva e a sua aplicação na filosofia de polícia comunitária. **Revista Ordem Pública**, v. 3, n. 1, 2010.

Em outubro de 1945, após o final da segunda guerra mundial, e por conta do temor criado pela mesma, bem como pelo cerceamento das garantias individuais por toda a Europa, foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), com o propósito de promover uma cooperação internacional visando a promoção de melhores condições de vida ao redor do globo.

Após a fundação, foi elaborada a Carta das Nações Unidas, prevendo, de maneira consequente, a proteção aos direitos humanos. No entanto, não havia ainda um documento que tivesse o caráter legislativo, que buscasse não apenas a proteção, mas a garantia destes direitos. Em 1948, foi escrita a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os ideais iluministas influenciaram sobretudo a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo I defende a igualdade, liberdade e fraternidade. O aludido artigo:

Art. 1 Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.¹⁹

Faz-se necessário entender o contexto da origem desta declaração. Criada no contexto do final da segunda guerra mundial, a própria declaração buscava, de maneira universal e criando não apenas uma sugestão, mas sendo uma legislação viva, diminuir a ideia de sobreposição de raças difundida pelo arianismo presente no nazismo alemão. A integridade física está consolidada ao longo da declaração e, com maior expressão, em seu quinto artigo. Acerca da expansão para além das fronteiras da França, Mondaini traz a seguinte reflexão:

O primeiro ciclo de afirmação dos direitos humanos na história mundial tem na Revolução Francesa de 1789 um marco divisor inquestionável. Em primeiro lugar, porque, diferentemente da Revolução Inglesa e da Independência dos Estados Unidos da América, ela possui um caráter decididamente universal, tendo direcionado a expansão dos seus ideais revolucionários para além dos limites das fronteiras do Estado francês²⁰

Ao buscar expandir os ideais para além das próprias fronteiras, a Revolução Francesa acaba por se tornar um marco para a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948, por romper a barreira das garantias apenas em

¹⁹ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> . Acesso em 31 de ago de 2021.

²⁰ MONDAINI, Marco. **Direitos Humanos**. São Paulo: Contexto, 2006. P. 63.

caráter nacional, demonstrando a necessidade de uma unificação de entendimento universal em prol do reconhecimento dos direitos humanos. Trata-se de um esforço coletivo buscando a tratativa destes direitos. É o reconhecimento de que todos os indivíduos possuem direitos e garantias que devem ser respeitadas por todas as nações.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, entende-se que o fundamento destes direitos repousa justamente no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e no respeito à integridade da mesma. Conforme a Declaração:

Art. 3 Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. 4 Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Art. 5 Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.²¹

Percebe-se, pela presente declaração, não uma proteção específica à integridade física dos apenados, mas em verdade uma contida na própria vedação à tortura e ao tratamento cruel, desumano ou degradante. Um importante passo, portanto, para a consolidação dos direitos humanos em uma escala global, necessária no contexto pós-guerra.

Ao utilizar como sujeito o pronome indefinido “ninguém”, a Declaração Universal de Direitos Humanos ressalta que nem mesmo as pessoas sujeitas à perda de liberdade podem ser tratadas de maneira a sofrerem castigo cruel, ou ações degradantes e desumanas. Em que pese não haver expressa referência ao princípio da integridade física, o aludido artigo defende o direito de não sofrer condições que implicam a violação a este princípio.

Esta declaração, com os ideais de ser humano livre, com a necessidade de um cenário que possibilite o exercício de seus direitos, influenciou o Pacto de San José, que criou um sistema destinado a avaliar casos de violação dos direitos humanos nos países signatários.

A convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, em 1969, trouxe de maneira expressa em seu Art. 5º, o Direito à integridade física e moral, bem como a vedação à tortura:

²¹ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> . Acesso em 31 de ago de 2021.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.²²

Percebe-se, portanto, que a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos versou, dentre outros direitos fundamentais, acerca do próprio princípio da integridade física dos apenados, vedando, inclusive, a tortura e a reunião de processados e condenados, bem como estabelecendo como objetivo principal a reforma e a readaptação social dos condenados.

É a expressão literal do direito à proteção da própria integridade no contexto do cárcere, que já restava presente anteriormente, ainda que implícito, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, necessitando, contudo, de uma norma internacional que trouxesse à tona uma proteção especial para os cidadãos em estado de cárcere.

O teor desta convenção perpassa pelos direitos do homem como anteriores à sua própria nacionalidade. Desta forma, para além dos direitos e garantias previstos em cada país, faz-se necessário garantir a aplicabilidade destes fundamentos para haver uma realidade mais pacífica ao longo do território americano. No entanto, há de se ressaltar que a Convenção Americana de Direitos Humanos em nenhum momento deve ferir o disposto na legislação dos países signatários. O preâmbulo:

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;²³

²² **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS** (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de nov de 1969). Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em 31 de ago de 2021.

²³ **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 02 de set de 2021.

Pelo que se entende a possibilidade da utilização da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de maneira convencional, coadjuvante ou complementar. Desta forma, não há a sobreposição da convenção, mas a verdadeira tentativa de harmonização e diálogo entre as nações signatárias de maneira comum.

Percebe-se, assim, um grande avanço deste princípio em uma escala internacional a partir da promulgação de um tratado americano estabelecendo tais condições de processamento e execução de penas, bem como a proteção em caráter literal da integridade física do ser humano.

No Brasil, a Constituição de 1967, constituída durante o período militar, trouxe, em seu Art. 150, §14, a imposição às autoridades do respeito à integridade física dos presos provisórios ou condenados.

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 14 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

No entanto, em que pese tal previsão constitucional, a realidade mostrou-se diferente, com a supressão de direitos e garantias individuais, em especial a integridade física dos detentos e presidiários, com 377 pessoas reconhecidas como responsáveis direta ou indiretamente pelos crimes de tortura e assassinato no período da ditadura militar, conforme Relatório Final da Comissão da Verdade²⁴, elaborado em 2014. Desta forma, acontece exatamente o oposto ao quanto projetado na Constituição à época, com a supressão de diversos direitos sociais, coletivos e individuais, em especial o princípio da integridade física.

Ainda em tempo, faz-se necessário esclarecer esta contrariedade. A Constituição de 1967 previu, de maneira inicial, a integridade física daqueles que se encontram no cárcere. No entanto, a regulamentação do modo como deveria ocorrer a execução da pena só aconteceu em 1984, com o advento da Lei de Execução Penal.

Desta forma, em que pese haja a previsão constitucional em período militar, esta não encontrou eficácia quando da sua criação, mas tão somente no final do regime.

²⁴ Brasil. **Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade.** – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. 976 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1) Disponível em http://www.memoriasreveladas.gov.br/administrador/components/com_simplefilemanager/uploads/CNV/relat%C3%B3rio%20cnv%20volume_1_digital.pdf Acesso em 03 de set de 2021.

Conclui-se, portanto, que embora previsto, o direito à integridade física dos apenados durante a ditadura, esta norma não foi vigente à época.

2.2 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ENTENDIMENTO ATUAL BRASILEIRO

Após o período do regime militar, foi necessária a criação de uma Constituição que garantisse direitos outrora suprimidos, promulgando-se a Constituição Federal de 1988, trazendo em seu Art. 5º, inciso XLIX a proteção à integridade física dos apenados, já com a regulamentação anterior da Lei de Execução Penal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

O modo como é redigido o princípio da integridade física abarca nitidamente o conceito da lesão ao corpo e da lesão moral aos apenados. Faz-se necessário tal entendimento para considerar que as violações suportadas pelos cidadãos presos muitas vezes abarcam tanto a esfera física quanto a esfera psíquica. O presente estudo, no entanto, terá como objeto as violações ao corpo, porquanto trará a perspectiva da doença causada pelos vírus da família *coronaviridae* no ambiente carcerário, lesiva à integridade física do apenado.

Contudo, ainda que se foque o estudo nesta perspectiva, é imperioso ressaltar tais violações, posto que ambas, moral e física, fazem parte da realidade carcerária, que se faz mister trazer para ambientar o estudo no plano da realidade.

Importa entender, de maneira primária, que no Brasil o cárcere possui um histórico de segregação e de violência, sendo comum, em que pese inconstitucional, a violação do cidadão preso. Acerca deste histórico de violência, Daniel Fonseca Fernandes:

O giro ao punitivismo, verificado no país a partir da retomada democrática, em 1988, não representa propriamente uma novidade em matéria de racionalidade punitiva, devendo ser visto muito mais a partir de uma noção de continuidade do que inovação em matéria de política criminal. O controle social através do sistema penal, no Brasil, sempre se deu de maneira violenta e segregadora. As heranças vivas do sistema colonial e escravista se fazem sentir nas práticas penais desde a colonização, imprimindo como princípios norteadores destes sistemas a disponibilidade e violação dos corpos, os ideais de superioridade racial e a necessidade de impor um determinado modelo de desenvolvimento. Deste modo, desde a constituição do Brasil

enquanto nação, o sistema penal tem a marca da exclusão violenta e do controle conformador.²⁵

Deste modo, deve-se compreender que, ainda que haja qualquer previsão na Constituição Federal acerca do princípio da integridade física dos apenados, há no plano da realidade todo um histórico de violência e segregação que dificulta a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos presos.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a constituição cidadã, traz em seu Art. 5º, XLIX a afirmação de que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, demonstrando a culminação das ideias humanistas de inalienabilidade e imprescritibilidade dos direitos humanos, trazendo tal princípio como pilar de garantia destes direitos.

Importa entender que o Estado é o responsável pela integridade física dos apenados, é o seu garantidor, na pessoa dos juízes, policiais, delegados, servidores, dos diretores e dos defensores públicos. Desta forma, deve-se entender que o caráter que a pena possui provém, essencialmente, do que o Estado oferta como métodos punitivos. Se o Brasil possui como perda máxima o direito de locomoção, a integridade física não deveria, portanto, ser violada pelo sistema.

O Art. 59 do Código Penal traz em seu *caput* um roteiro, por qual o juiz deverá buscar a fixação da primeira fase da pena em um patamar que possibilite a prevenção e a reprovação, ao analisar as circunstâncias judiciais, como os antecedentes e a personalidade do agente, vedado o *bis in idem*. No entanto, o Código Penal não é o único texto legislativo a versar sobre a finalidade da pena.

De acordo com a redação da lei de Execução Penal, a pena possui um caráter de ressocialização, de reintegração do apenado à vida em sociedade. Para tanto, é necessário que os seus direitos sejam garantidos. Desta forma, a principal função do inciso XLIX do Art. 5º da Constituição Federal é de reafirmar tais garantias e direitos individuais e coletivos, preservando, acima de tudo, a identidade do apenado como ser humano.

Não obstante, o Art. 38 do Código Penal assegura ao preso a conservação de todos os direitos não atingidos pela privação da liberdade, impondo-se a todas as

²⁵ FERNANDES, D. F. O grande encarceramento brasileiro: política criminal e prisão no século XXI. **Revista do CEPEJ**, n. 18, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20184>. Acesso em: 11 set. 2021.

autoridades o respeito à sua integridade física e moral. Inclusive, é dever do Estado a garantia a estes direitos. Julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

2. A responsabilidade civil do ente distrital, na hipótese de dano causado dentro de estabelecimento prisional, por força da teoria do risco administrativo, deve ser aferida objetivamente, segundo os ditames do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. 3. O ente público somente se exime da responsabilidade que lhe é atribuída acaso comprove, por meio de provas contundentes, a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou, ainda, de caso fortuito ou de força maior. 4. Verifica-se que o Distrito Federal, detentor da custódia do falecido, não cumpriu adequadamente o dever que lhe competia, qual seja, o de zelar pela integridade física da vítima, nos termos do art. 5º, XLIX da CF. Tal premissa aparece cristalina, ante os documentos acostados aos autos, uma vez que o detento apresentava sérios problemas de saúde, o que requeria tratamento diferenciado pelos agentes penitenciários ao revistarem a sua cela. (...) 6. Houve lesão grave a bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos de personalidade, pois é indiscutível o sofrimento causado aos autores pela morte do pai recluso em estabelecimento prisional, dando ensejo à indenização por dano moral, uma vez que rompeu a fronteira do tolerável para alcançar a dignidade dos autores, conforme estabelece o art. 1º da Constituição Federal.

Acórdão 1113933, 20140110569665APC, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 01/08/2018, Publicado no DJE: 08/08/2018 ²⁶.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84) possui ao longo do seu corpo inúmeras referências ao caráter ressocializante da pena, bem como a vedação a práticas que de alguma forma maculem os direitos dos apenados. Em sendo uma lei híbrida, porquanto possui características de direito processual e de direito material, acaba por tratar tanto das relações jurídicas presentes nos estabelecimentos prisionais quanto dos exercícios da jurisdição quando da execução da pena.

É necessário entender este conceito para visualizar a importância de uma lei regulamentadora tanto da matéria quanto do processo na Execução da Pena, uma vez que não se faz suficiente apenas a garantia do direito do apenado, sendo necessário estabelecer garantias processuais práticas, aplicáveis ao cumprimento de pena. Segundo informado na Lei nº 7.210/84:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

²⁶ Acórdão 1113933 disponível em <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/direitos-assegurados-a-pessoa-presa-assistencias-familiar-material-a-saude-juridica-educacional-e-religiosa> Acesso em 10 de set de 2021.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

§ 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.

Pelo que se percebe, nem mesmo os condenados que cometam qualquer tipo de falta e necessitem passar pelas sanções disciplinares podem ter a própria integridade física maculada. Todas as autoridades devem respeitar a integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

2.2.1 – A Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário.

É necessário relatar o acontecido no ano de 2009, quando da publicação do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Segundo o relatório:

O Estado também não oferece aos presos artigos necessários à sua higiene pessoal, como sabonete, dentifrício, escova de dente e toalhas. Nesse caso, os detentos são obrigados a adquiri-los no próprio estabelecimento penal, nos locais destinados à sua venda, ou no mercado paralelo explorado clandestinamente na unidade prisional.

(...). Na cidade de Formosa, Estado de Goiás, na cela da Cadeia Pública local há 70 homens e apenas 1 banheiro. Na verdade, um buraco no chão, chamado de “banheiro”. Na hora do “aperto”, quando a privada está ocupada, o jeito é improvisar. Num cantinho da cela, há várias garrafas PET de 2 litros. É nelas que os detentos urinam, porque nem sempre dá para esperar que o banheiro seja desocupado.

Há ainda o banheiro “vitrine”, onde os presos são obrigados a fazer suas necessidades na frente de todos os companheiros e também à vista de quem estiver passando no corredor, pois, através das grades, podem ser observados urinando ou defecando.

É que a cela, de 5x5, abriga quase 70 homens. Dentro dela havia um banheiro e, para que coubessem mais homens (que dormem no chão), as paredes do banheiro foram derrubadas e a privada ficou no meio da cela, à mostra, obrigando os apenados a passar pelo vexame de ficarem como numa vitrine, enquanto usam o “banheiro”. Foi em Contagem, Minas Gerais, que se viu essa barbárie.

E o pior: depois de usar as privadas, os detentos não têm água para lavar as mãos, nem sequer para jogar água na privada, porque em muitos presídios só é permitido jogar água uma vez por dia, independentemente de quantas pessoas e de quantas vezes a privada foi usada.²⁷

²⁷ Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário.** – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384)

Pelo que se percebe, as condições que aos apenados eram impostas, durante a vigência da comissão, demonstravam um nítido desrespeito à própria condição de pessoa humana.

Desta forma, não se pode falar tão somente em previsão constitucional de determinado direito, uma vez que o mesmo não possui eficácia no plano real. Há uma nítida diferença entre a previsão e a garantia do direito à integridade física.

A realidade encontrada pela CPI é nitidamente contrária à previsão constitucional, bem como à previsão legal da Lei de Execução Penal. Não obstante, esta realidade fere, inclusive, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. A legislação internacional protege os direitos humanos, mas não há no plano da realidade um enfrentamento que estipule o combate às agressões percebidas.

Ao final do relatório, a CPI ressalta a necessidade de uma reforma nos estabelecimentos prisionais com a finalidade de possibilitar ao cárcere uma coerência com o previsto na Constituição, uma vez que muitos estabelecimentos prisionais não possuem estrutura para abrigar os apenados e, quando estes são abrigados de maneira coletiva, se torna ainda mais dificultoso garantir os direitos adequados.

Acerca do entendimento da CPI, destaque-se o entendimento do autor J.J. Canotilho, em um viés de conclusão acerca da Comissão Parlamentar de Inquérito:

A conclusão é que, apesar das previsões legais e constitucionais, o sistema carcerário nacional é, seguramente, um campo de torturas físicas e psicológicas. Do ponto de vista psicológico, basta referir as celas superlotadas; a falta de espaço físico, a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a existência de lixo, esgotos, ratos, baratas e porcos misturados com os encarcerados; presos doentes, sem atendimento médico, amontoados em celas imundas, e outras situações descritas nas diligências, fotografias e filmadas pela CPI.²⁸

Deve-se considerar, ainda, que o número de presos provisórios era o que mais crescia no Brasil, havendo um aumento de 5,5% entre 2010 e 2011, tendo havido tão somente um aumento de condenados de 3,7% no mesmo período, segundo dados do DEPEN.²⁹

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Comentários à constituição do brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁹ Pesquisa disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/populacao-carceraria-2011.pdf> Acesso em 30 de out de 2021.

2.2.2 – A Lei 12403/11 e o Juiz das Garantias.

Levando-se em consideração este cenário, houve a criação da Lei das Cautelares, de número 12.403/11, que teve por objetivo uma mudança sistemática na prática das prisões preventivas, por meio da aplicação de medidas cautelares diversas. Propagou-se a ideia de uma redução acerca da decretação de prisões preventivas, substituindo estas por cautelares aplicáveis em casos onde a perda antecipada da liberdade não se mostrasse adequada, nem necessária.

Em que pese a necessária redução da aplicação da perda de liberdade com o objetivo de desafogar o sistema carcerário, a Lei das Medidas Cautelares não surtiu o efeito esperado, porquanto de difícil aplicação ao se necessitar de observância a determinados parâmetros para a aplicação da privação de liberdade. Na prática, não há a estrita observância aos parâmetros legais, acontecendo uma nítida política de encarceramento em massa, dificultando ainda mais a garantia do princípio da integridade física dos apenados.

Acerca deste tema, o Instituto Baiano de Direito Processual Penal realizou uma pesquisa, constatando a estipulação errônea de medidas cautelares, dificultando ainda mais a ressocialização do indivíduo. Conforme se vê:

O resultado do estudo nas audiências de custódia realizadas em Salvador, aprofundando as observações já formuladas ao final da primeira fase na pesquisa, demonstrou que a realização do ato tem efetivamente reduzido o ingresso de pessoas no sistema carcerário, porquanto número de pessoas soltas foi maior do que o de pessoas mantidas encarceradas. Contudo, há que se destacar uma resistência dos magistrados em decretar a liberdade plena dos conduzidos, tendo em vista que, do total das 590 decisões analisadas, o maior resultado obtido foi o de liberdade com fixação de cautelares, totalizando o número de 286 decisões. Tal fato indica que houve um desvio de finalidade quanto ao escopo da Lei n. 12.403/2011, fazendo com que as medidas cautelares se tornassem, em verdade, alternativas à liberdade plena, e não à prisão provisória, como esperado.³⁰

Ainda em tempo, tentou-se com a implementação das audiências de custódia a garantia de uma observação pela autoridade judiciária acerca da necessidade, ou não, da aplicação da restrição de liberdade. Seu ingresso na lei pátria se deu a partir da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que teve início em 1º de fevereiro de 2016. O conceito de audiência de custódia:

³⁰ IBADPP. **O IBADPP divulga o resultado da pesquisa sobre as audiências de Custódia realizadas no estado.** Disponível em <http://www.ibadpp.com.br/o-ibadpp-divulga-o-resultado-da-pesquisa-sobre-as-audiencias-de-custodia-realizadas-no-estado/> Acesso em 05 de out de 2021.

(...) um instrumento de natureza pré-processual que pode ser definido como um ato destinado a concretizar o direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro, a depender da incidência, ou não, de foro por prerrogativa) com o objetivo de que sua prisão em flagrante seja analisada, quanto a sua legalidade e necessidade e seja cessada a constrição, se ilegal, ou mesmo ratificada e fortalecida através da decretação da prisão preventiva, ou, ainda, substituída por outra medida cautelar alternativa, se cabível. Nessa mesma ocasião ainda é possível exercer o controle judicial sobre prática nefasta e ainda vigente, consistente em submeter o custodiado a atos de maus tratos ou de tortura.³¹

Desta forma, em tese se trataria de uma ferramenta de observação processual que traria uma nítida solução ao encarceramento em massa, uma vez que proporcionaria a obrigatoriedade da apresentação do apenado a uma autoridade judiciária em um período não superior a 24h. Com este direito do apenado, obrigatoriamente haveria a constatação, pela autoridade judiciária, da necessidade ou não da manutenção do cárcere.

No entanto, em que pese as audiências de custódia constituírem importante freio à mitigação dos direitos dos apenados, faz-se necessário entender que a sua realização, por si só, não garante os direitos previstos, levando-se em consideração todas as informações já demonstradas de superlotações e ações contrárias ao ordenamento jurídico.

Existe, no cenário legislativo nacional, uma vasta política do encarceramento, onde se busca, pela prisão em massa, retirar o indivíduo da sociedade, sem levar em consideração, no entanto, que este indivíduo voltará ao convívio social após o cumprimento de sua pena.

Desta forma, a integridade física dos apenados não é respeitada, tendo como objetivo do cárcere atualmente a mera exclusão do indivíduo do âmbito social. Não há, no plano da realidade, uma preocupação para com a segurança pública, mas meramente a privação da liberdade em massa, sem efetiva ressocialização do apenado.

Em tempo, levando-se em consideração o cenário de constante ameaça à integridade física dos apenados, fora suspenso o quanto previsto do juiz das garantias no pacote anticrime de 2019, lei que previu uma gama de alterações no Direito Penal,

³¹ DE OLIVEIRA, Gisele Souza *et. al.* **Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Processual Penal e na Execução da pena. O juiz das garantias traria uma necessidade de diferenciação entre o juiz que acompanha o inquérito policial e o juiz responsável pelo processo de conhecimento. Esta necessidade foi alvo de uma decisão do Ministro Fux que entendeu pela sua suspensão, no julgamento da Medida Cautelar da ADI Nº 6299 Distrito Federal.

Com esta suspensão, fica suspenso também o Art. 28 do CPP, que possibilita novas figuras para o arquivamento do inquérito policial, bem como suspendeu-se a obrigatoriedade da apresentação do apenado em até 24h para a audiência de custódia, além de ter sido deixado claro, ao final da decisão do Ministro Fux, a suspensão da previsão de que o Juiz, ao inadmitir uma das provas, não mais poder julgar o processo. Reverberações dessas regras agora suspensas poderiam garantir determinados benefícios para os apenados.

2.2.3 – Do Estado de Coisas Inconstitucionais reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante frisar que houve o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347, que se deu entre agosto e setembro de 2015. Entendeu o Supremo Tribunal Federal da seguinte maneira:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juizes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(ADPF 347 MC, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

Não obstante o nítido desrespeito e contrariedade ao quanto promovido pela Constituição Federal em conjunto à Lei de Execução Penal, o relatório do INFOPEN em dezembro de 2016³² apontou diversos números que conferem à realidade um resquício cruel da política do encarceramento. Em relação a taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em dezembro de 2016, foi registrado uma taxa de 171% de ocupação, enquanto alguns estados, à exemplo de Pernambuco, registou uma ocupação de 399% do seu sistema carcerário. Acerca do tema, Juliana Borges:

O encarceramento em massa tem mudado a dinâmica de comunidades, de milhares de famílias, sem contar a ligação que existe entre esse aumento e a força, cada vez maior, das facções que, inclusive, surgem dentro dos presídios. Se em um primeiro momento como forma de garantir as mínimas condições de sobrevivência nos presídios, o que ainda é uma realidade, isso tem impacto direto no poderio crescente que tem dentro e fora desses equipamentos. Ao passo que dados demonstram as vulnerabilidades sociais das pessoas encarceradas, fica evidente que foram essas exposições e essas ausências que levaram essas pessoas a uma criminalização e uma punição, e não o contrário. Portanto, é de nossa responsabilidade pensar em alternativas, vislumbrar futuros harmônicos e de igualdade radical.³³

Deste modo, faz-se necessária a discussão das condições precárias carcerárias como facilitadoras da reincidência dos apenados, uma vez que dificultam o processo da reinserção benéfica do indivíduo na sociedade. Estas condições, com a pandemia pelo coronavírus, tornaram o ambiente carcerário ainda pior, uma vez que os apenados estão ainda mais expostos aos perigos da pandemia por conta superlotação e da inobservância dos direitos fundamentais e do princípio da integridade física.

Neste tipo de cenário, não é possível observar o direito às celas individuais, ou coletivas com um mínimo de espaço entre os apenados, bem como garantir os direitos do indivíduo como cidadão preso. O direito à integridade física é mitigado, porquanto inúmeros fatores contribuem para a sua não-ocorrência, como a facilitação da propagação de doenças em celas com nítidas aglomerações, bem como o agrupamento de pessoas que possam pertencer à facções diferentes em um mesmo compartimento, facilitação de violações sexuais, nítido desrespeito à privacidade com

³² **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** Atualização - Dezembro de 2016. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2016-rev-12072019-0802.pdf> Acesso em 08 de set de 2021.

³³BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

os banheiros sem paredes e o próprio desconforto entre os cidadãos presos em um mesmo local podem causar atritos que levem ao cerceamento da integridade física.

Segundo o levantamento citado, realizado em 2016, existiam, à época, 1.481 unidades ativas do Sistema Penitenciário no Brasil, com um total de 722.120 apenados, para um total de 446.874 vagas. Há um déficit, portanto, de 275.246 vagas, tendo aparecido déficits em todos os estados da federação.

O déficit, no entanto, voltou a crescer em 2019. Segundo o levantamento realizado com dados de dezembro do ano em comento, a população privada de liberdade era de cerca de 755.274 pessoas, para um total de vagas de 442.349. O déficit, portanto, é de 312.925 vagas.³⁴ Desta forma, é necessário perceber a nítida política do encarceramento que rege o sistema carcerário brasileiro, uma vez que em todos os estados da federação existem déficits de vagas, o que dificulta qualquer tentativa de garantia dos direitos do apenado.

O grande problema ao se deparar em uma situação de superpopulação carcerária é a dificuldade de trazer direitos necessários e básicos para aquela população. Não há possibilidade de respeito ao espaço individual, bem como a uma saudável socialização das áreas comuns das celas. Não há respeito aos bens e acessórios individuais de higiene, como a escova de dentes, sendo uma realidade completamente diferente do que se vê no previsto pela Constituição Federal. Pensando acerca deste cenário, buscou-se, em 2017, uma reformulação de determinados artigos, com a finalidade de garantir alguns direitos básicos dos apenados que não estavam sendo observados.

O Projeto de Lei nº 9.054, de 2017 trouxe, em seu bojo, uma alteração consubstancial ao buscar a inclusão de um artigo na Lei de Execução Penal, o Art. 126-A, que possui a seguinte redação:

Art. 126-A. O preso provisório ou condenado com bom comportamento carcerário e que cumpre a prisão cautelar ou a pena em situação degradante ou ofensiva à sua integridade física e moral tem direito a remir a pena à razão de 1 (um) dia de pena a cada 7 (sete) dias de encarceramento em condições degradantes.

§ 1º O juiz da execução decidirá sobre a remição de que trata este artigo após observado o procedimento previsto no Capítulo II do Título VII desta Lei.

³⁴ INFOPEN 2019, Painel interativo. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen> Acesso em 08 de set de 2021.

§ 2º A remição de que trata este artigo poderá ser cumulada com outras hipóteses de remição previstas em lei.³⁵

Esta tentativa de alteração busca trazer uma contrapartida à violação ao princípio da integridade, levando-se em consideração principalmente as atuais condições do cárcere no Brasil, e em principal aspecto, a superlotação do sistema prisional, que gera como consequência a dificuldade para garantia dos direitos do cidadão preso. O sistema de compensação estipulado permite a remição por condições degradantes no cárcere, bem como estimula a reforma destas condições por parte do Poder Público.

O que se percebe na prática nacional é o descumprimento das medidas impostas pela Constituição Federal, muito por conta da superpopulação carcerária do Brasil. Em junho de 2019, o Infopen³⁶ (DEPEN 2019) apontou uma população carcerária no Brasil de 758.676 pessoas, totalizando 0.36% da população nacional. Em dezembro do mesmo ano, conforme visto anteriormente, em que pese haver certa baixa no número de apenados, ainda há um déficit considerável no território nacional.

Ao promover-se dentro do Brasil o encarceramento sem quaisquer condições para a manutenção da pena em seus patamares ditados pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal, acontece o afastamento do objetivo principal da pena: O freio ao cometimento de delitos.

Este afastamento do objetivo não somente fere o apenado, mas, a longo prazo, se torna um problema para a própria sociedade, tendo o Brasil um número de reincidentes de quase metade dos seus apenados. Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019:

Verificou-se que, no mínimo, 42,5% das pessoas com processos registrados nos Tribunais de Justiça em 2015 de todo o Brasil reentraram no Poder Judiciário até dezembro de 2019. De fato, como o período de quatro anos para se observar a prática reiterada de atos criminais é relativamente curto, tendo em vista a morosidade que aflige o sistema de justiça criminal nacional, deve-se entender que o percentual alcançado é o mínimo, ou seja, possivelmente o valor seria mais alto, caso fosse ampliado o corte temporal analisado.³⁷

³⁵ Projeto de Lei nº 9.054/17. Disponível em [TEXTO FINAL APROVADO PELA COMISSÃO DE \(camara.leg.br\)](#) acesso em 03 de set de 2021.

³⁶ **Dados sobre população carcerária no Brasil são atualizados**, notícia veiculada no portal do governo nacional, disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>, acesso em 13 de jul. de 2020.

³⁷ **Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros/** Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019

Uma alta taxa de reincidência demonstra que a pena não atinge o seu principal objetivo, que é ser um freio à prática de novos delitos, não apenas pelo próprio medo ao cárcere, mas por novas oportunidades e correta ressocialização.

O apenado, ao ser obrigado a suportar todo o cenário inerente ao cárcere, bem como as outras adversidades criadas pelo descaso nacional com relação aos seus direitos, não possui qualquer condição de livrar-se do cometimento de novos delitos, deparando-se com a violência institucional a que está submetido. Bittencourt, acerca da função da pena:

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o direito penal de um Estado pluralista e democrático. A pena, sob esse sistema estatal, teria reconhecidas, como finalidades, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais não representaria a afirmação de um Direito social e democrático, mas exatamente a sua negação.³⁸

Pelo que se faz necessário entender os freios à onipotência jurídico-penal do Estado como defensores dos direitos fundamentais do cidadão preso. A realidade no Brasil, no entanto, demonstra um entendimento contrário ao quanto previsto como um direito fundamental.

Percebe-se que a pena de prisão no Brasil não é um instrumento idôneo na resolução de conflitos, nos moldes em que é praticada, uma vez que o poder punitivo é falho, de acordo com as altas taxas de reincidência. O direito à integridade física não é respeitado, considerando-se toda a violência a qual o apenado está sujeito no cárcere.

A privação de liberdade no Brasil, portanto, na forma em que é praticada, não cumpre com a função de ressocialização ao deixar de promover a garantia dos direitos básicos dos apenados, como a integridade física. Necessário se faz entender que esta violação acaba por gerar situações e quadros clínicos severos, como a própria tuberculose, doença infecciosa e transmissível que atinge principalmente os pulmões, e comum nos presídios brasileiros, e mais recentemente as infecções e mortes por Coronavírus, que entre servidores e presos, chegou a 563 óbitos, e 90.992 casos,

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

segundo o último boletim informativo do Conselho Nacional de Justiça, atualizado em 24 de agosto de 2021.³⁹

Os relatórios apontam que o apenado, no Brasil, não perde somente a liberdade, mas em verdade a sua própria dignidade é cerceada. As condições desumanas ao qual estão sujeitos os cidadãos presos acabam por ser uma verdadeira afronta aos direitos humanos e a tudo quanto já construído pelo direito internacional.

Desta forma, não por raras vezes o cidadão preso está sujeito a situações que extrapolam, em muito, a pena de liberdade a ele sentenciada. Um exemplo desta condição é justamente a sujeição ao cenário insalubre que possibilita a propagação de doenças em níveis muito elevados, como o desrespeito ao distanciamento social e a impossibilidade de acesso a medicamentos adequados e tratamentos médicos especializados. A pena de liberdade deve privar o sujeito tão somente à sua liberdade de locomoção, não aumentar os riscos à infecção de doenças transmissíveis, como a tuberculose ou a covid-19.

Deve ser esclarecido, ainda, um ponto crítico. O sistema prisional é importante para a sociedade, bem como a pena privativa de liberdade, acaso estes observem a Constituição Federal, a legislação específica, bem como os direitos dos apenados e servidores.

O objetivo principal da pena é a ressocialização do apenado, conforme previsto na Lei de Execução Penal. Este objetivo deve ser respeitado e alcançado por meio da oferta de oportunidades de mudanças da própria vida do cidadão preso, como qualificação profissional e educação básica. No entanto, é notório a contrariedade da realidade em contraste com o quanto definido e obrigado por lei.

Feita a ressalva da necessidade do sistema prisional e da pena privativa de liberdade nos moldes definidos por lei e que respeitem os direitos dos apenados, deve-se considerar que a situação dos apenados piorou bastante com a pandemia por coronavírus, devido à própria condição insalubre do cárcere, conforme se verá no tópico posterior.

³⁹ Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19 - Registro de casos e óbitos. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/monitoramento-casos-e-obitos-covid-19-2021-info-240821.pdf> Acesso em 11 de set de 2021.

Deste modo, a realidade cruel dos presídios se tornou ainda mais dura com a chegada da doença, ao serem os apenados enclausurados em uma cela sem a possibilidade de mudança de cenário, amedrontados com a possibilidade de contágio, de lesão à própria integridade física e, em caso mais grave, a possibilidade de morte por coronavírus.

3. A PANDEMIA POR CORONAVÍRUS

A origem do Coronavírus, que será mais discutida à frente neste tópico, é ainda desconhecida. No entanto, pesquisas recentes e abaixo descritas apontam causas com maiores probabilidades de surgimento da doença.

Existe uma chance muito maior de o coronavírus, na forma como se conhece atualmente, com possibilidade de transmissão entre os humanos, ter se dado por uma transmissão zoonótica, qual seja, pela manipulação ou ingestão de animal hospedeiro primário ou hospedeiro secundário desta família de vírus.

Como muitos dos primeiros casos de COVID-19 estavam ligados ao mercado Huanan em Wuhan, é possível que uma fonte animal estivesse presente neste local. Dada a semelhança do SARS-CoV-2 com os coronavírus semelhantes ao SARS-CoV dos morcegos, é provável que os morcegos sirvam como hospedeiros reservatórios para seu progenitor.

Pangolins malaios (*Manis javanica*) importados ilegalmente para a província de Guangdong contêm coronavírus semelhantes ao SARSCoV-2. alguns coronavírus de pangolin exibem forte semelhança com SARS-CoV-2 no RBD, incluindo todos os seis resíduos principais de RBD.⁴⁰

Pelo que se entende que a causa para o surgimento do coronavírus que possibilitou a pandemia é mais provável de ter se dado em face de uma manipulação errônea de carcaças de morcegos ou pangolins, ou ainda de sua ingestão, ou qualquer outra relação huamana-animal.

3.1 SAÚDE HUMANA E COLETIVA – COMO A COVID-19 A ATINGE

Em um primeiro ponto, deve-se levar em consideração o entendimento de determinados conceitos para o avanço do presente trabalho. A saúde coletiva, para o Direito do Brasil, é o oposto da saúde individual, sendo as mesmas, no entanto, complementares uma à outra. Para uma melhor demonstração, o Art. 6º, §2º da Lei 8080/90 deixa explícito tal entendimento:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou

⁴⁰ ANDERSEN, K. G. *et al.* The proximal origin of SARS-CoV-2. **Nature Medicine**, v. 26, n. 4, p. 450–452, 2020. Tradução do autor. <https://doi.org/10.1038/s41591-020-0820-9> Acesso em 05 de out de 2021.

coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.⁴¹

Pelo que há no Direito Brasileiro um entendimento de utilização do termo saúde coletiva e de saúde pública. No entanto, no campo da educação em saúde, se percebe diferença entre estes conceitos:

O campo da saúde pública se constituiu com a medicina moderna no final do século XVIII, como polícia médica e com a medicina social, marcando o investimento político da medicina e a dimensão social das enfermidades. A saúde pública foi uma das responsáveis pela construção de uma nova estrutura urbana pela produção de estratégias preventivas. Mas é inegável que seus diferentes discursos se fundam no naturalismo médico, que, invocando cientificidade, legitimou a crescente medicalização do espaço social. Combater as epidemias e as endemias, esquadrihando o espaço urbano com dispositivos sanitários, constituiu-se como estratégia dominante da saúde pública.

(...). Esta interpretação tem sérias consequências para o conceito de saúde e para a gestão política das práticas sanitárias, o que nos leva a sublinhar os pressupostos dessa troca de significantes: em lugar de público, temos o significativo coletivo. A troca destes significantes tem como desdobramento um deslocamento da problemática da saúde de seu antigo e exclusivo centro, o Estado, visto como espaço hegemônico para a regulação da vida e da morte na sociedade. Retira-se deste a condição de instância única na gestão do poder e dos valores, e se reconhece o poder instituinte da vida social, nos seus vários planos e instituições. É no descentramento do lugar do Estado e na relativização de seu poder que a problemática do reconhecimento das diferenças no registro epistemológico encontra historicamente seu polo fundador e suas condições de possibilidade. O limite imposto ao universalismo naturalista e a abertura do campo da saúde para outras leituras possíveis, centradas no reconhecimento das diferenças, é o efeito teórico primordial neste descentramento.⁴²

Deve-se entender que há uma diferença basilar entre saúde pública e saúde coletiva, sendo esta um verdadeiro rompimento daquela. A saúde coletiva tem como necessária interpretação a descentralização da detenção da saúde por parte do Estado, colocando-a como possível também no âmbito social, que se encontra fora do controle de poder do Estado.

No entanto, deve-se levar em consideração que o presente trabalho se encontra na esfera do Direito, de modo que inevitavelmente seria impossível trabalhar com esta diferença, uma vez que a própria utilização da legislação, apoios jurisprudenciais e entendimentos doutrinários conceituam saúde coletiva e saúde pública como sinônimos, dificultando a diferenciação dentro da ciência do Direito.

⁴¹ BRASIL, Planalto. **Lei Orgânica da Saúde. LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em 20 de set de 2021.

⁴² BIRMAN, Joel. A physis da saúde coletiva. **PHYSIS - Revista de Saúde Coletiva**, v. 1, n. 1, p. 7-11, 1991.

A saúde coletiva, por integrar inclusive a área preventiva da saúde humana, faz-se de necessário entendimento para a provável origem da doença respiratória focada no presente trabalho. O coronavírus, como se verá, possui provável surgimento na China, por meio do consumo de animais impróprios para a alimentação humana, o que seria uma nítida omissão da saúde coletiva.

3.1.1 – O conceito de Pandemia e exemplos da história.

O conceito de pandemia a ser utilizado no presente trabalho é o mesmo utilizado pela Organização Mundial da Saúde, OMS, trazido por Liliana Henao-Kaffure, qual seja *“Infección humana con un nuevo virus que se transmite eficientemente de persona a persona y que afecta a habitantes de por lo menos dos regiones de la OMS.”*⁴³

Este conceito leva em consideração o documento publicado pela Organização Mundial da Saúde em 2009, que trazia diretrizes para preparações e respostas ante a pandemia de Influenza.⁴⁴

Em 11 de março de 2020, a OMS reconheceu a pandemia provocada pelo coronavírus.⁴⁵ (OPAS Brasil, 2020). A utilização deste termo, por si só, já é de grande fardo, declarando uma enfermidade epidêmica amplamente disseminada. Neste caso, a pandemia se caracteriza pela facilidade de proliferação e seu poder de contágio. Exemplos de pandemia foram a Peste Negra, a Gripe Espanhola, a Peste de Justiniano e a Gripe Russa. Desta forma, não se deve menosprezar o potencial de uma doença que possui quadro pandêmico. A seguir, um breve resumo sobre estas quatro pandemias.

A praga de Justiniano foi uma zoonose que originou uma pandemia com maior incidência entre os anos de 541 e 544. A causa provável é a de transmissão por pulgas

⁴³ HENAO - KAFFURE, Liliana. El concepto de pandemia: debate e implicaciones a propósito de la pandemia de influenza de 2009. **Revista Gerencia y Políticas de Salud**, p. 53-68, 2010.

⁴⁴ Programa Mundial de Influenza, Organización Mundial de la Salud. **Preparación y respuesta ante una pandemia de influenza Documento de Orientación de la OMS**. Abr. del 2009.

⁴⁵ **Organização Pan Americana de Saúde**. OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812, acesso em 13 de jul. de 2020.

de ratos que rumavam nos portos comerciais conjuntamente com os grãos exportados pelo Egito. Esta faz parte de uma das quatro divisões da Peste Bubônica.

De repente, tenían fiebre, unos, justo en despertarse, otros, mientras paseaban y, otras, en medio de cualquier otra actividad. El cuerpo ni cambiaba de color ni estaba caliente, como cuando la fiebre es alta, ni tampoco se producía ninguna inflamación, sino que la fiebre era tan débil, desde que comenzaba hasta el atardecer, que ni los enfermos ni el médico que les tocaba tenían la impresión de ningún peligro. Efectivamente, ninguno de los que habían tomado aquella plaga no se pensó que llegaría a morir. Algunos, sin embargo, ese día mismo, otros al día siguiente, y otros no mucho más tarde, veían que les salía un tumor bubónico, no solamente en esta parte del cuerpo que se encuentra bajo el abdomen, la ingle, sino también a la axila, y otros incluso en la oreja y en varias partes de los muslos.⁴⁶

Desta forma, com sintomas pouco visíveis, a Praga de Justiniano possuía uma taxa de mortalidade alta e rápida a partir do aparecimento destes. A estimativa de mortos pela Praga de Justiniano é entre 30 e 50 milhões de pessoas.

A Peste Negra, que faz parte também da Peste Bubônica, foi uma pandemia que ocorreu entre os anos 1347 e 1351, tendo como maior foco de acometimentos na Europa, que naquele tempo aumentava as suas rotas comerciais para a África e Ásia. Acerca do tema:

Actualmente, se sabe que la enfermedad es una zoonosis, es decir, una enfermedad transmitida por los animales, producida por el 'Yersinia Pestis', un bacilo descubierto en 1894, al ser aislado en Hong Kong. Este bacilo era transmitido por las pulgas y otros parásitos de las ratas grises y negras, que al convivir con la gente, le contagiaban fácilmente. Además, el Yersinia Pestis no sólo afectaba a las ratas domésticas. También a roedores salvajes, como marmotas y ardillas, y en sus húmedas madrigueras se generaba un microclima propicio para la supervivencia de las pulgas transmisoras. Además, sus pulgas son más resistentes que las de las ratas, sobreviviendo a la muerte de sus huéspedes. Así, puede contagiar al hombre o a otros roedores.

(...) Hay noticias de ella en el puerto de Caffa en el Mar Negro hacia 1347, propagándose rápidamente por Constantinopla y el resto del Mediterráneo gracias a los contactos comerciales marítimos.

(...) Se ha calculado que la Peste Negra mató alrededor del 30% de la población europea. Las ciudades más afectadas fueron las portuarias y comerciales, como Marsella y Albi, donde murió más del 60% de sus habitantes.⁴⁷

A Peste Negra é, portanto, uma zoonose que assolou a Europa na época da abertura de seus portos marítimos para a Ásia. Esta zoonose encontrou, para obter

⁴⁶ PROCOPIO DE CESAREA, *Sobre las guerras, libro II*, capítulos 22-23 (tradução de Montserrat Camps Gaset) disponível em: <https://epidemiesedatmitjana.wordpress.com/2020/04/03/procopi-historia-de-les-guerres-ii-22-23/>. Acesso em 03 de out de 2021.

⁴⁷ HAINDL, A. L. *La Peste Negra. Arqueología, historia y viajes sobre el mundo medieval*, v. 35, 56-69. 2010

uma proliferação ainda mais rápida, um ambiente eu ainda não conhecia as práticas sanitárias de higiene básica e fundamental como controladoras de doenças, facilitando a transmissão da praga em meios urbanos e rurais.

A Gripe Russa foi uma pandemia atribuída ao vírus Influenza H2N2, com primeiro caso registrado em Bukhara, na Rússia, infestando a Ásia e a Europa em pouco tempo:

Os primeiros casos desta pandemia foram relatados na segunda metade de maio de 1889 em Bukhara, na Ásia Central, que pertencia então à Rússia, daí o nome "Gripe Russa". Até junho de 1889, o surto foi local, se restringindo principalmente aos habitantes europeus de Bukhara, mas depois se espalhou rapidamente pelo Turquestão, onde infectou metade da população. A epidemia demorou até meados de outubro de 1889 para chegar a Tomsk, na Sibéria. A propagação da epidemia para o oeste foi então rápida: no início de novembro de 1889, ela alcançou a Ucrânia e o mar Negro, Moscou e São Petersburgo. No final de novembro, a epidemia foi detectada em Estocolmo, Copenhague e Berlim. Os epidemiologistas da época observaram que as infecções se espalharam ao longo das principais ferrovias e linhas marítimas, chegando primeiro aos centros políticos e comerciais e, a partir daí a infecção se espalhou rapidamente para as regiões vizinhas.⁴⁸

A Gripe Espanhola, por sua vez, foi uma pandemia que surgiu durante a Primeira Guerra Mundial, entre os anos de 1918 e 1919. A sua origem é inexata, atribuindo-se de maneira divergente o Estados Unidos da América como o país em que se iniciou esta doença. É inegável a contribuição da guerra para a transmissão deste vírus entre os combatentes.

O surto de gripe de 1918-1919 foi o mais mortífero jamais registado. O vírus da gripe é conhecido pela sua instabilidade e imprevisibilidade. De tempos a tempos, sofre mutações para produzir pequenas variações antigénicas e, menos regularmente, grandes mudanças, assumindo deste modo uma forma mais letal que resiste aos anticorpos adquiridos com a anterior infecção. Foi precisamente isto que se verificou em 1918. O vírus – o H1N1 – era altamente contagioso e propagou-se com grande rapidez, particularmente nos locais onde existiam grandes concentrações humanas – casernas, fábricas, transportes públicos, navios e edifícios sobrelotados. Embora determinados grupos estivessem mais expostos e fossem mais vulneráveis, o vírus era essencialmente democrático, atingindo ricos e pobres, habitantes urbanos e rurais. O período de incubação era curto e havia muitos relatos de pessoas que caíam de cama e morriam em poucos dias, e de outras que caíam mortas em plena rua. Nos casos mais graves, os indivíduos infectados sofriam de cefaleias violentas, dores no corpo e febre; a pele assumia uma tonalidade negro-azulada, um sinal de cianose, e as vítimas tossiam sangue e sofriam hemorragias nasais. A maioria das mortes resultava de uma pneumonia superveniente, que ocorria quando as bactérias invadiam os pulmões,

⁴⁸ BRUSSOW, Harald. What we can learn from the dynamics of the 1889 'Russian flu' pandemic for the future trajectory of COVID-19. Tradução do autor. Disponível em <https://sfamjournals.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1751-7915.13916> Acesso em 03 de out de 2021.

transformando esses órgãos vitais em sacos de fluido e afogando literalmente os doentes.⁴⁹

A Gripe Espanhola foi dividida entre três grandes ondas, ou surtos. O primeiro se deu em abril de 1918, atacando a Europa e rapidamente a África após. O segundo surto, particularmente muito violento, aconteceu em agosto do mesmo ano, muito mais letal, e aparecendo em locais de grande concentração de pessoas ao redor do mundo, na Europa, América, Ásia e Oceania. O terceiro, mais ameno, se deu no início de 1919, mas foi mais leve e menos letal.

3.1.2 – O Coronavírus, sua origem e retrospecto.

Relatando para o presente, o coronavírus é uma família de vírus, que causam infecções respiratórias. A doença COVID-19, mais comum e popular nos tempos atuais, é causada pelo coronavírus SARS-Cov-2. Os sintomas mais comuns são febre, tosse, coriza e dificuldades respiratórias. Sua origem, no entanto, não é certa, embora exista a maior probabilidade de que a transmissão para humanos tenha se iniciado com o consumo de animais silvestres na China, conforme o presente estudo:

Dados preliminares apontam o mercado de frutos do mar de Huanan como foco dos primeiros casos de COVID-19 (LI et al, 2020). Corroborando essa tese os resultados positivos quanto a presença do vírus em amostras ambientais realizadas no mercado de frutos do mar (XINHUA, 2020). Uma das possibilidades aponta para o morcego sendo reservatório da SARS-CoV-2, transmitindo ao homem via pangolim (LAM et al, 2020), considerando o fato de que coronavírus semelhantes a SARS-CoV já terem sido detectados em amostras de pulmão de pangolin (LIU; CHEN, W; CHEN, J.-P, 2019). Entretanto não se pode descartar a possibilidade de transmissão da COVID-19 ao homem por outros animais selvagens (LU et al, 2020; ZHANG et al, 2020) que possam ter sido comercializados no mercado.

Os morcegos são sugeridos como os maiores reservatórios naturais de Betacoronavirus (LI et al., 2005; WOO et al., 2012, incluindo a descoberta de vírus relacionado ao SARS-CoV em morcegos (LAU et al., 2005; LI et al., 2005). Corroborando essa afirmação, em estudo realizado por Memish et al. (2013) , foi demonstrada a presença de um betacoronavírus com 100% de identidade de nucleotídeos ao MERS-CoV em amostras de fezes da espécie *Taphozous perforatus*, na Arábia Saudita.⁵⁰

⁴⁹ KILINGRAY, David. Tradução de Rui Cabral. **A pandemia de gripe de 1918-1919: causas, evolução e consequências.** Disponível em https://www.ics.ulisboa.pt/sites/ics.ulisboa.pt/files/Imprensa/pneumonica_-_cap_1.pdf Acesso em 03 de out de 2021.

⁵⁰ DUARTE, Phelipe Magalhães. COVID-19: Origem do novo coronavírus. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 3585-3590, 2020.

Existe uma diferença entre o consumo de animais silvestres de maneira cuidadosa e não-abrupta realizada por determinados povos indígenas, como se vê na discussão de Caroline Borges e Gabriela Prestes Carneiro:

As sociedades indígenas praticam muitos protocolos específicos para o preparo de cada espécie animal no que tange ao tratamento da carne, como e por quem será feito o preparo do animal e quem está apto a consumi-lo. Isso é válido para morcegos, mas também para todos os outros animais caçados⁵¹.

Desta forma, sabe-se que a manipulação imprópria da espécie de morcegos hospedeira natural do coronavírus, ou de hospedeiros intermediários e que possuem maior relação com os humanos, como os pangolins, é a verdadeira causa do aparecimento abrupto de uma zoonose tão séria.

Ao mesmo tempo em que práticas alimentares incluindo animais silvestres eram culpabilizadas, a pesquisa científica procurava conhecer mais sobre o 2019-nCoV a fim de conter sua letalidade. Desde a emergência e o início da propagação mundial desse novo coronavírus, identificado na cidade de Wuhan, província chinesa de Hubei, em dezembro de 2019, houve um intenso interesse em encontrar a origem da contaminação. Rapidamente, os olhares se voltaram para os morcegos, especificamente morcegos-ferradura, da família Rhinolophidae, como potenciais agentes transmissores do patógeno, por conta de antecedentes de contaminação anteriores e aos sistemas de alerta implementados (Hu et al., 2017; Zhou et al., 2020). Esses morcegos são considerados reservatórios primários naturais de coronavírus, que são, na verdade, uma família de vírus que provocam graves infecções respiratórias e intestinais em humanos e animais. Essa família é próxima filogeneticamente de outros vírus, como o que causa a síndrome respiratória aguda grave (tipo SARS), que esteve no centro de outros episódios de transmissão de zoonoses ocorridos na última década (Shereen et al., 2020; Zhou et al., 2020; Singhal, 2020; Chan-Yeung; Xu, 2003; Cui et al., 2019). Nesses outros episódios de contaminação, hospedeiros intermediários entre humanos e morcegos foram identificados – animais silvestres e domésticos que, pelo consumo de carne ou por contato próximo e constante, transmitiram os patógenos aos humanos (Cui et al., 2019). Esse panorama de transmissão interespecies parece ser o mais provável no caso dessa infecção viral patogênica que provoca síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV-2) em humanos, sendo os pangolins-malaios (*Manis javanica*) hoje apontados como prováveis hospedeiros intermediários desta transmissão (Zhang et al. 2020).

(...). Assim, o provável processo desencadeador da passagem do 2019-nCoV aos humanos seria o aumento expressivo de estresse nesses animais, em decorrência de maus-tratos aos quais teriam sido submetidos. O confinamento de animais silvestres em ambientes exíguos, com provável mistura de indivíduos infectados e sãos, e a visão, pelos animais ainda vivos, de outros sendo abatidos no mesmo ambiente são fatores de enfraquecimento do sistema imunológico, causando aumento do nível de vírus naturalmente presente nesses animais. Tal situação, como comprovado em surtos anteriores de SARS, em conjunto com a mistura no mesmo

⁵¹ BORGES, Caroline; CARNEIRO, Gabriela Prestes. Morcegos, humanos e pandemias: perspectivas de longa duração para o entendimento das relações entre sociedades e ambientes. **Tessituras: Revista de antropologia e arqueologia**, v. 8, p. 128-156, 2020.

ambiente de animais de diferentes espécies e grupos, como mamíferos, aves e répteis, e as frequentes manipulações por humanos tanto dos indivíduos vivos como de carcaças dos animais mortos em ambientes com pouco controle sanitário favorecem a transmissão de doenças interespecies (Webster, 2004; Kan et al., 2005; Root et al. 2016; Volpato et al., 2020).⁵²

Pelo que se percebe que este transbordamento zoonótico, ou seja, a passagem do vírus de um animal silvestre para o ser humano de maneira compatível, não é um fenômeno raro, uma vez que diversas outras doenças acontecem de igual modo, como a dengue e a gripe aviária, chamadas zoonoses, tendo maiores ocorrências quando demonstrada a interferência humana de maneira mais abrupta no meio ambiente, além da manipulação errônea ou descuidada destes animais, ou de suas carcaças.

Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde⁵³, em 31 de dezembro de 2019, a cidade de Wuhan na China relatou o caso da nova doença por coronavírus. Em 14 de janeiro de 2020, foram reportados casos na Tailândia e em regiões próximas. Em 20 de janeiro de 2020, foi emitido o alerta epidemiológico, com casos já relatados na China, Japão, Tailândia e Coreia do Sul. Em 21 de janeiro, os Estados Unidos relataram o primeiro caso de coronavírus por viagem internacional.

Em 25 de janeiro, já havia investigação de suspeitos na Europa e na Oceania. Em 30 de janeiro, foi declarada a emergência de saúde pública de interesse internacional. Em 11 de fevereiro, a doença foi nomeada de Covid-19, abreviação de *Coronavirus disease 2019*. Em 25 de fevereiro, foi relatado o primeiro caso confirmado no Brasil. Em 28 de fevereiro, no Equador e no México, passando para outros países da América Latina poucos dias depois, como a Argentina, Chile e Guiana Francesa. Em 11 de março de 2020, a OMS declarou o estado pandêmico. Neste mês, foram adotadas as medidas de isolamento com o fim de conter o avanço da pandemia.

Em 2 de abril de 2020⁵⁴, foi comprovada a possibilidade de transmissão sintomática, pré-sintomática e assintomática. Em 4 de abril, ultrapassou-se o número de um milhão de casos ao redor do mundo, aumentando-se em dez vezes os casos

⁵² BORGES, Caroline; CARNEIRO, Gabriela Prestes. Morcegos, humanos e pandemias: perspectivas de longa duração para o entendimento das relações entre sociedades e ambientes. **Tessituras: Revista de antropologia e arqueologia**, v. 8, p. 128-156, 2020.

⁵³ PAHO - COVID-19 TIMELINE. Disponível em <https://www.paho.org/en/covid-19-timeline> Acesso em 04 de out de 2021.

⁵⁴ WHO – COVID-19 TIMELINE. Disponível em <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline> Acesso em 04 de out de 2021.

em menos de um mês. Em 17 de junho de 2020, foi publicado o relatório descartando a substância da hidroxicloroquina como um remédio eficaz, relatando que a mesma não possui qualquer evidência de contribuir para a redução da doença. Em 08 de agosto de 2020, foram confirmadas 100.000 mortes por coronavírus no Brasil.

Em 31 de agosto de 2020, a Organização Mundial de Saúde publicou uma pesquisa analisando 105 países informantes, demonstrando que 90% destes países experimentaram uma quebra em seus sistemas de saúde, com os países mais pobres e médios vivendo uma experiência ainda mais difícil. Em 10 de outubro, o Brasil alcançou 150.000 mortes.

Em 20 de novembro de 2020, o Diretor-Geral da OMS discursou na Cúpula dos Líderes do G20, pedindo ações para: garantir que as vacinas COVID-19 sejam alocadas de forma justa como bens públicos globais; implementar plenamente o Regulamento Sanitário Internacional; abordar as vulnerabilidades e desigualdades na raiz da pandemia;

Em 04 de dezembro de 2020, pesquisadores na África do Sul apresentaram resultados preliminares de uma nova variante recentemente identificada chamada 501Y.V2 ao Grupo de Trabalho de Evolução de Vírus da OMS, que faz parte da rede global de laboratórios SARS-CoV-2 da OMS. Em 14 de dezembro, as autoridades do Reino Unido relataram uma variante do SARS-CoV-2 à OMS. O Reino Unido se referiu à variante como SARS-CoV-2 VOC 202012/01 (*Variant of Concern*, ano 2020, mês 12, variante 01).

Em 05 de janeiro de 2021, O Grupo Consultivo Estratégico de Especialistas em Imunização da OMS se reuniu para revisar os dados da vacina para a vacina Pfizer / BioNTech e formular recomendações de políticas sobre a melhor forma de usá-la. A vacina foi a primeira a receber uma validação de uso de emergência da OMS para eficácia contra COVID-19. Em 07 de janeiro, o Brasil alcançou 200.000 mortes confirmadas.

Em 22 de janeiro de 2021, COVAX, a iniciativa global para garantir acesso rápido e equitativo às vacinas COVID-19 para todos os países, anunciou a assinatura de um acordo de compra antecipada para até 40 milhões de doses da vacina Pfizer-BioNTech. A COVAX também confirmou que exerceria sua opção - por meio de um acordo existente com o Serum Institute of India (SII) - de receber suas primeiras 100

milhões de doses da vacina desenvolvida pela AstraZeneca / Oxford University fabricada pela SII. Em 25 de fevereiro, foram confirmadas 250.000 mortes.

Em 07 de abril de 2021, A OMS lançou cinco apelos à ação para o Dia Mundial da Saúde: acelerar o acesso equitativo às tecnologias COVID-19 entre e dentro dos países; investir na atenção primária à saúde; priorizar saúde e proteção social; construir bairros seguros, saudáveis e inclusivos; e fortalecer os sistemas de dados e informações de saúde. Será importante evitar cortes nos gastos públicos à medida que os países avançam após o COVID-19 e mitigam os impactos socioeconômicos da pandemia, que excederam o impacto do vírus na saúde pública em muitos lugares.

Em 10 de abril de 2021, A OMS marcou o fim de seu desafio de 100 dias para a igualdade de vacinas, que viu dezenas de milhares de pessoas e centenas de organizações assinando sua declaração, pedindo diretamente aos governos e fabricantes para acelerar os processos regulatórios, impulsionar a fabricação por meio do compartilhamento de know-how e tecnologia, e garantir que as doses sejam compartilhadas de forma equitativa. Neste mesmo dia, o Brasil alcançou a marca de 350.000 mortes confirmadas em decorrência do coronavírus.

Segundo o boletim informativo dos veículos de imprensa⁵⁵, em 22 de setembro de 2021, o Brasil ultrapassou o marco de 592 mil mortes por coronavírus, com a incidência de 21.282.612 casos registrados da doença.

Os impactos da doença na esfera econômica, política e social são notáveis. Houve uma brusca alteração dos regimes de trabalho presenciais para o teletrabalho, buscando minimizar os riscos de contaminação. No entanto, os primeiros meses da pandemia foram de incerteza e desempregos no cenário nacional.

Na medida em que a incerteza sobre o cenário econômico se espalhava, investimentos e o consumo de bens e serviços foram postergados ou cancelados, tanto internamente, quanto externamente, uma vez que a redução da atividade econômica em outros países impactou negativamente no volume e no preço das exportações brasileiras. A redução do comércio provocou um desencadeamento na economia, pela redução da produção e jornada de trabalho, demissão de trabalhadores, aumento de falências e retração da oferta de crédito pelo setor bancário, devido à ampliação do risco do investimento

⁵⁵ **Brasil ultrapassa 592 mil mortes por Covid; média móvel volta a indicar alta após 3 meses.** Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/09/22/brasil-ultrapassa-592-mil-mortes-por-covid-media-movel-volta-a-indicar-alta-apos-3-meses.ghtml> Acesso em 23 de set de 2021.

(...). De abril a julho de 2020, as restrições de circulação de pessoas e de isolamento social impostas pelos municípios e estados, com o intuito de conter o avanço do vírus, provocam impactos diretos no emprego e renda da população. Os trabalhadores informais foram atingidos primeiramente pela crise, os formais, mantiveram seus empregos por algum período devido aos custos de demissão e de contratação que as empresas teriam que incorrer. Contudo, as micro e pequenas empresas são as mais afetadas, visto que apresentam dificuldades na gestão de caixa. Os setores mais afetados são os de alimentação fora de casa, turismo e de transporte⁵⁶

Pelo que se percebe a clara interferência criada pelo coronavírus no contexto econômico, esfriando a economia, diminuindo a procura por determinados serviços, quebrando microempresas e, conseqüentemente, aumentando o número de desempregados, originando um ciclo vicioso de enfraquecimento econômico.

Não somente na economia, mas no próprio estilo de vida das pessoas. Em ordem para possibilitar a diminuição das transmissões, as pessoas tiveram que adaptar-se ao estilo de vida de home-office, transformando a casa em uma extensão dos seus locais de trabalho, que gradativamente vai retornando ao normal, após a abertura do comércio e escritórios. Esta retomada, no entanto, é gradativa, e possui uma lacuna grande na economia para superar, conforme se vê:

Na medida em que a incerteza sobre o cenário econômico se espalhava, investimentos e o consumo de bens e serviços foram postergados ou cancelados, tanto internamente, quanto externamente, uma vez que a redução da atividade econômica em outros países impactou negativamente no volume e no preço das exportações brasileiras. A redução do comércio provocou um desencadeamento na economia, pela redução da produção e jornada de trabalho, demissão de trabalhadores, aumento de falências e retração da oferta de crédito pelo setor bancário, devido à ampliação do risco do investimento⁵⁷

As academias mudaram-se para dentro das casas ou nas áreas comuns dos prédios. Hábitos de vida mais sedentários começaram a preencher o estilo de vida das pessoas, que em um primeiro momento, jamais acostumadas com meses dentro de suas próprias casas, não sabiam o que fazer. Instituições de ensino públicas e privadas começaram a atrasar o cronograma de estudo, aquelas mais do que estas, pela falta de orçamento.

⁵⁶ DA SILVA, Mygre Lopes; DA SILVA, Rodrigo Abbade. Economia brasileira pré, durante e pós-pandemia do covid-19: impactos e reflexões. **Observatório Socioeconômico da COVID-FAPERGS**, 2020.

⁵⁷ DA SILVA, Mygre Lopes; DA SILVA, Rodrigo Abbade. Economia brasileira pré, durante e pós-pandemia do covid-19: impactos e reflexões. **Observatório Socioeconômico da COVID-FAPERGS**, 2020.

No entanto, a economia não foi o único setor em que se reverberou a crise criada pela pandemia. Conforme se verá no tópico posterior, o sistema prisional, que já era decadente antes da pandemia por coronavírus, piorou em muito.

Diante de tantas mudanças na sociedade provocadas pela transmissão global da doença, como admitir que o sistema penitenciário funcionasse da mesma forma que funcionava antes da pandemia?

3.2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O CORONAVÍRUS

O Sistema Prisional Brasileiro é dividido, atualmente, em seis tipos majoritários, são eles as cadeias públicas, penitenciárias, colônias agrícolas (ou similares), casas de albergado, centros de observações criminológicas e hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos, segundo a Lei de Execução Penal, em seu título IV, que dispõe sobre os estabelecimentos penais.

Apesar de haver uma grande divisão de estabelecimentos penais visando uma melhor separação entre os apenados com a finalidade da mitigação de práticas como a associação dentro destes estabelecimentos, na prática esta ideia acaba encontrando muitos problemas, seja pela falta de oferta do estabelecimento correto no local de cumprimento da pena, seja pela cultura do encarceramento, que apenas retira o apenado da sociedade na esperança de que, quando sair do cárcere, não reincida, ou seja ainda pelas incongruências legislativas criadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1 O Sistema Prisional Brasileiro

O sistema prisional brasileiro, conforme visto em tópico anterior no capítulo “2.2 - Constituição Federal e entendimento atual” do presente trabalho, teve reconhecido um estado das coisas inconstitucional, em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347. Significa relatar que o próprio sistema é contrário à Constituição Federal, por conta das violações que o mesmo possibilita aos apenados, por vezes desrespeitando princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física dos apenados.

Desta forma, faz-se fundamental entender a realidade devastadora e humilhante a qual os apenados estão sujeitos. Conforme visto no mencionado capítulo, condições degradantes e humilhantes são comuns, dificultando, inclusive a própria possibilidade de ressocialização.

Este cenário se deve, em boa parte, pela cultura do encarceramento, de modo que existe, no cenário nacional, uma política carcerária muito mais voltada para o isolamento do apenado do que para o preparo do seu retorno à sociedade. Conforme demonstrado, usando de uma analogia acerca da porcentagem da reincidência no Brasil, percebe-se que esta política não possui uma boa eficácia, de modo que não há uma tentativa de parar a prática penal, mas tão somente de suspendê-la por um determinado período de tempo.

Cabe, no entanto, determinar cada um dos estabelecimentos prisionais, afim de delimitar-se as suas respectivas funções, com o objetivo final de melhor compreensão do trabalho, uma vez que, antes de entender o coronavírus dentro das prisões, é necessário entender as próprias prisões.

3.2.1.1. A penitenciária

A penitenciária é o estabelecimento prisional voltado para o cumprimento da pena de reclusão em regime fechado. Este tipo de estabelecimento possui, em teoria, aparatos para maior contenção dos detentos, como grades de proteção e vigilância de agentes penitenciários. Acerca do regime fechado, preceitua a Lei de Execução Penal da seguinte maneira:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.⁵⁸

⁵⁸ BRASIL, Planalto. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 22 de set de 2021.

Desta forma, entende-se que mesmo nos regimes fechados o apenado possui determinados direitos que devem ser respeitados acerca das suas individualidades. Ressalte-se a alínea “a” do Parágrafo único em questão, acerca da salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores. Ressalte-se também a área mínima de seis metros quadrados (uma vez que a cela é individual), e o contraste da superlotação, que inviabiliza a ressocialização no ambiente carcerário. Acerca do descumprimento, Norberto Avena:

Visando assegurar os direitos e garantias fundamentais do preso, estabelece a Lei de Execução Penal que o condenado deva ser alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo ainda requisitos básicos a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, bem como área mínima de seis metros quadrados (art. 88 da LEP).

Infelizmente, no Brasil a realidade carcerária corre à revelia dessa normatização, caracterizando-se muitas de nossas penitenciárias como ambientes absolutamente insalubres, onde se concentram, na mesma cela, número de presos superior à sua capacidade, prejudicando sensivelmente o processo de readaptação do preso à sociedade. Consequência dessa situação desastrosa que atinge o preso é a criação de ambiente negativo ao reajustamento, facilitando a reincidência criminosa que, bem sabemos, atinge níveis alarmantes no país.⁵⁹

Percebe-se, assim, que a pena de prisão nas penitenciárias é cumprida de maneira contrária ao disposto na Lei de Execução Penal, destituindo o poder de imposição da lei em questão, impossibilitando a ressocialização e expondo os apenados a condições degradantes que violam a própria integridade física dos mesmos.

3.2.1.2. A Colônia Penal

A colônia Penal é aquela destinada para o cumprimento do regime semi-aberto. Neste tipo de estabelecimento, não é vedado o compartimento coletivo. Segundo a Lei de execução penal:

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

⁵⁹ AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

- a) a seleção adequada dos presos;
- b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.⁶⁰

Pelo que se percebe a possibilidade da utilização de dependência coletiva, desde que esta respeite os requisitos de salubridade do ambiente de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana. É importante frisar que as instalações destinadas ao cumprimento do regime semi-aberto não podem ser utilizadas para o cumprimento de regime menos gravoso. Segundo Avena:

Ao contrário do que prevê a LEP para o regime fechado, o preso do regime semiaberto alocado em colônia agrícola, industrial ou similar poderá ser alojado em compartimento coletivo, observadas as condições de salubridade do ambiente, em especial a adequada aeração, isolamento e condicionamento térmico (art. 92 da LEP). São requisitos básicos, ainda, a seleção adequada de presos, evitando-se, por exemplo, a permanência no mesmo ambiente de apenados que mantenham desavenças e o convívio daqueles que possam reunir forças no comando de ações criminosas externas, e a observância da capacidade máxima de presos, já que a superlotação é fator prejudicial ao processo de ressocialização, além de contribuir para a indisciplina e violência nos estabelecimentos penais (art. 7.4 92, parágrafo único, da LEP).

Problemática frequente envolvendo os presos do semiaberto é a ausência de vaga em unidade prisional compatível com esse regime. Nesses casos, considerando ilegal manter o preso nas condições fáticas relativas ao regime fechado, tem sido autorizado o cumprimento da reprimenda em estabelecimento que, conquanto não se caracterize como colônia de trabalho, apresente instalações compatíveis com o regime intermediário (semiaberto).⁶¹

Não somente o autor, mas o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula 56, confirmou o entendimento. Em que pese a possibilidade da utilização de alojamentos coletivos dado o próprio grau de periculosidade reduzido, em teoria, dos apenados, este não pode confundir-se com regime mais gravoso, por vedação à alocação de cenário pior do que o quanto já estabelecido, motivada pela falta de vagas neste.

3.2.1.3. A casa de Albergado

As casas de albergado são estabelecimentos prisionais destinados ao cumprimento do regime aberto, podendo ser utilizadas tanto para a pena privativa de liberdade quanto para a privativa de direitos com restrições de finais de semana.

⁶⁰ BRASIL, Planalto. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 22 de set de 2021.

⁶¹ AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

No entanto, no país, são poucos estes estabelecimentos que funcionam. Em uma pesquisa ao INFOPEN de dezembro de 2019⁶², pode-se notar tão somente 10 destes com a denominação “casa de albergado” em atividade. Conclui-se, a partir deste dado, que são raras as ocasiões em que o apenado cumpre o regime aberto nestes locais.

Um grande problema da falta de infraestrutura adequada para a o cumprimento do regime aberto é o próprio descaso para com a legislação. Tanto descaso que se tornou uma prática comum na esfera da execução penal o cumprimento do regime aberto em domiciliar, ainda que o apenado não possua as características subjetivas para tal concessão. Explique-se.

A Lei de Execução Penal, já trazida em diversos momentos do presente trabalho, aduz, em seu artigo 117, determinados requisitos alternativos para o cumprimento do regime aberto em residência particular. São estes:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - Condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - Condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.⁶³

Pelo que se percebe a necessidade de o apenado possuir algum destes requisitos para o cumprimento da pena de regime aberto em domicílio. No entanto, por ausência de infraestrutura, a exceção tornou-se regra. Conforme Avena:

Não obstante estabeleça o art. 95 da LEP que “em cada região haverá, pelo menos, uma casa de albergado”, a verdade é que também aqui se depara o Poder Judiciário com a insuficiência desses estabelecimentos diante do número de presos que se encontram no regime aberto. Diante dessa realidade, é que aprovou o STF a já mencionada Súmula Vinculante 56, estabelecendo diretrizes a serem observadas pelos Juízes das Varas de Execução Penal, as quais incluem a possibilidade de deferimento de prisão domiciliar. Cabe destacar que essa orientação incorporada à citada súmula não é de agora.⁶⁴

Não obstante, faz-se necessário entender que a própria utilização deste entendimento acaba por permitir certo desafogamento do sistema carcerário, vez que

⁶² INFOPEN 2019, Painel interativo. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen> Acesso em 22 de set de 2021.

⁶³ BRASIL, Planalto. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 22 de set de 2021.

⁶⁴ AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

os apenados acabam por cumprir a pena domiciliar. No entanto, esta conduta não é alcançada pelo controle judiciário, de modo que não há qualquer segurança que o apenado efetivamente cumpre com suas restrições e horários sentenciados.

Em contrapartida, é inegável que a retirada do apenado do ambiente insalubre do sistema carcerário já demonstrado é também uma forma de prevenir, ainda que colateralmente, os seus direitos e garantias fundamentais, em especial o direito à integridade física.

3.2.1.4. Centro de Observação Criminológica

Os Centros de Observação Criminológica são estabelecimentos voltados para a emissão de pareceres que permitam ao Juiz um melhor conhecimento subjetivo acerca dos apenados, como por exemplo, a sua personalidade e comportamento, que auxiliam, ou obstam, a concessão de determinados benefícios. Norberto Avena:

Pois bem, com vista à efetivação dos exames gerais de personalidade e do exame criminológico, contempla a Lei de Execução Penal a existência do centro de observação, que encaminhará os respectivos resultados à Comissão Técnica de Classificação a fim de que seja elaborado o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado (art. 96 da LEP).⁶⁵

Este tipo de estabelecimento prisional possui grande relevância, em teoria, na ressocialização do apenado e com o princípio da individualização da pena, determinando medidas punitivas que possuam melhor adequação ao sentenciado. A necessidade da correta manutenção destes estabelecimentos está pautada na finalidade última da pena, qual seja, a ressocialização do apenado. O Art. 96, bem como 97 e 98 da Lei de Execução Penal são redigidos da seguinte forma:

Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação.

Parágrafo único. No Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas.

Art. 97. O Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal.

Art. 98. Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação⁶⁶

⁶⁵ AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁶⁶ BRASIL, Planalto. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 22 de set de 2021.

Um correto acompanhamento, com a correta aplicação da pena, bem como a concessão dos benefícios feita sob a análise de um parecer crítico acerca do comportamento e personalidade do apenado facilitam a ressocialização, uma vez que o apenado possui, a seu favor, um respaldo científico, crítico e metodológico que entende pela aplicação da pena de determinado modo, bem como a concessão de tal benefício. Pelo outro lado, o magistrado encontrará um respaldo metodológico, analítico e científico que entenda pela não-concessão de determinado benefício, uma vez que este pode não se revelar adequado para o apenado naquele momento.

3.2.1.5. Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico são destinados ao cumprimento de medidas de segurança de internação, por ser o apenado considerado semi-imputável ou inimputável, conforme o Art. 99 da Lei de Execução Penal, que referencia o Art. 26, caput e parágrafo único do código penal. Segundo Avena:

Constitui, em outras palavras, o lugar ao qual devem ser recolhidos os indivíduos sujeitos a medida de segurança de internação (medida de segurança detentiva), sem embargo permita a lei, na ausência desses hospitais ou na falta de vagas, a internação em outra instituição adequada (art. 96, I, do CP). É também o local adequado para receber os indivíduos acometidos de doença mental no curso da execução da pena, nos termos do art. 41 do Código Penal, até que se recuperem e possam retornar à casa prisional.⁶⁷

Analogicamente, os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico são construídos de maneira a isolar os apenados em maneira similar à penitenciária, a exemplo disso, o parágrafo único do Art. 99 da Lei de execução Penal é redigido da seguinte maneira:

Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no [artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal](#).

Parágrafo único. Aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Em sendo o Art. 88 referido próprio do cumprimento de pena em regime fechado, é possível entender que o cenário, em tese, deveria ser igualmente

⁶⁷ AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

respeitado, como os compartimentos individuais e as condições mínimas de salubridade.

3.2.1.6. Cadeia Pública

As cadeias públicas são locais de cumprimento de pena por parte do preso provisório. Estes estabelecimentos são também conhecidos como casas de passagem, pelos quais os apenados passam antes de ter a sua sentença transitada em julgado. Em tese, os apenados devem ser transferidos para os locais adequados de cumprimento de pena quando esta lhe for sentenciada. Segundo Avena:

Na dicção do art. 102 da LEP, destina-se a cadeia pública ao recolhimento de presos provisórios, adotando-se sistema simétrico ao regime fechado.

Compreende-se como preso provisório aquele que se encontra sob prisão preventiva ou prisão temporária. Conforme redação do art. 310, II, do CPP, o flagrante não é mais uma forma de manutenção da prisão, exigindo-se, para esse fim, sua conversão em preventiva. Também não subsistem no ordenamento jurídico as prisões decorrentes da sentença condenatória recorrível e da pronúncia, antes previstas nos arts. 393, II, e 408, § 1º, do CPP.⁶⁸

Em tese, as cadeias públicas não comportam possibilidade de trabalho. Há, contudo, a possibilidade de mudança deste cenário no futuro, de modo que os dias de trabalho, ainda que em cadeia pública, possibilitam benefícios, como a remição de pena. Segundo Pescador:

(...) sabe-se que o preso provisório não é obrigado a trabalhar, em face da presunção de sua não culpabilidade, porém, ele tem o direito ao trabalho, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 23). Diante desse fato, não pode o Estado coagir o preso provisório à ociosidade, assim, ao exercer a atividade laboral, fará jus à remição. Em segundo lugar, vários dispositivos da LEP aduzem à isonomia do preso provisório com o condenado. Em terceiro lugar, pleiteia-se a aplicação da analogia *in bonam partem*, em favor do preso provisório. Em quarto lugar, afirma-se que o direito remicional decorre da realização do trabalho, e não da sua compulsoriedade. Desse modo não poderia negar o direito ao preso provisório, por ser seu trabalho apenas facultativo. Assim, só teriam direito ao benefício os presos provisórios que efetivamente trabalhassem. Finaliza-se afirmando que as medidas de proteção jurídica ao recluso têm de incidir desde a sua prisão, e não somente após a sua condenação.⁶⁹

⁶⁸ AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁶⁹ PESCADOR, D. da C. / UNOPAR Cient., Ciênt. Juríd. Empres., Londrina, v. 7, p. 15-21, mar. 2006.

Desta forma, não há que se falar em impossibilidade de remição por parte do preso provisório, quando lhe for possibilitado, e este efetivamente o fizer, trabalho. Ainda segundo Avena:

De acordo com o art. 31, parágrafo único, para o preso provisório o trabalho não é obrigatório. Caso, porém, haja vontade do segregado em prestá-lo, sua execução está limitada ao interior do estabelecimento prisional, o que é justificado pelas circunstâncias que motivaram a prisão antes do trânsito em julgado da sentença, que não são compatíveis com a prestação de trabalho no meio externo.⁷⁰

Para além da remição, entende-se que o trabalho desempenhado, ainda que dentro das cadeias públicas, contribui para a ressocialização do preso, mesmo provisório, vez que não se trata efetivamente de uma sanção, mas de uma contrapartida ao ócio, uma possibilidade de o mesmo buscar operar a sua dignidade por meio de seu esforço.

3.2.2. O coronavírus no Sistema Prisional Brasileiro

Feitas as considerações acerca do sistema prisional brasileiro, passa-se a buscar entender de que modo o coronavírus afeta o sistema prisional. Os números, as complicações e os desafios de se lidar com uma pandemia em meio ao cárcere.

O Consórcio de veículos de imprensa, a partir de dados das secretarias estaduais de saúde apontou, em 13 de julho de 2020, 76.153 mortes por COVID-19, e 1.866.416 infectados. Em abril houve uma média de 125 mortos por dia, já em julho, a média móvel aponta 1035,9 mortes diárias, um aumento de 825% em menos de quatro meses.

O Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com os governos estaduais, informou um aumento de 800% dos casos confirmados de COVID-19 no sistema prisional e educativo (CNJ 2020)⁷¹, que levou à prorrogação da recomendação nº 62, de julho de 2020, por 3 meses, aconselhando os magistrados a reverem novas detenções. O grande problema é que, até então, apenas 1% da população carcerária brasileira havia sido testada.

⁷⁰ AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁷¹ **CNJ renova Recomendação nº 62 por mais 90 dias e divulga novos dados**, pesquisa veiculada no portal CNJ, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-renova-recomendacao-n-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>. Acesso em 13 de jul. de 2020.

Em 04 de junho de 2021, o número de mortos por Coronavírus no Brasil ultrapassou 469 mil pessoas. O número de casos chegou aos espantosos 16.8 milhões de pessoas. Dentro do sistema prisional, chegou-se a 59.055 pessoas que sofriam com a covid-19, bem como 211 óbitos, segundo Informativo datado de 02 de junho de 2021, do Conselho Nacional de Justiça⁷².

No entanto, o boletim de 22 de setembro⁷³ demonstrou um aumento relevante: 91.796 pessoas confirmadas com a doença, entre servidores e apenados, bem como 580 óbitos registrados. No entanto, os testes realizados só chegam a 354.948 pessoas presas e 80.838 servidores. Com o número de presos a 682.182, esta parcela de testes representa aproximadamente 52% da população carcerária testada.

Para além do próprio problema de realização de testes de maneira precária, nada assegura que o próprio apenado possa ter contraído a doença após a realização de testes. A parcela da população carcerária testada positivo para a doença representa aproximadamente 18%. Fora do sistema prisional, esta taxa cai pela metade, tendo os casos por coronavírus afetado cerca de 9% da população nacional, uma vez que os casos, segundo os veículos de imprensa, chegaram a 21,3 milhões, tendo o Brasil uma população aproximada de 213,3 milhões de habitantes em 2021.

A analogia permite demonstrar que o ambiente insalubre dentro do cárcere facilita a propagação do coronavírus, devido a diversos fatores, como a superlotação, a precariedade de insumos de higiene, até o próprio compartilhamento de aparelhos coletivos, como o aparelho sanitário comum.

A Organização Mundial da Saúde emitiu um documento demonstrando a maior vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade. Neste documento, explica, inclusive, que as razões para a vulnerabilidade estão atreladas, dentre outras, às condições precárias de higiene, à proximidade dos detentos, além de fatores que diminuem a própria imunidade, como o estresse, precária nutrição, ou convivência com outras doenças, a exemplo de tuberculose.

Pessoas privadas de liberdade, como pessoas aprisionadas, são provavelmente mais vulneráveis a doenças. O próprio fato de ser privado de liberdade geralmente implica que as pessoas dentro das prisões e em outros locais de detenção vivam próximas umas das outras, o que provavelmente

⁷² <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Monitoramento-Casos-e-%C3%93bitos-Covid-19-2.6.21-Info.pdf> acesso em 04 de jun. de 2021.

⁷³ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/monitoramento-casos-e-obitos-covid-19-150921.pdf> Acesso em 23 de set. de 2021.

resultará em um risco elevado de transmissão de pessoa a pessoa e por patógenos como COVID- 19. Para além das características demográficas, os apenados normalmente têm uma carga de doença subjacente maior e piores condições de saúde do que a população em geral, e frequentemente enfrentam maior exposição a riscos como tabagismo, falta de higiene e defesa imunológica fraca devido ao estresse, má nutrição, ou prevalência de doenças coexistentes, como vírus transmitidos pelo sangue, tuberculose e transtornos por uso de drogas.⁷⁴

Não apenas a OMS apresentou a vulnerabilidade dos apenados, por conta da própria realidade do cárcere. O Subcomitê das Nações Unidas para Prevenção da Tortura publicou um documento recomendando que os estados buscassem a redução do número de presos por meio de saídas antecipadas, temporárias ou provisórias:

2- Reduzir as populações carcerárias e outras populações de detenção, sempre que possível, implementando esquemas de libertação antecipada, provisória ou temporária para os detidos para os quais é seguro fazê-lo, levando em consideração as medidas não privativas de liberdade indicadas nas Regras de Tóquio.⁷⁵

As Regras de Tóquio foram aprovadas e adotadas pela resolução nº45/110, na Assembleia Geral das nações unidas, em 14 de dezembro de 1990, versando, em caráter especial, acerca das medidas alternativas à prisão.

Estas regras são observadas pelas Nações Unidas, servindo como norteadoras, princípios, com a finalidade de possibilitar a pena privativa de liberdade com um padrão de respeito aos direitos fundamentais dos seres humanos, além das alternativas não-privativas de liberdade, bem como a possibilidade de prisão domiciliar, regulamentando-as e fundamentando-as. Acerca do tema, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Tendo em conta a preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento das ações capazes de garantir a proteção dos direitos humanos, as Regras de Tóquio, cuja proposta é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que

⁷⁴ OMS – Organização Mundial da Saúde. Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention. Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336525/WHO-EURO-2020-1405-41155-55954-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 23 de set de 2021. Tradução do autor.

⁷⁵ ONU – Organização das Nações Unidas. Órgão de prevenção à tortura recomenda ações para proteger pessoas privadas de liberdade. Disponível em <https://acnurdh.org/pt-br/covid-19-se-necesitan-medidas-para-proteger-a-las-personas-privadas-de-libertad-expertos-onu/> Acesso em 23 de set de 2021. Tradução do autor.

propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão.⁷⁶

Pelo que se percebe haver a necessidade de um olhar menos punitivista e mais humanitário no que concerne à aplicação das penas, uma vez que a prisão, em si, apresenta uma realidade completamente insalubre, desumana e inconstitucional.

No entanto, em que pese a atual realidade do Sistema Prisional Brasileiro, deve ser considerado que a prisão, quando observados os parâmetros de legalidade e respeito aos direitos dos apenados, busca cumprir o seu principal papel: A ressocialização. Com a pandemia, no entanto, tem-se um agravamento das condições carcerárias insalubres que são impostas aos apenados de maneira a lhes ferir direitos e garantias constitucionais.

Desta forma, alternativamente ao cumprimento da pena de prisão em estabelecimentos carcerários, existem medidas não-privativas da liberdade, bem como a prisão domiciliar, que será o tema do próximo capítulo, possibilidades outras, que visam a proteção do princípio da integridade física do apenado.

⁷⁶ LEWANDOWSKI, Min. Ricardo. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

4. A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CUMPRIDA EM SISTEMA CARCERÁRIO POR REGIME DOMICILIAR NA PANDEMIA POR CORONAVÍRUS

Conforme previsto no capítulo anterior, o regime domiciliar é legalmente previsto quando o apenado é condenado em regime aberto, ou a este chega por meio de progressão. À luz da lei de Execução Penal, existem certos requisitos subjetivos para o benefício do regime domiciliar, bem como requisitos objetivos para o regime aberto, como escrito linhas atrás.

No entanto, percebe-se que a realidade no Brasil, seja por insuficiência dos locais disponíveis e adequados para o regime aberto, como a casa de albergado, seja por desinteresse político, ou ainda por simples conveniência, criou-se uma realidade em que é possível o regime aberto em domiciliar, ainda que descumpridos os requisitos subjetivos para a concessão deste benefício.

O ponto de interesse deste capítulo é analisar a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade, cumprida no sistema carcerário, por regime domiciliar, em razão da pandemia por coronavírus e do risco à integridade física oferecido por esta.

4.1 – JULGADOS RECENTES FAVORÁVEIS À SUBSTITUIÇÃO

Antes de passar aos julgados que entendem possível a substituição dos regimes prisionais, deve-se entender o contexto da importância dos precedentes, da jurisprudência e das súmulas no Brasil, e suas características persuasivas e normativas.

O Brasil adotou o sistema da *Civil Law*, de modo que o Direito brasileiro é estabelecido em normas, estas previstas nos códigos. Neste sistema, a lei é preponderante em relação ao precedente judiciário.

Para os fins deste trabalho, faz-se necessário não se aprofundar tanto, voltando aos tempos de Roma com o *Corpus Juris Civilis*, mas trazer o entendimento do interessante marco da Revolução Francesa, que ao conferir força ao parlamento,

impossibilitou os juízes de conferirem à lei uma interpretação, surgindo a teoria do juiz como *Bouche de Loi*, ou boca da lei.⁷⁷

Antes da citada revolução, os Juízes da França possuíam estreita relação com a aristocracia da época, uma vez que os cargos judiciais, à época, eram comprados e herdados, de modo que havia uma certa sujeição da classe judiciária àqueles que a formavam.⁷⁸

O que se sucedeu, desta forma, foi a separação dos poderes judiciário e executivo, além da criação de uma subordinação dos magistrados ao quanto escrito em lei, sendo aquele tão somente era um agente desta. Não havia criação de novos direitos, mas tão somente a confirmação do quanto já descrito. Havia uma necessidade de separação entre o poder de criar a lei e o poder de julgar, levando-se em consideração o cenário anterior à revolução, indicativo de uma perpetuação de uma classe opressora no poder.

A Revolução Francesa, no entanto, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Note-se, assim, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do Parlamento. O direito contaria com um grave e insuportável déficit democrático caso fosse interpretado pelos magistrados. Ou melhor, havia bom motivo para não dar aos juízes o poder de interpretar as normas traçadas pelos representantes do povo.⁷⁹

No entanto, importa frisar que, em que pese haver a codificação e a sujeição dos julgados à lei no Brasil, a possibilidade de o juiz dar à lei interpretação diversa da pretendida pelo Legislador, bem como integrar o controle de constitucionalidade

⁷⁷ GUIMARÃES, Larissa. O dever de respeito aos precedentes judiciais como decorrência de uma nova compreensão da ordem jurídica. **Revista da ASSEJUR**, n. 2, 2019.

⁷⁸ Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement de Bordeaux*, como o nome "Montesquieu". No entanto, criou a teoria da separação dos poderes ao se deparar com a sujeição do poder judiciário com a classe mais alta operante. (Ver CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 269).

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

(ainda que difuso) já no 1º grau determina uma diferenciação, uma certa contrariedade ao quanto pretendido na teoria da lei civil.

Isto confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.⁸⁰

Deve-se buscar entender o sistema brasileiro. Embora demonstrada a vinculação do poder judiciário à legislação, deve-se entender que existe a possibilidade de os magistrados divergirem da lei por meio de controle de constitucionalidade, dando à esta interpretação diversa ou deixando de aplicá-la.

No entanto, com a Emenda Constitucional 45/2004, surgiu o sistema de súmulas vinculantes, demonstrando que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal sob determinados aspectos, possuem função cogente, ou seja, imposição normativa.

Deve-se considerar, portanto, que a própria edição de súmulas pelo STF e pelo STJ, ainda que “comuns”, possuem certo efeito vinculante, pois demonstram a consolidação de jurisprudências que seguem em determinado sentido. Ainda em tempo, necessário relatar que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que não sejam sumuladas, possuem certa força de imposição em relação aos tribunais inferiores

O contrário seria supor que as decisões só possuem caráter de vínculo a partir do momento em que são positivadas, o que implica a descaracterização da força das sentenças proferidas pelo Supremo.

Ora, isso seria o mesmo que supor que a segurança jurídica e a previsibilidade dependeriam das súmulas e, por consequência, que o próprio Poder Judiciário, diante do sistema ao qual é submetido, não teria capacidade de responder aos seus deveres e aos direitos fundamentais do cidadão perante a justiça.⁸¹

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

O *Common Law*, como se conhece atualmente, surge na Inglaterra no período entre 1066 e 1485. Destaque que, àquela época, não era necessária uma formação universitária para operar a função de magistrado, de modo que não havia uma imposição da lei civil, mas predominantemente a lei comum.

Com a conquista da Inglaterra pela Normandia em 1066, houve um forte avanço para o estabelecimento do Common Law, uma vez que foi implementado o sistema feudal, de modo que este seria uma nova forma de organização jurídica e social da Inglaterra, abrindo espaço para os tribunais reais, que, por sua vez, trariam o direito comum.

Na concepção tradicional inglesa, a lei nem é considerada uma expressão normal do direito. Isso não significa dizer que os juízes não aplicavam e não aplicam a lei na Inglaterra. Eles aplicam, mas a norma trazida pela lei só será incorporada pelo direito inglês quando houver sido interpretada e aplicada pelos tribunais. É tornando jurisprudencial que se saberá o significado da lei e deixará de causar certa estranheza aos juristas.⁸²

Deve-se entender, portanto, a força que o precedente judicial possui no direito de *Common Law*. É uma força obrigatória, enquanto na *Civil Law* possui uma força mais persuasiva. A principal diferença entre ambos é a existência de uma sanção em caso de inobservância da aplicabilidade destes no caso concreto. Importa lembrar a necessidade de observância aos precedentes como forma não apenas de unificação de entendimento, mas como forma de atualização do direito à sociedade atual. Neste sentido, Marinoni:

Ora, seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário, em segurança jurídica e em previsibilidade caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões.⁸³

Pelo que se percebe a necessidade da observância aos precedentes também como forma de se desempenhar corretamente a competência jurisdicional respeitando a decisão dos tribunais superiores e visando maior segurança jurídica. Desde a reforma do Código de Processo Civil, em 2015, percebe-se uma nítida importância aos precedentes judiciais, estes entendidos como persuasivos enquanto não entendimentos sumulados vinculantes, como uma tentativa de uniformização do

⁸² FACHIN, Jéssica Amanda; PITTA, Rafael Gomiero. Common law: origem, características, fontes e precedente judicial obrigatório. **Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, p. 57, 2017.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

entendimento da atividade jurisdicional acerca de determinado caso. Passa-se a demonstrar a diferença entre precedente judicial e jurisprudência.

O precedente judicial é o julgado anterior que pode ser utilizado em um caso concreto semelhante. Para tanto, o precedente judicial precisa ser possível de ultrapassar a barreira temporal do caso em que estava inserido, não podendo utilizar-se tão somente de elementos fáticos intrínsecos ao caso anterior, bem como não pode apenas versar sobre julgados anteriores, de um modo que esteja repetindo precedentes.

A jurisprudência é o conjunto dos precedentes semelhantes, é a uniformização de um entendimento da atividade jurisdicional acerca de determinada questão judicial. Acerca do tema, Carlos Maximiliano expõe: “Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante”⁸⁴.

A função da jurisprudência em criar uma uniformização do entendimento deve ser analisada cuidadosamente. Por um lado, percebe-se, por vezes, a jurisprudência tomando as vezes do poder legislativo, quando a mesma vai de encontro ao quanto disposto em norma, seja porque os costumes, entendimentos e interpretações acerca daquela norma mudaram, seja porque o próprio poder legislativo não produziu uma atualização necessária para tal.

(...) o legislador somente pode caminhar por saltos, nos dados momentos em que põe em movimento seu aparato de produção legislativa, por mais motivado que esteja em manter sempre em dia a legislação. Em vez disso, a vida social evolui, fluídica e constantemente, em permanente indiferença pelas suas formas pretéritas. Faz-se, assim, inevitável que a lei ande sempre à retaguarda dos fatos sociais⁸⁵

Desta forma, entende-se que a jurisprudência é uma importante ferramenta para a própria atualização da legislação brasileira, demonstrando a evolução da sociedade em determinados aspectos, ou mudanças de entendimentos em relação a fatos específicos. Para além disto, a jurisprudência possui o importante caráter de demonstrar ao legislador que determinada norma ou interpretação se encontra ultrapassada ou é ineficaz, devendo esta sofrer a necessária alteração.

⁸⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁸⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Fabris. 1988, p. 32.

Verificada a importância dos precedentes, jurisprudências e súmulas para o direito brasileiro, deve ser demonstrado, no presente estudo, julgados que foram favoráveis à substituição dos regimes prisionais à época da pandemia por coronavírus, e quais foram os motivos que ensejaram estes precedentes.

O Conselho Nacional de Justiça editou, em 2020, a recomendação de número 62. Esta recomendação trouxe, em seu art. 5º, recomendações para a substituição das penas de prisão cumpridas no regime semiaberto e aberto para a prisão domiciliar, bem como a saída antecipada dos que se encontram em regime fechado e semiaberto.

Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela [Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal](#), sobretudo em relação às:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária;

III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;

IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;

V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias;

Parágrafo único. Em caso de adiamento da concessão do benefício da saída temporária, o ato deverá ser comunicado com máxima antecedência a presos e seus familiares, sendo-lhes informado, assim que possível, a data reagendada para o usufruto, considerando as orientações das autoridades sanitárias relativas aos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do novo coronavírus.

Art. 5-A. As medidas previstas nos artigos 4º e 5º não se aplicam às pessoas condenadas por crimes previstos na [Lei nº 12.850/2013](#) (organização criminosa), na [Lei nº 9.613/1998](#) (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher. ([Incluído pela Recomendação nº 78, de 15.9.2020](#))

Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.⁸⁶

Desta forma, percebe-se o caráter de recomendação do Conselho Nacional de Justiça, que, em que pese não ter força de imposição, é editada após estudo de viabilização e adequação, bem como consideração e ponderação de princípios elencados na execução das penas.

O Tribunal de Minas Gerais, levando em consideração esta recomendação e a Portaria Conjunta nº 19 do TJMG de 2020, passou a designar a prisão domiciliar para os apenados em regime semiaberto e aberto, conforme os julgados aqui elencados:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - REGIME SEMIABERTO - PRISÃO DOMICILIAR - RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020 CNJ - EXCEPCIONALIDADE DEMONSTRADA. A Prisão Domiciliar ao condenado que cumpre pena em regime Semiaberto, em razão da situação de emergência em saúde pública pela pandemia do novo Coronavírus, é excepcionalmente recomendada para evitar Excesso na Execução, em consonância com a Súmula Vinculante nº 56.

(TJ-MG - AGEPN: 10027160047331001 Betim, Relator: Octavio Augusto De Nigris Bocalini, Data de Julgamento: 29/06/2021, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/07/2021)

Acerca deste julgado, inclusive, importa relatar um fato importante. Durante a fundamentação, o magistrado trouxe um fato como entendimento para a sua argumentação, qual seja, a substituição de 3.000 apenados em um período de 60 dias.

Em virtude das decisões exaradas em caráter excepcional, mais de 3.000 presos do regime semiaberto foram colocados em prisão domiciliar ao longo desses últimos 60 (sessenta dias), o que trouxe como consequência o distensionamento do sistema prisional da Comarca de Ribeirão das Neves, levando praticamente ao esvaziamento de duas unidades destinadas à custódia de presos que cumprem pena nesse regime.⁸⁷

Pelo que se percebe, existe uma força atuando para o necessário desafogamento do sistema prisional, uma vez que a própria superlotação, conforme

⁸⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação Nº 62 de 17/03/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em 20 de out de 2021.

⁸⁷ TJ-MG - AGEPN: 10027160047331001 Betim, Relator: Octavio Augusto De Nigris Bocalini, Data de Julgamento: 29/06/2021, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/07/2021

já argumentado, contribui para a contaminação da covid-19 e suas diferentes cepas no cárcere, dadas as condições insalubres já demonstradas. Ainda em tempo, outro julgado, também do tribunal mineiro:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - PORTARIA CONJUNTA Nº 19/PR-TJMG/2020 E RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CNJ - PRISÃO DOMICILIAR - REGIME SEMIABERTO - TRABALHO EXTRAMUROS - MANUTENÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR - AGRAVO DESPROVIDO. EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - PORTARIA CONJUNTA Nº 19/PR-TJMG/2020 E RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CNJ - PRISÃO DOMICILIAR - REGIME SEMIABERTO - TRABALHO EXTRAMUROS - MANUTENÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR - AGRAVO DESPROVIDO. EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - PORTARIA CONJUNTA Nº 19/PR-TJMG/2020 E RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CNJ - PRISÃO DOMICILIAR - REGIME SEMIABERTO - TRABALHO EXTRAMUROS - MANUTENÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR - AGRAVO DESPROVIDO. EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - PORTARIA CONJUNTA Nº 19/PR-TJMG/2020 E RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CNJ - PRISÃO DOMICILIAR -- REGIME SEMIABERTO - TRABALHO EXTRAMUROS - MANUTENÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR - AGRAVO DESPROVIDO. A Portaria Conjunta nº 19/PR-TJMG/2020 e a Recomendação nº 62 do CNJ, que disciplinam providências para prevenção do contágio no sistema prisional durante a pandemia de Covid-19, não possuem caráter vinculante, incumbindo-se ao magistrado a valoração de cada "casu in concreto". Considerando a situação do reeducando, que cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto e lhe foi concedido o gozo do trabalho extramuros, imperiosa a manutenção da prisão domiciliar. Desprovisionamento ao recurso é medida que se impõe.

(TJ-MG - AGEPN: 10024130900525001 Belo Horizonte, Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento: 23/03/2021, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 25/03/2021)

Este julgado é interessante pela argumentação da necessidade do reeducando de trabalhar para a sua ressocialização, uma vez que, já tendo conseguido o trabalho extramuros, seria necessária a manutenção do regime domiciliar. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu de mesmo conforme:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. MANUTENÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. APENADO NO REGIME SEMIABERTO. RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CNJ. O apenado foi colocado em prisão domiciliar humanitária, em razão da pandemia do Covid-19, por se enquadrar nos requisitos da Ordem de Serviço 14/2020-VECRNH, o que foi mantido quando do deferimento do trabalho externo. Tendo sido condenado no regime semiaberto, o agravante possui uma condenação apenas e não registra intercorrências negativas no curso da execução da sua pena, mesmo depois de transcorridos 06 (seis) meses da concessão da prisão domiciliar humanitária, aplicando-se ao caso a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL DESPROVIDO.

(TJ-RS - EP: 50321552920218217000 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 10/06/2021, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/06/2021)

Ainda em tempo, o Agravo em Execução não fora o único meio utilizado para a substituição do meio de execução da pena dos apenados, tendo também o *Habeas*

Corpus a mesma causa de pedir. Ao se ver, pelo Tribunal Regional Federal da quarta região:

EXECUÇÃO PENAL. COVID-19. GRUPO DE RISCO. PRISÃO DOMICILIAR. RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CNJ. Definido o regime semiaberto ao apenado, que faz parte de grupo de risco, cabível a imposição de regime domiciliar para cumprimento da pena, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução, conforme sugere a Recomendação nº 62/2020 do CNJ

(TRF-4 - HC: 50254048120214040000 5025404-81.2021.4.04.0000, Relator: NIVALDO BRUNONI, Data de Julgamento: 28/07/2021, OITAVA TURMA)

Pelo que se percebe, a avaliação do enquadramento em grupo de risco é um dos fatores para a concessão da substituição do regime prisional, autorizando o regime domiciliar.

O Tribunal de Justiça do Amapá buscou atender à recomendação do CNJ. No entanto, estabeleceu como necessário o monitoramento eletrônico para esta concessão, conforme o seguinte julgado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME SEMIABERTO. PRISÃO DOMICILIAR. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. REQUISITOS LEGAIS. RECOMENDAÇÃO nº 62/2020 - CNJ. 1) A prisão domiciliar depende do preenchimento dos requisitos previstos no art. 117 da Lei de Execuções Penais. Excepcionalmente, admite-se aos condenados que se encontram em regime diverso do aberto. Precedentes do STJ. 2) A harmonização do regime semiaberto à prisão domiciliar com monitoramento eletrônico deve atender, cumulativamente, aos critérios subjetivos do art. 112, § 1º, da LEP e às condições estabelecidas na Recomendação 62/2020 do CNJ. Precedentes do STF. 3) Agravo provido.

(TJ-AP - AGV: 00009692520218030000 AP, Relator: Desembargador CARMO ANTÔNIO, Data de Julgamento: 29/04/2021, Tribunal)

Pelo que se percebe, a imposição da condição do monitoramento eletrônico para a concessão da substituição no estado do Amapá, impondo, cumulativamente, a pena privativa de liberdade e uma medida cautelar.

4.2 A POSSIBILIDADE PRÁTICA DA SUBSTITUIÇÃO

Após a exposição dos precedentes, bem como de toda a argumentação construída durante este trabalho, percebeu-se que, na prática, é possível, e sobretudo necessária, a substituição da pena cumprida em estabelecimentos carcerários por regimes domiciliares na pandemia, levando-se em consideração o cenário dos estabelecimentos prisionais que facilitam a contaminação por coronavírus.

No entanto, a jurisprudência caminha no sentido de condicionar esta substituição a uma série de fatores subjetivos e objetivos, de modo a não tornar esta possibilidade uma prática indiscriminada. O magistrado, ao avaliar o caso em concreto, deve avaliar determinados aspectos para a concessão do benefício.

O primeiro fator que sobressai é o regime do apenado. Tanto o regime semiaberto quanto o aberto possibilitam de maneira menos rígida a concessão do benefício da prisão domiciliar humanitária. Acerca do regime aberto, já se possui a prática da substituição pelo regime domiciliar, olvidando-se os requisitos subjetivos elencados na Lei de Execução Penal em seu Art. 117, uma vez que os estabelecimentos penais próprios para o regime aberto no Brasil são incapazes de cumprir a demanda dos apenados que se encontram neste cenário.

Acerca do regime semiaberto, percebe-se a condicionante do trabalho como um fator importante para a concessão do benefício, uma vez que se leva em consideração não apenas a segurança do apenado, como também a necessária ressocialização.

Para além deste fato, a exposição do custodiado ao trabalho com o seu pernoite nas colônias agrícolas acabaria por facilitar uma transmissão do coronavírus no sistema prisional, uma vez que multiplicaria os fatores da contaminação em um cidadão preso, tendo mais uma possível fonte da contaminação da doença.

Com relação ao regime fechado, em que pese poucos precedentes permitirem a substituição, foi demonstrado o aspecto subjetivo de o indivíduo necessariamente possuir um quadro clínico que agrave a possibilidade de contaminação. No entanto, este fator deve ser comprovado para a concessão da benesse, conforme precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - DECISÃO SEM PRÉVIA OITIVA DO MP - NULIDADE - AUSÊNCIA - PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA - REGIME FECHADO - PANDEMIA DA COVID-19 - CONCESSÃO EXCEPCIONAL - POSSIBILIDADE - SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE - DEMONSTRAÇÃO. Não há nulidade da decisão que defere prisão domiciliar excepcional, sem prévia oitiva do órgão ministerial, diante do caráter emergencial, devido à situação ocasionada pelo novo coronavírus, e a inexistência de prejuízo. Comprovada a impossibilidade da assistência médica à apenada portadora de doença grave no estabelecimento prisional em que cumpre pena em regime fechado, cabível a concessão de excepcional prisão domiciliar humanitária, conforme precedentes dos Tribunais Superiores.

(TJ-MG - AGEPN: 10024204400022005 Belo Horizonte, Relator: Valéria Rodrigues Queiroz, Data de Julgamento: 02/06/2021, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/06/2021)

Percebe-se, portanto, não apenas a necessária condição do indivíduo preso que possibilite um agravamento na contaminação ou quando já contaminado, necessitando-se ainda a comprovação da impossibilidade de fornecimento de um tratamento adequado dentro do sistema prisional.

Esta escassez da possibilidade da substituição em um cenário de regime fechado acontece pela própria pena cumulada e pelo giro ao punitivismo, que já fora abordado em tópico anterior. A jurisprudência caminha no sentido de dificultar a saída ou a substituição a pena para o indivíduo que cometera um crime hediondo ou crime cuja pena que a ele fora dada fatalmente o colocara no regime fechado, conforme se vê nos julgados abaixo relacionados.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. PRISÃO DOMICILIAR. COVID-19. NÃO CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Embora o paciente comprove ser portador de quadro asmático, não se vislumbra motivos para deferir a prisão domiciliar, nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, que enseja juízo de reavaliação dos benefícios no cumprimento da pena e não conteúdo vinculante quantos às orientações, pois foi consignado pelo juízo da execução que o agravante recebe assistência médica regular no presídio em que se encontra custodiado. 2. O paciente cumpre pena em regime fechado pela prática do crime de roubo majorado, circunstâncias que mostram não ser recomendável a colocação em meio aberto por prisão domiciliar ou por medidas cautelares alternativas. 3. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no HC: 600496 SP 2020/0185826-9, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 25/08/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/09/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ESTUPRO E FURTO. PRISÃO DOMICILIAR. RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CNJ. COVID-19. REGIME FECHADO. CRIME VIOLENTO. REQUISITOS DA DOMICILIAR NÃO COMPROVADOS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O crime de estupro é praticado com violência ou grave ameaça, o que impossibilita a concessão da prisão domiciliar com fundamento na Recomendação n. 62/2020-CNJ. Ademais, o paciente cumpre pena desde 28/11/2017, total de 10 anos, 11 meses e 6 dias de reclusão, em regime prisional fechado, com término previsto para 14/10/2028. 2. Não restou demonstrado pela defesa comprovação inequívoca e recente de que o estabelecimento prisional está impossibilitado de oferecer o tratamento necessário ao segregado. 3. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no HC: 590594 SP 2020/0148421-3, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 25/08/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/09/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LATROCÍNIO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. EXECUÇÃO PENAL. REGIME FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. RECOMENDAÇÃO 62 DO CNJ. NÃO APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIMES HEDIONDOS. AGRAVO

IMPROVIDO. 1. A concessão de prisão domiciliar visando a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade depende da análise do real estado de saúde do preso e das condições do estabelecimento prisional, não servindo como salvo conduto indiscriminado a todos os integrantes de grupos de risco. No caso, foi consignado que o estado de saúde do agravante está estabilizado e não foi comprovada a impossibilidade de receber tratamento médico no presídio. 2. Além do mais, ocorreu a edição da Recomendação n. 78/2020, em que o Conselho Nacional de Justiça, embora tenha prorrogado os efeitos da Recomendação n. 62/2020, restringiu seu alcance para que não haja soltura de presos que praticaram crimes mais graves. Foi acrescido o art. 5-A, segundo o qual as medidas previstas nos arts. 4º e 5º não se aplicam às pessoas condenadas por crimes previstos na Lei n. 12.850/2013 (organização criminosa), na Lei n. 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), "por crimes hediondos" ou por crimes de violência doméstica contra a mulher. Assim, tendo sido o agravante condenado por crimes hediondos, como na espécie, latrocínio e extorsão mediante sequestro, não são aplicáveis as disposições do art. 5º da Recomendação 62 do CNJ. 3. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no HC: 623458 BA 2020/0291295-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 07/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2020)

Desta forma, percebe-se que há uma maior restrição da concessão do benefício da prisão domiciliar humanitária àqueles indivíduos que cumprem pena em regime fechado, ou que cometeram crimes hediondos.

Na prática, como já se viu nos tópicos anteriores, a prisão acaba por proporcionar ao indivíduo um ambiente hostil e propício a infecções, não apenas àqueles que já possuem uma condição prévia ao cárcere que aumentem ou agravem a possibilidade de contaminação, mas aqueles que possuem uma boa saúde e, pela exposição ao cárcere nas condições em que se encontra o sistema prisional brasileiro, a perdem.

Percebe-se, desta forma, que a possibilidade da substituição dos regimes prisionais em meio a pandemia por coronavírus surge como uma medida do judiciário brasileiro que visa a dupla penalização do indivíduo, uma vez que demonstrada a taxa de contaminação dentro do cárcere como duas vezes maior do que fora deste, o indivíduo estaria exposto a uma possibilidade maior de infeccionar-se com o coronavírus.

O princípio da integridade física é de necessária observação ao analisar os precedentes elencados. A jurisprudência trazida demonstra que, entre os fatores considerados para a concessão da benesse, está a prevenção à contaminação dentro dos presídios, que fatalmente fere a integridade física dos apenados, possibilitando, em casos mais graves, a morte destes.

Não somente os apenados devem ser levados em consideração ao conceder-se o benefício do regime domiciliar para estes indivíduos, uma vez que o sistema prisional não é formado apenas por custodiados. Um maior número de cidadãos presos inevitavelmente traria maiores riscos para aqueles que com eles convivem, como os próprios agentes penitenciários e servidores públicos que trabalham no sistema carcerário.

Considerando-se a facultatividade da aplicação da resolução nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, vez que possui tão somente o caráter de recomendação, não tendo natureza de norma resolutiva, a aplicação desta na prática deve considerar as nuances dos casos em concreto e, em maior caráter, a própria ressocialização do apenado e afastamento de uma realidade muito mais cruel do que a gerada pela própria doença.

Há a precariedade do sistema como um todo e sempre, mas neste momento pandêmico, essa defesa é ainda mais necessária, levando-se em consideração o Direito Penal como defensor dos direitos fundamentais, bem como inibidor da prática de delitos, das vinganças privadas e das vinganças públicas.

Com efeito, essa punição deve cumprir a sua função mais importante, qual seja, a ressocialização do custodiado de uma maneira que o mesmo não volte mais a delinquir, criando possibilidades de readequação de trabalho ou estudo, demonstrando melhores oportunidades para o cidadão preso, que por vezes apenas cumpre a sua pena e, ao voltar ao convívio social, torna a delinquir, tendo como um dos causadores da reincidência a falta de acompanhamento do custodiado, bem como a falta de oportunidades ao sair do cárcere.

Desta feita, a prática da substituição do regime semiaberto cumprido no cárcere pelo regime domiciliar considerando a possibilidade de trabalho extramuros acaba por possibilitar a ressocialização para o cidadão preso, que o mesmo não encontraria acaso não lhe fosse propiciado o trabalho enquanto custodiado.

Deve-se salientar que, na prática, a concessão da substituição pelo regime domiciliar acontece de maneira temporária, possibilitando-se a renovação, acaso persista a situação de lesão ao princípio da integridade física por conta da pandemia por coronavírus. Acerca do tema, precedente:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CNJ - PRISÃO DOMICILIAR - RÉGIME SEMIABERTO - TRABALHO EXTRAMUROS COMPROVADO - MANUTENÇÃO PRISÃO DOMICILIAR - SITUAÇÃO ESPECIAL DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR TEMPORÁRIA - REAVALIAÇÃO DA BENESSE - FIXAÇÃO DE PRAZO - POSSIBILIDADE. 01. A Recomendação nº 62 do CNJ, que disciplina providências para prevenção do contágio no sistema prisional durante a pandemia de Covid-19, não possui caráter vinculante, incumbindo-se ao magistrado a valoração de cada "casu in concreto". 02. Considerando a situação do reeducando, que cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto, e possui trabalho extramuros, imperiosa a manutenção da prisão domiciliar. 03. Sendo concedida ao reeducando, em caráter temporário, a situação especial de recolhimento domiciliar, imperativa a fixação de prazo para que a citada benesse seja reavaliada, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

(TJ-MG - AGEPN: 10382180000384001 Lavras, Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento: 31/08/2021, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/09/2021)

No precedente trazido, o prazo estipulado para a reavaliação da situação do custodiado beneficiado fora de 120 dias a contar da decisão, de modo que a manutenção desta estaria condicionada à manutenção da situação pandêmica, ou agravo da mesma.

Acerca do regime aberto, no entanto, não há a mesma situação, posto que acerca do regime domiciliar, pela falta de infraestrutura adequada para o suporte do regime aberto no Brasil, sua concessão torna-se a regra.

Desta forma, contrariando o argumento de que uma liberação de determinados cidadãos presos iria criar um problema de segurança pública ainda maior que a pandemia, a jurisprudência brasileira busca trazer critérios que possibilitem a substituição da pena cumprida no cárcere para o regime domiciliar em tempos pandêmicos.

Se por um lado a população não pode sofrer com um aumento do cometimento de crimes pela substituição dos regimes dos apenados, estes também não podem sofrer situações ainda maiores por causa do cenário do cárcere, que possibilita a lesão de direitos garantidos pela constituição, a exemplo da integridade física, desrespeitada em casos de pandemia no cárcere.

Percebe-se que há em cena o problema do punitivismo como a resposta, a retaliação ao cometimento de delitos. O isolamento social como solução que diverge do maior objetivo da pena, qual seja, a ressocialização.

Neste diapasão, é fundamental o respeito aos direitos fundamentais do apenado, que necessita não ser lesionado no cárcere, para a busca de oportunidades e conseqüente ressocialização ao sair da condição de custodiado.

Pelo que entende ser possível, tanto em teoria quanto na prática, a substituição da pena privativa de liberdade cumprida no cárcere pelo regime domiciliar, levando-se em consideração a lesão ao princípio da integridade física do apenado própria do atual cenário carcerário, reconhecido e declarada como estado de coisas inconstitucionais, agravado pela pandemia por coronavírus.

5. CONCLUSÃO

Após a exposição dos dados coletados, da jurisprudência, bem como de todo o arcabouço histórico-argumentativo trazido, foi esclarecido que a substituição da pena cumprida no sistema carcerário para a prisão domiciliar em decorrência da pandemia pelo coronavírus existe, como forma de proteção ao princípio da integridade física dos apenados, que estariam expostos ainda mais à pandemia acaso permanecessem no cárcere.

Essa substituição é decorrente de fontes seguras de análise situacional dos apenados, quais sejam, o CNJ, que trouxe a recomendação nº 62/2020, após estudo de viabilidade e adequação em um panorama nacional do cenário enfrentado pelos apenados nos presídios, além de documentos editados pela OMS e pela ONU, disponibilizados trechos interessantes ao final do segundo capítulo.

A substituição ocorre se cumpridos determinados requisitos, como forma de contenção da saída dos apenados, havendo uma valoração de determinados aspectos - tais como o crime cometido, o regime inserido e as condições de saúde do apenado – para a concessão, ou não, do benefício em decorrência da pandemia.

Este benefício visa evitar que a pandemia seja promovida no espaço carcerário, colocando em risco não apenas a integridade física dos apenados, mas dos servidores públicos, diretores dos presídios, médicos ou de quaisquer pessoas que tenham um mínimo de contato com os apenados, e que poderiam estar em risco de igual modo.

É uma medida necessária, levando-se em consideração a exposição dos apenados a um cenário insalubre e de constantes violações, que afetam diretamente as suas condições físicas, aumentando a possibilidade de contágio, principalmente em celas coletivas com superlotação, situação comum nos presídios nacionais.

Ao promover a substituição, fica nítido que as condições do cárcere, nos moldes em que o mesmo se encontra, fere determinados direitos dos apenados. Partindo deste pressuposto, entende-se que mudanças devem ser feitas, principalmente em tempos pandêmicos, sempre presentes na história da humanidade, seja em uma era, seja em outra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERSEN, K. G. *et al.* The proximal origin of SARS-CoV-2. **Nature Medicine**, v. 26, n. 4, p. 450–452, 2020.
- AQUINO, São Tomás de. **Summa Theologiae, Secunda Secundae Partis**, q. LVIII, art. XI. Tradução por Mário Ferreira dos Santos.
- AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.
- BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Paulinas Editora. Gênesis 1, vers. 26–27, p. 4, 2011.
- BIRMAN, Joel. A physis da saúde coletiva. **PHYSIS - Revista de Saúde Coletiva**, v. 1, n. 1, p. 7-11, 1991.
- BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORGES, Caroline; CARNEIRO, Gabriela Prestes. Morcegos, humanos e pandemias: perspectivas de longa duração para o entendimento das relações entre sociedades e ambientes. **Tessituras: Revista de antropologia e arqueologia**, v. 8, p. 128-156, 2020.
- BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.
- BRASIL, Planalto. **DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acesso em 17 de set de 2021.
- BRASIL, Planalto. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 22 de set de 2021.
- BRASIL, Planalto. **Lei Orgânica da Saúde. LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em 20 de set de 2021.
- BRASIL, Planalto. Projeto de Lei nº 9.054/17. Disponível em [TEXTO FINAL APROVADO PELA COMISSÃO DE \(camara.leg.br\)](http://www.camara.leg.br/legislacao/projeto-de-lei/9054-17) acesso em 03 de set de 2021.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade.** – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. 976 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1) Disponível em http://www.memoriasreveladas.gov.br/administrator/components/com_simplefilemanager/uploads/CNV/relat%C3%B3rio%20cnv%20volume_1_digital.pdf Acesso em 03 de set de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário.** – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384

BRUSSOW, Harald. What we can learn from the dynamics of the 1889 ‘Russian flu’ pandemic for the future trajectory of COVID-19. Tradução do autor. Disponível em <https://sfamjournals.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1751-7915.13916> Acesso em 03 de out de 2021.

BUDGE, E. A. W. **The Egyptian Book of the Dead.** Londres: Penguin Classics, 2008.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – Brasília: CNJ, 2019. **Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19 - Registro de casos e óbitos. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/monitoramento-casos-e-obitos-covid-19-2021-info-240821.pdf> Acesso em 11 de set de 2021.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ renova Recomendação nº 62 por mais 90 dias e divulga novos dados**, pesquisa veiculada no portal CNJ, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-renova-recomendacao-n-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>. Acesso em 13 de jul. de 2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **MONITORAMENTO CASOS E ÓBTOS COVID – 19.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Monitoramento-Casos-e-%C3%93bitos-Covid-19-2.6.21-Info.pdf> acesso em 04 de jun. de 2021.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **MONITORAMENTO CASOS E ÓBTOS COVID – 19.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

[content/uploads/2021/09/monitoramento-casos-e-obitos-covid-19-150921.pdf](#) Acesso em 23 de set. de 2021.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação Nº 62 de 17/03/2020. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em 20 de out de 2021.

COELHO, Fernando. **Uma tradução do livro IV do Digesto hermeneuticamente fundamentada**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Comunicação e Expressão, Programa de Pós-Graduação em Estudos de Tradução, Florianópolis, 2018.

CONSÓRCIO DE NOTÍCIAS. **Brasil ultrapassa 592 mil mortes por Covid; média móvel volta a indicar alta após 3 meses**. Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/09/22/brasil-ultrapassa-592-mil-mortes-por-covid-media-movel-volta-a-indicar-alta-apos-3-meses.ghtml> Acesso em 23 de set de 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de nov de 1969). Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em 31 de ago de 2021.

DA SILVA, Mygre Lopes; DA SILVA, Rodrigo Abbade. Economia brasileira pré, durante e pós-pandemia do covid-19: impactos e reflexões. **Observatório Socioeconômico da COVID-FAPERGS**, 2020.

DE OLIVEIRA, Gisele Souza *et. al.* **Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS *Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.* Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> . Acesso em 31 de ago de 2021.

DEPEN – Departamento penitenciário nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** Atualização - Dezembro de 2016. Disponível em

<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2016-rev-12072019-0802.pdf> Acesso em 08 de set de 2021.

DUARTE, Phelipe Magalhães. COVID-19: Origem do novo coronavírus. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 3585-3590, 2020.

FACHIN, Jéssica Amanda; PITTA, Rafael Gomiero. Common law: origem, características, fontes e precedente judicial obrigatório. **Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, p. 57, 2017.

FERNANDES, D. F. O grande encarceramento brasileiro: política criminal e prisão no século XXI. **Revista do CEPEJ**, n. 18, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20184>. Acesso em: 11 set. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. O Direito à Integridade Física e sua Proteção Penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 59, 2016.

GUIMARÃES, Larissa. O dever de respeito aos precedentes judiciais como decorrência de uma nova compreensão da ordem jurídica. **Revista da ASSEJUR**, n. 2, 2019.

HAINDL, A. L. La Peste Negra. *Arqueología, historia y viajes sobre el mundo medieval*, v. 35, 56-69. 2010

HENAO - KAFFURE, Liliana. El concepto de pandemia: debate e implicaciones a propósito de la pandemia de influenza de 2009. **Revista Gerencia y Políticas de Salud**, p. 53-68, 2010.

IBADPP. **O IBADPP divulga o resultado da pesquisa sobre as audiências de Custódia realizadas no estado**. Disponível em <http://www.ibadpp.com.br/o-ibadpp-divulga-o-resultado-da-pesquisa-sobre-as-audiencias-de-custodia-realizadas-no-estado/> Acesso em 05 de out de 2021.

INFOPEN 2019, Painel interativo. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen> Acesso em 08 de set de 2021.

INFOPEN. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos. Pesquisa disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/populacao-carceraria-2011.pdf> Acesso em 30 de out de 2021.

JURISPRUDÊNCIA. BRASIL. Acórdão 1113933 disponível em <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/direitos-assegurados-a-pessoa-presa-assistencias-familiar-material-a-saude-juridica-educacional-e-religiosa> Acesso em 10 de set de 2021.

JURISPRUDÊNCIA. BRASIL. TJ-MG - AGEPN: 10027160047331001 Betim, Relator: Octavio Augusto De Nigris Boccalini, Data de Julgamento: 29/06/2021, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/07/2021

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KILINGRAY, David. Tradução de Rui Cabral. **A pandemia de gripe de 1918-1919: causas, evolução e consequências**. Disponível em https://www.ics.ulisboa.pt/sites/ics.ulisboa.pt/files/Imprensa/pneumonica_-_cap_1.pdf Acesso em 03 de out de 2021.

LEWANDOWSKI, Min. Ricardo. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MARTINS, Pedro Ribeiro. **A Constituição dos Atenienses**. Coimbra: Coimbra University Press, 2011.

MATRAK FILHO, Riskala. A doutrina de polícia repressiva e a sua aplicação na filosofia de polícia comunitária. **Revista Ordem Pública**, v. 3, n. 1, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018

MONDAINI, Marco. **Direitos Humanos**. São Paulo: Contexto, 2006.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

OMS – Organização Mundial da Saúde. Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention. Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336525/WHO-EURO-2020-1405-41155-55954-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 23 de set de 2021. Tradução do autor.

ONU – Organização das Nações Unidas. Órgão de prevenção à tortura recomenda ações para proteger pessoas privadas de liberdade. Disponível em <https://acnudh.org/pt-br/covid-19-se-necesitan-medidas-para-proteger-a-las-personas-privadas-de-libertad-expertos-onu/> Acesso em 23 de set de 2021. Tradução do autor.

OPAN - Organização Pan Americana de Saúde. OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812, acesso em 13 de jul. de 2020.

PAHO - COVID-19 TIMELINE. Disponível em <https://www.paho.org/en/covid-19-timeline> Acesso em 04 de out de 2021.

PEREIRA SANTOS, Alexandre. Magno Borges. **Iluminismo político: a libertação do homem pelo Direito**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/23331/iluminismo-politico-a-libertacao-do-homem-pelo-direito> Acesso em 31 de ago de 2021.

PESCADOR, D. da C. / UNOPAR Cient., Ciênt. Juríd. Empres., Londrina, v. 7, p. 15-21, mar. 2006

PROCOPIO DE CESAREA, *Sobre las guerras, libro II*, capítulos 22-23 (tradução de Montserrat Camps Gaset) disponível em: <https://epidemiesedatmitjana.wordpress.com/2020/04/03/procopi-historia-de-les-guerres-ii-22-23/>. Acesso em 03 de out de 2021.

Programa Mundial de Influenza, Organización Mundial de la Salud. **Preparación y respuesta ante una pandemia de influenza Documento de Orientación de la OMS**. Abr. del 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões Da Dignidade Da Pessoa Humana: Construindo Uma Compreensão Jurídico-constitucional Necessária E Possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, 2007

TAVARES, Nathália Escansetti. **A tipicidade penal moderna**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

WHO – COVID-19 TIMELINE. Disponível em <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline> Acesso em 04 de out de 2021.