“Torturando” os números eles confessarão, tratando-os com carinho obter-se-á a verdade: entre o discurso e a realidade da liberação de presos durante a pandemia

Fábio Costa Pereira

Os juristas e os profissionais que atuam na área do Direito no Brasil, em regra não têm grande apego à análise econômica ou mesmo às consequências concretas de suas postulações ou decisões, pautando a sua atuação profissional em um “dever ser” que habita um plano ideal, onde os princípios teóricos são mais importantes do que a realidade.

Não raras vezes, através do imaginado como ideal no plano abstrato, busca-se moldar a realidade, e não ao contrário. Basicamente é o seguinte, que a realidade se amolde à teoria, independentemente do fato das evidências demonstrarem que aquela está equivocada.

Neste contexto, os números são utilizados, mesmo que se partindo premissas incorretas, para justificar o injustificável. Outras vezes, também não raras, importantes postulações e decisões são tomadas com base, tão somente, na idealização de uma realidade inexistente.

Diante de tais considerações, é o objetivo do presente artigo demonstrar, sob o prisma das evidências empíricas, a inadequação da concessão de prisão domiciliar, fora dos casos previstos em lei, em virtude da pandemia que ora assola o País.

Centrar-se-á, a análise a ser desenvolvida, em três aspectos básicos, o legal, o técnico-científico e o da lógica interna do discurso que embasou a massiva colocação de presos em contenção residencial.

Em 17 de março do corrente ano, quase que ao mesmo tempo em que o Brasil foi submetido a extenso *“lockdown”,* baseado na restrição da atividade econômica e produtiva, bem como da livre circulação de pessoas pelas ruas e logradouros do País, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a **Recomendação de nº 62**[1]. O objetivo do provimento era o de recomendar *“...aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”.*

---

[1] Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Recuperado em 19 de junho de 2020.

Referida recomendação, em especial em seus **considerandos** de números 4, 5, 6 e 7[2], deixava claro que grande parte de sua preocupação era a preservação da saúde dos chamados **Indivíduos Privados de Liberdade (IPL),** comumente conhecidos como presos. Portanto, diante da pandemia que iniciava a sua trajetória em nosso País, o CNJ recomendou aos tribunais e órgãos fracionários, com jurisdição para tratar de assuntos prisionais e medidas socioeducativas (no caso de adolescentes infratores), que evitassem desnecessárias prisões, buscassem ampliar as medidas socioeducativas em meio aberto e concedessem prisão domiciliar aos presos considerados integrantes do grupo de risco, com especial atenção aos apenados portadores de diabetes, tuberculose, doença renal e HIV positivo (considerando de nº 4).

O CNJ, em sua orientação, vaticinou que o Estado, através de seu sistema prisional, não teria condições de evitar e combater a propagação do coronavírus nos estabelecimentos penais e socioeducativos do País, pelo que imperioso, em sua visão, que o Poder Judiciário seguisse os termos da recomendação. Aliás, isso fica por demais evidente no considerando de número sete onde, expressamente, diz o CNJ:

> " ...o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros, características inerentes ao "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 347;..."

Com base na Recomendação do CNJ, nos últimos três meses, Brasil afora incontáveis presos foram e estão sendo beneficiados com a chamada prisão domiciliar, com pouca ou nenhuma fiscalização e que depende, por conta disso, mais da consciência do preso em cumprir as regras do confinamento prisional em seu lar, do que, propriamente, da ação vigilante do Estado.

---

[2] CONSIDERANDO que o grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 compreende pessoas idosas, 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 coinfecções; CONSIDERANDO que a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva e que um cenário de contaminação em grande escala nos sistemas prisional e socioeducativo produz impactos significativos para a segurança e a saúde pública de toda a população, extrapolando os limites internos dos estabelecimentos; CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação do novo coronavírus particularmente em espaços de confinamento, de modo a reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde de agentes públicos, pessoas privadas de liberdade e visitantes, evitando-se contaminações de grande escala que possam sobrecarregar o sistema público de saúde; CONSIDERANDO o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros, características inerentes ao "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 347...".

Sob o ponto de vista jurídico, não sendo afeto ao CNJ criar regras processuais ou de natureza penal[3], não poderia qualquer decisão proferida por algum órgão do Poder Judiciário, tão somente com base na recomendação, conceder o benefício da prisão domiciliar.

O artigo 117 da Lei de Execuções Penais, disciplina, de modo taxativo, as hipóteses em que cabíveis a excepcional medida. Em síntese, diz o artigo legal que caberá a prisão domiciliar no caso de apenados idosos com mais de 70 anos de idade ou acometidos por grave doença[4]. Ainda, pelo texto legal, é possível a concessão da segregação domiciliar para as apenadas gestantes ou que possuam filho menor de idade e/ou com algum grau de deficiência.

No entanto, em qualquer hipótese, não se pode esquecer que a prisão domiciliar é uma modalidade de cumprimento da pena privativa de liberdade, reservada apenas aos condenados que estejam no regime aberto, havendo a incompatibilidade desta com os regimes prisionais semiaberto e fechado[5].

É bem verdade que a jurisprudência, nos últimos anos, vem alargando, por demais, o uso da prisão domiciliar, mais para a resolução de problemas estruturais do sistema prisional do que, propriamente, clarificar obscuros pontos da legislação.

A discussão do cabimento da segregação domiciliar sob o ponto de vista meramente jurídico, diante da questão técnico-científica subjacente, é, em realidade, de menor envergadura.

Como referido no início deste texto, tratando-se os números com o respeito que eles merecem, falarão a verdade. A base discursiva que deu sustentação à recomendação, como já apontado, é de que o Estado, diante da pandemia, não teria condições de prevenir ou mesmo tratar, com eficácia, os “indivíduos privados de liberdade”, expondo-os a desmedido risco de contraírem a doença e, por conta dela, igualmente, morrerem.

O que se verificou no mundo dos fatos, diferentemente do triste cenário descortinado na Recomendação, foi completamente o oposto. O Estado, dando vazão ao seu dever de preservar a saúde e a integridade física dos presos sob a sua tutela, conseguiu, na maioria absoluta das unidades federativas, de forma eficiente, controlar a expansão da pandemia dentro das casas prisionais.

---

[3] A competência para legislar sobre matéria penal e processual penal compete, privativamente, à União Federal, a teor do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. A competência do CNJ é de natureza administrativa segundo o artigo 103 – B, parágrafo 4º.

[4] Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

[5] MIRABETE, Julio F. Execução Penal - Comentário à Lei 7.210 de 11-198684. 8ª ed. São Paulo: Atlas. p. 275.

Quando falamos da pandemia provocada pelo Covid-19, duas variáveis, nos estudos e publicações científicas que sobre ela dizem respeito, facilmente saltam aos olhos do leitor, a **Taxa de Incidência (TI)** e a **Taxa de Mortalidade (TM)[6].**

Segundo o governo federal, no Brasil, no dia 22 de junho de 2020, havia **978.142** contaminados pelo coronavírus e **47.748** mortos vitimados pela doença e pelas comorbidades a ela associadas. A **TI** por conta destes números, era **465,5** por 100 mil habitantes e a **TM** de **22,7** por 100 mil habitantes[7].

No universo prisional, de outro lado, os números são bem diversos, muito menos maiúsculos, a indicar que o Estado fez a sua parte e tornou o sistema prisional, em termos sanitários, efetivo para prevenir a disseminação do vírus e mitigar os seus nefastos efeitos.

Dentro do universo prisional[8], na mesma data que a antes referida, o Brasil contava com **3147 presos contaminados** pelo Covid-19 e **55 óbitos**, perfazendo uma **TI de 407,03** por cem mil presos e **TM** de **7,11** por cem mil presos[9].

A comparação entre os números relativos à pandemia provocada pelo Covid-19, Estado a Estado, no que diz respeito às taxas de infecção e mortalidade na população em geral e na massa carcerária, permite-nos extrair importantes inferências. Senão vejamos:

UF	TIg	TMg	TIsp	TMsp
AC	1290,5	34,0	368,4	11,0
AL	858,7	26,5	43,6	**ZERO**
AM	1529,9	64,1	752,9	9,1
AP	2582,4	42,4	981,8	36,3
BA	311,2	9,4	6,6	**ZERO**
CE	1016,9	60,5	883,7	9,5

[6] A TI e a TM são calculadas da mesma forma que os demais indicadores cuja incidência quer se colocar sob a perspectiva de uma população de 100 mil habitantes. Para tanto, pega-se o número de ocorrências em análise, divide-se pelo universo populacional onde incidente e multiplica-se o resultado da operação por 100 mil, obtendo-se a taxa desejada.

[7] Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Recuperado em 19 de junho de 2020.

[8] Para os fins deste artigo, o número de presos considerados, foi o de **773.151**, nos moldes da atualização do INFOPEN apresentada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 14 de fevereiro de 2020. Os números reais de segregados, portanto, são maiores dos que os usados na pesquisa.
Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados. Recuperado em 22 de junho de 2020.

[9] O Departamento Penitenciário, desde o início da pandemia, criou um painel par monitorar a incidência do Covid-19 no interior do sistema prisional nacional. Com base nos números fornecidos pelo DEPEN, total de presos no sistema, infectados e mortos, é que a TI e a TM foram calculadas. Os dados estão disponíveis em https://eur02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fapp.powerbi.com%2Fview%3Fr%3DeyJrIjoiYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&data=02%7C01%7C%7Cb62e4a1445ba411c625d08d816905a62%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637284156527220512&sdata=6LxFKf7t6ApAtEwW91dPYg794CPq1MTvX3JJ1Hv351Y%3D&reserved=0. Recuperado em 19 de junho de 2020.

DF	112,0	14,0	**5167**	12,0
ES	867,4	33,0	98,1	21,3
GO	222,5	4,3	65,9	**ZERO**
MA	990,2	24,3	518,3	8,0
MG	130,6	3,1	81,6	**ZERO**
MS	188,5	1,6	11,4	**ZERO**
MT	271,8	10,3	**942,5**	**15,9**
PA	984,0	53,3	**1387,7**	**ZERO**
PB	915,5	19,1	277,6	**ZERO**
PE	545,3	44,3	**772,8**	17,8
PI	435,8	14,8	**2165**	**ZERO**
PR	126,8	3,9	3,36	**ZERO**
RJ	556,8	51,8	57,0	21,6
RN	550,1	19,9	443,3	**ZERO**
RO	854,2	23,5	14,9	**ZERO**
RR	1340,5	41,4	1247,2	**135,5**
RS	170,1	3,8	50,9	**ZERO**
SC	245,4	3,4	102,2	**4,2**
SP	477,3	27,4	311,7	6,4
SE	829,9	20,1	80,0	16
TO	531,1	11,1	89,2	**ZERO**

- UF: Unidade da Federação
- TIg: Taxa de Infecção Geral
- TMg: Taxa de Mortalidade Geral
- TIsp: Taxa de Infecção no Sistema Prisional
- TMsp: Taxa de Mortalidade no Sistema Prisional

Portanto, pode-se inferir da comparação dos indicadores acima:

1. As medidas de prevenção e mitigação da pandemia no universo prisional têm sido efetivas, tanto que a taxa de mortalidade e a taxa de infecção entre presos são menores do que na população em geral;
2. Em 77,77% das UFs a TIsp e a TMsp são inferiores à TIg e à TMg;
3. Apenas em 18,5% das UFs, cinco para ser mais exato (DF, MT, PA, PE e PI), a TIsp é maior do que a TIg;
4. Somente uma UF apresenta, ao mesmo tempo, a TIsp e a TMsp superiores à TIg e à TMg (MT);

5. Duas UFs, apesar de apresentarem a TIsp maior do que a TIg, possuem a TMsp igual a ZERO (PA e PI);
6. SC, apesar de apresentar a TMsp superior à TMg, conta apenas com uma morte no sistema prisional por conta do novo coronavírus;
7. Em 12 das 27 UFs (AL, BA, GO, MG, MS, PA, PB, PI, RN, RO, RS e TO) não há o registro de mortes de presos em decorrência da pandemia;
8. Nas cinco UFs onde a TIsp é maior do que TIg a solução do problema está no aumento das medidas preventivas, e não na concessão de prisão domiciliar, que importa em, tão somente, deslocar o problema para outro lugar; e
9. A consideração acima também vale para o caso do MT e de SC (apesar da peculiaridade já apontada), onde a TMsp é maior do que a TMg.

Os números, como apresentados, demonstram, com solar clareza, dispensando brilhantismo matemático em sua análise, que a concessão de prisão domiciliar para proteger os presos da contaminação e risco de morte dentro do sistema prisional, por conta do novo coronavírus, não só não os protege como amplia, exponencialmente, a possibilidade de tal.

A partir do equívoco da liberação de presos por motivos sanitários, como apontado acima, incumbe passarmos à análise da recomendação e das decisões que a ela se seguiram sob o ponto de vista da lógica pura.

Os Professores e Doutores Rogerio Atem de Carvalho e Eduardo Atem de Carvalho[10], em artigo publicado no sítio eletrônico DefesaNet[11] analisaram, a partir da Lógica de Primeira Ordem, a concessão de prisão domiciliar a Indivíduos Privados da Liberdade (IPL) por conta da Covid-19.

Dito estudo parte de dois questionamentos básicos para, através do exercício de raciocínios dedutivos, verificar se a fundamentação que dá substrato à concessão de aprisionamento domiciliar, em termos lógicos, é ou não correta. Questionam os autores:

1.Deve-se conceder aos IPL prisão domiciliar devido à Pandemia ou mantê-los no Sistema Prisional?

2.De forma subsidiária, se o fato do IPL estar contaminado muda a decisão relacionada à Questão Central?

---

[10] Eduardo Atem possui graduação em Engenharia Mecânica pela Universidade Federal Fluminense (1988), Mestrado em Engenharia Mecânica pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1991) e Doutorado em Engenharia Mecânica - Texas A M University (1997). Atualmente é Professor Associado I da Universidade Estadual do Norte Fluminense - Darcy Ribeiro Rogério Atem é Bacharel em Informática (UFRJ, 1995), Mestre e Doutor em Engenharia de Produção (UENF, 1997 e 2001), MBA em Innovation Management (Steinbeis University, Brasil/Alemanha, 2019). Professor Titular do Instituto Federal Fluminense (2015-), onde atua desde 1996, Diretor do Pólo de Inovação Campos dos Goytacazes (PICG, 2016-).

[11] Disponível em http://www.defesanet.com.br/ncd/noticia/37239/Soltura-de-Presidiarios-durante-a-Pandemia--Uma-Visao-Baseada-em-Logica-/. Recuperado em 22 de junho de 2020.

Objetivando responder às questões postas no estudo, os pesquisadores estabeleceram as seguintes premissas:

- As Medidas de Distanciamento Social devem ser seguidas por todas as pessoas;
- As Medidas de Isolamento Social devem ser seguidas pelas pessoas contaminadas;
- A própria existência do SP atesta que a sociedade fracassa, por definição, na vigilância daqueles indivíduos incapazes de obedecer a Lei.
- Os IPL estão sob tutela do Estado;
- A Carga Viral de uma região aumenta com o maior contato intergrupos.
- A Carga Viral de um local aumenta com o maior contato intragrupo.
- Não é possível para um ser humano uma existência absolutamente isolada de outros seres humanos, ou seja, ele sempre pertencerá a algum grupo social.

Com base nessas premissas, os autores construíram sentenças e as suas conclusões, as quais, por seu brilhantismo e precisão, ora reproduzo:

> *"Parte 1: Isolamento Intergrupos*
>
> *1) Por definição de Indivíduo Privado de Liberdade (IPL) e Sistema Prisional (SP):*
>
> *SE IPL está no SP ENTÃO há garantia que o IPL cumpre isolamento intergrupos 2) Negando-se os dois termos da sentença (1) tem-se:*
>
> *SE IPL NÃO está no SP ENTÃO NÃO há garantia que o IPL cumpra isolamento intergrupos*
>
> *Portanto:*
>
> *Conclusão A: Um IPL colocado em liberdade deixará de cumprir, por definição e consequência lógica, o isolamento intergrupos, ao sair do contato do seu grupo formado com outros IPL e ir para o contato de seu grupo social original, ou mesmo novos aos quais ele possa se agregar.*
>
> *Por definição a Conclusão A é robusta, ou seja, não há como negá-la, devido ao fato do indivíduo deixar o SP, por definição, ele muda de grupo social, indo para algum outro, seja família, seja amigos, seja comunidade em geral.*
>
> *Parte 2: Isolamento intragrupo*
>
> *Sabido que a libertação leva a uma quebra do isolamento intergrupos, existe a argumentação que o isolamento intragrupo é dificultado pelas condições do SP, portanto a liberação dos IPL deveria ocorrer por essas condições.*

O Estado deve garantir, com a mesma assertividade, que um IPL fora do SP esteja em isolamento intragrupo. Enquanto que tal situação seria possível na teoria, na prática é sabidamente inviável devido à limitação de recursos do Estado, posto que seria impossível manter vigilância sobre cada IPL liberado para verificar seu isolamento dentro de seu grupo social. O uso de tornozeleiras eletrônicas não garante tão pouco tal isolamento, posto que, enquanto que identifica a posição geográfica do IPL no tempo, não é capaz de dizer com que pessoas ele se encontra, se elas estão contaminadas ou não. Uma alternativa, porém, é a autodeclaração feita pelo próprio IPL, de que se manterá em isolamento intragrupo e que cuidará de si próprio em relação aos perigos da Pandemia.

3) Então:

SE não há como garantir vigilância para o isolamento intragrupo ENTÃO é necessário

obter autodeclaração do IPL, na forma da Lei, de que este cumprirá tal isolamento 4) Porém:

SE o cidadão é um IPL ENTÃO o cidadão descumpriu a Lei

Da União de (3) com (4):

Conclusão B: Será necessário exigir de um cidadão que descumpriu a Lei que então cumpra a Lei para garantir que o isolamento intragrupo funcione.

Parte 3: Conclusão Inicial

É necessário responder a Questão Central:

Deve-se liberar os IPL devido à Pandemia ou mantê-los no Sistema Prisional?

5) Unindo a Conclusão A com a Conclusão B e com a premissa "IPL estão sob tutela do Estado" tem-se que:

Ao libertar os IPL o Estado esta imediatamente colaborando para a redução do isolamento intergrupos. Quanto ao isolamento intragrupo, o Estado está deixando de tutelar indivíduos que deveria tutelar, passando para eles próprios a responsabilidade por sua saúde (e daqueles de seu convívio), ao se declarar incapaz de fazê-lo, mesmo tendo pleno conhecimento, pelo histórico desses indivíduos, que eles não são capazes de cumprir a Lei, e que justamente por isso são IPL.

Resposta à Questão Central:

Não, posto que libertar IPL é reduzir o isolamento intergrupos e passar o isolamento intragrupo para a responsabilidade de indivíduos tutelados pelo Estado.

Parte 4: Questão Subsidiária

A Questão Subsidiária que se coloca:

- O fato do IPL estar contaminado, muda a decisão relacionada à Questão Central?

Tal situação deve ser novamente analisada em face da necessidade de isolamento intergrupos e intragrupo.

6) Da Conclusão A:

SE IPL contaminado libertado ENTÃO haverá contato intergrupos com um indivíduo

contaminado

7) Da Conclusão B:

SE IPL contaminado libertado ENTÃO um não-contato intragrupo com um indivíduo contaminado dependerá do cumprimento da Lei pelo IPL

Conclusão C: da união da Conclusão A com a Conclusão B, a libertação de um IPL contaminado aumenta o risco de contaminação na sociedade, tanto intergrupos, quanto intragrupo (considerando o grupo social que o IPL será recebido na sociedade).

É necessário porém verificar a robustez da Conclusão C em relação à situação do SP, onde a permanência de um IPL contaminado por trazer problemas, devido à maior probabilidade de contato intragrupo, levando-se em conta uma maior lotação dos presídios.

8) Dilema:

SE IPL contaminado libertado ENTÃO maior risco para IPL e sociedade

SE IPL mantido ENTÃO maior risco para outros IPL e SP

9) Ora, se a libertação do IPL contaminado leva maior risco ao mesmo e à sociedade e a manutenção do seu status leva a maior risco ao SP e aos outros IPL em seu grupo de contato direto a solução para este dilema é a mudança de seu status, porém dentro do SP.

Conclusão D: A solução para o IPL contaminado é seu isolamento dentro do SP, de maneira a evitar a contaminação de outros indivíduos, dentro e fora do SP."

Como resultado final, entenderam os pesquisadores que, sob o ponto de vista lógico e racional, a concessão de prisão domiciliar aos apenados, nos termos da análise, constitui-se em risco para os próprios beneficiados com a medida e para a sociedade.

Dessa forma, como conclusão, pode-se afirmar que, sob qualquer prisma que se enfoque o problema, legal, técnico-científico ou mesmo lógico, não há como se sustentar a adequação da medida em meio aberto, constituindo-se ela em danosa à sociedade e aos interesses dos próprios presos.