

Prisão e execução penal: novas reflexões no pós-pandemia

Henrique de Castilho Jacinto
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Infelizmente, o mundo está passando por um momento histórico poucas vezes vivido e com consequências nas mais diversas áreas: uma pandemia.² Reflexos nas áreas da saúde e economia certamente são os mais notados por toda sociedade. Todavia, não se pode ignorar os diversos reflexos no sistema jurídico e, mais precisamente, no funcionamento da Justiça.

Neste artigo, iremos analisar alguns reflexos que as mudanças advindas da situação causada pela pandemia do Covid-19 trouxeram para o processo de execução penal e para o sistema carcerário. Vamos analisar decisões das Cortes Superiores, bem como medidas administrativas do Poder Executivo, muitas das quais, em nosso entendimento, devem permanecer mesmo passada a situação pandêmica, pois reforçam os princípios ressocializadores e humanísticos para a pessoa privada de liberdade.

Pautados na síntese necessária, iremos analisar a prisão domiciliar (medida de caráter jurisdicional), a suspensão do direito de receber visitas e o início da utilização da “visita virtual” (medidas de caráter administrativo).

1. Prisão domiciliar

A primeira questão colocada em execução penal quando do início da pandemia foi a necessidade de concessão de prisão domiciliar aos presos do chamado grupo de risco³.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação CNJ nº 62⁴ em 17 de março de 2020 em que disciplinou e recomendou a adoção de diversas medidas preventivas à propagação da infecção do coronavírus (Covid-19).

O artigo 5º da Recomendação CNJ nº 62 é dirigido aos juízes atuantes em execução penal e recomenda que seja considerada a concessão de prisão domiciliar aos presos em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juízo (inciso III). Igualmente, recomenda a colocação em prisão domiciliar do preso suspeito ou confirmado com Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde e na ausência de espaço adequado para isolamento dentro do estabelecimento prisional.

¹ Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do núcleo regional da Escola Paulista da Magistratura (EPM) em Araçatuba/SP.

² Este termo é usado para descrever uma situação em que uma doença infecciosa ameaça muitas pessoas ao redor do mundo simultaneamente: O QUE É PANDEMIA e o que muda com declaração da OMS sobre o novo Coronavírus. *BBC News Brasil*, São Paulo, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3l2HU3S>. Acesso em 20 ago. 2020.

³ Grupo de risco é a expressão que tem sido usada para identificar pessoas que possuem algum fator que as torna mais vulneráveis aos efeitos maléficos da infecção pelo coronavírus, como os idosos, pessoas com comorbidades (diabetes, hipertensão, HIV, dentre outras doenças).

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [...]. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Q9Zkbl>. Acesso em: 20 ago. 2020., 2020.

No que diz respeito à prisão domiciliar dos presos em regime aberto, esta já é a regra em nosso sistema prisional. Não há estrutura nas casas de albergado e os sentenciados em cumprimento de pena em regime aberto já observam, em quase sua totalidade, o regime de prisão domiciliar.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, pelo Ministro Marco Aurélio, proferiu decisão⁵ em que “conclamou” (termo utilizado pelo Ministro em sua decisão) os juízes de execução penal a examinar com urgência, dentre outras medidas, a concessão de prisão domiciliar aos presos portadores de diversas doenças (HIV, diabetes, tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo Covid-19), para as gestantes e lactantes, bem como para os presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

Com base nesta decisão do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal (STF), o Poder Judiciário recebeu uma enormidade de pedidos de prisão domiciliar utilizando-a como fundamento, o que sobrecarregou, ainda mais, as varas de Execução Penal já, em sua imensa maioria, deficitárias para dar cumprimento e andamento regular aos processos. Ter-se-ia que realizar uma “megaoperação” para analisar todas as situações em um verdadeiro sistema de mutirão carcerário⁶.

Porém, posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) não referendou a decisão do Ministro Marco Aurélio⁷, pautando-se nas medidas que foram adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Ministério da Justiça e Ministério da Saúde para a proteção da população carcerária, os Ministros, por maioria (o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator), seguiram o voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes.

Colocada a questão da maneira como se desenrolou na Suprema Corte brasileira, passemos a analisar os reflexos na Justiça de primeira instância.

O instituto da prisão domiciliar é previsto na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) no artigo 117 que assim dispõe:

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.

Embora a Lei de Execuções Penais estabeleça que se trata de benefício aplicável aos presos no regime aberto, tanto doutrina como jurisprudência, são uniformes em admitir, excepcionalmente, a prisão domiciliar aos presos em cumprimento de pena em regime semiaberto e fechado. Ensina Rodrigo Duque Estrada Roig que

⁵ BRASIL [...] *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32hkfzA>. Acesso em: 20 ago. 2020. Supremo Tribunal Federal. ... 2020.

⁶ Tais expressões “megaoperação” e “mutirão” foram utilizadas pelo Ministro Alexandre de Moraes no voto divergente conforme se verá adiante.

⁷ VITAL, D. STF derruba conclamação para que juízes analisem condicional de presos. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3aKlmeY>. Acesso em: 20 ago. 2020.

conforme expressa previsão legal, em regra a prisão-albergue-domiciliar é concedida a condenados que estejam no regime aberto de pena. Excepcionalmente, porém, tem-se admitido o deferimento da prisão domiciliar para presos do regime fechado ou semiaberto, por exemplo no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena (STJ, HC 240518/RS, 5ª T., j. 5-3-2013)⁸.

Da mesma forma, tem sido admitida a prisão domiciliar quando inexistente vaga em estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto, pois não se poderia impor ao condenado o cumprimento em local mais severo (regime fechado) do que aquele constante na sua condenação, em virtude de falha estatal no fornecimento de vaga no regime próprio (semiaberto)^{9,10}.

Portanto, verificamos que a prisão domiciliar é um instituto presente há tempos no sistema jurídico de cumprimento de pena e que está sendo, corretamente, utilizado para os casos em que presos têm maior risco de morrer no cárcere em virtude da pandemia atual.

O que não se pode admitir é a concessão, indiscriminada, para todos os sentenciados que estão em cumprimento de pena nos regimes fechado e semiaberto da prisão domiciliar apenas porque fazem parte do grupo de risco da doença.

Sempre deverá, o juiz de execução penal responsável pelo estabelecimento prisional, ter em mente a situação específica do local, bem como do preso que requer o benefício. Existem diversas unidades prisionais que dispõem de estrutura para dar o tratamento adequado às mais diversas patologias, bem como organização para proceder ao protocolo de prevenção no contágio do coronavírus.

Os índices de contágio e letalidade pelo Covid-19, nos estabelecimentos prisionais no Estado de São Paulo, não são alarmantes comparados àqueles verificados na sociedade como um todo. Isto demonstra que a Secretaria de Administração Penitenciária está desenvolvendo medidas eficientes para prevenção do contágio pelo coronavírus, ainda que algumas delas representem supressão de direitos dos presos¹¹, como a suspensão ao direito de receber visitas dentro da unidade prisional e da saída temporária em datas comemorativas.

Portanto, ao analisar os pedidos de concessão de prisão domiciliar, os Juízes de Execução Penal devem levar em consideração as condições do estabelecimento prisional em que se encontra o preso, se estão seguindo os protocolos de segurança e higiene para evitar a infecção e contágio pelo coronavírus, o número de casos naquela unidade, bem como a situação de saúde específica do preso comprovada por relatório médico. Ainda, aspectos individuais do caso, como a necessidade do sentenciado de ir constantemente a um hospital em virtude de sua doença (por exemplo, para fazer hemodiálise).

Interessante notar, também, que não se trata de um benefício sem termo final, pois deferido em virtude da situação pandêmica que vivemos. Assim, toda decisão que

⁸ ROIG, R. D. E. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 338.

⁹ AVENA, N. C. P. *Execução Penal: esquematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 219.

¹⁰ STJ, EDcl no AgrRg no Resp 1.198-1344/RS, DJ 22.02.2013 e STF, HC 107.810/PR, DJ 03.05.2012.

¹¹ A Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo suspendeu as visitas presenciais nas unidades prisionais como forma de conter o ingresso do coronavírus nos estabelecimentos penais – Resolução SAP-60, com prazo prorrogado pela Resolução SAP-75. Igualmente, os Juízes Corregedores das unidades prisionais suspenderam as saídas temporárias durante o período crítico da pandemia.

deferir a prisão domiciliar deve estabelecer um prazo razoável, por exemplo 60/90 dias, para sua reanálise. Acaso a situação já tenha se resolvido, o sentenciado deve retornar a cumprir a pena privativa de liberdade no estabelecimento prisional, revogando-se a prisão domiciliar outrora deferida.

Por fim, um último fato relacionado à prisão e à pandemia do coronavírus, embora não se confunda com prisão domiciliar, é a suspensão da execução da prisão do devedor de alimentos. Esta espécie de prisão tem natureza coercitiva como meio de impelir o devedor a pagar os alimentos devidos. Torná-la prisão domiciliar a descaracterizaria por completo. Assim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que, enquanto durar a pandemia, a ordem de prisão do devedor alimentício fica suspensa, devendo ser cumprida no momento oportuno¹², ou seja, tão logo termine a pandemia.

2. Visita virtual

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) estabelece, no artigo 41, quais constituem os direitos do preso. Dentre eles, encontra-se o direito de receber “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

Todavia, o parágrafo único do referido artigo estabelece que o direito de visitas, assim como os direitos ao trabalho, recreação, de correspondência escrita, leitura, podem ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento prisional¹³.

Pautado neste permissivo legal, o direito dos presos em receber visitas está suspenso durante a pandemia do coronavírus¹⁴.

Neste ponto, é importante notar que a suspensão dos direitos a que se refere o parágrafo único do artigo 41 da Lei de Execução Penal não diz respeito a suspensões decorrentes de atos de indisciplina (falta disciplinar) durante a execução da pena, portanto não é necessário um processo administrativo consoante determinação sedimentada na Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

O direito de receber visitas consolida os princípios humanizadores¹⁶ que devem orientar a moderna execução da pena privativa de liberdade. Estar privado de liberdade, ainda que em razão do cometimento de um crime, não significa, em absoluto, estar privado do contato com sua família, das pessoas com as quais mantém laços de afeto.

¹² SUSPENSÃO da prisão do devedor de alimentos durante a pandemia é uma possibilidade, entende STJ. *Instituto Brasileiro de Direito da Família*, Belo Horizonte, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Eoer56>. Acesso em: 20 ago. 2020

¹³ Art. 41 LEP: Constituem direitos do preso: [...] V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; [...] X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; [...] XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. [...] Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento

¹⁴ No Estado de São Paulo, foi editada a Resolução SAP-60 pela Secretaria de Administração Penitenciária, com prazo prorrogado pela Resolução SAP-75, suspendendo as visitas nas Unidades Prisionais.

¹⁵ Súmula 533 STJ: Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

¹⁶ “O princípio da humanidade constitui, enfim, o cerne de uma visão moderna e democrática da execução penal, pautada pela precedência e ascendência substanciais do ser humano sobre o Estado e pela necessidade de reduzir ao máximo a intensidade da afetação individual. Possui, portanto, o escopo maior de capitanear a construção de uma política criminal redutora de danos, considerando que a contradição entre cárcere e democracia não pode ser resolvida, mas apenas contida, por meio de uma política humanizante”. (ROIG, R. D. E. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38)

Pelo contrário, a manutenção, mesmo que mínima, destes vínculos é extremamente importante no processo de ressocialização. Todavia, nenhum direito deve ser tido de forma absoluta. Assim, o direito de receber visitas pelo preso pode ser suspenso durante o período da pandemia do coronavírus, sendo um ato totalmente motivado e de acordo com os protocolos de saúde e segurança para contenção da infecção pela doença.

De fato, permitir o ingresso dos visitantes nas unidades prisionais seria expor toda população carcerária daquele local a um risco maior de contágio pela doença. Assim, a suspensão desse direito durante a pandemia resguarda o direito à saúde de toda a coletividade de presos em detrimento do direito individual à visita.

Porém, a par da suspensão do direito de receber a visita dentro da unidade prisional, pautado na modernidade dos meios de comunicação, a Administração Penitenciária tem desenvolvido novas formas de manter a comunicação do preso com seus familiares.

Inicialmente, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo estabeleceu a possibilidade do preso se comunicar com sua família por mensagens e e-mail. Posteriormente, foi disciplinada a “visita virtual”¹⁷ em que é realizada a chamada de vídeo e o preso pode ter contato visual com seus familiares em um projeto denominado “Conexão Familiar”¹⁸.

Embora prevista sua realização enquanto perdurar a situação de pandemia, entendemos não haver óbice para que a prática da “visita virtual” coexista, após o fim do período pandêmico, com a visita física diante de todos os pontos positivos de sua realização.

Com a realização da “visita virtual”, os familiares dos presos não precisam se deslocar por longas distâncias até os estabelecimentos prisionais economizando o dinheiro que seria gasto com essa viagem. É fato notório que a grande maioria da população carcerária provém de famílias com baixa renda.

Outrossim, presos que não recebiam visitas, porque seus familiares não tinham condições financeiras de arcar com os custos do deslocamento, poderão reatar o contato com seus entes, o que é primordial em um processo de ressocialização.

Ainda, com a realização das “visitas virtuais” e conseqüente diminuição das visitas físicas, o índice de ingresso de objetos ilícitos dentro dos estabelecimentos prisionais tende a diminuir, o que contribui sobremaneira para a segurança pública.

Outro ponto a ser considerado é que as “visitas virtuais” são monitoradas, ao passo que as visitas físicas não o são. Desse modo, a segurança pública consegue controlar o conteúdo do que é conversado, evitando-se possíveis articulações do crime organizado.

Portanto, diversos são os pontos positivos que indicam ser importante que esta medida da “visita virtual” continue a ser utilizada pela administração penitenciária mesmo após o fim da pandemia do coronavírus.

Esperamos que, passado esse período de pandemia atual, o sistema judicial absorva as mudanças que foram realizadas e que se mostram produtivas para seu melhor funcionamento até mesmo como forma de recompensar pelos direitos subtraídos neste período.

¹⁷ SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária. *Conexão Familiar*: Agendamento de visita em Ambiente Virtual. São Paulo, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EeTT9h>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁸ <https://bit.ly/2YmziGR>.

Referências bibliográficas

AVENA, N. C. P. *Execução Penal*: esquematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32hkfzA>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda 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. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Q9Zkbl>. Acesso em: 20 ago. 2020.

O QUE É PANDEMIA e o que muda com declaração da OMS sobre o novo coronavírus. *BBC News Brasil*. São Paulo, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3l2hU3S>. Acesso em 20 ago. 2020.

ROIG, R. D. E. *Execução Penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária. *Conexão Familiar*: Agendamento de visita em Ambiente Virtual. São Paulo, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EeTT9h>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SUSPENSÃO da prisão do devedor de alimentos durante a pandemia é uma possibilidade, entende STJ. *Instituto Brasileiro de Direito da Família*, Belo Horizonte, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EoeR56>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VITAL, D. STF derruba conclamação para que juízes analisem condicional de presos. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3aKlmeY>. Acesso em: 20 ago. 2020.