

Submetido em: 18/05/2020

Aprovado em: 10/08/2020

PRISÕES PROCESSUAIS EM TEMPOS DE COVID-19: FALSO DILEMA ENTRE PRESO E SOCIEDADE NA RECOMENDAÇÃO N.62/20

ANTONIO JOSÉ MATTOS DO AMARAL¹

BENEDICTO DE SOUZA MELLO NETO²

DIEGO PREZZI SANTOS³

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 CONTEXTO CARCERÁRIO NO BRASIL. 2.1 Corona vírus e críticas à recomendação administrativa. 3 RECOMENDAÇÃO 62 DE 2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 4 LIMITES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DAS PRISÕES PROCESSUAIS. 4.1 Código de processo penal e recomendação n. 62/20. 4.2 Doutrina e a recomendação n. 62/20. 5 DO CUMPRIMENTO DA RECOMENDAÇÃO COMO DEVIDA APLICAÇÃO DA LEI E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo (FADISP), mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1998), graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1976). Atualmente é docente da Faculdade Catuaí, docente da Universidade Estadual de Londrina e docente da pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal. Palestrante. Advogado. E-mail: ajma@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor convidado de Direito Penal Econômico e Empresarial no Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Londrina/PR. E-mail. bsmelloneto@hotmail.com.

³ Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito (CESUMAR). Pós-graduado e graduado (UEL). Professor de pós-graduação e Graduação (UEL, FACULDADE CATUAÍ, FACULDADE POSITIVO, UNICESUMAR, UNIPAR. Advogado. E-mail: diegoprezzi@yahoo.com.br.

RESUMO: O presente texto investiga a Recomendação n. 62 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça no que concerne às prisões processuais (temporária e preventiva) e a adequação das medidas propostas com a Constituição Federal, os Tratados e o Código de Processo Penal. Verificar-se-á, utilizando pesquisa bibliográfica nacional, consistente em obras doutrinárias, e análise de estatísticas atuais junto a órgãos oficiais, se há medidas de exceção à legalidade com a soltura de aprisionados processuais como apontam críticos ou se há compatibilidade da recomendação citada com o ordenamento. Para tanto, registrar-se-á a atual situação de quantidade de pessoas presas no sistema penitenciário, bem como as normas incidentes sobre as prisões. Após, os argumentos dos críticos e medidas contrárias à Recomendação n. 62 de 2020 serão expostos. Na sequência, será vista a recomendação e seu texto no tocante às prisões processuais. Em item posterior, o conceito de prisões processuais será indicado. E, por derradeiro, será feita análise de compatibilidade entre o texto administrativo e o legal. Apontam-se os principais argumentos dos críticos às medidas do Conselho Nacional de Justiça e se tais argumentos são idôneos quando confrontados com o Direito nacional. E conclui-se que a norma não é só adequada ao direito processual penal como também reforça o respeito ao direito fundamental à liberdade como regra.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Coronavírus. Conselho Nacional de Justiça.

PROCEDURAL PRISONS IN COVID-19 TIMES: FALSE DILEMMA CREATED BETWEEN PRISONER AND SOCIETY IN CNJ RECOMMENDATION N.62 / 20

ABSTRACT: This text investigates Recommendation no. 62 of 2020 of the National Council of Justice (CNJ) with regard to procedural arrests (temporary and preventive) and the adequacy of the measures proposed with the Federal Constitution, the Treaties and the Code of Criminal Procedure. It will be verified, using national bibliographic research, consisting of doctrinal works, and analysis of current statistics with official bodies, if there are measures of exception to legality with the release of procedural prisoners as pointed out by critics or if there is compatibility of the recommendation cited with ordering. To this end, the current situation of the number of people arrested in the prison system will be recorded, as well as the rules on prisons. Afterwards, the critics' arguments and measures contrary to Recommendation no. 62 of 2020 will be exposed. Following, the recommendation and its text regarding procedural arrests will be seen. In a later item, the concept of procedural arrests will be indicated. Finally, a compatibility analysis between the administrative and legal texts will be carried out. The main arguments of the critics are pointed out to the measures of the National Council of Justice and if these arguments are suitable when confronted with national law. And it is concluded that the rule is not only adequate to the criminal procedural law but also reinforces the respect for the fundamental right to freedom as a rule.

KEYWORDS: Criminal proceedings. Coronavirus. National Council of Justice.

INTRODUÇÃO

A pesquisa debruça-se sobre o dilema da soltura de presos provisórios em razão da pandemia do Covid-19 ou manutenção da situação prisional.

Em razão da grave pandemia global de coronavírus, no Brasil, assim como em outros países, houve medidas do Poder Judiciário com o objetivo de prevenção e proteção contra referido vírus.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62 de 2020, cujo texto abarca internados, presos provisórios e definitivos e propõe reavaliações de pessoas no grupo de risco ou de pessoas que estão em estabelecimentos penitenciários legal e constitucionalmente inadequados.

Contudo, as solturas ou substituições de prisões resultantes da aplicação de tal norma administrativa foram alvo de repreensões públicas e críticas de políticos e membros do Judiciário.

Foi veiculado, então, um (falso) dilema entre salvaguardar a saúde dos presos ou das pessoas em geral, afetadas pelas solturas. Neste dilema, abordou-se a soltura como exceção contrária aos interesses sociais.

É neste vértice que o texto presente se situa.

Além de avaliar estatísticas prisionais, será feita análise bibliográfica para se verificar a temática com o objetivo de detectar se as críticas de que as solturas são exceções ao regime legal são verdadeiras.

Para tanto, será apontado o contexto penitenciário, dados, normas, defeitos, bem como as críticas à posição do Conselho Nacional de Justiça. Após, será apontado o conteúdo da recomendação particularmente no tocante às prisões processuais. Estabelecido o teor do texto do CNJ, serão expostas as normas processuais penais referentes às prisões processuais para, então, se verificar se há exceção às regras legais ou não com tais solturas.

2 CONTEXTO CARCEÁRIO NO BRASIL

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aponta que no Brasil há 860.074 pessoas privadas da liberdade.⁴

Deste total, 857.658 são presos com idade superior a 18 anos. Há 369.166 presos provisórios, e 291.414 são presos definitivos. E 195.827 presos pela execução provisória da pena. Ademais, existe o número de 2416 internados que são menores de 18 anos.

Esta realidade, que pode oscilar a depender da fonte, revela:

[...] que a população dos estabelecimentos penais é cada vez mais constituída por presos provisórios, e não por pessoas definitivamente condenadas por força de uma decisão transitada em julgado; ou seja, a partir da observação empírica, constatamos que a forma mais violenta de restrição à esfera das liberdades individuais é decorrência do próprio processo e não da pena, e está cada vez mais legitimada por normas processuais e não materiais, invertendo, portanto, a lógica da função instrumental que deveria ter o processo.⁵

Tais dados divergem da publicação do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) publicada em dezembro de 2019 e atualizada em 09 de abril de 2020.⁶ Nesta indicou-se a existência de 748.009 presos, dos quais 362.547 em regime fechado, 133.408 em regime semi aberto, 25.137 em regime aberto, 222.558 em prisão provisória, bem como alguns em tratamento ambulatorial e internados em medidas de segurança.

Estes dados devem considerar o atual número de 2.771 estabelecimentos penais e 433.556 vagas no país.⁷

Com isso, pode-se notar que o país tem número abissal de *déficit* de vagas. E, adotando-se os dados de um ou de outro órgão, há situação grave.

E tal problema fora levado em conta pelo Supremo Tribunal Federal ao decretar o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347.

⁴ Estatísticas. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 03 de maio de 2020.

⁵ DUCLERC, Emil. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 318.

⁶ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Dezembro de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MUYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 04 de maio de 2020.

⁷ Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 04 de maio de 2020.

A quantidade de vagas menor do que a quantidade de presos é um dos problemas de aprisionamentos no país. Delegacias adaptadas, prisões sem condições mínimas, funcionários públicos adaptados em funções carcerárias distintas das originais, dentre outros fatores culminam na sistemática e indubitável violação massiva de normas nacionais e internacionais referentes às pessoas encarceradas. E isto em um contexto no qual o Estado-juiz ao impor a custódia deve fornecer elementos para que o cumprimento da pena seja viável, legal e constitucional.⁸

Pode-se verificar o múltiplo desrespeito a tratados internacionais como as Regras de Pequim, voltadas para delinquência de infância e juventude, também as Regras de Riad, as Regras de Bangkok, que tutelam mulheres privadas da liberdade, e as Regras de Mandela.⁹

Do mesmo modo existe massiva violação à dignidade da pessoa humana, contida no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, bem como a outras normas constitucionais: artigo 5º, incisos III, XLVIII, XLIX, L, etc.

Conquanto haja imenso e constante esforço de agentes, funcionários terceirizados, policiais, advogados, juízes e promotores para que o sistema funcione da melhor forma, há um plexo de direitos constitucionais e legais irrealizados:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

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

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Tais normas tem aplicação imediata nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal.¹⁰ E, registra-se, os direitos e garantias constitucionais não excluem outros contidos em Tratados Internacionais.

⁸ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

¹⁰ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos apresenta no artigo 10 a necessidade de tratamento com humanidade e respeito à dignidade para pessoa privada da liberdade.

As Regras de Bangkok fazem previsão de tutela da saúde das encarceradas, que tanto sofrem durante o período de cumprimento de pena ao suportar danos individuais e familiares desconhecidos dos homens.¹¹

Entre outros tratados, as Regras de Mandela, de fato as regras mínimas para tratamento de pessoas presas, contém previsões acerca da higiene, espaço, ventilação, etc. E há disposições específicas nos artigos 24 a 35 sobre saúde.

Esta tem também previsão da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210 de 1984), como se nota nos artigos 11, inciso II, 14, 41, inciso VII, 43, 83 e 89.

A conclusão de que a saúde das pessoas encarceradas é responsabilidade do Estado é incontornável e gera a este ente a necessidade de tutelar os direitos previstos em diferentes fontes. Não existe “alforria incondicional” para o tratamento de pessoas sujeitas às penas.¹²

2.1 Coronavírus e críticas à recomendação administrativa

No entanto, a grave situação, o estado de coisas inconstitucional, acarreta danos à saúde de presos, presas, crianças que vivem temporariamente com as mães no sistema penitenciário¹³, crianças e adolescentes internados, etc.

E a já gravosa situação ganha contornos potentemente dramáticos com a pandemia de coronavírus.

Observa-se que em meados de abril, no Presídio da Papuda 23 presos e 20 agentes estavam com coronavírus.¹⁴ Poucos dias depois, na data de 30 de abril, o presídio tinha mais de

¹¹ Cf. SIMMONS, Charlene Wear. *Children of incarcerated parents*. Sacramento: California Research Bureau, 2000, BLOOM, Barbara. *Imprisoned Mothers*. In: GABEL, Katherine; JOHNSTON, Denise. *Children of Incarcerated Mothers*. New York: Lexinton Book, 1995 e OLIVEIRA, José Sebastião de. SANTOS, Diego Prezzi. *Execução Penal e os Direitos da Mulher da Família*. Curitiba: Prismas, 2016.

¹² BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

¹³ Cf. SANTOS, Diego Prezzi ; AMARAL, J. M. Crianças encarceradas: a tensão permanente entre os direitos da personalidade da criança presa junto da mãe e a ineficácia das políticas públicas de promoção humana. In: Alexandre Walmott Borges; Ilton Noberto R. Filho; Marco Aurélio Marrafon. (Org.). *Anais do CONPEDI*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 163-192.

¹⁴ <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/04/13/sobe-para-23-presos-e-20-agentes-numero-de-infectados-pelo-coronavirus-na-papuda-situacao-esta-sob-controle-diz-moro.ghtml>

200 casos confirmados.¹⁵ A última notícia fala em 245 casos confirmados.¹⁶ Um policial penal e 7 presos estão internados. E as famílias estão se aglomerando na entrada do presídio para dar remédios e produtos de higiene aos presos, aumentando o risco pessoal de contágio.

Em outras localidades já existem casos de contaminação por coronavírus em unidades prisionais. Óbitos já foram reconhecidos¹⁷ de presos e agentes.¹⁸

E o que vem ao conhecimento público deve ter em conta a possibilidade de subnotificação.

Conquanto seja das mais graves situações já vivenciadas, há críticas severas às medidas para proteção da saúde dos encarcerados.

Em geral, as críticas são baseadas em perigos abstratos e hipóteses populistas. E há ainda a proposição de medidas irreais, como se houvesse estrutura hospitalar e equipe adequada dentro do sistema. E outros absolutamente discriminatórias, como não permitir atendimento de presos contaminados em Santas Casa.¹⁹

E tais propostas desconsideram a realidade do sistema carcerário e reputam a recomendação como exceção à regra processual.

No Congresso foi apresentado o Projeto de Lei n. 1331/20 contrário tanto à liberdade provisória quanto à prisão domiciliar durante a pandemia.²⁰

O projeto de Decreto Legislativo n. 135/20 anula a recomendação do CNJ e mantém somente disposições referentes à prisão por dívida alimentar e adiamento de audiências ou realizações por videoconferência.

Há críticas oriundas da classe políticas²¹

¹⁵ <https://jornalgggn.com.br/noticia/coronavirus-complexo-da-papuda-tem-234-casos-confirmados/>

¹⁶ <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/05/01/infectados-pelo-coronavirus-na-papuda-chegam-a-245-um-policial-penal-e-7-presos-estao-internados.ghtml>

¹⁷ <https://extra.globo.com/casos-de-policia/tres-presos-ja-morreram-por-covid-19-em-presidios-do-rio-dezenas-de-agentes-estao-com-sintomas-24405709.html>

¹⁸ <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mortes-por-covid-19-fazem-estado-de-sp-isolar-3-mil-em-penitenciarias,70003288199>

¹⁹ Senadores criticam liberação de presos durante a pandemia. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/05/senadores-criticam-liberacao-de-presos-durante-a-pandemia>. Acesso em 10 de maio de 2020.

²⁰ Propostas querem impedir progressão de presos em razão da pandemia de covid 19. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/656579-propostas-querem-impedir-progressao-de-presos-em-razao-da-pandemia-da-covid-19/>. Acesso em 10 de maio de 2020.

²¹ Senadores criticam liberação de presos durante a pandemia. Disponível em:

Partidos políticos também questionaram a medida. Sob o argumento de que a recomendação agrava a impunidade e vulnera a população, foi impetrado mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal.²²

3 RECOMENDAÇÃO 62 DE 2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Diante da situação de saúde, tanto o Conselho Nacional de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal se posicionaram. O Conselho Nacional de Justiça apresentou a recomendação de número 62 de 2020 no dia 17 de março de 2020²³ para que Tribunais e magistrados adotem medidas preventivas à propagação do novo vírus no âmbito da justiça penal e socioeducativa.

Pode-se perceber que a recomendação administrativa foi publicada quando a situação era menos grave.

No mesmo dia 17 de março de 2020 o Instituto do Direito de Defesa (IDDD) pediu tutela provisória incidental na já citada ADPF 347 e, conquanto negada a tutela, o Ministro Marco Aurélio Mello apresentou recomendações aos tribunais e magistrados:

- a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a 60 anos, nos termos do artigo 1º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);
- b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo Covid-19;
- c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância);
- d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;
- e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça;

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/05/senadores-criticam-liberacao-de-presos-durante-a-pandemia>. Acesso em 10 de maio de 2020.

²² Podemos vai ao STF contra recomendação do CNJ que pede liberdade para presidiários. Disponível em: <https://podemos.org.br/noticias/podemos-vai-ao-stf-contr-recomendacao-do-cnj-que-pede-liberdade-para-presidiarios/>. Acesso em 10 de maio de 2020.

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 62 de 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_62_10022009_11102012171224.pdf. Acesso em 01 de maio de 2020.

f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;

g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e

h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

No dia 18 de março de 2020 o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 2, não referendou a recomendação do Ministro Marco Aurélio Mello sob argumento de que tanto Ministérios quanto o Conselho Nacional de Justiça já haviam tomado medidas para evitar e conter o avanço do coronavírus no sistema prisional.

A decisão²⁴ colegiada da Corte Constitucional fez referência à recomendação do Conselho Nacional de Justiça que contém inúmeras medidas. No artigo 1º há disposições preventivas gerais com o objetivo de proteger a vida, reduzir a propagação e garantir a continuidade da prestação da atividade jurisdicional:

Art. 1.º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo.

Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas:

I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como 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;

II – redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e

III – garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal.

²⁴ Acerca das decisões judiciais, Cf. STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. Produção da sentença judicial com base na ética de C. S. Peirce. *Cognitio-Estudos: revista eletrônica de filosofia*, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 129-149, jun. 2015. ISSN 1809-8428. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/cognitio/article/view/17417>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

O artigo 2º trata de processos de atos infracionais em fase de conhecimento na apuração, indicando uso de medidas socioeducativas em meio aberto, bem como revisão de decisões de internações provisórias. Vê-se no artigo seguinte a indicação de revisão de internações e semiliberdades com fundamento no precedente do *Habeas corpus* n. 149.988/ES e em artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 122, inciso III).

Observa-se que os artigos 4º e 5º dizem respeito a pessoas maiores presas processualmente ou por prisão pena, sendo o primeiro tratado neste texto. Em ambas, na esteira da regra geral do art. 1º, preconiza-se redução de riscos de disseminação do vírus e, para tanto, aciona-se medidas processuais e de execução penal.

No art. 4º constam medidas nos incisos I, II e III.

No inciso I consta a reavaliação de prisões provisórias, o que permite interpretar que se trata de aprisionamentos temporários²⁵ e preventivos. Estes últimos sob a égide do art. 316 do Código de Processo Penal.

Esta reanálise das prisões deve priorizar, nos termos da alínea “a”, pessoas conforme o grau de risco e de dependência que outras pessoas com estas tem. Por isso, gestantes que precisam de cuidados especiais, lactantes, mães e pessoas responsáveis por crianças com até 12 anos, pessoas com deficiência devem ser alvo de urgente reanálise da prisão processual.

Os indígenas constam neste grupo por uma série de fatores²⁶, tais como residência em local remoto, problemas de vacinações, dificuldade de deslocamento, rápido espalhamento em comunidades.²⁷

A alínea “b” informa a reanálise das prisões provisórias de pessoas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade – situação comum no Brasil.

²⁵ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo curso de direito processual penal*. 15 ed. Salvador: Juspodium, 2020, p. 1118-1125.

²⁶ TEIXEIRA, Carla Costa; SILVA, Cristina Dias da. Indigenous health in Brazil: Reflections on forms of violence. *Vibrant, Virtual Braz. Anthr.*, Brasília, v. 16, e16204, 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-43412019000100204&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 07 maio 2020. Epub 29-Jul-2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1809-43412019v16a204> e Rissardo, Leidyani Karina and Carreira, Lígia Organization of healthcare and assistance to the elderly indigenous population: synergies and particularities of the professional context. *Rev. esc. enferm. USP*, Feb 2014, vol.48, no.1, p.72-79. ISSN 0080-6234.

²⁷ A Covid-19 e os povos indígenas: desafios e medidas para controle do seu avanço. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/posicionamentos-oficiais-abrasco/a-covid-19-e-os-povos-indigenas-desafios-e-medidas-para-controle-do-seu-avanco/45866/>. Acesso em 07 de maio de 2020.

Também a inexistência de equipe de saúde no estabelecimento é caso de a reanálise da prisão, registrando que equipe não se confunde com uma pessoa ou com proximidade com hospital ou unidade de saúde. O fato de não haver equipe de saúde impede que a unidade prisional cumpra as obrigações legais em relação à saúde dos detentos, assim também gera insegurança em diagnóstico e de cuidados em caso de doenças de qualquer ordem.²⁸

A existência de medida cautelares determinada por órgão internacional também gera reanálise prioritária da constrição de liberdade, pois tais decisões são dadas em casos graves de descumprimentos de direitos.

Estabelecimentos prisionais em que instalações favoreçam a propagação do novo coronavírus motivam a nova avaliação da imprescindibilidade da prisão. Registra-se que os problemas de circulação de ar, iluminação, higiene, a lotação excessiva, dentre outros, favoreça a transmissão de doenças.²⁹ E é este justamente o contexto das unidades prisional brasileiras, o que motivou o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Já o inciso II excepciona a regra de apresentação periódica em juízo. Presos em liberdade provisória³⁰ ou mesmo cumprindo suspensão condicional do processo. E a suspensão desta atividade de comparecimento se dá por 90 dias nos dizeres do decreto.

Consta no inciso III que deve se considerar a “máxima excepcionalidade” para novas prisões preventivas em razão dos protocolos de saúde. A pretensão do inciso é que as tais restrições de liberdade sejam decretadas somente como *ultima ratio*.

Vide o artigo 4º:

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: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com

²⁸ LERMEN, Helena Salgueiro; GIL, Bruna Laudissi; CUNICO, Sabrina Daiana; JESUS, Luciana Oliveira de. Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 905-924, jul./set. 2015.

²⁹ NOGUEIRA, P. A.; ABRAHAO, R. M. C. M. A infecção tuberculosa e o tempo de prisão da população carcerária dos Distritos Policiais da zona oeste da cidade de São Paulo. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 30-38, 2009.

³⁰ Vide o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Cf. BATISTI, Leonir. *Curso de Direito Processual Penal*. v. II. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 143-173 e SANTOS, Diego Prezzi. Prisão em flagrante e por ordem judicial. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal constitucional: comentários ao art. 5º da Constituição Federal*. A desconstrução do sistema penal. Rio de Janeiro: Forense. No prelo.

deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) 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; c) 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; II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias; III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua corregedoria, emitiu as Recomendações 38 e 39 nas quais firma posição de que as recomendações administrativas do CNJ devem ser cumpridas, exceto se forem contrárias à posições do Supremo Tribunal Federal.

Em razão destas resoluções, com efeito, recomenda-se o cumprimento dos textos normativos, inclusive da Recomendação n. 62 de 2020.

Há, todavia, alguns argumentos que obstam o cumprimento das medidas pelos juízes e tribunais.

O primeiro é a própria natureza da recomendação.

O segundo é que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4412 questiona a possibilidade de o CNJ tomar medidas contra a autoridade que descumpra seus atos administrativos.

O terceiro é que a recomendação fala em reanálise, uso de prisão em último caso, situações que já estão na legislação e não são cumpridas de modo ideal.

Com tal redação, a recomendação sofreu intensas críticas da opinião pública e de autoridades jurídicas e políticas. A principal crítica foi a da libertação de presos perigosos e geração de problemas sociais desta medida advindos.

4 LIMITES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DAS PRISÕES PROCESSUAIS

Há prisões processuais (flagrante³¹, temporária e preventiva) e prisão pena.³²

As primeiras são reguladas pelo Código de Processo Penal e Lei de Prisão Temporária (Lei n. 7.960 de 1989) e a segunda pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210 de 1984). A Constituição Federal e os Tratados incidem sobre todas elas.

Como exemplos, tem-se o art. 9, 4 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que define ser prisão daqueles que esperam julgamento exceção e não é a regra e também as regras que impõe cuidados de saúde precitados.

O aprisionamento em flagrante está disposto no art. 302 a 309 do Código de Processo Penal e, conforme o art. 310 do Código de Processo Penal³³, pode ser transformada em prisão preventiva. Por isso, conquanto não mencionada na recomendação, é com ela relacionada.

A prisão temporária está disposta na Lei n. 7.960 de 1989 e pode ser decretada pelo juiz na fase de investigação.³⁴ O art. 1º contém as hipóteses de incidência que são imprescindibilidade para investigação (inc. I), falta de dados sobre identidade e endereço (inc. II) e prática de algum dos crimes do rol do inciso III. Ademais, os presos temporários devem ficar separados dos demais e a prisão tem prazo de 5 dias, renováveis por igual prazo ou 30 dias, renováveis por igual prazo, em ambos os casos a renovação depende de nova motivação.

Já a prisão preventiva tem espectro mais amplo. Pode ser decretada da data do fato potencialmente típica até o trânsito em julgado desde que haja razões.³⁵ Ela depende de hipóteses, requisitos e fundamentos.³⁶

Registra-se que a prisão preventiva também – dada essa estrutura – pode ser decretada após o desfecho de uma prisão temporária.

Vê-se que as prisões processuais não são livres. Ao juiz, de qualquer instância, a legislação, infra e constitucional, impõe ônus para a limitação da liberdade.

³¹ Aury Lopes Jr., aponta ser pré cautelar tal modalidade de aprisionamento. Cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 650.

³² ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 257.

³³ Cf. CASTELO BRANCO, Tales. *Da prisão em flagrante*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

³⁴ SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária do Direito, 1994, p. 443.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 687-693.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão preventiva*. A contramão da Modernidade. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Em especial porque a prisão processual é mais severa que a prisão pena já que a primeira é decretada sem decisão sobre a causa e sem trânsito em julgado, consistindo, sem dúvida, na mais severa medida da relação entre cidadão e Estado.

4.1 Código de processo penal e a recomendação n. 62/20

O art. 4º, inciso I da Recomendação n. 62 define que as prisões devem ser reavaliadas nos termos do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, inserido pelo Pacote Anticrime. Esta norma determina a reanálise a cada 90 dias e incide sobre prisões em curso, logo, está precisamente adequada ao Código de Processo Penal o que diz o art. 4º, I, “c” da recomendação.

A cautela com gestantes, lactantes, mãe ou pessoas responsáveis por crianças de até 12 anos e deficientes que consta na alínea “a” do inciso I do art. 4º da recomendação consta na lei processual nos arts. 318 e 318-A,

O art. 318 se apresenta como uma alternativa à prisão preventiva. Pode ser acionada junto de outras medidas do art. 319 em combinações definidas pelo magistrado *in casu*. E os incisos se assentam em “motivos pessoais, condições humanitárias”³⁷ que permitem à pessoa presa em casa ter certa liberdade e segurança.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

³⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 726-728.

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

O parágrafo único do dispositivo prevê que o juiz exigirá prova idônea dos requisitos do artigos, *i.e.*, da idade avançada, responsabilidade por criança, doença. Note-se que, diferente da prática forense, este inciso não exige prova de que a unidade prisional tem ou não tem condições de cuidar da pessoa idosa, doente, da gestante, etc. Na doutrina a tese judiciária de exigir prova de que a unidade pode prover cuidados ao invés de encaminhar para prisão domiciliar não é detectada.³⁸ Vide o superinterpretado³⁹ texto:

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

No 318-A se apresenta como:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Diferentemente do que preconiza o ato administrativo, o código processual não contempla indígenas em seu texto. E é esta salutar diferença. Anota-se que pessoas com doença grave ou idosos estão contemplados pela norma de processo penal.

Veja-se que o inciso III da recomendação fala da excepcionalidade de decretação de prisões preventivas. E é esta justamente a natureza da prisão preventiva, assim também da temporária, pois a regra é a liberdade e a prisão é excepcional.⁴⁰ Ademais, o art. 282, §6º torna

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 846.

³⁹ Sobre o tema, Cf. ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. 3. ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 645-647.

a prisão preventiva somente cabível, mesmo havendo razões para ela, quando não for possível utilizar medidas cautelares diversas do art. 317 a 320 do Código de Processo Penal.

Além disso, as prisões, temporária ou preventiva, não podem ser decretadas sem motivação e fundamentação por imposição da garantia constitucional do art. 93, X da Constituição Federal e também do art. 315 do CPP, amplamente remodelado pela Lei n. 13.964 de 2019, denominada de Pacote Anticrime. E tal motivação deve ser individualizada⁴¹ e lastreada em dados concretos.

Fora reafirmado com esta modificação que a prisão preventiva não pode ser decretada com base em fatos antigos, pois a decretação depende de “fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (§1º do art. 315). E, como devem ser reanalisadas, a cada novo julgamento da prisão ela se distancia dos motivos da decretação, perdendo atualidade e, então, se tornando mais difícil sua manutenção.

E o magistrado poderá revogar a prisão, mesmo de ofício, caso detecte a inexistência ou desaparecimento de hipóteses, requisitos ou fundamentos desta modalidade prisional, conforme o art. 316.

Ademais, o art. 317 prevê a prisão domiciliar que pode ser determinada pelo magistrado, que também tem à sua disposição as medidas do art. 319 do código, inclusive monitoramento eletrônico.

Há espelhamento das normas processuais penais na recomendação.

4.2 Doutrina e a recomendação n. 62/20

A doutrina e a jurisprudência apresentam restrições aos aprisionamentos processuais. Em especial a lição é que:

A prisão preventiva somente se justifica na hipótese de impossibilidade que, por instrumento menos gravoso, seja alcançado idêntico resultado acautelatório. 6. A custódia processual do indivíduo desafia a aferição da

⁴¹ SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012, p. 557-559.

atualidade do risco que a legitima, incumbindo ao Estado-Juiz, se alterado o quadro processual e fático que a motivou, o reexame da medida gravosa.⁴²

O uso da prisão preventiva como ultimo recurso, somente cabível quando houve argumentação plausível à demonstrar a incapacidade das cautelares diversas da prisão, é vista na jurisprudência.

E também se referencia que são encontradas posições sobre a atualidade do risco e dos motivos prisionais. A prisão só é acionada em caso de atual e concreto perigo ao processo.⁴³

E, embora não haja uniformidade dentro da doutrina, dentro da jurisprudência ou entre a doutrina e a jurisprudência, é possível detectar vetores de interpretação que limitam as prisões e podem contribuir para o objetivo do art. 1º da recomendação administrativa.

Consoante prisão temporária, é exigível a demonstração concreta de como prender alguém investigado pode contribuir para as investigações, não bastando fundamentações ou argumentações genéricas.⁴⁴ E o prazo desta modalidade prisional deve ser fielmente cumprido, com soltura automática após o vencimento do prazo.⁴⁵

No tocante à prisão preventiva, responsável pela imensa maioria de presos sem sentença no país, é a ordem pública o fundamento mais usual. Pode-se dizer que a prisão preventiva é quase que totalmente fundada na ordem pública. E, dentre seus inúmeros sentidos encontráveis, há alguns absolutamente inconstitucionais mas que são usuais.

A ordem pública como garantia da credibilidade das instituições ou credibilidade do Judiciário é um destes sentidos recorrentes, mas absolutamente problemáticos. Isso porque objetifica-se a pessoa, o que é vedado constitucionalmente.⁴⁶

⁴² HC 126815, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 27-08-2015 PUBLIC 28-08-2015

⁴³ RHC 118.280/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2016, p.1045-1048.

⁴⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 413-414.

⁴⁶ Cf. PRADO, Luiz Regis. SANTOS, Diego Prezzi. O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio. *Revista dos Tribunais*. n. 1011, jan/2020.

A ordem pública como forma de evitar futuros crimes também é inidôneo. É simplesmente impossível fazer previsões acerca de fatos não ocorridos.⁴⁷

A hediondez do delito também não é admitida, o clamor é discutível.⁴⁸ A prisão pela ordem pública para proteção do acusado é inaceitável.⁴⁹

Há que se alcançar um conceito seguro e que não resulte da soma de significados inconstitucionais. E que resulte da soma de fatores constitucionalmente e doutrinariamente admitidos. Soma-se ciência ao respeito à Lei Fundamental.⁵⁰

É essencial que o processo penal se torne adequado à Constituição Federal⁵¹, especialmente considerando o DNA totalitário. Contudo, já há algumas pontuais melhoras na doutrina e na jurisprudência.

5 DO CUMPRIMENTO DA RECOMENDAÇÃO COMO DEVIDA APLICAÇÃO DA LEI E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

É possível visualizar em pesquisas digitais inúmeras críticas à recomendação administrativa e à posição do Ministro Marco Aurélio Mello acerca das solturas em tempos de coronavírus com o fim de evitar a contaminação e as mortes.

Os discursos pautam as críticas por enxergarem como um benefício aos presos, como o Conselho Nacional de Justiça criando exceções à lei com o fim específico de soltar pessoas perigosas.

No entanto, é possível concluir pela injustiça das críticas, especialmente as de cunho populista, as posições do Conselho Nacional de Justiça e de quem soltou pessoas que estavam encarceradas.

⁴⁷ Habeas Corpus Nº 70018147009, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 14/02/2007

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal Comentado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 677 e SS.

⁴⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 510.

⁵⁰ Cf. PRADO, Luiz Regis. SANTOS, Diego Prezzi. Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. *Revista dos Tribunais*. n. 990, abril/2018.

⁵¹ PATTO, Belmiro Jorge. O código de processo penal brasileiro 75 anos depois: uma trajetória de autoritarismos, ineficiências, descasos e retrocessos. *Revista Pensamento Jurídico* – São Paulo – Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017.

O Estado é responsável por tutelar as pessoas aprisionadas em diversas de suas necessidades, inclusive de saúde.

E, deriva da normatividade da dignidade da pessoa humana do art. 1, inc. III, da CF o fato de que o Estado não pode escolher proteger ou não a saúde dos cidadãos, presos ou não. Deve-se optar pela escolha da saúde.

Com isso, o cumprimento da recomendação não deve se apresentar como chocante ou absurda.

Em especial, pois há pouca novidade na Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça.

Visualiza-se que o ato administrativo reproduz termos já previstos na legislação processual penal, como se vê comparando o texto do CNJ com os arts. 312, 316, 317, 318 e 319 do Código de Processo Penal.

O mesmo se dá com a prisão temporária que não é livre e depende de razões atuais e graves.

E o texto constitucional também excepciona à prisão antes da sentença penal condenatória, tornando a prisão preventiva a exceção à regra.

Portanto, o erro na leitura situacional é crasso.

O equívoco não é a soltura de presos do grupo de risco e sim a prisão excessiva e fora da excepcionalidade da legislação, pois a liberdade da pessoa é a regra⁵², em especial com prisões temporárias problemáticas, mas mais grave (pelo número de pessoas e pela duração) pelas prisões preventivas lastreadas em ordem pública que constituem números titânicos.

Efetivamente a prisão constituiu-se em tática de guerra, de aniquilação da imagem e honra da pessoa.⁵³, mas, de fato, deveria se constituir em medida extremamente rara por ser a regra de inocência incidente por força constitucional.⁵⁴

⁵² OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTOS, Diego Prezzi. DIGNIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA PERSPECTIVA GARANTISTA PARA A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 2, n. 59, p. 343 - 358, abr. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4094>>. Acesso em: 29 jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i59.4094>.

⁵³ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 6 ed. Florianópolis: EMAIS, 2020, p. 457-462.

⁵⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 38. (versão digital)

Os argumentos prisionais no Brasil revelam uma primazia da coletividade abstrata sobre a liberdade individual. A manutenção destas prisões também obedecem aos mesmos argumentos de segurança coletiva.⁵⁵ As críticas a recomendação lastreiam-se nas mesmas ideias generalistas e de garantir a segurança.

E tais ideias ganham relevância pelo já arraigado discurso de impunidade que se experimenta no país, o qual não passa de falácia dada a imensa quantidade de pessoas presas no país e a forma como tais prisões se cumprem.⁵⁶ Aliás, as autoridades de segurança pública no país (policiais civis, militares, rodoviários, federais, etc), apesar das conhecidas condições, tem excelente desempenho neste quesito.

Soma-se ao sofismo da impunidade argumentos genéricos de perigo social e alarme social que causam pânico.

Entretanto é necessário perceber que o argumento contrário à soltura é, em especial ao se tratar de prisões processuais, de possível novo crime, possível violência praticada pelo recém apresentado com a liberdade, possível novo homicídio, possível aumento da criminalidade, etc. Isto é, são argumentos contrários à liberdade concreta lastreados em possibilidades. Ademais, as proposições de medidas legislativas contrárias a recomendação também se baseiam em eventos incertos e futuros.

Nota-se, então, que os argumentos políticos são contrários não, de fato, a recomendação do Conselho Nacional de Justiça e sim a lei processual penal e ao texto constitucional.

Portanto, há uma falha argumentativa grave nas falas e projetos contrários à recomendação e são defeitos de construção de discurso.

Logo, a situação atual, é problemática como comprovam os dados.

As medidas da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça recompõe situações dispostas normativamente e pugnam pelo não excesso e sim pela cautela que, de fato, deve(ria) ser a postura constante ao lidar com a liberdade.

⁵⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 6 ed. Florianópolis: EMAIS, 2020, p. 459.

⁵⁶ KHALED JR., Salah H. *Discurso de ódio e sistema penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018, p. 43-56.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns membros do Judiciário e da sociedade apontam que a omissão na soltura e na prevenção diante das medidas consistiu genocídio, previsto no Estatuto de Roma. Outros entendem que a soltura é exagero.

Mas há inegáveis conclusões: há subjacente a cada liberdade concedida o caráter humano e a assunção da responsabilidade pelo outro, pelo ser humano. E também a proteção de agentes, de terceirizados, de policiais, das famílias destas pessoas.

Indubitável que, quando maior o espalhamento do coronavírus, maior o desafio de saúde e os riscos a quem atua nesta área. Maior a sobrecarga no sistema de saúde e maior o risco a toda e qualquer pessoa.

Com isso, a tomada de posição pelo Conselho Nacional de Justiça em Recomendação, a de número 62 de 2020, é importante para a saúde de todos.

Ademais, a recomendação se estrutura na mesma ideia vista na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de que a liberdade é a regra de tratamento para a pessoa processada. E não o é aprisionamento.

O texto do ato administrativo segue a Constituição Federal, Tratados e Lei de Execução Penal ao disciplinar que a saúde da pessoa presa é responsabilidade do Estado e, portanto, dos agentes que exercem funções em seu nome.

O Código de Processo Penal é cumprido na Recomendação n. 62 porquanto vê-se que grande parte do que se recomenda é a cautela para prender, o uso da prisão como último recurso e a proteção de grupo que já tem legalmente o direito à medida cautelar domiciliar.

Além disso, calibra-se a mesma dignidade constitucionalmente prevista com o ato administrativo normativo.

É possível, sendo assim, visualizar que não há exceção, benefício ou “absurdos” no que propõe o Conselho Nacional de Justiça ao pugnar pela avaliação de solturas, substituições de prisões e cuidado extremo em novos aprisionamentos, especialmente por serem medidas analisadas sob à luz do caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Covid-19 e os povos indígenas: desafios e medidas para controle do seu avanço. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/posicionamentos-oficiais-abrasco/a-covid-19-e-os-povos-indigenas-desafios-e-medidas-para-controle-do-seu-avanco/45866/>. Acesso em 07 de maio de 2010.

BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2016.

BATISTI, Leonir. Curso de Direito Processual Penal. v. II. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BLOOM, Barbara. Imprisoned Mothers. In: GABEL, Katherine; JOHNSTON, Denise. Children of Incarcerated Mothers. New York: Lexinton Book, 1995.

BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 2. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASTELO BRANCO, Tales. Da prisão em flagrante. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal . Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 04 de maio de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Estatísticas. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 03 de maio de 2020.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 62 de 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_62_10022009_11102012171224.pdf. Acesso em 01 de maio de 2020.

Coronavírus: Complexo da Papuda tem 234 casos confirmados. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/coronavirus-complexo-da-papuda-tem-234-casos-confirmados/>. Acesso em 30 abr. 2020.

DALIA, Andrea Antonio. FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penal. 10 ed. Milano: Wolters Kluwer, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Dezembro de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNm>

FkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 04 de maio de 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. 2 ed (e-book). São Paulo: RT, 2016.
DUCLERC, Emil. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ECO, Umberto. Interpretação e Superinterpretação. 3. ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis. Madrid: Trotta, 2016.

Infectados pelo coronavírus na Papuda chegam a 245; um policial penal e 7 presos estão internados. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/05/01/infectados-pelo-coronavirus-na-papuda-chegam-a-245-um-policial-penal-e-7-presos-estao-internados.ghtml>. Acesso em 1 de maio 2020.

KHALED JR., Salah H. Discurso de ódio e sistema penal. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

LERMEN, Helena Salgueiro; GIL, Bruna Laudissi; CUNICO, Sabrina Daiana; JESUS, Luciana Oliveira de. Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 905-924, jul./set. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Mortes por covid 19 fazem estado isolar 3 mil presos em penitenciárias. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mortes-por-covid-19-fazem-estado-de-sp-isolar-3-mil-em-penitenciarias,70003288199>. Acesso em 30 abr. 2020.

NOGUEIRA, P. A.; ABRAHAO, R. M. C. M. A infecção tuberculosa e o tempo de prisão da população carcerária dos Distritos Policiais da zona oeste da cidade de São Paulo. Revista Brasileira de Epidemiologia, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 30-38, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal Comentado. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, José Sebastião de. SANTOS, Diego Prezzi. Execução Penal e os Direitos da Mulher da Família. Curitiba: Prisma, 2016.

OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTOS, Diego Prezzi. DIGNIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA PERSPECTIVA GARANTISTA PARA A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL. Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n.

59, p. 343 - 358, abr. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4094>>. Acesso em: 29 jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i59.4094>.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2020. (versão digital)

PATTO, Belmiro Jorge. O código de processo penal brasileiro 75 anos depois: uma trajetória de autoritarismos, ineficiências, descasos e retrocessos. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017.

PRADO, Luiz Regis. SANTOS, Diego Prezzi. O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio. Revista dos Tribunais. n. 1011, jan/2020.

PRADO, Luiz Regis. SANTOS, Diego Prezzi. Ordem Pública e Constituição: um esboço de delimitação conceitual. Revista dos Tribunais. n. 990, abril/2018.

PRADO, Luiz Regis. SANTOS, Diego Prezzi. Prisão preventiva. A contramão da Modernidade. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RISSARDO, Leidyani Karina and CARREIRA, Lígia Organization of healthcare and assistance to the elderly indigenous population: synergies and particularities of the professional context. Rev. esc. enferm. USP, Feb 2014, vol.48, no.1, p.72-79. ISSN 0080-6234.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. 6 ed. Florianópolis: EMAIS, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. KHALED JR., Salah. In dúbio pro hell. Profanando o sistema penal. 3 ed. Florianópolis: Ematis, 2018.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 257.

SANTOS, Diego Prezzi ; AMARAL, J. M. Crianças encarceradas: a tensão permanente entre os direitos da personalidade da criança presa junto da mãe e a ineficácia das políticas públicas de promoção humana. In: Alexandre Walmott Borges; Ilton Noberto R. Filho; Marco Aurélio Marrafon. (Org.). Anais do CONPEDI. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 163-192.

SANTOS, Diego Prezzi. Prisão em flagrante e por ordem judicial. In: PRADO, Luiz Regis. Direito penal constitucional: comentários ao art. 5º da Constituição Federal. A desconstrução do sistema penal. Rio de Janeiro: Forense. No prelo.

SILVA, Igor Luís Pereira e. Princípios penais. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

SIMMONS, Charlene Wear. Children of incarcerated parents. Sacramento: California Research Bureau, 2000.

Sobe para 23 presos e 20 agentes número de infectados pelo coronavírus na Papuda; 'Situação está sob controle', diz Moro. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/04/13/sobe-para-23-presos-e-20-agentes-numero-de-infectados-pelo-coronavirus-na-papuda-situacao-esta-sob-controle-diz-moro.ghtml>. Acesso em 13 abr. 2020.

STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. Produção da sentença judicial com base na ética de C. S. Peirce. *Cognitio-Estudos: revista eletrônica de filosofia*, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 129-149, jun. 2015. ISSN 1809-8428. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/cognitio/article/view/17417>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária do Direito, 1994.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo curso de direito processual penal*. 15 ed. Salvador: Juspodium, 2020.

TEIXEIRA, Carla Costa; SILVA, Cristina Dias da. Indigenous health in Brazil: Reflections on forms of violence. *Vibrant, Virtual Braz. Anthr.*, Brasília, v. 16, e16204, 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-43412019000100204&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 07 maio 2020. Epub 29-Jul-2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1809-43412019v16a204>

Três presos já morreram por Covid-19 em presídios do Rio; dezenas de agentes estão com sintomas. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/tres-presos-ja-morreram-por-covid-19-em-presidios-do-rio-dezenas-de-agentes-estao-com-sintomas-24405709.html>. Acesso em 1 de maio 2020.

TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 19 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.