



Uma conjuntura crítica perdida: a COVID-19 nas prisões brasileiras

A lost critical juncture: COVID-19 in Brazilian prisons

Maíra Rocha Machado¹

¹ Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: Maira.Machado@fgv.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1303-5790>.

Natalia Pires de Vasconcelos²

² Insper, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: nataliapv1@insper.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0309-6904>.

Artigo recebido em 1/06/2021 e aceito em 25/07/2021.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Resumo

A pandemia de COVID-19 é conjuntura crítica perdida para a justiça criminal. Ela ofereceu *condições permissivas* à reforma, como exemplifica a recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça que aconselha juízes/as a desencarcerar a população prisional em situação de risco de saúde. Mas este movimento para a proteção de direitos das pessoas presas e de toda a sociedade não foi acompanhado por *condições produtivas* de reforma das práticas decisórias arraigadas do sistema de justiça. A racionalidade penal moderna, ao favorecer o “desaparecimento” da pessoa concreta dos processos decisórios de entrada e saída da prisão, funciona como obstáculo à emergência de novas ideias e práticas na justiça criminal.

Palavras-chave: Racionalidade penal moderna; reforma institucional; sistema prisional.

Abstract

The COVID-19 pandemic is a lost critical juncture to the criminal justice system. It offered *permissive conditions* to criminal justice reform and the National Council of Justice's Recommendation 62 is an example of this movement, advising judges to de-incarcerate the prison population at health risk. But this movement for the protection of rights of people in prisons was not followed by *productive conditions* of reform that could de-trench judicial practices. Modern criminal rationality, fully accepted among judges, favors the "disappearance" of concrete people from decision-making processes that determine whether one should entry or leave prison facilities.

Keywords: Modern criminal rationality; institutional reform; prison system.



Introdução¹

A pandemia de COVID-19 se apresenta como uma crise sem precedentes para o Brasil. Além do crescente número de pessoas contaminadas e de mortes com a infecção, a pandemia paralisou o país e suspendeu a normalidade da vida institucional da maior parte das organizações públicas. O enfrentamento eficiente da pandemia exige isolamento social, testagem, mudanças de hábitos da população como um todo e uma articulação intensa entre autoridades públicas para o atendimento de pessoas doentes e a prevenção de riscos de contágio. Estas necessidades não seriam diferentes para o sistema prisional, são ainda mais urgentes. Prisões são um espaço de atenção prioritária no enfrentamento da COVID-19 dado o risco iminente de contágio das pessoas que ali habitam. Com uma população carcerária próxima a 800 mil pessoas, o sistema prisional brasileiro é sabidamente sub-humano. Superlotado, insalubre, oferece condições precárias de higiene e saúde para praticamente todas as pessoas em privação de liberdade.

A pandemia, contudo, oferece um momento de crise, uma possibilidade de revisão destas práticas diante das necessidades urgentes de saúde enfrentadas por toda a população. A partir de um direito à saúde reconhecido constitucionalmente, juízes por todo o Brasil desde os anos 1990 decidem a favor de praticamente qualquer pretensão por saúde de pessoas livres (FERRAZ, 2020), a partir de uma jurisprudência que atesta de forma clara que o direito à saúde de todos e todas deve ser protegido independentemente de restrições orçamentárias do poder público ou de divisões de competência dentro do SUS.

Com a pandemia, a proteção do direito à saúde se tornou palavra de ordem do sistema de justiça - suspendeu audiências presenciais, prazos processuais e contratuais, garantiu moradia com a suspensão de prazos de ações de despejo, para citar alguns exemplos. No âmbito penal, no início de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação n. 62 a todos os tribunais do país especificando medidas voltadas ao desencarceramento em razão dos riscos da COVID-19, especialmente para pessoas idosas, em grupos de risco ou que não haviam cometido crimes que envolvessem violência ou grave ameaça. Ademais, os tribunais, onde há muito tramitam milhares de pedidos de liberdade em face de prisões ilegais, penas desproporcionais e outras violações

¹ As autoras agradecem imensamente a leitura e as sugestões de Matheus de Barros, Muriel Aronis e Diego Werneck Arguelhes, bem como os comentários preciosos da organização deste Dossiê.



sistemáticas de direitos, receberam uma avalanche de *habeas corpus* pedindo prisão domiciliar, progressão para regime aberto e saídas temporárias em razão do risco de contágio da COVID-19.

Diante da seriedade da crise de saúde pública e de tantos pedidos por desencarceramento em razão do risco da COVID-19, seria de se esperar uma atuação judicial equivalente àquela que se observa em demandas de saúde por parte da população liberta. Apresentavam-se aí algumas condições exógenas para uma possível conjuntura crítica, um momento de reforma da atuação do tribunal ou ao menos de revisão das práticas institucionais vigentes.

O caminho de reforma e revisão não parece ter sido o caminho escolhido pela magistratura. Como discutiremos a seguir, as respostas do sistema de justiça criminal foram indiferentes à gravidade da crise para a vida de pessoas presas, e até questionaram o valor da vida e saúde de pessoas presas vis a vis o de manter segurança pública. A partir das ferramentas teórico-conceituais do neoinstitucionalismo histórico e de pesquisa original sobre o caso das respostas do Estado de São Paulo à pandemia no sistema prisional, este trabalho procura entender por que a pandemia não foi um momento de conjuntura crítica para o sistema de justiça criminal paulista. O que explica a não-revisão ou não-reforma, mesmo diante de uma crise sanitária sem precedentes? Neste trabalho investigamos as condições permissivas e produtivas, exógenas e endógenas ao tribunal que poderiam ter levado a uma conjuntura crítica.

A mobilização deste aparato conceitual para interpretar os dados obtidos no estudo das decisões do TJSP exige uma articulação fina com o estoque de conhecimento produzido sobre as práticas penais e, em particular, sobre as condições de inovação e reforma no campo criminal. Para tanto, este artigo tem como ambição teórica propor uma composição conceitual entre o neoinstitucionalismo histórico e a teoria da racionalidade penal moderna que se caracteriza por observar a longa duração das práticas punitivas e os obstáculos à evolução do direito criminal (PIRES, 2020). Trata-se, portanto, de construir explicações sobre os problemas complexos do presente sem perder de vista o passado e "particularmente as ideias do passado" e, ao mesmo tempo, não permitir que os problemas de longo prazo sejam "metamorfosados exclusivamente em problemas de curto prazo" (PIRES, 2013: 141).

A próxima seção dedica-se a caracterizar o momento de crise e a sistematizar o modo como os quadros teóricos aqui mobilizados concebem e organizam as condições



para a mudança institucional (1.). A seção seguinte explora as condições permissivas, focalizando o significado e os efeitos da pandemia dentro e fora das prisões (2.). A terceira seção debruça-se sobre a Recomendação 62 do CNJ como resposta à crise e elabora sobre a categoria “prisão a viver – prisão vivida” (3.). Em seguida, este texto lança-se às condições produtivas, ou sua ausência, sintetizando o modo como a racionalidade penal moderna funciona como obstáculo à mudança nas práticas decisórias sobre a entrada e a saída das prisões (4.). A última seção conclui (5.).

1. Crise e mudança institucional

A análise da crise como um momento oportuno para mudança é tema particularmente importante para o neoinstitucionalismo histórico. Apesar de não consistir em um corpo teórico uniforme e completamente integrado, os trabalhos que se organizam dentro do que se veio a chamar de neoinstitucionalismo histórico estão especialmente preocupados em explicar as relações entre instituições – consideradas aqui como “procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política” (HALL; TAYLOR, 2003) e a ação política. Associadas à estrutura socioeconômica e ao caldo de ideias e crenças prevalentes em uma comunidade política, instituições teriam o condão de explicar a ação individual e coletiva no tempo.

Instituições afetariam o comportamento e a ação de indivíduos, quer porque agem como estabilizadores mais ou menos eficientes das incertezas associadas ao comportamento individual e coletivo; quer porque determinam a visão de mundo de agentes, a partir “de modelos morais e cognitivos que permitem a interpretação da ação” (HALL; TAYLOR, 2003). Este efeito das instituições ocorre especialmente em razão de sua natureza perene e estável, que previne, em geral, alterações bruscas de rota na ação de indivíduos e cuja existência condiciona as escolhas futuras, tornando o conteúdo e a forma das novas ações dependentes da trajetória das ações passadas (dependência de trajetória ou *path dependence*). Uma das principais preocupações desse corpo teórico é exatamente a de explicar os momentos de mudança que “quebram” ou fragilizam esta perenidade das instituições e a dependência de trajetória das novas ações em relação as passadas. O conceito-chave neste caso é o de “conjuntura crítica”.



Como explicam Capoccia e Kelemen (2007), a maior parte da vida das instituições políticas é marcada por longos períodos de estabilidade, nos quais apenas mudanças muito graduais ocorrem, altamente dependentes da trajetória de decisões passadas. Ocasionalmente, no entanto, instituições sofrem grandes e profundas alterações. Estas alterações dramáticas são causadas por momentos de conjuntura crítica – períodos relativamente curtos e contingentes em que um conjunto de fatores permite a suspensão das influências estruturais (econômicas, organizacionais, ideológicas) e do peso do modo de operações do passado sobre a ação política, permitindo novas formas de decisão. Nas palavras dos autores, estes momentos expandem o rol de possibilidades de escolha para agentes políticos com poder e as consequências dessas escolhas são percebidas como momentâneas (CAPOCCIA; KELEMEN, 2007: 343) – ou seja, altamente contingenciais, mas que potencialmente darão causa a novos momentos de estabilidade e *path-dependence*.

Soifer (2012) propõe a análise de momentos de conjuntura crítica a partir da caracterização de “condições permissivas” e “produtivas”, separadamente necessárias e conjuntamente suficientes para que uma mudança institucional ocorra. Determinar a presença dessas condições permitiria distinguir momentos de conjuntura crítica de momentos históricos que favorecem a manutenção do *status quo*. Consideram-se “condições permissivas” os fatores ou condições que aumentam o poder de agência e a ação contingente, permitindo a adoção de caminhos divergentes dos adotados no passado. Essas condições marcam a duração da conjuntura crítica porque suspendem ou descolam a rede de relações que estabiliza as relações sociais e, assim, abrem uma janela de oportunidade para a mudança. Crises políticas e econômicas são exemplos claros de condições permissivas, choques exógenos, momentos de ruptura e instabilidade, que exigem de agentes respostas contingenciais e abrem espaço para agência. Crises, contudo, seriam condição necessária, mas não suficiente para a mudança. Elas abrem esta janela de oportunidade, mas outros fatores precisam estar presentes para que a mudança institucional ocorra e um novo momento de *path-dependence* surja.

Soifer chama estes outros fatores de condições “produtivas”. Estas ocorrem no contexto das condições permissivas e também são necessárias, mas não suficientes, para causar a mudança institucional. Elas precisam do contexto criado pelas condições permissivas para produzir estes efeitos de reforma, mas dão forma ao resultado institucional que emerge do momento de conjuntura. Em um mesmo momento de crise, por exemplo, a diferença entre mudanças institucionais entre países que passaram pelo



período é causada pelas condições produtivas. O caldo de ideias econômicas e políticas em um determinado momento crítico é um exemplo de condição produtiva. No caso trazido por Soifer, o colapso dos mercados de exportações que se seguiu à crise de 1929 e a Segunda Guerra Mundial (condição permissiva) teria posto fim a uma era de políticas econômicas direcionadas exclusivamente à exportação de bens primários. Porém, a resposta dada por países latino-americanos – adoção de políticas econômicas de substituição de importações (resultado) - somente teria sido possível dada a emergência de um conjunto de ideias influentes sustentada por economistas na Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL (condição produtiva). Esses dois fatores (crise econômica e novas ideias sobre política econômica) atuando sobre um contexto pré-crise, que já contava com uma classe trabalhadora mobilizada e pequenos empresários, geram a mudança institucional verificada na região, por meio da adoção de políticas de substituição de importações até meados dos anos 1970.

Este contexto pré-crise é também uma variável relevante. Tratado pelo autor como um *antecedente crítico*, esta variável não causa as condições permissivas, que se comportam como um choque exógeno, mas atua sobre a viabilidade e o conteúdo das condições produtivas. No exemplo, a substituição de importações como uma política econômica viável, para além de sua formulação no papel, somente ocorreria se países na região contassem com uma classe de trabalhadores numerosa e mobilizada e pequenos produtores capazes de reverter seu potencial produtivo na direção da política.

Neste artigo aplicamos este arcabouço teórico na tentativa de lançar luz a um problema empírico e teórico: por que a pandemia de COVID-19 não alterou as práticas de encarceramento do sistema de justiça criminal brasileiro? Nesta pergunta estão claras algumas suposições que pretendemos discutir a seguir. A primeira é que a pandemia de COVID-19 poderia funcionar como um choque externo sobre as práticas da justiça criminal. Discutimos adiante como ela de fato pode ser considerada uma condição permissiva que permite a ação contingente e individual de agentes e suspende a normalidade institucional.

A segunda é que o sistema de justiça criminal brasileiro sofreu pressão desse “choque externo”, mas não se alterou significativamente durante a pandemia. A seguir trazemos evidências para dois pontos – a pandemia permitiu que decisões sobre quem deve estar preso/a pudessem ser diferentes, em resposta às necessidades urgentes de saúde e bem-estar que a gestão da pandemia exigia. Mas estas decisões “permitidas”



neste momento de exceção, não foram realizadas, em grande parte porque a racionalidade que caracteriza as práticas do sistema criminal não parece ter se alterado para se conformar como condição produtiva para uma mudança institucional.

2. Condições permissivas: a pandemia de COVID-19

A pandemia de COVID-19, que assola o mundo e cujos efeitos ganham números ainda mais dramáticos todos os dias no Brasil, pode ser considerada uma crise nos termos do quanto formulado acima e, assim, uma condição permissiva exógena às organizações institucionais que ela afeta. Caracterizar a pandemia como crise não ocorre apenas por ser um evento exógeno e de grandes proporções. Ela afetou e afeta de diferentes modos os sistemas de saúde e o sistema de justiça criminal e, de modo bastante particular, a articulação que se estabelece entre esses sistemas no campo prisional, território sobre o qual se debruça este artigo.

Do lado de dentro das prisões: crise e sistema prisional

Do lado de dentro das prisões, a pandemia funciona como condição permissiva ao expor as insuficiências e indignidades do sistema de justiça criminal e suspender a “normalidade institucional” do funcionamento das prisões. O Brasil conta com uma população de mais de 700 mil pessoas presas, a terceira maior população prisional do mundo. A maior parte das pessoas presas (67%) é identificada como preta e parda, jovem e proveniente dos extratos socioeconômicos mais vulnerabilizados da sociedade.²

Antes da pandemia, a maior parte do sistema prisional não atendia aos padrões legais mínimos para a prestação de cuidados de saúde. Além da superlotação, com um nível de ocupação de 151,9%, apenas 63% das unidades prisionais do país possuíam clínicas médicas disponíveis para as pessoas presas e menos de 60% dessas clínicas possuíam espaços específicos para atendimentos de saúde, como sala de vacinação, para curativos, exames e raio-x. Além disso, a maior parte dos serviços de saúde no sistema prisional era provida por auxiliares de enfermagem, já que a maioria das unidades não tem médico ou enfermeiro presente todos os dias³. Dada a ausência de pessoal e estrutura, a maior parte dos serviços de saúde precisa ser prestada fora dos

² Ferreira *et al.* (2020). O informativo esclarece também que do total de 748.009 pessoas presas em dezembro 2019, 12% não tiveram informações sobre raça e cor declaradas.

³ Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020) e Ferreira *et al.* (2020).



estabelecimentos carcerários, o que envolve a organização de escoltas policiais para hospitais, um recurso escasso para as unidades prisionais.⁴

À falta de serviços de saúde e à superlotação se somam as condições insalubres e inseguras de muitas prisões no país. Celas sem janelas, as pessoas amontoadas em espaços quentes e úmidos, com pouca circulação de ar e entrada de luz solar. Em algumas unidades pode haver falta de água e energia, ou mesmo falta de saneamento. Por essas razões, doenças como tuberculose e HIV/Aids são mais prevalentes dentro da população prisional que fora⁵. A violência também faz parte do cotidiano prisional, não apenas por parte de agentes penitenciários e da polícia, mas também entre as pessoas presas, dentro e fora do contexto de rebeliões⁶.

A pandemia de COVID-19, portanto, chega a um sistema prisional que, em seu estado de “normalidade institucional”, já estava de longa data destruído pela superlotação, violência e racismo. Desde os primeiros casos registrados em abril de 2020 nos estados do Pará e Rio de Janeiro, a COVID-19 se espalhou por todo o sistema prisional: todos os 26 estados registram casos confirmados e mortes. O Departamento Penitenciário Nacional informa, em 26 de maio de 2021, 56.406 casos “detectados”, 25.304 casos suspeitos e 202 mortes. Esses números são certamente subestimados, pois dependem de relatórios enviados por autoridades estaduais que não atualizam essas informações regularmente ou mesmo não relatam adequadamente suas mortes ou casos confirmados como COVID-19⁷.

A crise sanitária suspende essa “normalidade” do funcionamento prisional ao obrigar as secretarias de administração penitenciária a pôr em prática novos protocolos e procedimentos que busquem minimamente proteger servidores/as e pessoas presas da infecção por COVID-19, além de isolar e tratar casos confirmados. Não há, contudo, uma resposta administrativa única e coordenada à pandemia nas unidades prisionais do Brasil. O governo federal emitiu recomendações e diretrizes para suas próprias instalações prisionais, mas coube às autoridades estaduais implementá-las e até mesmo solicitar recursos federais adicionais. Há também uma falta geral de transparência e informação

⁴ Soares Filho e Bueno (2016); Fernandes *et al* (2014).

⁵ GLOBAL HEALTH JUSTICE PARTNERSHIP (s.d.); Coelho *et al* (2007).

⁶ Ver, entre outros, Dias e Salla (2013).

⁷ Confira o trabalho do Infovívirus (disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/infovirus>, último acesso 30/05/2021), mapeando a demora na atualização de informações sobre números de casos e mortes no sistema prisional e a falta de transparência do DEPEN e das administrações estaduais sobre o tema.



não apenas para os casos de COVID-19 entre presos e funcionários, como discutimos anteriormente, mas também para as medidas adotadas em cada penitenciária⁸.

Uma resposta adotada de forma geral (ainda que não coordenada) à pandemia foi a de *lockdown* quase completo, impedindo o acesso de pessoas externas, como familiares, advogados/as, defensores/as e demais agentes do sistema de justiça. O sistema prisional, contudo, depende da atuação de diferentes *stakeholders*, estatais e não estatais para seu funcionamento (CABRAL; SANTOS, 2018). Trata-se de um território que se forma e que opera no entroncamento entre os poderes executivo, legislativo e judiciário – ainda com baixa participação, mas em forte expansão, da sociedade civil⁹.

Além da administração penitenciária, famílias e agentes do sistema de justiça participam ativamente da política pública. No caso das famílias, elas garantem que pessoas presas tenham acesso a itens de higiene, remédios, vestimenta e lazer, em geral não providos pela gestão prisional governamental.

De forma até mais importante, familiares são uma das principais fontes de alimentação de pessoas presas, através da entrega do “jumbo” que complementa a alimentação das prisões. Defensores/as, advogados/as e outros agentes do sistema de justiça como juízes/as e promotores/as públicos/as atuam não só na prestação de serviços de justiça, mas revisam e controlam a atividade administrativa e policial dentro das unidades prisionais. Ao impedir o acesso destes demais *stakeholders*, toda a gestão prisional foi delegada à administração penitenciária, reconhecidamente incapaz de prover serviços prisionais de forma digna e eficiente¹⁰.

Do lado de fora da prisão: crise e sistema de justiça

Do lado de fora dos muros da prisão, a crise sanitária suspendeu a normalidade institucional para a organização e operação do sistema de saúde e do sistema de justiça. Na saúde, atendimentos eletivos foram postergados, número de vagas e pessoal para tratamentos não urgentes ou não relacionados com a COVID-19 foi reduzido

⁸ Ver Camila Prando e Rafael Godoi (2020: 1) que estudaram os boletins, do Rio de Janeiro e de Brasília, que “materializam o discurso oficial a respeito da pandemia nas prisões de ambos os Estados”.

⁹ Godoi, Campos, Mallart e Campello (2020). Ver também a Agenda Nacional Pelo Desencarceramento: <https://desencarceramento.org.br/>. Acesso em: 27 maio 2021.

¹⁰ O que vem sendo sistematicamente denunciado por atores da sociedade civil. Ver, além das fontes citadas na nota anterior, as postagens no Instagram do @infovirus, do @desencarcerabr que republica as denúncias dos “desencarcera” estaduais.



drasticamente, e os serviços de saúde, com suas equipes e recursos hospitalares, foram redirecionados para o enfrentamento direto da pandemia. Esses movimentos já seriam até esperados por um sistema de saúde em um cenário epidêmico. Mas a velocidade de propagação do vírus e a gravidade das infecções por COVID-19, somadas à atuação ineficiente e negligente do governo federal no atendimento da crise, tornaram o cenário ainda mais agudo e dependente da atuação contingente de agentes políticos e das burocracias estatais.

No sistema de justiça, todas as atividades presenciais da justiça foram suspensas de forma indeterminada, com extensão dos prazos processuais e, no âmbito penal, a realização de audiências por videoconferência foi autorizada, afastando ainda mais juízes/as e tribunais das pessoas presas¹¹. Atores do sistema de justiça ganharam posição central durante a crise sanitária tanto a favor de medidas efetivas de enfrentamento da crise, quanto alinhados à pauta governista. Juízes e tribunais, por exemplo, incluindo o Supremo Tribunal Federal, mediaram (e continuam a mediar) conflitos federativos (VASCONCELOS; ARGUELHES, 2021), de modo a garantir que respostas à pandemia pudessem ser implementadas por estados e municípios mesmo diante de contra-ataques constantes do governo federal a medidas locais de atendimento de doentes e prevenção de novos casos (ASANO *et al*, 2020). A própria atuação da Anvisa na aprovação de vacinas foi levada ao STF e analisada pelo tribunal (VASCONCELOS; FERRAZ, 2021). Atores do sistema de justiça também obrigaram o fornecimento de tratamento precoce não comprovado, como hidroxicloroquina¹², deram provimento a pedidos de internação por COVID-19 fora da fila (MAIA, 2021)¹³[OBJ].

A atuação do sistema de justiça em casos de saúde pública é notória mesmo antes da pandemia. Milhares de ações individuais são todos os anos ajuizadas requerendo serviços e tratamentos muitas vezes não ofertados pelo SUS. A grande maioria dessas

¹¹ A atual redação do artigo 19 da Resolução n.º 329/2020 do CNJ, que foi alterada pela Resolução n.º 357/2020, passou a autorizar a audiência de custódia por meio de videoconferência, no contexto da pandemia de COVID-19, “quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial”, determinando que a pessoa presa deve ter garantida a entrevista prévia com advogado(a), assegurada a sua privacidade, sendo que o juiz, a defesa ou o Ministério Público podem se assegurar de que a pessoa está sozinha no recinto no qual a transmissão é feita, dentre outras medidas que visam a “prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal” (art. 19, §2º, Resolução n.º 329/2020 do CNJ). Antes da alteração, o CNJ vedava a realização de audiência de custódia por videoconferência. Contudo, a interação entre Congresso e a Presidência da República trouxe outra modificação ao cenário. Em 19 de abril de 2021, o Senado confirmou a derrubada de vetos do Presidente Bolsonaro a dispositivos do Pacote Anticrime. Bolsonaro havia vetado a proibição de realização de audiência de custódia por videoconferência, mas esse foi um dos pontos revertidos pelo Congresso (CONGRESSO DERRUBA..., 2021).

¹² Cf. Santa Catarina (2021).

¹³ Para um exemplo, conferir Janone (2021).



ações é decidida de maneira favorável a usuários/as do sistema, o que tem efeitos, em geral, deletérios sobre a organização da política e distribuição equitativa de recursos (FERRAZ, 2021).

Mas a pandemia trouxe o tema de saúde pública e do direito à saúde para perto de temas jurídicos que antes da crise sanitária não seriam formulados como demandas por bens e serviços de saúde. Demandas por segurança do trabalho (MAIA, 2021), suspensão de contratos de aluguel e ações de despejo (FIRPO; TAVOLARI, 2021) e, especificamente para o sistema prisional, acesso a melhores condições prisionais, prisão domiciliar ou conversão da pena para regimes semiaberto e aberto (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020), foram temas discutidos sob a linguagem de acesso a saúde, forçando juízes/as e tribunais a pensar o impacto da pandemia sobre diferentes esferas da vida e, especialmente, sobre a existência e a dignidade de populações vulnerabilizadas.

3. Resposta a crise: a recomendação n. 62

Nesse cenário é publicada, em 17 de março de 2020, a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça contendo diversas medidas direcionadas aos tribunais e magistrado/as para a prevenção à propagação da COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Diante do foco deste artigo nas decisões judiciais sobre a entrada e a saída da prisão, destacam-se os artigos 4º e 5º que listam perfis e hipóteses prioritárias para a reavaliação das prisões provisórias e para a concessão de saída antecipada dos regimes aberto e semiaberto. Os dispositivos recomendam ainda a máxima excepcionalidade da prisão preventiva e a concessão de prisão domiciliar para as pessoas nos regimes aberto e semiaberto, bem como às pessoas com diagnóstico suspeito ou confirmado de COVID-19 (Quadro 1)¹⁴.

¹⁴ De acordo com a Recomendação, o “grupo de risco” inclui “idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções” (art. 1º, I).



Quadro 1
Recomendação 62/2020 do CNJ

Art. 4º. Recomendar aos **magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal** que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, **considerem as seguintes medidas:**

I – a **reavaliação das prisões provisórias**, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, **priorizando-se:**

1. mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;
2. pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;
3. prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; (...)

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

I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante n^o 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às:

1. mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;
2. pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; (...)

Fonte: Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça. Recortes das autoras.

A Recomendação 62 não é só uma resposta à pandemia, mas parte de um esforço anterior mais longo de grupos do poder judiciário, da academia e da sociedade civil em tornar as condições de vida em prisão uma variável relevante em decisões judiciais¹⁵. A ausência de previsão normativa para a pena de morte e para a pena perpétua em nosso país não tem impedido que as práticas decisórias e o funcionamento concreto das instituições do sistema de justiça aceitem e convivam com a possibilidade dessas formas

¹⁵ Ver a Agenda Nacional Pelo Desencarceramento: <https://desencarceramento.org.br/>. Acesso em: 27 maio 2021 e Machado (2020)



de punição. Uma coisa é a pena prevista em lei, outra coisa é a pena imposta na sentença e uma terceira é a *pena a viver* e a *pena vivida* por aquela pessoa.

O historiador francês André Zysberg, em estudo sobre as práticas punitivas no Antigo Regime, oferece uma imagem eloquente para esta reflexão. O estudo analisa a pena de galés entre os séculos XVII e XVIII, um momento anterior à formação do direito penal moderno e ao surgimento da pena de prisão, tal como a conhecemos. As galés eram embarcações movidas a vela onde se cumpria esta pena de trabalhos forçados como remeiro. Relata o autor que a condenação à pena de galés “representava a uma só vez um suplício, um castigo corporal e um modo de exclusão social e de confinamento.” (ZYSBERG, 1984: 69). Situada logo abaixo da pena de morte, na escala de penas, a condenação às galés era “perpétua” ou por um período de 3, 5, 7 ou 10 anos. No entanto, a pesquisa de Zysberg aponta que mesmo quando o tempo de duração era fixado na sentença, a pena de galés revelava-se também quase definitiva, tanto em razão do elevado número de mortes devido à “má qualidade de vida e à duração excessiva das campanhas” (ZYSBERG, 1984: 74), quanto em razão da sistemática desconsideração do tempo de pena estipulado na sentença. Como relata o autor, “os magistrados mais corajosos e mais independentes protestavam vez por outra contra esse abuso do poder real, dizendo que zombavam de suas sentenças, já que dava na mesma condenar um homem às galés por 3 anos ou por toda a vida.” (ZYSBERG, 1984: 69).

Esta passagem oferece três pontos relevantes. Revela que a morte e o risco de morte são aceitos como efeitos – muito prováveis, em vários casos – de outros tipos de penas previstas nas normas e impostas pelos tribunais. E, diante disso, o empenho em fazer valer a pena que foi decidida exige autonomia em face do poder político: é necessário protestar para fazer valer o disposto na sentença, isto é, para fazer valer o direito. Mas a passagem permite inferir também que, mesmo diante do amplo conhecimento de que a vida nas galés pode resultar em morte, adoecimentos e mutilações, as sentenças seguem impondo aquilo que a ordenação prevê: remar por 3, 5, 7 ou 10 anos¹⁶. A passagem de Zysberg, sobre as galés no Antigo Regime, ilustra bem o funcionamento da justiça criminal brasileira¹⁷. A “pena a viver” ainda não participa dos

¹⁶ Zysberg (1984: 74) relata também que, entre os condenados às galés, somente as pessoas mutiladas e doentes permaneciam no porto, amontoadas em antigas embarcações ou encaminhadas aos hospitais.

¹⁷ A pena de galés estava prevista nas Ordenações Filipinas, corpo legal que regeu a maior parte da vida colonial brasileira, e foi mantida no Código Criminal do Império de 1830. Como esclarece a historiadora Silvia Lara, quando essas embarcações de baixo bordo e remos deixaram de existir “a pena passou a significar o



processos decisórios sobre a punição. Como argumentaremos a seguir, a indiferença à vida, a desconexão entre o disposto na decisão judicial e a experiência concreta que cada pessoa terá no decorrer do cumprimento da pena que lhe foi imposta são parte constitutiva do funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro.

Com a expressão “prisão a viver – prisão vivida”, este texto trata indistintamente a entrada no sistema prisional decorrente de prisão preventiva ou de sentença condenatória para, assim, colocar em relevo o modo como as características da *pessoa* aprisionada e do *ambiente* onde está ou para onde será encaminhada participam do processo decisório. Esta expressão busca expressar uma composição muito particular entre o feixe de elementos *biográficos* – médicos, biológicos, psíquicos, afetivos, familiares – e *institucionais* – condições estruturais, de recursos humanos, assistência médica e jurídica, acesso a visitas, dinâmica do regime disciplinar, entre vários outros – que contornam e pautam a experiência em prisão. A noção de “prisão vivida – prisão a viver” avança o debate jurídico-dogmático sobre a entrada e a saída da prisão, as pessoas e os ambientes específicos e concretos, sobre o qual versa o processo decisório levado ao tribunal. A integração dessa categoria dogmática ao processo decisório exige que seja constantemente atualizada de modo a refletir as modificações que a interação pessoa/ambiente pode sofrer no decorrer do tempo.

O arranjo normativo-institucional brasileiro não estimula tampouco favorece que a “prisão vivida – prisão a viver” participe autenticamente das decisões sobre a entrada e saída dos cárceres brasileiros. Há todo um campo de investigação a ser desbravado nesse ponto, mas é possível elencar, em função dos objetivos deste artigo, algumas características do nosso sistema de justiça criminal que concorrem para este estado de coisas.

Em primeiro lugar, no âmbito das decisões judiciais tomadas a partir da prisão em flagrante, nas audiências de custódia, é possível observar que a pessoa supostamente flagrada pela polícia, mesmo presente diante da autoridade judicial, é raramente considerada. A argumentação focaliza a “garantia da ordem pública” e, a partir dela, funciona como chancela judicial da atuação policial (FREITAS, 2020). O ambiente em que a pessoa viverá concretamente a prisão preventiva, ademais, sequer é mencionado.

trabalho forçado em obras públicas, usando o condenado a calceta – uma argola de ferro com corrente, presa à perna” (Lara, 1999: 495). É nesta modalidade que a pena de galés é prevista no Código de 1830 (art. 44 e 45). Na codificação de 1890 a pena de galés é, enfim, suprimida da legislação.



Em segundo lugar, no momento da sentença, sendo condenatória, nosso arranjo normativo requer sejam observadas, quanto à pessoa, seus “antecedentes”, “conduta social” e “personalidade”, categorias que funcionam como anteparos ao feixe biográfico concreto e específico.¹⁸ No tocante ao ambiente onde a pena será cumprida, neste momento processual nossa legislação se limita a exigir que se defina o “regime prisional” (fechado, semiaberto, aberto), uma decisão constrangida pela quantidade de pena aplicada¹⁹. A existência ou não de instituições que possam receber pessoas no regime determinado na sentença não integra a decisão, muito menos as condições concretas de vida em prisão nesses estabelecimentos²⁰.

Por fim, as normas que regulamentam as decisões no decorrer do cumprimento de pena, envolvendo as possibilidades de saída do cárcere, estabelecem outros anteparos à observação da “prisão vivida”: a pessoa será acessada de acordo com o modo como a própria direção do estabelecimento prisional avaliou “sua conduta”, o que se faz, geralmente, pela verificação da presença ou ausência de faltas disciplinares registradas no prontuário prisional²¹. Quadro clínico, condições de vida em prisão, entre outros fatores que coloquem no campo de visão a “prisão vivida” não são considerados nas decisões, a não ser que a defesa expressamente o requeira.

Esforços mais ou menos bem-sucedidos têm provocado fissuras nesse arranjo normativo-institucional que exclui a “prisão vivida – prisão a viver” dos processos decisórios sobre a entrada e a saída do cárcere. Entre eles estão, por exemplo, a decisão do STF na cautelar da ADPF 347 que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Esta decisão, contudo, negou os pedidos que buscavam, justamente, fazer com que o “quadro dramático” compusesse as decisões de entrada e saída, especialmente para “abrand[ar] os requisitos temporais para fruição de benefícios e direitos dos presos”, negado por nove votos contra um, e “reduz[ir] o tempo de prisão

¹⁸ Trata-se do art. 59 do Código Penal que estabelece o que deve ser considerado pela magistratura no momento de decisão sobre a pena a ser aplicada. Sobre os bloqueios que nosso quadro normativo impõe à observação da pessoa concreta apenada, ver Machado (2016).

¹⁹ Código Penal, artigos 33 a 42 e 59, III. Como mostrará a próxima seção, até esse momento, as ideias sobre punição que constituem o núcleo das práticas decisórias concentram-se na retribuição e na dissuasão, marcadas pela equação pena-crime (CP, art. 59). Com o trânsito em julgado da decisão e o início do cumprimento de pena, a ideia-motriz, de acordo com a legislação passa a ser a “harmônica integração social do apenado” (LEP, art. 1º). Trata-se de uma cisão que se opera no campo normativo (CP e CPP *versus* LEP), organizacional (varas de conhecimento e de execução) e das ideias (retribuição e dissuasão *versus* reabilitação prisional).

²⁰ O Supremo Tribunal Federal publicou, em 2016, a Súmula Vinculante 56, que veda a manutenção da pessoa presa em regime mais gravoso em decorrência da falta de estabelecimento penal adequado.

²¹ Lei de Execução Penal, artigos 39, 50, 112, *caput* e §1º.



a ser cumprido, quando as condições de cumprimento são significativamente mais severas do que as impostas na sentença”, negado por unanimidade.²² Estão também as alterações legislativas e jurisprudenciais provocadas pelo “HC das Mulheres”, particularmente no tocante à ampliação das possibilidades de decretação de prisão domiciliar para determinadas pessoas.²³

É nesse contexto que a Recomendação 62 é editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para conter os efeitos catastróficos da Covid-19 no sistema prisional. Para Valença e Freitas (2020: 576), tratou-se “certamente [d]o documento mais estratégico editado pelo CNJ” e, por isso, foi alvo de diversas manifestações contrárias, inclusive no interior do STF, que contribuíram para arrefecer a força da Recomendação 62 (VALENÇA; FREITAS, 2020: 580).

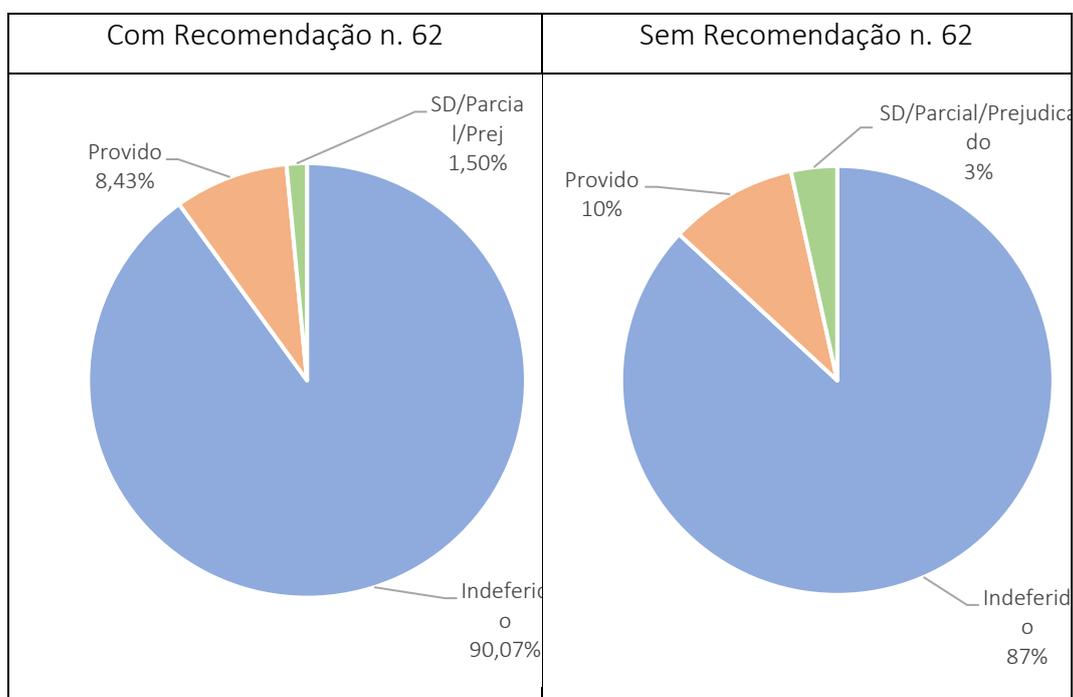
Ainda assim, é possível observar algo não negligenciável na aprovação, pelos conselheiros do CNJ, de um documento com aquele teor. Diante da crise sanitária, a Recomendação 62 afirma textualmente que o processo decisório referente à entrada e à saída de pessoas nas instituições prisionais do país precisa considerar aspectos tanto da *pessoa* quanto do *ambiente* para a qual está sendo encaminhada. A Recomendação 62 evidencia não haver como impedir o alastramento da pandemia no sistema carcerário sem colocar a “prisão a viver – prisão vivida” no primeiro plano dos processos decisórios.

O judiciário, contudo, se manteve refratário a esta ideia. Pesquisa realizada pelas autoras deste texto e coautores sobre 6771 decisões do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (TJSP) em habeas corpus proferidas nos dois primeiros meses da pandemia revela que a Recomendação 62 não foi propulsora de decisões favoráveis ao desencarceramento. Quase 90% do total de habeas corpus foi indeferido, e dos 54% que citam a Recomendação 62 em suas decisões, 90% deles também são pelo indeferimento (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020: 549).

²² Brasil (2016) e Machado (2020).

²³ Brasil (2018) e Almeida *et al* (2019).



Gráfico 1: Habeas Corpus e Recomendação 62

Fonte: VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020: 550.

A análise estatística dessas decisões apontou cenário potencialmente até pior: a recomendação estaria correlacionada com o indeferimento dos habeas corpus (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020: 564), indicando que magistrado/as invocariam a recomendação para contrariá-la ao argumentar por sua não aplicação ou pela ausência de força normativa.

O estudo qualitativo da argumentação do tribunal a partir de uma amostra representativa e aleatória de 371 casos do universo de 6771 habeas corpus revelou que, entre as poucas decisões pela concessão (21 casos dos 371) há apenas um caso em que a Recomendação 62 foi determinante para o deferimento do pedido. A decisão autoriza a prisão domiciliar de pessoa condenada por tráfico de drogas, cumprindo pena em regime semiaberto em estabelecimento superlotado “por razões de ordem humanitária estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça” (Caso 32 citado em VASCONCELOS;



MACHADO; WANG, 2020: 558). A decisão reconhece não haver “base legal” para o pedido e se apoia no art. 5, III da Recomendação 62.

Dentre as decisões da amostra referentes à pessoas idosas (23 de 371 casos) e, portanto, pertencentes a grupo de risco independentemente de seu quadro de saúde, apenas um o pedido foi concedido. Tratava-se de uma pessoa de 72 anos, com diabetes e outras enfermidades, e que já havia cumprido grande parte de sua pena (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020: 559). Nos demais 22 casos, a fundamentação das decisões denegatórias (i) divergiam, questionavam ou se opunham aos termos da Recomendação; (ii) limitavam-se a indicar os argumentos - abstratos mas ainda muito difundidos e aceitos - de “garantia da ordem pública” ou de “proteção da sociedade”; e, por fim, (iii) exigiam da defesa a produção de provas sobre informações fáticas relacionadas aos estabelecimentos prisionais e, até mesmo, informações processuais que poderiam ser acessadas pelo próprio tribunal (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020: 562)

De outro lado, o estudo do universo de decisões encontrou que “variáveis ligadas ao próprio tribunal e à magistratura [são] mais explicativas do resultado das decisões que variáveis ligadas às condições de saúde das pessoas em privação de liberdade (...)” (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020: 564). As instituições de origem de magistrado/as (se da advocacia, ministério público ou do próprio judiciário), o gênero e, especialmente, o tempo de carreira, tendo passado ou não por tribunais especiais como TAC e TAC-Crim, explicariam mais as decisões por não provimento ou provimento dos habeas corpus que a Recomendação 62 ou grupo de risco das pessoas presas. Por exemplo, desembargadores e desembargadoras provenientes de carreiras externas ao Judiciário, como Ministério Público e OAB, teriam uma probabilidade maior de deferir os pedidos de habeas corpus que juízes e juízas do tribunal provenientes da magistratura. Outro achado indica que casos em que a pessoa presa é do gênero feminino tem uma maior probabilidade de deferimento, mas juízas tendem a indeferir mais que juízes. O tempo no tribunal também importa: estaria correlacionado com uma maior probabilidade de deferimento, desde que magistrados e magistradas não tivessem passado por instituições como o TAC e o TACCRIM.

Resultados semelhantes foram encontrados em pesquisas sobre outros tribunais. Hartmann et al (2020) analisam mais de 900 habeas corpus propostos perante o STF e STJ entre março e maio de 2020 e concluem que a pandemia teve pouco efeito sobre a argumentação judicial e o resultado dos casos. Tal como no caso do TJSP, a taxa de



concessão de habeas corpus nos dois tribunais é baixa em 2020 – 5,23% para STF e 5,24% para STJ. Esta taxa é menor no STF que a registrada para o mesmo período em 2019, quando o tribunal marcava 8,05% de provimento de HCs, enquanto o STJ manteve estável sua taxa de concessão de um ano a outro. E são justamente os habeas corpus registrados pelo STF como relacionados à COVID-19 (identificados no painel de monitoramento da COVID-19 do tribunal) os casos responsáveis por essa queda na taxa de concessão de um ano a outro – enquanto os HCs fora do painel (não relacionados explicitamente com a pandemia) teriam taxa de sucesso de 5,76%, aqueles dentro do painel teriam taxa de concessão de 4,02%.

Analisando especificamente a argumentação das decisões por concessão e não concessão durante o período, os autores e autoras encontram um peso muito pequeno à pandemia na argumentação judicial. De uma escala de 5 pontos, onde 0 marca o caso para o qual a pandemia é “absolutamente nada fundamental para a decisão” e 5 “muito fundamental para a decisão” (HARTMAN ET AL, 2020: 28), o estudo encontra uma relevância média da pandemia de apenas 1,24% para os casos concedidos e 1,39% para os casos denegados, percentuais praticamente não diferentes estatisticamente.

Valença e Freitas (2020), em análise qualitativa de 62 decisões proferidas pelo STJ, identificam oito grupos de argumentos mobilizados na apreciação dos pedidos com base na Recomendação 62. Excetuando os dois grupos que não tocam no mérito dos pedidos, quatro dos seis grupos restantes estão apoiados na ausência de demonstração, pelo paciente, de um ou mais dos requisitos estipulados pelo CNJ. De acordo com os resultados, o que faltou provar, de acordo com o STJ, diz justamente respeito à *pessoa* – grupo 1 (pertencimento a grupo de risco) – e ao *ambiente* – grupos 2, 3 e 6 (incapacidade de realizar atendimento de saúde, confirmação de casos de Covid-19 na unidade, superlotação). Mas também à *prisão-vivida* como se vê no grupo 4 que reúne os argumentos baseados na ausência de demonstração “que estar preso vulnerabiliza mais o paciente que estar solto” (VALENÇA; FREITAS, 2020: p. 587).

Estes achados empíricos sugerem que, se a pandemia criou condições para reforma institucional, tendo na Recomendação 62 uma manifestação forte do CNJ nesta direção, algo inerente à forma como magistrados/as pensam e decidem tem mais força e poder explicativo sobre suas decisões.



4. Condições produtivas: a Racionalidade Penal Moderna

Se as condições permissivas relaxam ou suspendem constrangimentos institucionais, as condições produtivas exigem que lancemos nossa atenção às ideias que recebem apoio e podem levar uma instituição a reorganizar seus processos de uma determinada maneira perene. Tomando a atividade jurisdicional no controle da porta de entrada e saída do território-prisão como ângulo de observação, é possível reconhecer a ampla difusão e cristalização, a partir do século XVIII, de um conjunto de ideias nomeado como “teorias negativas da pena”. Com essa expressão, faz-se referência ao denominador comum das teorias da retribuição, da dissuasão, da reabilitação (ou ressocialização) e da denúncia: a obrigação de punir, a valorização do sofrimento e da exclusão social, a prisão como sanção por excelência e a desvalorização das penas alternativas²⁴.

Ao observar o modo como tanto o sistema de direito criminal quanto o sistema político defendem e valorizam esse conjunto de ideias, a teoria da racionalidade penal moderna se constrói a partir e ao redor da constatação de que as teorias negativas da pena constituem um “obstáculo cognitivo” à reconstrução e à inovação no direito criminal²⁵. Margarida Garcia e Richard Dubé (2017: 16) assinalam, ademais, que esse conjunto de ideias forma a “auto-descrição identitária por meio da qual o sistema e seus atores concebem a função do direito criminal, sua “identidade”, sua “singularidade” (...)”.

O peso e o alcance das teorias negativas no modo de pensar, de atuar e de decidir ajuda a explicar o fracasso das tentativas de reforma nas práticas punitivas nos últimos dois séculos. Nem as críticas à prisão – que nascem com ela - tampouco as sistemáticas denúncias da sociedade civil puderam transformar as práticas punitivas²⁶. Para os autores, o que nos impede de engrenar uma reforma transformadora não é a ausência de “ideias novas”, mas a ausência de novas teorias da pena, positivas, que possam fundamentar as alternativas decisórias com a mesma estabilidade que observamos em relação às teorias negativas.

²⁴ Os “pontos de coesão” das teorias negativas da pena – denominadas também “teorias convencionais da pena” estão em Garcia (2020: 60-73).

²⁵ Para uma descrição da trajetória de duas décadas de construção da teoria da racionalidade penal moderna, elaborada por seu próprio autor, ver Álvaro Pires (2020).

²⁶ Sobre o “enigma” das críticas repetitivas à prisão, ver Pires (2020, p. 310).



A pedra de toque das teorias positivas, a elaborar, está em estabelecer uma relação de franca oposição com a ideia segundo a qual a exclusão social e o sofrimento da pessoa condenada protegem a sociedade. Trata-se, portanto, de desenvolver

ideias alternativas que possam apoiar [...] modos de resolução de conflitos que busquem ativamente proteger a sociedade através de medidas que protejam também a inclusão social das pessoas que infringem as leis, seus vínculos sociais e as condições favoráveis ao reestabelecimento da paz social. (GARCIA; DUBÉ, 2017: 18-19).

Esta reflexão fornece pistas teóricas para a observação das condições produtivas: no campo da atuação jurisdicional sobre o território-prisão, a mudança requer que rompamos com o elo entre a proteção da sociedade e a exclusão social com imposição de sofrimento. Isso exige que se coloque a pessoa, e seus vínculos sociais, não apenas no campo de visão, mas no primeiro plano dos processos decisórios.

No entanto, as teorias negativas da pena que compõem a racionalidade penal moderna bloqueiam, de diferentes formas, essa possibilidade. É possível dizer que a pessoa “objeto” da intervenção penal entra no campo de visão da racionalidade penal moderna com o fortalecimento da prisão como pena, no início do século XIX e, sobretudo, com o surgimento da criminologia positivista, no final daquele século. Esta combinação de teorias e práticas punitivas dão os contornos da teoria da reabilitação prisional. Até então, as teorias da retribuição e dissuasão, que se formaram na segunda metade do século XVIII, limitavam-se a observar a pessoa que infringe a lei como uma pessoa “dotada de livre-arbítrio” que só integra a equação de determinação da pena em função de sua responsabilidade moral e culpabilidade.

Até então, a pena é *devida* ao crime. Com a teoria da reabilitação prisional, esta equação “pena-crime” é complexificada, passando a abarcar algumas características da pessoa, particularmente aquelas que permitem a identificação de “patologias” (biológicas, psicológicas e/ou sociais)²⁷. Em virtude disso, à concepção exclusivamente punitiva são agregadas novas ideias voltadas ao “tratamento” das pessoas aprisionadas, à sua regeneração, recuperação, reeducação e etc. Em outras palavras, o advento da teoria da reabilitação oferece novas razões e modos de punir, mas ao seguir valorizando a pena de prisão e a exclusão social com sofrimento, articula-se intimamente às teorias da retribuição e da dissuasão. A entrada da pessoa no campo de visão da racionalidade penal moderna seguiu e segue marcada pelo enfoque da teoria da reabilitação que

²⁷ Raupp (2020) e Machado (2005).



conjuga uma leitura criminalizante dos comportamentos com uma leitura patologizante das pessoas.

A recepção desse conjunto de ideias no arranjo normativo-institucional brasileiro é observada em diversos mecanismos que favorecem o “desaparecimento” da *pessoa concreta* nos processos decisórios de entrada e saída da prisão. O que se realiza por meio de anteparos argumentativos que, ao categorizar, generalizar, omitir e filtrar, eliminam componentes biográficos indispensáveis à atuação jurisdicional. Nas decisões, as pessoas concretas desaparecem para dar lugar a “traficantes”, “criminosos”, “perigosos”, etc.²⁸.

Isso é especialmente claro nas decisões analisadas. As denegações nos casos em que há acusação de tráfico de drogas, por exemplo – que corresponde a 120 das 245 decisões da amostra que contém informações sobre o tipo penal – fixam-se em argumentos relacionados à proteção da “comunidade ordeira e honesta” diante de um crime que sequer envolve violência ou grave ameaça (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020: p. 560). Menções à “gravidade” do crime imputado e à manutenção em prisão, provisória ou definitiva, como forma de “garantir a ordem pública” e “proteger a sociedade” são também recorrentes no material (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020: p. 562).

5. Considerações finais

Para o neoinstitucionalismo histórico, reformas institucionais podem ser explicadas por momentos de conjuntura crítica, onde condições permissivas e produtivas alteram práticas institucionais arraigadas. Como vimos, a pandemia de COVID-19 oferece *condição permissiva* à reforma da justiça criminal, suspendendo a normalidade dos processos e funcionamento de instituições do sistema de justiça. A Recomendação 62 é resposta do CNJ à crise, aconselhando juízes/as a desencarcerar a população prisional em situação de risco de saúde. Este movimento contingente, que procura atender às exigências sanitárias da pandemia, é também fruto de longo processo intelectual e político que busca inserir as condições da *prisão vivida* como variáveis relevantes para a atuação jurisdicional.

²⁸ Várias pesquisas têm chamado atenção, de diferentes maneiras, para esse ponto. Ver, por exemplo, as pesquisas de Poliana Ferreira (2019) sobre a “derracialização” dos processos judiciais (2019), de Luisa Ferreira (2021) no tocante ao crime de roubo e de Maíra Machado *et al* (2018) sobre tráfico de drogas.



A pandemia poderia se tornar momento-chave a permitir mudança de uma cultura de violação massiva de direitos das pessoas presas, uma janela de oportunidades para questionar práticas judiciais arraigadas. O que os achados empíricos sugerem é que este não foi o resultado obtido até o momento, ainda que a crise e seus efeitos permissivos ainda estejam em curso. Argumentamos que a pandemia e a recomendação 62 não foram acompanhadas por *condições produtivas* de reforma. Trata-se de uma conjuntura crítica perdida para a justiça criminal dada a força da racionalidade penal moderna. Ao favorecer o “desaparecimento” da pessoa concreta dos processos decisórios de entrada e saída da prisão, a racionalidade penal moderna funciona como obstáculo à consideração dos efeitos e riscos da pandemia sobre a vida e saúde de pessoas presas. Com as lentes do neoinstitucionalismo histórico, trata-se de cultura institucional arraigada, um conjunto de ideias sobre quais elementos são relevantes para a punição, que exclui considerações sobre a humanidade de quem se prende e sob quais condições.

Este artigo abre uma agenda para investigar, assim, as causas para a “não mudança” do sistema de justiça criminal. Argumentamos que a composição entre os quadros teórico-metodológicos do neoinstitucionalismo histórico e da racionalidade penal moderna, tal como apropriados e apresentados neste texto, oferecem ferramentas explicativas úteis. Ambos oferecem escalas diferentes para observação da crise sanitária e das condições para mudanças no sistema de justiça e, particularmente, dos processos decisórios relacionados à saída e à entrada da prisão. Com o neoinstitucionalismo histórico, é possível acessar as dinâmicas inter e intrapoderes - os constrangimentos, os alinhamentos, as fissuras – em diferentes momentos históricos, permitindo comparações e, com elas, identificação de quebra ou alteração de padrões no tempo. A racionalidade penal moderna também convida à realização de análises no tempo, mas com uma lente muito mais próxima das percepções e justificativas do direito penal, dirigindo-se à “espinha dorsal” desse território chamado prisão: as ideias cristalizadas que legitimam e conformam a distribuição de sofrimento e de exclusão social como prestações do sistema de justiça.

Referências bibliográficas



ASANO, Camila Lissa *et al* (eds.). *Direitos na Pandemia. Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário*, São Paulo, n. 3, ago. 2020. Disponível em: <https://napdisa.prp.usp.br/pt/publicacoes/>. Acesso em: 28 maio 2021.

ALMEIDA, Eloísa Machado de *et al*. *Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças*. São Paulo: Instituto Alana, 2019. Disponível em: https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2019/05/pela_liberdade.pdf. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas Corpus 143.641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 09 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016.

CABRAL, Sandro, SANTOS, Maria-Fatima. Accountability Mechanisms in Public Services: Activating New Dynamics in a Prison System. *International Public Management Journal*, [S.l.], v. 21, n. 5, p. 795-821, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/10967494.2016.1141815>. Acesso em: 31 maio 2021.

CAPOCCIA, Giovanni; KELEMEN, R. Daniel. The study of critical junctures: Theory, narrative, and counterfactuals in historical institutionalism. *World Politics*, Cambridge, v. 59, n. 3, p. 341-369, abr. 2007.

CONGRESSO DERRUBA vetos ao pacote anticrime. *Agência Senado*, Brasília, 19 abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/19/congresso-derruba-vetos-ao-pacote-anticrime>. Acesso em: 28 maio 2021

COELHO, Harnoldo Colares *et al*. HIV prevalence and risk factors in a Brazilian penitentiary. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, n. 9, p. 2197-2204, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2007000900027>. Acesso em: 31 maio 2021.

DIAS, Camila Nunes; SALLA, Fernando. Organized Crime in Brazilian Prisons: The Example of the PCC. *International Journal of Criminology and Sociology*, v. 2, p. 397-408, 2013. Disponível em: <https://lifescienceglobal.com/pms/index.php/ijcs/article/view/1459>. Acesso em: 31 maio 2021.

FERNANDES, Luiz Henrique *et al*. The need to improve health care in prisons. *Revista de Saúde Pública*, v. 48, p. 275-283, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-8910.2014048004934>. Acesso em: 31 maio 2021.

FERRAZ, Octavio L. M. *Health as a Human Right. The politics and judicialisation of health in Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

FERREIRA, Luísa Moraes Abreu. *Penas Iguais para Crimes Iguais? Estudo sobre igualdade e proporcionalidade na aplicação da lei penal*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

FERREIRA, Poliana da Silva. *A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte*. 206 f.



Dissertação (mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27441>. Acesso em: 31 maio 2021.

FERREIRA, Poliana da Silva et al. População Negra e prisão no Brasil: Impactos Da Covid. *Afro Cebrap: Informativo Desigualdades Raciais e Covid-19*, São Paulo, v. 4, p. 1-35, dez. 2020. Disponível em: <https://cebrap.org.br/wp-content/uploads/2020/12/Informativo-4-Populac%CC%A7a%CC%83o-negra-e-prisa%CC%83o-no-Brasil-impactos-da-covid-19-.pdf>.

FIRPO, Sergio P.; TAVOLARI, Bianca M. D. Políticas de moradia em momentos de crise: a centralidade do aluguel. In: MACHADO, Laura Muller. (Org.). *Legado de uma pandemia: 26 vozes conversam sobre os aprendizados para política pública*. 1ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2021, v. 1, p. 54-69.

FREITAS, Felipe da Silva. *Polícia e Racismo: uma discussão sobre mandato policial*. 264 f., Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38911>. Acesso em: 31 maio 2021.

GARCIA, Margarida. A Teoria da Racionalidade Penal Moderna: um quadro de observação, organização e descrição das ideias próprias ao sistema de direito criminal. In: DUBÉ, Richard;

GARCIA, Margarida; MACHADO, Maíra Rocha (org.). Trad. Ana Cristina Arantes Nasser; Bruna Gibson. *A Racionalidade Penal Moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 43-77.

GARCIA, Margarida; DUBÉ, Richard. La réforme du droit criminel: une idée dont le temps est venu. In: DESROSIERS, Julie; GARCIA, Margarida; SYLVESTRE, Marie-Eve (dirs.). *La réforme du droit pénal au Canada: défis et possibilités*. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2017, p. 3-35.

GLOBAL HEALTH JUSTICE PARTNERSHIP (s.d.). Responding to the justice and rights implications of the COVID-19 pandemic. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://law.yale.edu/ghjp/projects/infectious-disease-and-justice/covid-19>. Acesso em: 31 maio 2021.

GODOI, Rafael; CAMPOS, Marcelo da Silveira; MALLART, Fábio; CAMPELLO, Ricardo. Epistemopolíticas do dispositivo carcerário paulista: refletindo sobre experiências de pesquisa-intervenção junto à Pastoral Carcerária. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 143-158, abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v7i1.332>. Acesso em: 31 maio 2021.



HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, p. 193-223, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452003000100010>. Acesso em: 31 maio 2021.

HARTMANN, Ivar Alberto, MAIA, Natália, ABBAS DA SILVA, Lorena, MARPIN, Ábia, ALMEIDA, Guilherme. *Como STF e STJ decidem Habeas Corpus durante a Pandemia do COVID-19? Uma Análise Censitária e Amostral. [S.l.]*, 02 jul. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3659624>. Acesso em: 28 maio 2021.

JANONE, Lucas. Justiça suspende decretos sobre medidas restritivas contra Covid-19 no Rio. *CNN Brasil*, Rio de Janeiro, 05 maio 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/05/05/justica-suspende-decretos-sobre-medidas-restritivas-contracovid-19-no-rio>. Acesso em: 28 maio 2021.

LARA, Silvia Hunold (org). *Ordenações Filipinas: livro V*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MACHADO, Maíra Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v7i2.60692>. Acesso em: 31 maio 2021.

MACHADO, Maíra Rocha *et al.* Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 604-629, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5155>. Acesso em: 31 maio 2021.

MACHADO, Maíra Rocha. Entre a lei e o juiz: Os processos decisórios na definição de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 126, p. 181-222, 2016.

MACHADO, Maíra Rocha. A pessoa-objeto da intervenção penal: primeiras notas sobre a recepção da criminologia positivista no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 01, n.01, p. 79-90, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35264/34059>. Acesso em: 31 maio 2021.

MAIA, Dhiego. STJ suspende liminares que determinavam internações em UTI para Covid em Cuiabá. *Folha de S. Paulo*, 17 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Painel Interativo: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Período de julho a dezembro de 2019*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2020. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 22 maio 2021.



PIRES, Alvaro P. Posfácio: Nascimento e desenvolvimento de uma teoria e seus problemas de pesquisa. In: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maíra Rocha (org.) *Racionalidade Penal Moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser e Bruna Gibson. São Paulo: Editora Almedina, 2020, p. 295-328.

PIRES, Alvaro P. Réflexions critiques sur la sociologie de la punition à partir de l'ouvrage de Tom Daems. *Déviance et Société*, [S.l.], v. 37, n. 2, p. 131-153, 2013. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2013-2-page-131.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

PRANDO, Camila; GODOI, Rafael. A gestão dos dados sobre a pandemia nas prisões: uma comparação entre as práticas de ocultamento das secretarias de administração prisional do RJ e DF. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, reflexões na pandemia, p. 1-15, 2020. Disponível em: <https://www.reflexpandemia.org/texto-60>. Acesso em: 31 maio 2021.

RAUPP, Mariana. A distinção escola clássica/escola positiva e a racionalidade penal moderna: uma reflexão a partir do olhar das ciências sociais sobre a reforma penal de 1984 no Brasil. In: DUBÉ, Richard; GARCIA. *A Racionalidade Penal Moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 146-170.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Uso de cloroquina contra Covid, diz juiz, é decisão consensual entre médico e paciente. *Notícias*, [S.l.], 12 maio 2021. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/uso-de-cloroquina-contracovid-diz-juiz-e-decisao-consensual-entre-medico-e-paciente?inheritRedirect=true>. Acesso em: 31 maio 2021.

SOARES FILHO, Marden Marques; BUENO, Paula Michele Martins Gomes. Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, p. 1999-2010, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.24102015>. Acesso em: 31 maio 2021.

SOIFER, Hillel David. The Causal Logic of Critical Junctures. *Comparative Political Studies*, [S.l.], v. 45, n. 12, p. 1572-1597, dez. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1177%2F0010414012463902>. Acesso em: 31 maio 2021.

VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O direito à vida e o ideal de defesa social em decisões do STJ no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 570-595, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4593>. Acesso em: 31 maio 2021.



VASCONCELOS, Natália Pires de; FERRAZ, Octavio L.M. STF amplia o caos da vacina contra a Covid-19 no Brasil. *Jota*, [S.l.], 03 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/covid-19-stf-vacina-03032021>. Acesso em: 28 maio 2021.

VASCONCELOS, Natalia Pires; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Henrique Yu Jiunn. Pandemia só das grades para fora. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 541-569, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4489>. Acesso em: 31 maio 2021.

VASCONCELOS, Natália Pires de; ARGUELHES, Diego W. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? *In: MACHADO, Laura Muller. (Org.). Legado de uma pandemia: 26 vozes discutem o aprendizado para política pública*. Rio de Janeiro: Autografia, 2021, p. 191-207.

WORLD PRISON BRIEF. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/>. Acesso em: 31 maio 2021.

ZYSBERG, Andre. Les galères de France de 1660 a 1748: Une institution pénitentiaire sous l'Ancien Régime. *In: PETIT, Jacques G. (dir.). La prison, le bagne et l'histoire*. Genève: Librairie des Méridiens, 1984, p. 69-76.

Sobre as autoras

Maíra Rocha Machado

Professora da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico da FGV Direito SP. Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena. E-mail: Maira.Machado@fgv.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1303-5790>.

Natalia Pires de Vasconcelos

Professora de direito do Insper, São Paulo. Doutora em direito constitucional, bacharel em direito e em ciências sociais, pela Universidade de São Paulo. LLM junto a Yale Law School. Senior Research Fellow junto ao Solomon Center of Health Law and Policy na Yale Law School. Pesquisadora e membra fundadora do Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT). E-mail: nataliapv1@insper.edu.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0309-6904>

As autoras contribuíram igualmente para a redação do artigo.

