

## PENA LEGAL X PENA REAL: PROTEÇÃO DA VIDA EM TEMPOS DE PANDEMIA

LEGAL PENALTY X REAL PENALTY: PROTECTION OF LIVE DURING A PANDEMIC

Rômulo de Aguiar Araújo<sup>1</sup>  
Douglas Bonaldi Maranhão<sup>2</sup>

**1** Unicesumar (Londrina)

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UniCesumar (2018). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal e do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais e as Ciências Criminais no Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, IDCC, em Londrina, Paraná. Professor de Direito Penal da Unicesumar Londrina, Paraná. Advogado Criminalista.

**E-mail:**

romuloaraujoadv@gmail.com

**Orcid:**

<https://orcid.org/0000-0002-3978-9390>

**2** Universidade Estadual de Londrina

Doutor em Direito Penal pela USP - Universidade de São Paulo. Professor de Direito Penal da Universidade Estadual de Londrina. Professor convidado de Cursos de Especialização em Direito e Processo Penal. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Paraná (Suplente). Membro da Comissão dos Advogados Criminalistas OAB/Londrina. Membro do Conselho da Comunidade de Londrina.

**E-mail:**

contato@dbmadvocacia.com.br

**Como citar:** ARAÚJO, Rômulo de Aguiar; MARANHÃO, Douglas Bonaldi. Pena legal x pena real: proteção da vida em tempos de pandemia. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 6, n. 1, e020, jan/jun, 2021. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v6n1.e020

**Resumo:** A compreensão do problema do sistema carcerário brasileiro depende da compreensão do estado de coisas inconstitucional que se vê instalado nele há anos. A ADPF n. 347 vem a discutindo o tema desde 2015 e com a Pandemia em função do Covid-19, a Recomendação n. 62/2020 do CNJ e ADPF 684, vieram para reforçar a necessidade da promoção da igualdade do preso e sua visibilidade social como forma de prover a ele o direito a uma pena realmente aplicada diretamente proporcional àquela prevista em lei e sentença, como forma de proteção de sua vida nestes tempos difíceis de doença generalizada.

**Palavras-chave:** direito a vida; estado de coisas inconstitucional; Covid-19.

**Abstract:** In order to understand the problem of the Brazilian penitentiary system, it is necessary to understand the unconstitutional state of affairs that this system has been experiencing for years. The ADPF no. 347 has been discussing the topic since 2015, and since the COVID-19 Pandemic, also the Recommendation n. 62/2020 of the CNJ and ADPF 684 came to reinforce the need to promote the values of equality and social visibility of the prisoner, as a way to provide him with the fundamental right to a penalty actually enforced to the measure of what is prescribed in law and sentence, and as a form of protection of life in these unprecedented times.

**Keywords:** right to life; unconstitutional state of affairs; Covid-19.

## 1 INTRODUÇÃO

Até que ponto de justifica a manutenção da prisão cautelar ou execução das penas privativas de liberdade no Brasil durante a Pandemia em função da Covid-19, se o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro é evidente? Por que a falta de observância por conta dos julgadores dos documentos internacionais, da Constituição e da legislação infraconstitucional em razão da necessidade de tomada de medidas urgentes visando a diminuição da proliferação de Covid-19 nos presídios brasileiros?

Esses são alguns dos questionamentos que se buscará responder ao longo deste trabalho, através de uma análise das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPFs n. 347, n. 660 e n. 684 em trâmite no Supremo Tribunal Federal – STF e da Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, referentes ao estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e efetivação de direitos fundamentais dos presos em meio a Pandemia que se instalou no mundo, a forma como a invisibilidade social dos presos são uma barreira para essa tutela de direitos e quais os mecanismos para enfrentá-la buscando uma igualdade material entre todos.

## 2 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO EM MEIO A PANDEMIA E AS ADPFS N. 347, N. 660, N. 684 E A RECOMENDAÇÃO N. 62 DO CNJ

No Brasil, desde 2015, o Supremo Tribunal Federal analisa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) sob n. 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) denunciou todos os problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro<sup>1</sup>, e pediu atuação positiva do Supremo Tribunal Federal, assim como foi feito pela Corte Constitucional Colombiana (Sentença ST 153, de 1998)<sup>2</sup> para que interfira na atuação dos órgãos públicos competentes para a efetivação de direitos fundamentais, através de conduta positiva do legislador, a implementação de políticas públicas, dotação orçamentária e a atuação de diferentes órgãos em conjunto, inclusive do Supremo Tribunal Federal como agente fiscalizador, perante a violação contínua dos direitos fundamentais dos encarcerados.

---

1 A ADPF nº 347 usa como base de dados Representação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, Parecer do Professor Juarez Tavares, Relatório da CPRI do Sistema Carcerário, da Câmara dos Deputados de 2009, como outros relatórios sobre o atual sistema carcerário brasileiro.

2 COLÔMBIA. Corte Constitucional República da Colômbia. Sentença T-153/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>> Acesso em: 18 jan. 2017.

A ADPF n. 347/DF levou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal o verdadeiro descontrole que se encontra o sistema prisional brasileiro, configuração atual que apresenta superlotação, insalubridade, doenças infectocontagiosas, escassez de água e produtos higiênicos, bem como alimentação inadequada, além de todas as mazelas que permeiam a inter-relação daqueles atores que transitam junto ao sistema carcerário e que identificadas diariamente, seja entre funcionários e encarcerados ou entre estes próprios.

Neste ambiente, os próprios presos ou agentes estatais vivem o desmando em algumas unidades, onde as decisões tomadas partem de estruturas paralelas às diretivas legais, além da ausência de assistência jurídica, material e à saúde adequadas representando um claro distanciamento do cumprimento de deveres por parte do Estado.

Os dados de níveis educacionais dos presos apresentados são lamentáveis. A Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário constatou em 2008 que a atual situação é insustentável, mesmo tendo em vista a boa base legislativa e estrutura do Estado Nacional. Os presos são tratados com indiferença, restando claro que a seletividade do sistema prisional afeta a maioria da população pobre, negra, semianalfabeta, sem qualquer condição de contratar advogado ou residentes em estados onde a defensoria pública é inexistente ou deficitária<sup>3</sup>.

A Comissão Parlamentar de Inquérito desde 2008 e também em 2015, já trazia a conhecimento das autoridades públicas e da própria sociedade quanto ao tamanho do problema e citavam que “apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que concedido aos animais [...] Ao invés de recuperar quem desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas”<sup>4</sup>.

Na petição inicial da ADPF n. 347<sup>5</sup>, é mencionado também o conhecimento dos próprios Ministros do Supremo, que já constataram a situação caótica que se vive e, em alguns momentos, destacaram que no Brasil a pessoa que é condenada sofre sanções penais que não estão nem previstas no Código Penal, sanções que vão muito além do que a própria lei cogita. Evidencia também as intervenções sofridas pelo Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos, condenando o Estado a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das

---

3 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 222.

4 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

5 UERJ. Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país, nos Estados de Pernambuco, Rondônia, São Paulo, Maranhão e Rio Grande do Sul.

Mais recentemente o ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca, Relator do RHC 136.961<sup>6</sup>, concedeu *habeas corpus* para que seja contado em dobro todo o período em que um homem esteve preso no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu-RJ com base em determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. A unidade prisional já havia sido objeto de inspeções realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em função de denúncias previamente feitas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro sobre a situação que assolava o presídio. Não há como negar que as prisões brasileiras se tornaram lugares que favorecem o aumento da criminalidade, o domínio das facções criminosas ganha corpo e conquista os espaços que o Estado não alcança, como perfeito direito paralelo<sup>7</sup>, servindo de espaço propício para angariar mais e mais pessoas para sua organização. O encarceramento em massa, em vez de diminuir a criminalidade, tem efeito contrário e aumenta os índices de reincidência e violência contra a sociedade. A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos, constatou que:

Un sistema penitenciario que funcione de forma adecuada es un aspecto necesario para garantizar la seguridad de la ciudadanía y la buena administración de la justicia. Por el contrario, cuando las cárceles no reciben la atención o los recursos necesarios, su función se distorsiona, en vez de proporcionar protección, se convierten en escuelas de delincuencia y comportamiento antisocial, que propician la reincidencia en vez de la rehabilitación.<sup>8</sup>

Ainda menciona a Comissão importância da manutenção da vida e integridade física de toda pessoa privada de liberdade como dever do Estado e obrigações positivas de tomar todas as medidas preventivas necessárias para protegê-la dos ataques de terceiros que possam atingi-la. Haja vista que o Estado é que exerce o controle total sobre a vida dos presidiários e tem a “*obligacion de protegerlos contra actos de violencia provenientes de cualquier fuente*”<sup>9</sup>. Se o Estado prende alguém, é dele a responsabilidade de dar-lhe condições de viver, ou seja, o

6 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n. 163.961/RJ. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Publicação no Dje/STJ n. 3137 de 30.04.2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pena-cumprida-situacao-degradante.pdf>> Acesso em: 13. jul. 2021.

7 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo, 2ª edição Ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2002, p. 24.

8 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de liberdade em las Américas. 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppi/docs/pdf/ppi2011esp.pdf>> Acesso em: 10 out. 2017.

9 Idem.

encarceramento não pode se dar em condições desumanas ou degradantes, conforme previsto no artigo 5º incisos III e XLVII, alínea ‘e’ da Constituição Federal. Há uma relação especial de sujeição, em que o preso tem restrição aos seus direitos, mas de outro lado o Poder Público deve garantir a ele direitos fundamentais que não foram limitados ou alcançados pela sentença, pois o Estado quando encarcera qualquer indivíduo, chama a tutela deste para si, emergindo assim inúmeros deveres que deverão ser cumpridos, a fim de que os direitos pertencentes àqueles privados de liberdade sejam respeitados.

O problema de proteção estatal dos direitos fundamentais dos presos não é no plano legislativo – a legislação quanto a execução penal principalmente não apresenta tantos problemas – e sim de garantia e respeito aos direitos humanos dos presos brasileiros em todos os seus poderes e instâncias executivas e judiciárias, que raramente representam qualquer vontade política para materializar a promessa constitucional de garantia à dignidade.

A superlotação, característica principal de violação a direitos fundamentais, inviabiliza as condições mínimas de higiene, saúde, segurança, privacidade e conforto aos presos, consistindo em tratamento cruel e degradante que atinge a integridade física e psíquica dos internos, frustra a reintegração social e contribui para o aumento da violência, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

Os dados apontam que a população carcerária brasileira nos últimos anos aumentou exponencialmente saindo 232.755 pessoas presas no ano de 2000, para 766.752 presos atualmente, dados de dezembro de 2019, segundo o Levantamento Nacional do INFOPEN<sup>10</sup>, e conforme dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>11</sup> já somam 910.964 presos, que se apresenta desproporcional a taxa de crescimento populacional do país neste período, haja vista que, pelo Censo do IBGE no ano de 2000, o país contava com 190.755.799 habitantes e atualmente, em julho de 2021, a projeção da população do Brasil é de 213.327.587 habitantes<sup>12</sup>.

---

10 DEPEN. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro de 2019. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acesso em 24.07.2020.

11 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas do Banco Nacional de Mandados de Prisão – Nacional. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>> Acesso em: 13 de jul. de 2021.

12 IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> Acesso em: 12.07.2021.

No que diz respeito às mulheres inseridas nas prisões brasileiras, o ritmo de aprisionamento é muito superior ao dos homens, de 2005 a 2019 houve um salto de 12.925 para 36.929 mulheres, também conforme apresentam os dados do INFOPEN<sup>13</sup>.

A ADPF n. 347/DF apresenta também outros países onde a técnica decisória alternativa foi utilizada, além da colombiana, para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional sendo já utilizada em países como nos Estados Unidos, Peru, África do Sul, Argentina, e Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>14</sup>. Nos Estados Unidos foram utilizadas técnicas decisórias alternativas em confronto à violação massiva de direitos fundamentais, quanto à segregação racial em escolas públicas, para melhorar as instituições psiquiátricas e ao sistema carcerário americano, conforme foi apontado na Petição Inicial da ADPF n. 347.

Foi declarada a inconstitucionalidade das unidades prisionais de 41 Estados, que culminou na determinação de criação de um código que regulamentasse “administração das prisões, cobrindo aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário, assistência médica, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação”<sup>15</sup>. Ainda nos Estados Unidos, a Suprema Corte julgou o caso *Brown v. Plata*, em que confirmou a decisão do Estado da Califórnia, que determinava a soltura de 46 mil presos de baixa periculosidade e medidas que fossem capazes de limitar a população prisional em até 137,5% da capacidade dos presídios, entendendo que essa seria medida necessária para remediar as violações a direitos fundamentais. Tal decisão foi trazida em Voto Vista do Ministro Luiz Roberto Barroso em Recurso Extraordinário 580.252/MS:

A decisão da *Three-judge Court* havia sido proferida nas causas correlatas *Coleman v. Brown* e *Plata v. Brown*, relativas à ausência de tratamento adequado para presos com deficiências mentais e à falta de assistência médica aos presos, respectivamente. Nessa ocasião, tal Corte constatou que as graves condições sanitárias e a carência de assistência médica nas prisões estaduais possuíam como causa principal a superlotação e intimou a Califórnia a apresentar, em 45 dias, um plano de redução da população carcerária no prazo de 2 anos, cuja execução seria monitorada pela própria Corte. De acordo com a decisão, o Estado estaria livre para escolher as medidas para alcançar a meta, desde que não se tratasse de medidas meramente provisórias ou que

13 DEPEN. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro de 2019. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acesso em 24.07.2020.

14 Os dados quanto a referência da técnica decisiva utilizada foram retirados de: ARAÚJO, Romulo de Aguiar. *Os excessos e desvios no curso da execução penal e o estado de coisas inconstitucional: regulamentação, proteção e promoção de direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito) Maringá-PR: UNICESUMAR, 2018, p. 110-114.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Petição Inicial, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 17 de nov. de 2017.

repercutissem negativamente sobre as condições de vida dos presos. Até hoje, porém, a Califórnia não atingiu o limite fixado.<sup>16</sup>

Na África do Sul, o problema a ser enfrentado era a situação miserável dos sul-africanos após serem despejados de uma área popular, vivendo em barracas improvisadas. O Caso *Grootboom* reivindicava a atuação imediata do Estado na garantia de abrigos adequados e adoção de novas políticas públicas habitacionais com vistas à proteção de direitos humanos. Para efetividade da decisão, a Corte solicitou que um órgão técnico supervisionasse e elaborasse a forma de implementação do programa, o que facilitaria um diálogo entre as instituições responsáveis pela proteção de direitos sociais.

Não foi diferente na Argentina, quando adotaram técnica semelhante para proteção de direitos fundamentais dos presos, conhecido como caso *Verbisky*, que tratou de um *habeas corpus* coletivo em favor de todas as pessoas presas em presídios superlotados em Buenos Aires. A decisão também determinava a elaboração de um plano que pudesse atender a inconstitucionalidade da situação, através de um diálogo com a sociedade, realização de políticas criminais e prisionais.

Também a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao identificar violação massiva de direitos humanos, através de decisões pilotos, passou a apontar problemas sistêmicos que necessitam de ação genérica por parte do Estado, e políticas públicas de enfrentamento, indicando prazos para cumprimento. Tal diretiva foi utilizada na Rússia e Itália, em decisões que tratavam de superlotação dos presídios em ambos os países, e nos dois casos foram adotadas medidas como diagnosticar as causas de superlotação, bem como, e adotar medidas aptas a reduzir a superlotação, além de medidas compensatórias com vistas à reparação dos danos já então sofridos pelos presos.

Neste sentido, a citada ADPF entende que, em casos como o do atual sistema carcerário brasileiro, de massiva e endêmica violação de direitos fundamentais, decorrente da falha estrutural do Estado em executar políticas públicas, estaria caracterizado o Estado de Coisas Inconstitucional, e a partir dessa constatação demandaria soluções estruturadas e dialogadas através da colaboração mútua entre os poderes, com objetivo de diminuir e até eliminar toda ofensa aos direitos fundamentais dos presos.

---

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Recurso Extraordinário 580.353, rel. Min. Alexandre de Moraes. Inteiro teor do acórdão. p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 17 de nov. de 2017

Com todos esses elementos em pauta e de conhecimento dos membros do Supremo, há necessidade de atuação do poder público na realização de melhorias no sistema carcerário com a finalidade de reduzir o déficit de vagas e elaborar planos de ação para acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos a condições sub-humanas nos cárceres brasileiros, minimizando assim a evidente crise pela qual passa o sistema carcerário brasileiro.

Quando da análise de ADPF n. 347/DF em sede de Medida Cautelar, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferiram algumas medidas cautelares previstas nas alíneas ‘b’ que tratavam sobre a determinação aos juízes e tribunais da adoção das audiências de custódia, no prazo de 90 dias, com determinação ao comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo de 24 horas, em acordo com os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e da alínea ‘h’, para que fosse determinada a União à liberação de saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, no prazo de até 60 dias, para que fossem utilizadas, de acordo com a sua destinação, indeferidas as outras medidas cautelares solicitadas. Por fim foi deferida proposta do Ministro Luiz Roberto Barroso, cautelar de ofício para que fosse determinada a União e Estados, o encaminhamento ao Supremo de informações sobre a situação prisional de suas unidades.<sup>17</sup>

Atualmente a ADPF se encontra pendente de julgamento quanto ao seu mérito com manifestação da Procuradoria-Geral da República para procedência parcial do pedido desde o dia 05 de setembro 2019, em momento pela confirmação da liminar já concedida anteriormente quanto às audiências de custódia e liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, e elaboração de um plano nacional de combate ao estado de coisas inconstitucional que se encontra o sistema carcerário brasileiro, não implantados até agora, meados de 2021.

Somado a todos os problemas citados e analisados na ADPF n. 347, como já não bastassem, tem-se o atual cenário que se instalou no Brasil e em todo o mundo em função do novo Corona Vírus – Covid-19. Assim o sistema penal, como um todo, necessita de uma remodelação quanto a atuação dos órgãos públicos como medida de manter o afastamento social que facilita a proliferação deste vírus que já vitimou fatalmente mais de 534 mil pessoas.

A Pandemia que se instalou em todo o mundo afeta o Brasil de maneira arrasadora, até agora, julho de 2021, são 19,1 milhões de pessoas infectadas e 534.233 mortes<sup>18</sup> em função de

---

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Petição Inicial, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 17 de nov. de 2017.

18 BRASIL. Ministério da Saúde. Coronavírus Brasil. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

Covid-19. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional as informações quanto as Medidas Contra a Covid-19 que relata casos suspeitos, detecções, óbitos e testes realizados apontam números de 59.620 detecções quanto a contaminação e 241 óbitos.<sup>19</sup> Se já não fossem alarmantes os dados acima apresentados o que se constata também é que no Brasil há uma subnotificação e a falta de testes, principalmente em pessoas assintomáticas ou com sintomas leves, que pode significar que o número de infecções é superior ao publicado oficialmente, seja em âmbito nacional fora das prisões e dentro delas.

Mesmo antes de todos esses dados acima apresentados, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação n. 62 de 17 de março de 2020 que considerando o atual cenário e a declaração de situação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde, havia a necessidade de adoção de medidas para o enfrentamento da emergência da saúde pública de importância internacional que se instalara também aqui, inclusive no sistema carcerário.<sup>20</sup> A Recomendação considera uma série de fatores ligados ao sistema carcerário brasileiro, a pandemia instalada em relação ao Corona Vírus e a declaração da OMS, os grupos de risco para infecção do vírus, a necessidade de prevenção de contágio tendo em vista a rapidez de transmissão do vírus atrelados às medidas necessárias a não proliferação acelerada dentre os internados e presos do sistema socioeducativo e prisional brasileiro.

Em que pese o alvoroço causado na sociedade pela Recomendação editada pelo Conselho Nacional de Justiça, todas as medidas ali indicadas já estavam previstas na Constituição Federal, na lei, na jurisprudência nacional e documentos internacionais.

Muitos dos problemas apontados, no que tange a edição da Recomendação, não se deram pelo seu conteúdo, que como já foi dito já era previsto em outros documentos, mas sim pela mentalidade dos magistrados brasileiros que ainda estão inclinados a uma matriz inquisitória, contrária a Constituição e às alterações ditadas pela Lei n. 13.964/2019, o que em números, conforme dados apresentados sobre o Tribunal de Justiça de São Paulo que revela uma denegação de 88% dos *habeas corpus* motivados pela Covid-19.<sup>21</sup>

---

19 DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional – Medidas contra o Covid-19. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em 13 jul. 2021

20 BRASIL. Conselho nacional de justiça. Recomendação n. 62 de 17 de março de 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 24.07.2020.

21 CONJUR. TJ-SP nega 88% dos Habeas Corpus motivados pela Covid-19. In: Revista Consultor Jurídico, 08 de julho de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/tj-sp-nega-88-habeas-corpus-motivados-covid-19>> Acesso em: 24.07.2020.

Algumas medidas foram tomadas pelas autoridades competentes que só fizeram aumentar a violação a direitos fundamentais, como por exemplo, a Portaria Interministerial de n. 7, de 18 de março de 2020, editada pelo Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde que retratam o descaso com a pandemia tendo em vista as medidas insuficientes e inexecutáveis quanto a sua proliferação no sistema prisional, tais como:

Art. 3º - Na hipótese de identificação de casos suspeitos ou confirmados entre os custodiados, os profissionais de saúde que atuam nos estabelecimentos prisionais deverão seguir as orientações previstas nesta Portaria e em atos do Ministério da Saúde, inclusive quanto ao uso de máscara e isolamento individual.

§ 1º - Caso não seja possível o isolamento em cela individual dos casos suspeitos ou confirmados, recomenda-se à Administração Penitenciária adotar o isolamento por coorte e o uso de cortinas ou marcações no chão para a delimitação de distância mínima de dois metros entre os custodiados.

Além da Portaria, alguns estados optaram pela redução ou suspensão de visitantes<sup>22</sup>, a vedação de saídas temporárias dos presos em regime semiaberto, a solicitação da permissão para alojamento de pessoas em contêiner<sup>23</sup> contrariando a Resolução n. 9/2020 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, dentre outras medidas que remam na contramão do que se propõe para redução dos níveis de contágio do Covid-19. Nesta esteira duas outras ADPFs foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal sobre medidas necessárias à contenção do Covid-19 no sistema carcerário, uma contrária a reavaliação das prisões e outra favorável na esteira da Recomendação do CNJ.

A primeira delas de n. 660<sup>24</sup>, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público Pró-Sociedade que questionou a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça sob o fundamento de que geraria impunidade, desconsiderando claramente ao direito das pessoas presas se protegerem da proliferação da Covid-19 nas cadeias superlotadas do país. O relator da ADPF Ministro Gilmar Mendes, no dia 25 de março de 2020, indeferiu a petição inicial pela ilegitimidade ativa da parte requerente, apontando que a Recomendação supracitada

22 DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional – Medidas adotadas para prevenção do Coronavírus. Visitas e Medidas. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em 13 jul. 2021

23 RODRIGUES, Alex. Conselho proíbe uso de contêineres para separar presos com covid-19. Agencia Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-05/conselho-proibe-uso-de-conteneres-para-separar-presos-com-covid-19#>> Acesso em 13 jul. 2021.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 660/DF, rel. Min. Gilmar Mendes. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342779356&ext=.pdf>> Acesso em: 24.07.2020.

também não tinha o viés de gerar impunidade, mas simplesmente de reforçar dispositivos já existentes no auxílio do combate a Pandemia:<sup>25</sup>

Ao contrário, o referido órgão limitou-se a reforçar as normas que já constam da legislação federal e da Constituição Federal, relativas aos direitos e garantias fundamentais à liberdade, ao devido processo legal, à proteção à maternidade, à presunção de inocência e à saúde, previstos no art. 5º, caput e incisos L, LIV e LVII, art. 6º e art. 196, todos da CF/88, e art.25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi recepcionado no Brasil com status de norma constitucional [...]

No dia 13 de maio de 2020 o Partido Socialismo e Liberdade, amparado em um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, ajuizou a ADPF n. 684, referente à notória inércia ou ineficácia das medidas tomadas pelas autoridades e, sobretudo, pelo descumprimento da Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

Em consonância com a declaração da legitimidade da Recomendação n. 62/2020 do CNJ na ADPF n. 660, a nova ADPF pugnou pela efetiva adoção de medidas necessárias a evitar a proliferação da pandemia de Covid-19 e apontou a violação de direitos fundamentais das pessoas encarceradas assim como a ADPF n. 347, nos seguintes termos:

[...] princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII), assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e prevê a presunção de inocência(art. 5º, LVII), além de outros direitos fundamentais como saúde, educação, alimentação adequada(art. 6º. e art. 196) e acesso à justiça(art. 5º, XXXV), são gravemente afetados pela terrível realidade das prisões brasileiras nesse momento da epidemia. Ainda restam violados os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV) e proteção à maternidade (art. 5º, L). Tal cenário é ainda flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados e internalizados pelo Brasil, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, além da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (art. 25), ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal (art.282, §6º), como se verá mais adiante.<sup>26</sup>

A ADPF n. 684/DF apresentou dados alarmantes quando do início da pandemia, agora potencializados ao extremo, quanto a contaminação em presídios de quase todos os estados

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 660/DF, rel. Min. Gilmar Mendes. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342779356&ext=.pdf>> Acesso em: 24.07.2020.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 684/DF, rel. Min. Celso de Mello. Petição Inicial, 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752652754&prcID=5910249>>. Acesso em: 24.07.2020.

brasileiros, exponencialmente elevados muito em função do encarceramento em massa, falta condições mínimas de higiene, saúde, e inclusive racionamento de água existente em algumas unidades do país, que como é conhecido por todos dificulta a higienização pessoal e aumenta a possibilidade de proliferação do vírus.

Questão levantada na ADPF n. 684 é sobre a legitimidade já citada aqui da Recomendação 62/2020 do CNJ em consonância a documentos nacionais e internacionais também já mencionados, mas também da demonstração da inércia ou atuação ineficaz das administrações prisionais quanto as medidas de prevenção a proliferação da Covid-19.

O pedido liminar na inicial da ADPF n. 684 remete ao estado de coisas inconstitucional e a um direcionamento de atuação conjunta primeiro com determinações ao Poder Executivo de, por exemplo: a) se abster da prática de racionamento de água; b) prover assistência material integral aos presos (kits de higiene); c) equipamentos de proteção individual aos agentes públicos da administração penitenciária e socioeducativa; d) manutenção de equipes mínimas de saúde nas unidades; e) previsão de escolta para atendimento médico ao preso que necessite; f) divulgação de dados referentes a Covid-19; g) explicações ao Ministério da Justiça e Saúde da exequibilidade da Portaria por eles exaradas; h) informações referentes aos testes nos presos de grupo de risco indicados na Recomendação n. 62/2020 do CNJ; i) informação da situação dos presos indígenas no Brasil.

Já com relação às determinações ao Poder Judiciário, ela se faz quanto: a) substituição das prisões preventivas por medidas cautelares diversas da prisão ou prisão domiciliar nos casos previstos na Resolução n. 62/2020, CNJ; b) revisão das prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 dias; c) aplicação obrigatória de medidas cautelares diversas da prisão, quando não for caso de relaxamento de prisão em flagrante, para novos casos de flagrantes de crimes que não envolvam violência ou grave ameaça; d) concessão de prisão domiciliar e progressão antecipada de pena pelos juízos de execução penal quanto aos casos já explicitados também na Resolução n. 62/2020 do CNJ; dentre outras.

Em que pese todas essas informações contidas na ADPF n. 347, o claro conhecimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, os números cada dia mais alarmantes quanto a proliferação da Pandemia, a Resolução n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça e a nova ADPF n. 674 descaso dos órgãos executivo e legislativo nacional serem nítidos, o que se nota é um contínuo descaso com a população carcerária (há tempos) e que nem uma crise sanitária mundial foi capaz de mudar

a mentalidade dos julgadores brasileiros e os órgãos de execução penal, demonstrando cada vez mais a invisibilidade social dessa parcela da população.

### **3 A INVISIBILIDADE SOCIAL DA PESSOA PRESA NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA E A OFENSA A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como dito no capítulo anterior, inúmeros são os problemas existentes no sistema carcerário brasileiro, sendo que a pandemia veio para potencializar tal distanciamento da sanção que é prevista em lei e a que é executada no país, então é necessária a compreensão dos direitos fundamentais outorgados a essas pessoas privadas de liberdade e a invisibilidade social que é a elas dispensada.

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteção dos homens contra o poder arbitrário do Estado ao longo da história, tal construção foi concebida através de inúmeras batalhas que desencadearam produção de documentos históricos destinados a proteção e tutela dos direitos fundamentais à pessoa humana.

Documentos internacionais, a Constituição da República Federativa do Brasil e a legislação trazem inúmeras referências quanto a proteção de direitos e garantias fundamentais das pessoas, sejam em liberdade ou não, mas para o recorte desse estudo tratar-se-á das pessoas encarceradas no país, seja por medida cautelar ou execução de sentença penal condenatória transitada em julgado.

No que se refere ao sistema penal as garantias e direitos fundamentais das pessoas nele inseridas previstos na Constituição de 1988, dizem respeito, dentre outros, ao princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III; a proibição a tortura e tratamento desumano ou degradante, artigo 5º, inciso III; a imposição de sanções cruéis, artigo 5º, inciso XLVII, alínea 'e'; o cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado, artigo 5º, inciso XLVIII; o respeito à integridade física e moral, artigo 5º, inciso XLIX; a garantia da presunção de inocência, artigo 5º, inciso LVII; bem como o direito à saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça.

Além disso, as garantias fundamentais previstas para a execução da pena ou para o cumprimento de prisão cautelar estão dispostas em documentos internacionais como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* de 1969, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984, a Convenção Interamericana para

Prevenir e Punir a Tortura de 1985, e Resolução da ONU que prevê Regras Mínimas de tratamento a pessoa presa, conhecida como Regras de Mandela, além de dispositivos do Código Penal, Código de Processo penal e da Lei de Execução Penal nº 7.210 de 11 de julho de 1984.

Mesmo diante de tantos dispositivos legais de tutela é necessária a menção do que acontece no sistema penitenciário brasileiro quanto a invisibilidade social dos presos no Brasil, que acaba por ser considerada uma parcela impopular da população, como já citado pelo Ministro Relator Marco Aurélio na ADPF n. 347:

Não se tem tema ‘campeão de audiência’, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.<sup>27</sup>

A pessoa encarcerada é invisível socialmente, carrega o *status* de não cidadão, de inimigo, é o *homo sacer*<sup>28</sup>, devido a notória falta de comprometimento dos órgãos legislativo, executivo, judiciário e da comunidade com a tutela de direitos fundamentais das pessoas presas e internadas no Brasil, sendo tratadas realmente como objetos e não sujeito de direitos. A naturalização da violência contra essa parcela da população é clara, tanto que, mesmo com as recentes alterações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 quanto a implementação do sistema acusatório a cultura/mentalidade inquisitória ainda é presente no dia a dia dos julgadores brasileiros, que mesmo em tempos de pandemia não seguem as diretrizes internacionais já balizadas, tampouco a decisão proferida na ADPF n. 347 do Supremo Tribunal Federal e a Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça quanto às prisões cautelares e execução das sanções já impostas e sua adequação ao momento em a sociedade está passando, tanto que foi necessário o ajuizamento de uma nova ADPF de n. 684, para que os direitos fundamentais dos presos fossem efetivamente observados, como já citamos inicialmente.

---

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<https://images.jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf>>. Acesso em: 13 de jul. de 2021.

28 SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental 347. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 136. ano 25. p. 267-291. São Paulo: Ed. RT, out. 2017, p. 279. “*Homo sacer* era, assim, a pessoa excluída de todos os direitos civis, enquanto a sua vida era considerada “santa” em um sentido negativo.”

O Código Penal brasileiro e a legislação penal extravagante preveem quais as sanções penais passíveis de aplicação no país, quais os patamares mínimos e máximos para cada crime e a sua forma de aplicação, e o Código de Processo Penal estabelece o procedimento que deve ser seguido para tanto.

Já a Lei de Execução Penal, n. 7.210, de 1984, trata sobre a execução das penas e medidas de segurança aplicadas, apresentando as diretrizes sobre os direitos e deveres dos presos, quando do cumprimento da reprimenda corporal, quais os princípios norteadores, o objeto e aplicação da Lei, a assistência a que têm direito os presos, além de regras de disciplina, os órgãos e estabelecimentos de execução penal e regras de execução.

Mesmo assim é evidente o descaso dos órgãos competentes, bem como da própria sociedade com as pessoas recolhidas ao cárcere no Brasil, devido ao citado processo de estigmatização sofridos por essas pessoas, ampliado pelo tratamento do encarcerado, essa invisibilidade somente se agrava, não sendo perceptível qualquer mudança nem mesmo em tempos de Pandemia como o que vive o mundo nesse ano de 2021.

Tal distinção feita pela coletividade entre cidadão e inimigo, nega ao sujeito a sua condição de pessoa e ele passa a ser visto como um “ente perigoso ou daninho”<sup>29</sup>, lhe são privados direitos individuais e a partir daí ele passa a ser encarado como alguém que deve ser contido, contra ele “é sabido – vale a lógica da guerra: um Direito Penal da neutralização e da incapacitação seletiva, da inocuização e do controle social tecnocrático, até um Direito Penal do extermínio.”<sup>30</sup>

O inimigo não se veste com as mesmas garantias do cidadão. O inimigo deve ser guerreado pela reação penal. Essa reação parece legítima, porque toma emprestado o sentido de proteção dos direitos do cidadão para operacionalizar essa guerra ao inimigo, para “excluir” aquele que não mais possui o *status personae* por perturbar a estabilidade das relações sociáveis mediante seu comportamento perigoso.<sup>31</sup>

Apenas pela possibilidade de ofensa a qualquer bem jurídico acarretaria “penas desproporcionais e violação de princípios penais, assim como o desrespeito às garantias processuais seriam as características do ‘direito penal do inimigo’”<sup>32</sup>

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo do direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro. Revan, 2007, p. 18.

30 PAVARINI, Massimo. Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Aliana Cirino Simon. Curitiba: Ledze, 2012, p. 169.

31 DINIZ, Eduardo Saad. Inimigo e pessoa no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 117.

32 BOZZA, Fábio da Silva. Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 53.

O direito penal do inimigo é a retirada de todas as garantias jurídicas que foram dadas ao homem desde o ato-habeas-corpus de 1679, desde a famosa lei inglesa para a proteção da liberdade pessoal. Quando o estado não trata mais de acordo com o direito as pessoas que se desviaram do direito, ele não é mais um estado de direito. Então ele morre da sua suposta defesa (...). Um direito penal do inimigo não é, portanto, o salvador da sociedade livre, mas sua decadência. Não é um amigo da sociedade de cidadão, mas seu inimigo.<sup>33</sup>

No âmbito da execução penal essa regra de tratamento ao sujeito não portador de direitos, aquele que tira o indivíduo de circulação, a sociedade cega dá forças a essa corrente de pensamento, corroborando uma supressão de direitos e ofensas à lei, imaginando assim um senso de justiça que efetivamente não existe e não visualiza também que é este sentimento que fundamenta a falta de atuação política, seja no campo penitenciário, seja no campo da segurança pública, acarretando sempre mais e mais violência.

As violações a direitos fundamentais dos presos inseridos no sistema carcerário brasileiro são claras e cristalinas, o que se depreende dessas ofensas é que ela se dá pela posição social que este se encontra atualmente, eles estão entregues à própria sorte, sem qualquer atenção do Estado no controle a Pandemia.

No panorama atual, o preso é estigmatizado, invisível socialmente, não gozando de nenhuma atenção perante a coletividade, podendo ser-lhe retirada toda a dignidade, sendo tratados como alguém efetivamente à margem da sociedade<sup>34</sup>, gerando assim uma inércia generalizada quanto à atuação na defesa de seus direitos por parte dos órgãos políticos e administrativos. Diante desse desprestígio e do atual cenário do sistema carcerário brasileiro, faz-se necessária uma análise dos verdadeiros limites legais da aplicação da lei penal no Brasil, principalmente no tocante à execução penal e verificação da distinção entre a pena legal, ou seja, prevista na legislação brasileira, e a pena real, essa que é executada nos presídios brasileiros.

A análise da distinção entre a pena legal e a pena real revela a sua importância, tendo em vista que o Estado, titular do *jus puniendi*, carrega com ele uma dimensão objetiva no reconhecimento e preservação de seus direitos, como Daniel Sarmento<sup>35</sup> traça quanto aos deveres de proteção por parte do Estado de ameaças praticadas por agentes privados (e pelos próprios agentes públicos), não bastando “que o Estado se abstenha de violar os direitos

---

33 PRANTL, apud BOZZA, Fábio da Silva. Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 53

34 Na decisão liminar da ADPF nº 347 do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio cita o Relatório Final da CPI do sistema carcerário que os presos são amontoados como lixo humano.

35 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

humanos”. Tem-se que os direitos fundamentais são de extrema importância ao reconhecimento do homem como pessoa portadora de dignidade<sup>36</sup> dentro do ordenamento jurídico nacional, haja vista que a Constituição Federal os exemplifica em seu início e ao longo do seu texto, assim como a legislação infraconstitucional também a descreve de forma ampla.

Neste sentido, entendendo que é papel fundamental do poder judiciário a atuação positiva para mudança desse cenário, faz-se necessária a análise das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, n. 660 e n. 684, em trâmite no Supremo Tribunal Federal e da Recomendação n. 62 de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, quanto às medidas preventivas de propagação do novo corona vírus – Covid-19, como reflexo da invisibilidade social do preso pelo seu *status* de não cidadão mesmo em tempos de Pandemia.

#### **4 MECANISMOS PARA SE ENFRENTAR A INVISIBILIDADE SOCIAL DO PRESO E MATERIALIZAÇÃO DA IGUALDADE**

Não se pode fechar os olhos para outros problemas graves enfrentados pelo Brasil atualmente que mereçam atenção do Supremo Tribunal Federal. No entanto, o sistema carcerário brasileiro como já amplamente exposto neste trabalho é um dos que piores reflexos trazem, considerando que não há mais a possibilidade de se desviar deste paradoxo.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em confirmação da liminar analisada em 2015 é medida urgente, que representará marco histórico na proteção de direitos fundamentais e agora a apreciação da ADPF n. 684 quanto a efetivação da Recomendação n. 62/2020 do CNJ reforça ainda mais essa necessidade.

Com isso, a solução que se destina, ou que, melhor dizendo, apresenta-se para a solução desses problemas, assim como descrito na ADPF nº 347/DF, seria uma decisão estruturada do Supremo Tribunal Federal que envolva um número elevado de órgãos públicos, no âmbito legislativo, executivo, sob a fiscalização do judiciário, todos em uma única vontade, mudar o cenário atual, e de forma rápida, pois a Pandemia vem se acentuando diariamente mais de 1 ano após a sua descoberta.

---

36 Quanto à concepção de dignidade remonta-se ao que fora explicitado por KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, p. 77. “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.”

Tem-se que vislumbrar no atual momento as necessidades de reconhecimento, promoção e proteção de direitos fundamentais acima de qualquer outro sentimento punitivista que possa permear a população e principalmente àqueles que integram o sistema de prestação jurisdicional. Tal decisão deve ser eivada de caráter pedagógico e com vistas de reafirmar o compromisso do Estado com a tutela desses direitos, servindo ainda como norte para ampliação de medidas protetivas e de cessação de violação à lei, diferentemente do que vem acontecendo que cada dia mais fragiliza a população.

Como é atribuído historicamente o surgimento de novos direitos a partir de uma quebra de ordem anterior, para que possa surgir uma nova ordem de proteção à população carcerária, há que se passar obrigatoriamente por reconhecimento material pelo Supremo Tribunal Federal do verdadeiro estado de coisas inconstitucional, para que, a partir daí, novas proposituras e posturas sejam tomadas para a efetiva tutela de direitos pelo Estado, acredita-se que não só no campo penitenciário em tempos de Pandemia, mas em muitos outros que permeiam o sistema de justiça penal.

Quando se trata de direitos previstos constitucionalmente, o Estado deve atuar na preservação destes direitos, tendo em vista que os direitos fundamentais demandam do Estado perspectivas de defesa, onde o Estado deve respeitá-los e, imperativos de tutela, demonstrado um dever de proteção pelo Estado diante de ofensas a esses direitos, seja pelo próprio Estado ou nas relações privadas.<sup>37</sup> Como visto, inúmeras são as previsões constitucionais que limitam o Estado na sua ação e que preveem imperativos de tutela a ele em matéria criminal. Vale dizer que o Estado deve observar estes direitos e garantias fundamentais à imposição de sanção penal, bem como sua execução, mas tem também que querer fazer valer a força de sua Constituição quanto à efetivação destes direitos.

Luigi Ferrajoli apresenta características diferenciadoras quanto aos direitos fundamentais, estabelecendo distinções entre elas que vão ao encontro às hipóteses solucionais da questão prisional. Primeiro ele aduz que os direitos fundamentais são universais, “atribuídos a todos em igual medida” e indisponíveis, ditando de tal modo que o critério de igualdade jurídica ao primeiro se impõe. E é a partir dessa diferença entre eles que se deve questionar: “quais direitos devem ser garantidos como fundamentais?”<sup>38</sup>. Com isso, ele menciona que para

---

37 FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 13.

38 FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104.

essa resposta deve-se fazer um esforço, através da perspectiva filosófico-política, “em sede moral e política” verifica-se por meio da história do constitucionalismo, pautando-se em critérios que pugnam pela dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela dos mais fracos e a paz, e trazendo para esse momento de Pandemia, essa tutela deve ser urgente.

No tocante à dignidade da pessoa humana, Ferrajoli trata do valor intrínseco do homem, portador de direitos, fundado na distinção feita por Kant entre as coisas (que tem preço) e a pessoa (que tem dignidade), que apresenta valor

elevado além de qualquer preço, porque como tal (*homo noumenon*) ele deve ser protegido, não como um meio para atingir os fins dos outros e muito menos os seus próprios, mas como um fim em si: vale dizer ele possui uma dignidade (um valor interior absoluto) por meio da qual constringe ao respeito de si mesmo todas as outras criaturas racionais do mundo.<sup>39</sup>

Não há como pensar em uma efetiva aplicação de sanção penal pelo Estado e a sua execução, sem considerar o preso como pessoa, como portador de direitos e destinatário de proteção pelo estado destes seus direitos de liberdade e direitos sociais. Sabe-se que, nos presídios brasileiros, os presos perdem muito mais que a sua liberdade, conforme fora determinado em sentença, nas celas superlotadas, e, em condições indignas, eles perdem sua saúde, sua identidade, sua vontade de recuperação, sua esperança e aspiração em melhora pessoal seu *status personae* e agora em tempos de Pandemia estão sendo levados a uma condição gravíssimas em qualquer opção de escolha e sem enxergar qualquer atuação efetiva contra isso.

A invisibilidade social do preso deve dar espaço a uma visão igualitária, igualdade essa que também se faz necessária para o reconhecimento da dignidade da pessoa em dois aspectos, um subjetivo e um objetivo, onde o indivíduo pode sentir-se igual a todos os outros e, além disso, ter objetivamente garantidos os seus direitos de liberdade e direitos sociais que lhe devem ser respeitadas as diferenças e promovida a superação das desigualdades.

Os direitos fundamentais como universais estão também pautados no princípio da igualdade, uma “aspiração”<sup>40</sup>, em que todas as pessoas são destinatárias, não devendo se excluir qualquer delas, tão menos os presos, como minorias impopulares que são, devem ser respeitadas

39 Idem, p. 104-105.

40 FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 7 ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 269.

através da observância dos direitos sociais, e também da defesa quanto à discriminação “independentemente das opiniões de vontade, seja dos oprimidos seja dos opressores”.<sup>41</sup>

Através da análise de aspectos genéricos e específicos, a tutela constitucional da igualdade, como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, apresenta tratamento mais amplo da igualdade como expresso no *caput* do artigo 5º da Constituição, bem como, em outros muitos momentos, apresenta tratamento mais específico, como vedação à discriminação e necessidade de igual tratamento entre homens e mulheres, entre brasileiros e estrangeiros, entre Estados, igualdade sem distinção de origem, cor e raça, distinções religiosas, políticas e filosóficas, igualdade sem distinção de idade, bem como acesso jurisdicional, à educação, à saúde, à cidadania, dentre outros, que, nas palavras de Roger Raupp Rios, “a partir do universalismo do princípio da igualdade formal, também se pode analisar a defesa do direito à diferença”.<sup>42</sup> Também se deve observar o preso como sujeito destinado a tratamento igualitário. Decorrente lógica do universalismo dos direitos fundamentais, esses direitos também foram conquistados através de duras e longas batalhas que visavam e visam até hoje proteger o mais fraco perante os mais fortes, seja essa força física, política, social ou econômica. E e por que não destinar esse âmbito de proteção aos presos? Por que tal discriminação quanto ao reconhecimento igualitário de direitos a eles?

Vale dizer que a participação igualitária dos cidadãos no processo democrático nacional possibilita um melhor processo de criação e tutela de bens e direitos, como cita Eder Bonfim Rodrigues:

A igualdade é essencial ao Estado Democrático de Direito, ela possibilita a participação legítima de todos no processo de criação do Direito, ou seja, os próprios destinatários do Direito participam da produção de normas que vão reger suas vidas, o que ocorre, necessariamente, em simétrica paridade entre todos os envolvidos.<sup>43</sup>

Uma das dimensões da igualdade é compreendê-la como igualdade de oportunidades. Neste sentido, a lição de Norberto Bobbio<sup>44</sup>.

---

41 FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104-105.

42 RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130.

43 RODRIGUES, Eder Bonfim, apud, ANDRADE JÚNIOR. Luiz Carlos Vilas Boas. Limites da (promoção da igualdade). In Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI. Ano 19, nº 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

44 BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 7 ed. Rio de Janeiro: Edipro, 2002, p. 31.

Em outras palavras, o princípio da igualdade de oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é virtualmente mais significativo, a partir de posições iguais.

No mesmo sentido, pontua Maria José Añon<sup>45</sup>, no tocante ao reconhecimento à igualdade em todos os aspectos, quando as pessoas fazem parte da mesma sociedade:

el principio de igualdad implica que todas las personas que son miembros de la misma comunidad constitucional [...] tienen garantizados los mismos derechos constitucionales, por otra parte, son iguales ante la ley y em la ley, es decir, tienen derecho a una igual protección de la ley.

De forma semelhante, Rosenfeld<sup>46</sup> assevera que, para que se tenha igualdade, existem alguns limites na atuação deste princípio, tendo em vista as diversas variáveis em que ela pode se encontrar, porém devem ater-se a três pressupostos filosófico-políticos conjuntamente: “1) *el principio de igualdad de trato*, 2) *el principio de igual consideración* y 3) *el principio de igual resultado*”.

Pra alcançar a igualdade deve se considerar que os presos são mais fracos em face à força do Estado na aplicação da pena, são minorias oprimidas na busca de tutela a direitos, visto que estão totalmente submetidos ao Estado, quando recolhidos ao cárcere, e se submetem ao seu poder.

A atuação integrada no combate a Pandemia deve ingressar aos muros dos presídios possibilitando que essas mais de 910 mil pessoas encarceradas no Brasil tenham o direito de se protegerem ao passo de que possam ser vistas e saiam da escuridão que a invisibilidade social acarreta diariamente.

Só com a superação dessa barreira invisível que divide os encarcerados dos não encarcerados é que se pode dar um passo a diante na tutela e proteção de direitos fundamentais, na diminuição da violência e da desigualdade que elas são vistas.

Essa distinção entre a pena legalmente prevista e a que é realmente executada nos presídios brasileiros seria facilmente resolvida se a mesma força de atuação quando da tipificação dos crimes em respeito a estrita legalidade, taxatividade e determinação se desse quando o atendimento das diretrizes legais na execução da pena, tornando desnecessários os ajuizamentos de ADPFs que pugnam pelo estrito cumprimento da lei pelos órgãos executivo e judiciário.

45 AÑON, Maira José. Igualdad, diferencias y desigualdades. México: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2001, p. 33.

46 ROSENDEL Apud AÑON, Maira José. Igualdad, diferencias y desigualdades. México: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2001, p. 33.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação do sistema carcerário brasileiro é alarmante, um verdadeiro estado de coisas inconstitucional. A necessidade de reconhecimento dos direitos fundamentais como essenciais ao indivíduo inerentes a sua condição de pessoa e sem os quais o homem não sobrevive, foram, conforme demonstra a história enraizados na Constituição.

Neste momento delicado que toda a população mundial vem enfrentando o âmbito de proteção destes direitos é ainda mais latente e não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal em conjunto com outros órgãos públicos deve ter uma atuação direta na mudança desse cenário de barbárie que já vinha sendo analisando desde 2015 com a ADPF n. 347, mas de forma mais célere agora com a proliferação da Covid-19.

Há que se romper com essa violação massiva e cotidiana de direitos fundamentais nos presídios e que se faça surgir uma nova concepção de promoção de direitos, principalmente de reconhecimento de igualdade em direitos à pessoa presa para que possam lutar pela sua vida durante a Pandemia, quebrando a barreira da invisibilidade social que assola as celas do Brasil.

Negar-lhes os direitos previstos em âmbito nacional e internacional quanto ao cumprimento de penas, tornando-as cruéis e degradantes, já era bastante penoso para a população carcerária, mas agora, ser-lhes negado o direito de se proteger de algo que vem dizimando vidas de mais de 534 mil pessoas até agora nesse ano, é inconcebível.

Ter que recorrer a uma nova arguição de descumprimento de preceito fundamental para que os julgadores observem o seu dever acerca das normas quanto ao cumprimento de pena no Brasil e a necessidade da edição de uma recomendação, que teve sua importância pontual, beira ao absurdo, quando diante de uma urgente necessidade de preservação da vida.

Para mudança desse paradigma é necessário um debate sobre os riscos que as pessoas presas no Brasil passam em função da Pandemia, para uma atuação rápida para prevenção de contágio e prevenção da vida dos presos. Ainda, a necessidade de uma participação da sociedade civil em geral para uma quebra de preconceito com a população carcerária com vistas a proteção de quem está dentro e fora do cárcere como forma de subsidiar qualquer atuação do Poder Judiciário no combate a Covid-19.

Por fim e não menos importante é necessário que se faça cumprir a lei tanto na aplicação das penas, na determinação de medidas cautelares de prisão e na execução penal, como forma de um respeito a vida e diminuição da arbitrariedade estatal contra essa parcela invisível da sociedade, mas que carrega em seu interior a necessidade de uma visão igualitária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE JÚNIOR. Luiz Carlos Vilas Boas. Limites da (promoção da igualdade). *In* **Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI**. Ano 19, nº 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AÑÓN, Maira José. **Igualdad, diferencias y desigualdades**. México: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2001.

ARAÚJO, Romulo de Aguiar. **Os excessos e desvios no curso da execução penal e o estado de coisas inconstitucional: regulamentação, proteção e promoção de direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito) Maringá-PR: UNICESUMAR, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 7 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Recomendação n. 62 de 17 de março de 2020**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 24.07.2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas do Banco Nacional de Mandados de Prisão – Nacional**. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>> Acesso em: 13 de jul. de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Coronavírus Brasil. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 13 de jul. de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n. 163.961/RJ. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Publicação no Dje/STJ n. 3137 de 30.04.2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pena-cumprida-situacao-degradante.pdf>> Acesso em: 13. jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Petição Inicial, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 17 de nov. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**, rel. Min. Marco Aurélio. Petição Inicial, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 17 de nov. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 660/DF**, rel. Min. Gilmar Mendes. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342779356&ext=.pdf>> Acesso em: 24.07.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 684/DF**, rel. Min. Celso de Mello. Petição Inicial, 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752652754&prcID=5910249>>. Acesso em: 24.07.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**, rel. Min. Marco Aurélio. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<https://images.jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf>>. Acesso em: 13 de jul. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário 580.353**, rel. Min. Alexandre de Moraes. Inteiro teor do acórdão. p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 17 de nov. de 2017

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**, 2ª edição Ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2002.

COLÔMBIA. Corte Constitucional República da Colômbia. **Sentença T-153/98**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>> Acesso em: 18 jan. 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de liberdade em las Américas**. 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>> Acesso em: 10 out. 2017.

CONJUR. TJ-SP nega 88% dos Habeas Corpus motivados pela Covid-19. In: **Revista Consultor Jurídico**, 08 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/tj-sp-nega-88-habeas-corpus-motivados-covid-19>> Acesso em: 24.07.2020.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional – **Medidas contra o Covid-19**. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em 13 jul. 2021

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional – Medidas adotadas para prevenção do Coronavírus. Visitas e Medidas. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTlhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em 13 jul. 2021

DEPEN. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro de 2019**. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acesso em 24.07.2020.

DINIZ, Eduardo Saad. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em:  
<<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> Acesso em: 12.07.2021.

PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Aliana Cirino Simon. Curitiba: Ledze, 2012.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Alex. **Conselho proíbe uso de contêineres para separar presos com covid-19**. Agencia Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-05/conselho-proibe-uso-de-conteineres-para-separar-presos-com-covid-19#>> Acesso em 13 jul. 2021.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental 347. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 136. ano 25. p. 267-291. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

UERJ. Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro. Revan, 2007.

Data de aprovação: 20/07/2021

Data de publicação: 31/07/2021

Este trabalho é publicado sob uma licença  
Creative Commons Attribution 4.0 International License.