

BREVE COMPARATIVO DOGMÁTICO- JURÍDICO DO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA COVID-19 NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Júlia Castro John¹

Resumo: O presente trabalho torna corpo com o intuito de discutir o enfrentamento da pandemia no sistema carcerário Brasileiro e Português entre março de 2020 e março de 2021. Preliminarmente, buscou-se apresentar e discutir a situação carcerária no Brasil, articulando-a com a análise da Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em especial, em suas medidas desencarceradoras. Após, realizou-se a análise-comparativa com o contexto português, em especial, no que tange às medidas desencarceradoras propostas pela Lei nº 9/2020, publicada em 10 de abril de 2021 pela Assembleia da República Portuguesa. O estudo foi feito a partir do método jurídico-dogmático acerca da análise do sistema penitenciário de cada um dos países no enfrentamento da pandemia e, a partir do método analítico-comparativo, no que concerne as reflexões oriundas da acareação entre os dois sistemas. Primeiramente, obteve-se que as medidas de enfrentamento à crise sanitária travadas pelo sistema penitenciário português são baseadas em valores constitucionais e humanitários, devendo fazer exemplo ao Estado brasileiro, pois pelo que também se pode concluir do presente estudo, o Brasil se mostrou ineficaz em combater a pandemia no contexto do cárcere. Por fim, concluiu-se, ainda, que é produtiva e necessária a realização de intercâmbios doutrinários e legislativos entre os dois países na esfera criminal.

¹ Advogada no Brasil e em Portugal. Especialista em Direito Constitucional. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisadora-estagiária na Universidade Sorbonne Paris XIII.

Palavras-Chave: Sistema penitenciário; pandemia; covid 19; desencarceramento.

Abstract: The present research aims to discuss the pandemic in the Brazilian and Portuguese prison systems between March 2020 and March 2021. As a first specific objective, it had to present and discuss the prison situation in Brazil, articulating it with the analysis of Recommendation 62 of the National Council of Justice (CNJ) in special, in its desencarcerative measures and, as a second specific objective, it had the analysis-comparative with the Portuguese context, in special, in what it refers to the measures also desencarcerative proposed by the Law nº 9/2020, published on April 10th 2021, by the Portuguese Parliament. The study was made from the juridical-dogmatic method in what concerns the analysis of the penitentiary system of each one of the countries in the confrontation to the pandemic and from the analytical-comparative method in what concerns the reflections originated from the confrontation between the two systems. As a first conclusion, it was obtained that the measures to face the sanitary crisis taken by the Portuguese penitentiary system are based on constitutional and humanitarian values and should be made an example to the Brazilian State, since, from what can also be concluded from this study, Brazil has proved ineffective in fighting the pandemic in the context of prison. Finally, it was also concluded that it is productive and necessary to carry out doctrinal and legislative exchanges between both countries in the criminal sphere.

Keywords: Prison system; pandemic; covid 19; desencarceration.

INTRODUÇÃO



crise sanitária gerada pela pandemia do novo coronavírus assola o mundo desde o começo do ano de 2020. De forma sem precedentes na história recente, a pandemia atingiu o acesso à saúde, à vida social, à economia, à política e todas as instituições sociais. Com o sistema penitenciário, do Brasil e de Portugal, não foi diferente. Assim, este trabalho situa a questão carcerária no contexto da pandemia e procura avaliar os seus efeitos nas prisões de ambos os países durante o primeiro ano da pandemia, notadamente, entre março de 2020 e março de 2021.

A disposição de um marco temporal foi considerada relevante no desenho da presente pesquisa em atenção ao fato que as respostas para a crise sanitária mudaram profundamente ao longo do tempo e dos avanços da ciência – e um único artigo científico não seria capaz de analisar exaustivamente as diferentes circunstâncias que permearam o sistema carcerário nas diferentes fases da pandemia. Destarte, o período escolhido para análise se deu entre a declaração da nova situação epidemiológica e o começo da vacinação em massa. Em outros termos, analisar-se-á a situação carcerária no Brasil e em Portugal durante o período pandêmico que precedeu a vacinação em massa.

A partir desta conjuntura, estabelece-se, como primeira hipótese, que o sistema penitenciário nunca passa ileso por grandes crises², sempre com grande relevância em relação a elas³. Como segunda hipótese, tem-se que o Brasil, país com a terceira

²Para uma melhor compreensão acerca das relações entre sistema penal e crise, recomenda-se a leitura de: S. ADORNO. Crise no sistema de justiça criminal. *Ciência e Cultura*. (São Paulo), v. 54, n.º 1, 50-51, 2002. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252002000100023&lng=en&nrm=iso>. Acedido em: 02 jan. 2023.

³Para uma melhor compreensão do espaço prisional brasileiro como produtor de vulnerabilidades em saúde, recomenda-se: M.M. SOARES FILHO; P.M.M.G. BUENO. *Demografia, VULNERABILIDADES e direito à saúde da população prisional brasileira*. *Ciência e Saúde Coletiva* 21 (7), 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.24102015>>. Acedido em: 10 jan. 2023.

maior população encarcerada do mundo⁴, acaba sendo um exemplo negativo de como uma crise pode agravar a situação do cárcere. Em contraposição, como terceira e última hipótese, tem-se que Portugal, observada à administração seu sistema prisional, conseguiu conduzir, satisfatoriamente, a crise provocada pelo novo coronavírus em virtude de sua opção pela saúde à frente de outros valores sociojurídicos.

Tais hipóteses têm como fundamento, além dos aspectos dogmáticos a serem discutidos neste estudo, os dados alarmantes sobre a situação do sistema penitenciário brasileiro durante o período como, por exemplo, os divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) que evidenciam a gravidade do tema. Em seu portal virtual pode ser encontrado um painel de acompanhamento⁵ dos casos de coronavírus no sistema carcerário. Nele consta a informação de que há 43.519 casos detectados e 23.156 casos suspeitos de covid-19 nos presídios brasileiros; bem como, 133 mortes e 41.152 casos de pessoas recuperadas. Tudo isto considerando a atualização feita em 19 de fevereiro de 2021, última data considerável para o recorte temporal da presente pesquisa, antes do advento da vacinação e mudança paradigmática da prevenção da Covid-19.

Isto posto, no caso brasileiro, os números divulgados são significativos, mas só podem ser analisados a partir da consideração de que não houve uma política nacional de testagem da população carcerária ou dos trabalhadores dos estabelecimentos prisionais. Sendo assim, a chance de eventual subnotificação é considerável, haja vista a possibilidade de pessoas assintomáticas sem que a situação seja detectada pelo sistema de saúde nos

⁴Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acedido em: 02 jan. 2023.

⁵O painel de acompanhamento, com todos os dados referidos, encontra-se disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrl-joiYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODIklTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acedido em: 02 jan. 2023.

estabelecimentos prisionais ou até mesmo sintomáticas sem acesso ao sistema de saúde.⁶

Já com relação à realidade de Portugal, na atualização realizada no dia 11 de fevereiro pela Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), totalizavam 334 casos ativos de Covid-19 nas prisões portuguesas, sendo 252 reclusos e 82 funcionários no mesmo período⁷. É necessário considerar que os números portugueses serão sempre menores, para além de análises mais profundas, porque o universo populacional prisional português é, como veremos, sempre menor que o brasileiro, até mesmo em virtude da disparidade territorial e populacional entre os países.

Válido ressaltar, desde logo, mais uma ressalva e delimitação do tema ora tratado: no Brasil, os estabelecimentos prisionais possuem uma importância social dilatada por inúmeras razões, quer em virtude das políticas de superencarceramento historicamente adotadas pelo Estado brasileiro, quer seja pelas frequentes condenações de violações de Direitos Humanos ou por inúmeros outros motivos que não estão dentro do escopo deste trabalho avaliar. O que se busca ressaltar é que, tudo isto, que não nos cabe avaliar, influencia no que ora se analisa, isto é, nas medidas e nos dados de enfrentamento ao covid-19 em ambos os países.

Enquanto no Brasil é possível encontrar dezenas de artigos científicos e, até mesmo, livros já publicados sobre a situação carcerária na pandemia, em Portugal, encontrou-se poucos artigos científicos a tratar da temática. De mesma forma,

⁶Como forma de aprofundar conhecimentos sobre a relevância da testagem em pessoas presas e profissionais da segurança pública enquanto estratégia de contenção da pandemia no Brasil, recomenda-se: A. SANCHEZ.; L. SIMAS; V. DIUANA; B. LA-ROUZE. COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública? *Cadernos de Saúde Pública* 36(5), 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00083520>>. Acedido em: 02 jan. 2023.

⁷Covid-19 nas prisões. Há 334 casos ativos. Pesquisável em: <<https://rr.sapo.pt/2021/02/11/pais/covid-19-nas-prisoas-ha-334-casos-ativos/noticia/226310/>>. Acedido em: 25 jan. 2023.

enquanto no Brasil, encontrou-se os dados sistematicamente apresentados pelo Estado, em Portugal os recursos foram mais escassos, sendo a base da presente pesquisa apresentações esparsas da imprensa portuguesa, a doutrina jurídica e as informações divulgadas pela administração pública portuguesa.⁸

Apresentadas as hipóteses iniciais, um breve contexto do tema, sua limitação e sua importância, é possível avançar em direção ao seguinte problema de pesquisa: as medidas adotadas para conter a COVID-19 no sistema penitenciário brasileiro e português têm sido eficientes no sentido de garantir a dignidade da população carcerária e, ao mesmo tempo, a necessária prevenção contra o vírus?

Para enfrentar a questão, o presente trabalho estabelece como objetivo geral analisar, de modo conjugado, o sistema penitenciário brasileiro e português, principalmente, face ao tratamento dos direitos da população encarcerada no contexto da pandemia. Como objetivos específicos: (a) apresentar e discutir a situação carcerária do Brasil durante a pandemia, contextualizando-a com uma análise da Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁹, notadamente, acerca de seu potencial desencarcerador e (b) analisar, comparativamente, o contexto fático e normativo de Portugal, em especial, no que tange aos elementos desencarceradores da Lei Nº 9/2020 de 10 de abril, buscando permitir uma articulação entre os dois cenários para propor reflexões finais.

Quanto às questões metodológicas, utilizou-se, em centralidade, o método jurídico-dogmático, em virtude da necessidade de fundamentar, normativa e teoricamente, a análise fática

⁸Isto faz com que o presente trabalho apresente um desequilíbrio de fontes, haja vista o desequilíbrio presente no próprio estado da arte entre os dois países. No entanto, isso não prejudica a análise, incluindo sendo uma contribuição para ela: haver menos resposta social e científica as ações no sistema prisional português pode sugerir que em Portugal esta é uma questão menos conflituosa.

⁹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação 62. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

mencionada, com o fim de obter uma melhor compreensão para responder ao problema de pesquisa. Em paralelo, utilizou-se o método analítico-comparativo para apresentar as realidades dos dois países, com o fim de avaliá-las e concatená-las para, enfim, propor importantes considerações sobre a situação do Brasil e de Portugal.

Ao término da análise, entendeu-se que, no caso brasileiro, há uma responsabilidade conjunta, entre todos os poderes, pela ineficiência do enfrentamento da crise em tempos pandêmicos. Ademais, as ações do sistema judicial, ainda que sejam as que mais se aproximam da legalidade, não têm sido suficientes para barrar o avanço do vírus nos presídios. Percebeu-se, em contraposição, que em Portugal houve um enfrentamento satisfatório no cárcere, diante das medidas implementadas, vislumbrando o compromisso político do país em combater a pandemia e o seu, já mais equilibrado, sistema penitenciário.

Dessa forma, a realidade pré-existente e a forma de tratamento da crise pelos dois países revelaram profundas diferenças: enquanto no Brasil a pandemia provocou abalos significativos nas suas já frágeis estruturas, explicitando, ainda mais, a barbárie que caracteriza a realidade operativa do seu poder punitivo, em Portugal, que já administrava o seu sistema carcerário de forma equilibrada, a condução das medidas contra o coronavírus é considerada como um exemplo mais positivo. Não há perfeição possível dentro de tão grande problemática, mas o caminho do Estado de Direito ainda deve ser um guia.

1. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO NA PANDE- MIA: REALIDADE E MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO

Nesta seção será apresentada e discutida, de forma não exaustiva, a situação do cárcere brasileiro durante o primeiro período da pandemia para que, em seguida, seja possível contrastar esta realidade com as medidas de enfrentamento adotadas por

Portugal. A pandemia do novo coronavírus foi declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020¹⁰.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça há 895.849 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo 851.497 presos e destes, 341.621 provisórios, 192.835 em execução provisória, 292.657 em execução definitiva e 1.160 em prisão civil.¹¹ Como anteriormente mencionado, é a terceira maior população carcerária existente no mundo, sendo composta, de forma expressiva, por pessoas sem condenação transitada em julgado, ou seja, presumidamente inocentes, conforme previsão legal da Carta Magna brasileira de 1988. Aliado a este dado alarmante, atualmente, segundo o CNJ, há 433.556 vagas no sistema prisional brasileiro, que opera, portanto, com a superlotação como regra inescapável e tristemente naturalizada¹².

A situação fática apresentada na introdução, na qual se apontou para a alarmante quantidade de casos de coronavírus no cárcere brasileiro e, mais ainda, para a provável subnotificação, deve ser somada ao fato de que o sistema prisional é um espaço profundamente adoecedor e genocida¹³, tal como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347¹⁴, que apontou seu “estado

¹⁰Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/03/17068821>> Acedido em: 03 nov. 2022.

¹¹ Sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://portal-bnmp.cnj.jus.br/-/estatisticas>>. Acedido em: 02 jan. 2023.

¹²Sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acedido em: 02 jan. 2023.

¹³Acerca do uso do termo para qualificar a situação vivenciada no Brasil, recomenda-se a seguinte literatura: A. DO NASCIMENTO. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. São Paulo: Perspectivas, 2016. A. L. P. FLAUZINA. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2006. Idem. As Fronteiras Raciais do Genocídio. Direito UnB 01, n. 01, 119 – 146, 2014.

¹⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Pesquisável em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acedido em: 16 nov. 2022.

de coisas inconstitucional”. Esta declaração baseia-se em um contexto fático de generalizado desrespeito aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas no Brasil e implica, também, na necessidade de que todas as instituições públicas façam o maior esforço possível no sentido de superar estas violações de direito.

A precariedade nos presídios brasileiros, se não for causada pelo superencarceramento, é, por este, intensificada. A superlotação dos presídios mitiga direitos humanos e faz da pena algo muito mais gravoso do que a sua previsão legal. É imperativo afirmar que tal realidade é sustentada por políticas de “encarceramento em massa”¹⁵, baseadas em práticas de “populismo penal”¹⁶ e “criminalização da pobreza”¹⁷.

Não é por força da pandemia que questões de saúde são inseridas no contexto carcerário. É necessário compreender que, antes dela, os estabelecimentos prisionais brasileiros já eram um local de adoecimento, com índices de transmissibilidade de doenças muito superiores à sociedade. Melhor dizendo, estar preso no Brasil é um fator de vulnerabilidade epidemiológica¹⁸.

Entretanto, em termos fáticos, até o começo da vacinação, a principal medida de combate à Covid-19, dentro dos presídios, foi a suspensão de visitas dos familiares de presos, tomada pela maioria absoluta dos governos estaduais¹⁹. Contudo, esta medida não está em harmonia com a Recomendação 62 do

¹⁵J. BORGES. O que é o encarceramento em massa?. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

¹⁶J. PRATT. Penal Populism. New York: Routledge, 2007.

¹⁷L. Z. L. CARDOSO. A política da justiça: blindar as elites, criminalizar os pobres. São Paulo: HUIPEC, 2018.

¹⁸M.M. SOARES FILHO; P.M.M.G. BUENO. Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira. *Ciência e Saúde Coletiva* 21(7), 2016. <https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.24102015>.

¹⁹Painel visitas e medidas. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrLWoiYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNDmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acedido em: 07 jan. 2023.

CNJ, que será tratada em maiores detalhes na próxima subseção. Tal recomendação indica que sejam tomadas medidas de distribuição das visitas em dias e horários diversos, para que o distanciamento social se torne possível, conforme o art. 11, V da Recomendação 62. A mesma prevê, ainda, que tais restrições às visitas, quando existirem, devem ter caráter provisório e prazo delimitado.

É imperioso dizer que as visitas são mais do que um direito da pessoa encarcerada, pois, para além da possibilidade de suporte emocional, é uma recomendação importante no que tange à fiscalização do que ocorre dentro dos presídios, gerando a possibilidade de denúncia a eventuais violações de direitos. Relevante, também, no que se refere à manutenção material das pessoas aprisionadas- incluindo alimentação e higiene -vez que o Estado, notadamente, não cumpre com o seu dever.

O direito à visita está previsto no artigo 41, inciso X, da Lei de Execuções Penais²⁰. Este é, também, o meio pelo qual as famílias podem saber notícias de seus entes queridos, inclusive quanto ao estado de saúde, evitando agressões, torturas, apropriações indébitas e outros problemas existentes no cárcere brasileiro. Cancelar visitas, portanto, é suspender direitos e garantias fundamentais (CRFB, art. 5º, LXIII²¹). Ora, há de se reconhecer que não existem direitos absolutos e o direito à assistência familiar para as pessoas privadas de liberdade também não o é. Contudo, direitos fundamentais devem ser ponderados com outros, notadamente, com o direito à saúde das pessoas encarceradas, de suas famílias e dos trabalhadores do cárcere.

No entanto, sendo um direito, a necessária ponderação deveria ser feita de modo mais responsável, buscando não a sua suspensão, mas uma forma de exercício que melhor o conciliasse

²⁰ LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984. Disponível em: <L7210 (planalto.gov.br)>. Acedido em: 07 dez. 2022.

²¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acedido em: 02 jan. 2023.

com a preservação de outros direitos. Dessa forma, pode ser considerada adequada a medida determinada pela Recomendação do CNJ, que buscou readequar as visitas à necessidade do distanciamento social. No entanto, não é o que está a ser aplicado na prática, conforme já evidenciado.

No Brasil, a suspensão de visitas foi justificada a partir da concepção de que seria possível, assim, a realização de um total isolamento nos presídios. No entanto, é imperativo abandonar a ilusão de que os presídios são uma realidade paralela e distante. Os presídios estão dentro da sociedade e em comunicação constante com todos os espaços sociais. Todos os dias mais de cem mil trabalhadores do sistema penitenciário entram e saem dos presídios brasileiros²², além do fato de que pessoas continuam sendo presas e soltas, entrando e saindo das prisões.

Igualmente infeliz foi a medida implementada pelo Ofício 864 de 2020, do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que determinou a alocação de presos contaminados, suspeitos ou pertencentes a algum grupo de risco para COVID-19 em containers, de modo a isolá-los. A justificativa para tal Ofício foi a tentativa de conter o avanço da pandemia, no entanto, em vez de buscar a melhoria das condições de aprisionamento, a proposta do DEPEN, na prática, afasta as regras mínimas de alocação para os estabelecimentos penais neste período.

Cumpramos recordar que, em 2010, a Organização das Nações Unidas (ONU) recebeu denúncia de que o Brasil violava direitos humanos pelo uso de containers como espaço prisional.²³ Foi somente após a obrigação de agir ser determinada por este organismo internacional que foram criadas as Diretrizes

²²Especialistas da UnB analisam sistema penitenciário no contexto do novo coronavírus. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/117-pesquisa/4093-coronavirus-especialistas-da-unb-analisam-sistema-penitenciario>>. Acedido em: 02 jan. 2023..

²³O que são as “prisões de lata” e por que devem ser banidas?. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/o-que-sao-as-prisoas-de-lata-e-por-que-devem-ser-banidas>>. Acedido em: 11 dez. 2022.

Básicas para Arquitetura Penal²⁴, contudo, o Ofício mencionado buscou o afastamento das diretrizes, com a justificativa de que a pandemia assim impunha. Trata-se, portanto, de inadmissível violação à dignidade humana (CRFB, art. 1º), à integridade da pessoa presa (CRFB, art. 5º, XLIX) e à vedação de penas cruéis (CRFB, art. 5º, XLVII), sendo um ato repleto de inconstitucionalidades que buscou, mais uma vez, utilizar a crise pandêmica para mitigar direitos.

Esta subseção pontuou, exemplificativamente, algumas medidas adotadas pelo Estado brasileiro no que tange à crise sanitária no sistema penal. Pode-se perceber, a partir desta pequena análise que, ante a dramática situação, em vez de criar novos direitos e garantias ou efetivar as já existentes para as pessoas privadas de liberdade, utilizou-se da situação para incrementar a redução e/ou violação de direitos da população carcerária. A subseção a seguir analisará, de modo mais próximo, a Recomendação 62 do CNJ, com a intenção de avaliar outras medidas adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

1.1. RECOMENDAÇÃO 62 DO CNJ: LIMITES E (IM)POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO

A Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicada em 17 de março de 2020, pode ser considerada como o marco jurídico mais relevante para analisar a resposta normativa à problemática carcerária durante o período da pandemia que ora se analisa. Trata-se de uma recomendação para que o Poder Judiciário adote medidas preventivas contra a propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativa. Tal ato normativo foi

²⁴MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA/CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução 6, de 13 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55442690/do1-2018-12-17-resolucao-n-6-de-13-de-dezembro-de-2018-55442486>. Acedido em: 11 dez. 2022.

divulgado seis dias após a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarar, publicamente, a situação de pandemia.

A Recomendação delimita uma série de medidas de combate ao coronavírus, como normas para limpeza, proteção individual, audiências, isolamento, regulação de visitas - como já mencionado -, além de outras questões que tangenciam a prevenção do coronavírus para encarcerados e agentes do sistema prisional. Para efeito do presente trabalho, o foco será direcionado às medidas desencarceradoras no âmbito penal e seus efeitos práticos, responsáveis pelo maior debate no campo jurídico.

A Recomendação em análise tornou corpo após uma série de considerações, a começar pela competência do Conselho Nacional de Justiça em fiscalizar e normatizar o Poder Judiciário e seus atos (CRFB, art. 103-B, parágrafo 4º, I, II e III). Considera-se, na situação pandêmica, a necessidade de proteger os grupos de risco e de estabelecer procedimentos preventivos, dado o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus, a obrigação estatal de promover acesso à saúde para população encarcerada, bem como a necessidade de preservar a saúde das pessoas privadas de liberdade.

No que tange aos estabelecimentos prisionais – os espaços de internação para adolescentes fogem do escopo deste trabalho -, têm-se, entre as principais medidas, a necessidade de reavaliação das prisões provisórias (art. 4º, I da Recomendação Nº 62 do CNJ, em consonância com o art. 317 do Código de Processo Penal), priorizando as mulheres gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até doze anos ou pessoa com deficiência, idosos, indígenas ou pertencentes a algum grupo de risco para o novo coronavírus. Ademais, são privilegiadas as pessoas presas em locais superlotados, sem equipe de saúde, sob ordem de interdição, com medida cautelar ou que favoreçam a propagação do novo coronavírus; o que nada mais é que fazer cumprir a Súmula vinculante nº 56.

Para este mesmo grupo de pessoas, recomendou-se (art.

5º, I) a saída antecipada dos regimes semiaberto e fechado, como forma de controle da pandemia, além de flexibilidade e adequação no que tange às saídas temporárias e a concessão de prisão domiciliar para as pessoas em regime aberto e semiaberto, bem como alocação em regime domiciliar para a pessoa suspeita ou em caso confirmado de COVID-19, na ausência de espaço para isolamento na prisão.

Além disso, a Recomendação (art. 4º, II) suspende o dever de apresentação periódica ao juízo para as pessoas em liberdade provisória ou em suspensão condicional do processo e determina a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva (art. 4º, III). Ora, a prisão, por si só, já é evento de excepcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a liberdade, a regra. As prisões provisórias deveriam ser ainda mais excepcionais, não ofertando o referido diploma nada de novo.

Ocorre que tais determinações legais já eram visivelmente violadas anteriormente, ante a situação fática já apresentada na primeira seção deste estudo e continuam, mesmo diante de uma crise sanitária. Em suma, o que a Recomendação faz é somente reforçar algo que já deveria ser tomado como pressuposto da própria ordem constitucional.

Ademais, refletir sobre a aplicação da Recomendação 62 do CNJ significa retornar a um velho e falso conflito entre a segurança pública e a “segurança dos direitos”²⁵ das pessoas apriacionadas. Quando tal “conflito” é posto no debate público, geralmente, argumenta-se que garantir a liberdade das pessoas encarceradas gera insegurança pública para toda a sociedade e, esquecendo-se de que a liberdade deve ser a regra, coloca-se a “soltura como exceção contrária aos interesses sociais”²⁶.

²⁵E. PAZINATO. Do direito à segurança dos direitos: uma análise sociopolítica e criminológica acerca dos sentidos da participação na gestão de políticas municipais de segurança na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

²⁶J. A. MATTOS DO AMARAL; B. DE SOUZA MELLO NETO; D. PREZZI SANTOS. Prisões processuais em tempos de Covid-19: Falso dilema entre preso e sociedade na recomendação n.62/20. Revista Pensamento Jurídico. v. 14, n. 2, 2020.

Esta questão, para além do questionamento social da recomendação, gerou questionamentos políticos e até jurídicos. Um Mandado de Segurança foi impetrado pelo partido político “Podemos” ao Supremo Tribunal Federal, que requereu a suspensão da aplicação da medida, alegando que esta causaria aumento da impunidade e da criminalidade. O Ministro da Justiça à época, Sérgio Moro²⁷, também se manifestou em contrariedade à medida, expondo uma espécie de contradição entre o direito de quem está no cárcere e o direito de quem não está no cárcere.

A Associação Nacional de Membros do Ministério Público Pró-sociedade, por sua vez, apresentou, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 660²⁸, na qual questionou a constitucionalidade da mesma recomendação, sob o argumento de que atenta contra os direitos constitucionais à segurança individual e coletiva, ao direito à saúde e ao princípio da legalidade²⁹. No entanto, tal ação não prosperou, por ausência de legitimidade ativa de tal associação para propositura e inépcia da inicial. Não obstante, a ADPF 660 foi extremamente importante, haja vista que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por meio do Ministro Relator Gilmar Mendes, que a Recomendação 62 do CNJ 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 da maternidade, à presunção de inocência e à saúde”³⁰.

²⁷OFÍCIO Nº 361/2020/GM. Assunto: Sugere alteração pontual na Recomendação 62/2020/CNJ. Disponível em: <<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2020/04/Sergio-Moro.pdf>>. Acedido em: 09 jan. 2023.

²⁸ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 660. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880171>>. Acedido em: 09 jan. 2023.

²⁹CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988. Art. 5º caput e art. 144 (segurança individual e coletiva). Art. 6º e art. 196 (direito à saúde) e art. 37 (princípio da legalidade).

³⁰ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Além disso, houve ainda o Projeto de Lei Nº 1331/2020, que visava alterar o Código Processual Penal para proibir a concessão de liberdade provisória ou de prisão domiciliar em razão da pandemia, além do Projeto de Decreto Legislativo Nº 1235/20, que visava anular, parcialmente, a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça³¹. Tais projetos demonstram o que de fato está em voga nas críticas à recomendação do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, higienismo social e desprezo pelo Direito.

Isto porque, em que pese todo o questionamento social, da análise normativa da Recomendação 62 do CNJ depreende-se que esta, nada mais fez, do que “recomendar” o cumprimento do Código Processual Penal Brasileiro³², da Lei de Execução Penal³³, da Súmula vinculante 56³⁴ do Supremo Tribunal Federal e, em especial, da Constituição da República Brasileira³⁵, notadamente no que tange aos direitos e garantias fundamentais. Enquanto os ataques políticos à recomendação baseiam-se em populismo e perigos abstratos, a recomendação se embasa no que já está assentado no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto,

(ADPF) 660, p. 8. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880171>>. Acedido em: 09 jan. 2023.

³¹Propostas querem impedir progressão de presos em razão da Pandemia da Covid-19. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/656579-propostas-querem-impedir-progressao-de-presos-em-razao-da-pandemia-da-covid-19/>>. Acedido em: 07 dez. 2022.

³²CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941. Artigo 282, paragrafo 6º: “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (...)”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acedido em: 07 dez. 2022.

³³LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984. Artigo 10: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” e ao artigo 11, que delimita “A assistência será: I - material, II - à saúde (...)”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acedido em: 07 dez. 2022.

³⁴SÚMULA VINCULANTE 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

³⁵CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). artigo 5º caput, incisos L, LIV, LVII, bem como o artigo 6º e o artigo 196.

não oferta novidades, apenas apela para o cumprimento das garantias já existentes, bem como de tratados internacionais.

O melhor exemplo, entre estes, está nas Regras de Mandela³⁶, que estabelecem regras mínimas de tratamento para com as pessoas em privação de liberdade e seus familiares, buscando a preservação da saúde, da dignidade e da vida humana. O que se propõe com a Recomendação, portanto, é o cumprimento da estrita legalidade, há muito abandonada pelo sistema penal, com um apelo para que esta estabeleça um caminho até o Direito.

Pelo exposto, buscou-se, com a Recomendação, partindo da legalidade, frear o ímpeto genocida da “fantástica fábrica de cadáveres”³⁷ que é o sistema penal brasileiro, visto que a pandemia poderia tornar sua ação ainda mais devastadora do que tem sido até o presente momento. Finalizando esta exposição inicial, o desafio final do texto consistirá em articular o cenário aqui retratado com a realidade fático-jurídica portuguesa, para que, nas considerações finais, seja possível refletir sobre alternativas de mitigação das violações e iniquidades que o sistema penal brasileiro tem produzido na pandemia.

2. O SISTEMA PRISIONAL PORTUGUÊS E AS MEDIDAS ADOTADAS NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Apresentado o caso brasileiro, eis o momento de demonstrar, de forma breve e não-exaustiva, qual era a situação portuguesa no que tange ao enfrentamento da COVID-19 nas prisões para o mesmo período. Em Portugal, o principal diploma legal existente para o período era a Lei Nº 9/2020, de 10 de abril³⁸. Tal diploma legal, em seu art.1º, estabeleceu medidas de

³⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

³⁷C. E. TADDEO. Era das Chacinas. A Fantástica Fábrica de Cadáveres. São Paulo. 2014. Disponível em: <<http://www.eduardooficial.com.br/a-era-das-chacinas>>. Acesso em: 19 jan. 2023.

³⁸LEI Nº 9/2020, de 10 de abril de 2020. Pesquisável em:

desencarceramento em função da crise sanitária, ofertando perdão parcial das penas de prisão, regime especial de indulto das penas, regime extraordinário de licença de saída administrativa de reclusos e condenados, bem como a antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional³⁹.

Tais medidas desencarceradas estão em acordo com as recomendações do Conselho da Europa, bem como, em consonância com as ações de diversos outros países da Europa Central, no entanto, não foram recebidas de forma acrítica pela comunidade jurídica portuguesa⁴⁰ que, em parte, considerou as medidas de perdão demasiadamente drásticas ante a outras possibilidades de pena que poderiam ajudar na diminuição da lotação dos presídios sem gerar impunidade, como, por exemplo, a prisão domiciliar.

Antes de aprofundar o debate sobre as medidas desencarcerados propriamente ditas, cumpre razão salientar brevemente algumas diferenças do sistema penitenciário português e o sistema penitenciário brasileiro. A começar pelo fato de que, enquanto no Brasil, como já visto, há um cenário de grande superlotação e presídios reconhecidamente insalubres, em Portugal, no que pese seja possível traçar críticas e visualizar possibilidades de melhorias, há situação incomparável. A taxa de ocupação dos presídios, no último senso, era de 97,6%⁴¹, não havendo, portanto, um quadro geral de superlotação – ainda que haja registro de situação de superlotação em presídios específicos⁴².

No entanto, há em Portugal um problema ainda

<https://dre.pt/application/file/a/131347487>. Acedido em 15 de jan. de 2022.

³⁹Idem, artigo 1º.

⁴⁰ N. BRANDÃO. A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n.º 9/2020, de 10/4. Julgar online, abril de 2020.

⁴¹MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. XXII Governo de Portugal. Pesquisável em: <https://justica.gov.pt/Noticias/Protecao-de-funcionarios-e-populacao-dos-servicos-prisionais>. Acedido em: 02 jan. 2023.

⁴² K. T. ISHIY, “Relatório sobre população reclusa em Portugal em 2018”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2/2019.

inexistente no Brasil: o envelhecimento da população carcerária⁴³, gerando ainda mais risco à população reclusa, diante da já referida vulnerabilidade epidemiológica gerada pelo cárcere. Ademais, de acordo com o art. 2º, alíneas “a” a “n”⁴⁴, o perdão foi estabelecido para os presos por decisão transitada em julgado cuja duração fosse igual ou inferior a dois anos ou para presos com condenação de duração superior, mas que já tivessem cumprido mais de metade da pena, restando tempo de reclusão igual ou inferior a dois anos.

Além de outros critérios para incidência do perdão, não houve aplicação aos crimes de homicídio, violência doméstica, maus tratos, contra a liberdade pessoal, liberdade e autodeterminação sexual, contra a identidade cultural, integridade pessoal, de perigo comum, de associação criminosa, de branqueamento de capitais, de corrupção (ativa ou passiva), vantagem indevida, tráfico de droga, ofensa à integridade física grave qualificada pelo resultado, dos crimes praticados enquanto ou contra membro das forças armadas, policiais ou de segurança no exercício de suas funções, dos crimes praticados enquanto titular de cargo político, alto cargo público, magistrado ou Ministério Público. Em suma, tratou-se de estabelecer limites objetivos e subjetivos para a abrangência do perdão, estabelecendo-o como medida para os criminosos de menor danosidade social.

Para além disso, foi estabelecido, no art. 3º, a possibilidade jurídica do indulto excepcional, total ou parcial, das penas aplicadas a presos maiores de sessenta e cinco anos ou para pessoas com doenças físicas, psíquicas ou “com um grau de autonomia incompatível com a normal permanência em meio

⁴³C. S. L. DOS SANTOS; A. Z. DE Q. NOGUEIRA. Envelhecer em contexto prisional. *Rev. bras. geriatr. gerontol.*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 39-48, Mar. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232015000100039&lng=en&nrm=iso>. Acedido em: 25 dez. 2022.

⁴⁴LEI N.º 9/2020 de 10 de abril. Pesquisável em: <https://dre.pt/application/file/a/131347487>. Acedido em: 15 dez. de 2022. Artigo 2º, 6, a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m e n.

prisional no contexto da pandemia”⁴⁵. Ademais, estabeleceu-se a possibilidade de licença de saída administrativa extraordinária⁴⁶, que consiste na possibilidade de a autoridade responsável pelos serviços prisionais, no caso, o Diretor geral de reinserção e serviços prisionais ou o delegado deste, conceder uma saída pelo período de 45 dias, desde que presentes requisitos básicos para o gozo da licença, recaindo ao condenado deveres de permanecer em casa e aceitar a vigilância dos serviços policiais e de reinserção social competentes, cumprindo com orientações e atendendo chamados. A licença era renovável por mais 45 dias, desde que permanente a calamidade resultante do novo coronavírus, bem como cumpridos os pressupostos legais por parte do preso.

A autoridade responsável poderia, inclusive, liberar a circulação daquele que cumpre pena para exercício de atividade laboral, bem como, como já se poderia esperar, para ida aos estabelecimentos de saúde. Houve, ainda, a possibilidade de adaptação à liberdade condicional, na forma do art. 5º da Lei⁴⁷, em que a liberdade condicional pode ser antecipada pelo Tribunal de Execução Penal em até seis meses, nas situações em que há adequado aproveitamento da licença de saída administrativa extraordinária. Neste caso, o condenado permanece com o dever de permanência na própria habitação e submetido à vigilância pelas autoridades policiais e de reinserção social, para além das outras condições legais.

A lei estabelecia, também, quarentena de 14 dias para quem, em qualquer circunstância, regresse ao meio prisional, garantindo o isolamento dos encarcerados, sendo mais protetivo quando comparado ao diploma normativo brasileiro que regia a questão, isto é, a já estudada Recomendação n° 62 do CNJ, que nada previa sobre o isolamento de não suspeitos ou

⁴⁵Idem, Artigo 3º.

⁴⁶Idem, Artigo 4º.

⁴⁷Lei n.º 9/2020 de 10 de abril. Pesquisável em: <https://dre.pt/application/file/a/131347487>. Acedido em: 15 dez. 2022. Artigo 5º.

contaminados. Além disso, assim como o ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com a Recomendação nº 62 do CNJ, a Lei Nº 9/2020 estabeleceu a necessidade de reavaliação das prisões preventivas⁴⁸, de modo a reponderar a necessidade da medida, sendo aplicável somente aos casos em que as outras medidas de coação são insuficientes ou inadequadas⁴⁹. Isto é, tanto a já apresentada norma brasileira, quanto a norma portuguesa, no que tange ao enfrentamento da COVID-19 nos presídios, reiteram que o uso da prisão preventiva é exceção, sendo regras a liberdade e a busca por outros meios de coação prioritários à prisão, que só deve ser efetuada quando não houver outra possibilidade jurídica adequada ao caso concreto.

No entanto, o instituto do perdão, que concedeu liberdade e extinção da pena dentro dos limites pessoais e objetivos já enunciados, foi visto com reserva enquanto estratégia para diminuição da população carcerária durante a pandemia, tendo em conta que trata-se de uma medida definitiva, que sacrifica as finalidades da punição em sua totalidade.

Ocorro que, têm-se a regra constitucional portuguesa, que em seu art. 7º, n.2, estabelece: “a prisão preventiva tem natureza excecional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei.”⁵⁰⁵¹. Nesta toada, o jurista Manuel Monteiro Guedes Valente⁵², ao analisar a situação que denomina de “sistema penal

⁴⁸Idem, Artigo 7º.

⁴⁹Ibidem.

⁵⁰CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Artigo 27, 2. Pesquisável em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acedido em: 17 jan. 2023.

⁵¹Para um aprofundamento sobre a importância do debate sobre direitos fundamentais e direito constitucional na interpretação do sistema penal, recomenda-se: J. DE S., BRITO A lei penal na Constituição. Estudos sobre a Constituição, AA.VV., coordenação de Jorge Miranda, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, pp. 197 a 254 e Idem. Para fundamentação do Direito Criminal. Textos de apoio de Direito Penal, 1, AAFDL, Lisboa, 1983/84, pp. 127 a 233.

⁵²Cumprir esclarecer que o supramencionado jurista serve de referência para o embasamento teórico desta análise comparativa, eis que ainda não há ampla bibliografia de

integral” em Portugal (direito penal material, direito penal processual e direito penal penitenciário), durante a pandemia do novo coronavírus, trouxe conclusões similares às do presente estudo ao analisar a situação brasileira, a começar, pela necessidade que a crise sanitária traz de revisão acerca da situação carcerária, levando sempre em contra que a pena priva o direito fundamental à liberdade, mas não priva o direito fundamental à saúde, nem tampouco à dignidade intrínseca ao ser humano⁵³. Assim, segundo o autor, entende-se que: “a prisão, no Estado constitucional democrático, não coisifica (não pode coisificar) a pessoa presa nem lhe retira o estatuto de sujeito de direito e sujeito a jurisdição. Apenas lhe restringe o *ius ambulandi*.”⁵⁴.

Consoante a posição em defesa dos direitos fundamentais que se têm defendido ao longo do presente artigo, o supra-mencionado jurista português ratifica que, ao realizar a articulação entre as políticas criminais e o direito de saúde, nota-se que “toda a pessoa presa com a mesma dignidade – em igualdade e igualdade em dignidade (...) como detentoras das mesmas condições de ação e de cuidados preventivos e reativos para evitar a propagação do contágio.”⁵⁵.

Trata-se da ideia da ideia, muito cabível para o presente estudo, da dignidade da pessoa humana como igual dignidade. O ilustre professor Jorge Reis Novais⁵⁶ neste contexto, elucida que a dignidade da pessoa humana, como igual dignidade, traduz-se na ideia de que a dignidade é algo concedida a pessoa humana apenas pelo fato de assim ser e em igualdade com todas as outras pessoas humanas, no que tange à dignidade. Tal conceito é também tratado doutrinariamente como dignidade

autores portugueses sobre o tema específico do cárcere em tempos pandêmicos.

⁵³M. M. G. VALENTE. O Sistema Penitenciário Em Tempos de COVID-19 Em Portugal. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ 1, no. 1 (2020): 142–156, doi:10.47595/2675-634x.2020v1i1p142-156.

⁵⁴Idem, p. 145.

⁵⁵Ibidem.

⁵⁶J. R. NOVAIS. A dignidade da pessoa humana. V. 1.: Dignidade e Direitos Fundamentais. Almedina, 2015.

incondicional.

Houve, assim, “uma tentativa de materializar o princípio da humanidade enquanto princípio da política criminal que deve integrar em si mesma uma política pública de saúde”⁵⁷. Neste contexto, salienta-se que, em um Estado de Direito Democrático, o direito de punir do estado deve ser reduzido para o menor conjunto de situações possíveis, em que há adequação e necessidade⁵⁸. Neste ponto, a experiência portuguesa de enfrentamento da COVID-19 no sistema penitenciário revela-se totalmente distinta da experiência brasileira, pois enquanto o Brasil sustentou seu já ilegal e inconstitucional estado de coisas, Portugal alicerçou-se nos direitos fundamentais, incluindo, aqui, a liberdade e o direito à proteção à saúde⁵⁹ para sustentar necessárias e adequadas medidas jurídicas.

Para a jurista portuguesa Cláudia Monge, a “realização do direito à proteção da saúde é feita, também, através do dever de legislar, para conferir aos titulares deste direito uma tutela mais efetiva”⁶⁰. Ao interpretar esta concepção, compreende-se que neste contexto situa-se a Lei nº 9/2020, previamente analisada, enquanto instrumento normativo encontrado pelo Estado Português para cumprir com o seu dever de garantir a proteção da saúde. No entanto, para além destas medidas que expandem os direitos dos cidadãos e limitam o poder de punir do Estado, houve, também, medidas restritivas aos direitos dos cidadãos.

⁵⁷M. M. G. VALENTE. O Sistema Penitenciário Em Tempos de COVID-19 Em Portugal. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ* 1, no. 1 (2020): 142–156, doi:10.47595/2675-634x.2020v1i1p142-156. p. 154.

⁵⁸F. DIAS (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, vol.II, Coimbra Editora, 1999; Idem. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, vol. III, Coimbra Editora, 2001.; Idem, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, vol.I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012; Idem. *Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e descriminalização*. Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976, pp. 69 a 98.

⁵⁹Para uma melhor compreensão do direito à prestação à saúde enquanto um Direito Fundamental, recomenda-se: C. MONGE. *O Direito Fundamental à Proteção Da Saúde*. E-Pública: *Revista Eletrónica de Direito Público* 6, no. 1 (2019): 75–100.

⁶⁰Idem, p. 77.

Ocorre que o direito fundamental à saúde, por vezes, pode necessitar ser ponderado com outros direitos fundamentais, como foi o caso para a população em geral durante o estado de exceção, quando o direito fundamental à saúde fez com que o direito fundamental à liberdade fosse mitigado. Neste sentido, não restam dúvidas acerca da possibilidade de direitos serem conjugados ou mitigados por outros. A preocupação que ora se toma, assim como na análise das restrições brasileiras, é quanto à proporcionalidade e razoabilidade das medidas⁶¹, assim, a partir desta posição, passa-se a observá-las.

Da mesma forma que o Estado Brasileiro, no que tange ao direito às visitas, houve também restrições na realidade portuguesa. Estas, deram-se no decorrer das responsabilidades do Poder Executivo português na tutela das pessoas encarceradas, que fogem do escopo da definição legal que acaba de ser analisada. Houve, assim, algumas determinações do Ministério da Justiça, destacando o Plano de Contingência para a COVID-19, que adotou medidas para o enfrentamento a pandemia em três fases: a inicial, a fase de contenção e a fase de mitigação⁶².

Na fase de contenção, as visitas e entregas para presos foram suspensas, de forma similar ao que ocorreu no Brasil. Além disso, outras medidas foram tomadas, a exemplo das suspensões de atividades acadêmicas, separação da população reclusa de risco, reforço na higiene e outros. Na fase de mitigação, por sua vez, houve novas regras de funcionamento que estabeleciam como os casos confirmados ou suspeitos estavam sendo tratados, bem como o reinício das visitas. No entanto, passada a primeira onda da pandemia, com o retorno ao estado de exceção,

⁶¹V. A. DA SILVA. O Proporcional E O Razoável. *Revista Dos Tribunais* 798 (2002): 23–50.; V. CANAS. Proporcionalidade (Princípio da). *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, pp. 591 a 649;

⁶²Sítio eletrônico do Ministério da Justiça. XXII Governo de Portugal. Retrospectiva das medidas adotadas para o Covid-19. Pesquisável em: <<https://dgrsp.justica.gov.pt/Noticias-da-DGRSP/Calend%C3%A1rio-de-rein%C3%ADcio-das-visitas-aos-Estabelecimentos-Prisionais>>. Acedido em: 19 jan. 2023.

as visitas foram novamente suspensas aos presos.

As informações sobre as medidas disponibilizadas pelo mecanismo oficial do sítio eletrônico do Ministério da Justiça compilam dados do sistema prisional apenas até setembro de 2020. No entanto, associando-se tais informações com as notícias veiculadas por reconhecidos jornais portugueses, a partir de fontes oficiais, pode-se inferir que: em março de 2020 houve suspensão das visitas, em virtude da pandemia; em junho de 2020, contudo, elas foram retomadas de forma reorganizada, em função da pandemia, com distanciamento social, parlatório e outras medidas; em janeiro de 2021, com o agravamento da crise sanitária em Portugal, elas foram novamente suspensas⁶³.

A partir de tais informações, pode-se interpretar, quando em comparação à realidade brasileira, que o que marca a restrição de visitas em Portugal é a razoabilidade e a busca pela máxima efetivação possível dos direitos fundamentais. Restringir visitas foi uma medida necessária, consoante toda a circunstância social e política de proteção à saúde em que Portugal estava inserido. Tratou-se, portanto, de medida justificável e ponderada, frente a outras restrições que a sociedade portuguesa sofreu para proteção da saúde pública.⁶⁴ As ações, deste modo, foram coordenadas e regidas por uma lógica de um Estado que se movimentou para proteger a saúde de seus cidadãos, como direito a ser prioritariamente assegurado, no específico contexto

⁶³Sítio eletrônico do Ministério da Justiça. XXII Governo de Portugal. Retrospectiva das medidas adotadas para o Covid-19. Pesquisável em: <<https://dgrsp.justica.gov.pt/Noticias-da-DGRSP/Calend%C3%A1rio-de-rein%C3%ADcio-das-visitas-aos-Estabelecimentos-Prisionais>> Acedido em: 19 jan. 2023. e Presos na cadeia de Lisboa sem visitas e obrigados a usar máscaras. Disponível em: <<https://www.dn.pt/sociedade/presos-na-cadeia-de-lisboa-sem-visitas-e-obrigados-a-usar-mascaras-13341592.html>> Acedido em: 19 jan. 2023.

⁶⁴R. T. LANCEIRO. Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da covid-19. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 1, 2020. pp. 729-746.

Novo estado de emergência: as medidas e as exceções. Pesquisável em: <https://sicnoticias.pt/especiais/coronavirus/2020-11-23-Novo-estado-de-emergencia-as-medidas-as-excecoes>. Acedido em 19 dez 2022.

pandêmico.

Ocorre que, o mesmo não é perceptível no Brasil. Ao contrário do Estado português, o Brasil e, mais especificamente, o Governo Brasileiro não se voltou, em momento algum, para uma defesa unificada da saúde dos seus cidadãos e, menos ainda, de seus nacionais em situação de reclusão. Isto significa dizer que, a restrição de direitos adotada pelo Brasil e por Portugal possuem pesos distintos, pois as medidas também foram distintas. Enquanto em Portugal notou-se uma vontade e ação para superação das medidas de restrição de visitas (expressa pelo efetivo retorno das visitas em junho de 2020), no Brasil, isto só ocorreu formalmente mais de dois anos depois⁶⁵. Ademais, o sistema brasileiro deveria possuir uma atenção muito mais especial no que tange ao cárcere, visto o já nomeado estado inconstitucional de coisas que o rege (vide ADPF 347).

CONCLUSÕES

Pensar sobre o sistema penal no primeiro ano da pandemia no Brasil e em Portugal provoca profundas reflexões acerca das ações estabelecidas para o enfrentamento da crise que assolou toda a população mundial. As eleições de cada estado-nação neste período tão delicado da história da humanidade apoiam-se em razão de contextos fáticos e jurídicos pré-existentes, específicos de cada país; mas possuem consequências em uma abrangência, por vezes, subdimensionada.

Compreende-se, a partir deste breve comparativo, que há um embate latente entre um sistema jurídico norteado pela dignidade da pessoa humana, em que o Estado é dique de contenção

⁶⁵ BRASIL. Portaria DISPF/DEPEN/MJSP Nº 9 de 30 de março de 2022. Autoriza o retorno gradual das visitas presenciais aos presos custodiados nas Penitenciárias Federais, mantém a realização de visitas virtuais, por intermédio da Defensoria Pública da União, os atendimentos de advogados, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-dispf/depem/mjsp-n-9-de-30-de-marco-de-2022-389929955>. Acedido em: 17 jan. de 2023.

das arbitrariedades e um outro sistema jurídico baseado em desigualdades estruturais, em que o Estado é garantidor do *status quo*. Assim, voltando-se ao problema de pesquisa, que buscou responder se as medidas adotadas para conter a COVID-19 no sistema penitenciário brasileiro e português têm sido eficientes, no sentido de garantir a dignidade da população carcerária e, ao mesmo tempo, a necessária prevenção contra o vírus, têm-se duas considerações:

a) As medidas de enfrentamento à pandemia, no sistema prisional português foram marcadas por valores constitucionais e princípios humanitários, pressupostos para o Estado de Direito. Além disso, o Estado Português conseguiu articular-se, tempestivamente, para promulgar lei garantidora da excepcionalidade representada pela crise sanitária, recebendo, também, uma resposta excepcional, como era expectável. Isto posto, ainda que críticas possam ser feitas e o contágio no sistema prisional seja relevante, houve uma resposta eficiente no sentido de garantir a dignidade da população prisional e, dentro do alcançável, prevenir o coronavírus de forma responsável mesmo antes da vacinação. No entanto, o Brasil, que não produziu legislação, limitou-se, mesmo ante a situação extraordinária, a publicar uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça que, *grosso modo*, repete textos legais já existentes e já ignorados pelo sistema judicial brasileiro, sem preocupação em como a mera recomendação tornaria aplicável legislações já ineficazes. Neste sentido, considerou-se o Brasil ineficiente em garantir a dignidade da população carcerária e prevenir o covid-19 no contexto prisional.

b) Entre tantos intercâmbios doutrinários e legislativos que ocorrem entre ambos os países, considera-se a necessidade, também, de compartilhamento de experiências no âmbito da criminologia e da política criminal. Isto porque, Portugal, que reduz ao longo dos anos sua população carcerária⁶⁶ conservando a

⁶⁶População reclusa em Portugal “tem decrescido” de forma sustentada. Pesquisável em: <<https://www.mundolusiada.com.br/acontece/populacao-reclusa-em-portugal->

posição de um dos países mais seguros do mundo⁶⁷, tem um tanto a ensinar ao Brasil nestes quesitos.

Por fim, a partir dos ensinamentos extraídos do modelo português, deve-se ponderar a importância de buscar percursos jurídicos, políticos e intelectuais que alimentem iniciativas capazes de fazer com que a pandemia não se torne uma potencializadora da vocação destrutiva do sistema penal, mas sim, que seja repensada enquanto evento-alerta, capaz de despertar alternativas criativas para a realização de uma nova justiça criminal, menos propensa a violar a vida e a dignidade da pessoa humana.



TEXTOS E DOCUMENTOS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acedido em: 07 jan. 2023.

BRASIL (Presidência da República). *Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - lei de execução penal*, 1984. Disponível em: <[L7210 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/L7210)>. Acedido em: 07 jan. 2023.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acedido em: 07 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*. Brasília: CNJ, 2016.

tem-decrescido-de-forma-sustentada/. > Acedido em: 19 jan. 2023.

⁶⁷Porquê Portugal é o terceiro país mais seguro do mundo? Pesquisável em: <https://www.mundoportugues.pt/porque-portugal-e-o-terceiro-pais-mais-seguro-do-mundo/>. Acedido em: 19 jan. 2023.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação 62*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>> (cnj.jus.br). Acedido em: 02 jan. 2023.
- MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA/CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. *Resolução 6, de 13 de dezembro de 2018*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55442690/do1-2018-12-17-resolucao-n-6-de-13-de-dezembro-de-2018-55442486>. Acedido em: 11 jan. 2023.
- OFÍCIO No 361/2020/GM. *Assunto: Sugere alteração pontual na Recomendação 62/2020/CNJ*. Disponível em: <<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2020/04/Sergio-Moro.pdf>>. Acedido em: 09 jan. 2023.
- PORTUGAL, (Assembleia da República), *Lei no 9/2020*, de 10 de abril de 2020. Pesquisável em: <<https://dre.pt/application/file/a/131347487>>. Acedido em 15 jan. de 2023.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Pesquisável em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acedido em: 17 jan. 2023.

JURISPRUDÊNCIA

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (adpf) 660*. Pesquisável em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880171>>. Acedido em: 08 jan. 2023.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347*. Pesquisável em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acedido em: 16 jan. 2023.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, SÉRGIO. Crise no sistema de justiça criminal. *Ciência e Cultura*. (São Paulo), v. 54, n. 1, 50-51, 2002. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252002000100023&lng=en&nrm=iso>. Acedido em: 02 jan. 2023.
- BORGES, JULIANA. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.
- BRANDÃO, NUNO. A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n.º 9/2020, de 10/4. Julgar online, abril de 2020.
- CARDOSO, LUCIANA ZAFFALON LEME. *A política da justiça: blindar as elites, criminalizar os pobres*. São Paulo: HUI TEC, 2018.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE. (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, vol.II, Coimbra Editora, 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, vol. III, Coimbra Editora, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, vol.I, 2a ed., Coimbra Editora, 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE. Lei criminal e controlo da criminalidade. *O processo legal-social de criminalização e descriminalização*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976, pp. 69 a 98.
- FLAUZINA, ANA LUIZA PINHEIRO. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2006.

- FLAUZINA, ANA LUIZA PINHEIRO. *As Fronteiras Raciais do Genocídio*. Direito UnB 01, n.o 01, 119 – 146, 2014.
- GOMES VALENTE, MANUEL MONTEIRO. O Sistema Penitenciário Em Tempos de COVID-19 Em Portugal. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ* 1, no. 1 (2020): 142–156, doi:10.47595/2675-634x.2020v1i1p142-156.
- LANCEIRO, RUI TAVARES. Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da covid- 19. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.o 1, 2020. pp. 729-746.
- MATTOS DO AMARAL, ANTONIO JOSÉ; SOUZA MELLO NETO, BENEDICTO DE; PREZZI SANTOS, DIEGO. Prisões processuais em tempos de Covid-19: Falso dilema entre preso e sociedade na recomendação n.62/20. *Revista Pensamento Jurídico*. v. 14, n.o 2, 2020.
- MONGE, CLÁUDIA. O Direito Fundamental à Proteção Da Saúde. *E-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público* 6, no. 1 (2019): 75–100.
- NASCIMENTO, ABDIAS DO. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectivas, 2016.
- PAZINATO, EDUARDO. *Do direito à segurança dos direitos: uma análise sociopolítica e criminológica acerca dos sentidos da participação na gestão de políticas municipais de segurança na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- PRATT, JOHN. *Penal Populism*. New York: Routledge, 2007.
- REIS NOVAIS, JORGE. *A dignidade da pessoa humana*. V. 1.: Dignidade e Direitos Fundamentais. Almedina, 2015.
- SANCHEZ, ALEXANDRA, SIMAS, LUCIANA, DIUANA, VILMA, LAROUZE, BERNARD. COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública? *Cadernos de Saúde Pública* 36(5), 2020. Disponível em:

- <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00083520>>. Acesso em: 02 jan. 2023.
- SILVA, VIGÍLIO AFONSA DA. O Proporcional E O Razoável. *Revista Dos Tribunais* 798 (2002): 23–50.; CANAS, VITALINO. *Proporcionalidade (Princípio da)*. Dicionário Jurídico da Administração Pública, VI, Lisboa, 1994, pp. 591 a 649.
- SOARES FILHO, MARDEN MARQUES, BUENO, MARTINS GOMES BUENO, PAULA MICHELE. Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira. *Ciencia e Saude Coletiva* 21(7), 2016.
- SOUZA e BRITO, JOSÉ DE. *A lei penal na Constituição*. Estudos sobre a Constituição, AA.VV., coordenação de Jorge Miranda, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, pp. 197 a 254
- Idem. *Para fundamentação do Direito Criminal*. Textos de apoio de Direito Penal, 1, AAFDL, Lisboa, 1983/84, pp. 127 a 233.
- ISHIY, KARLA TAYUMI. “Relatório sobre população reclusa em Portugal em 2018”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2/2019.