

ESTADO DE EXCEÇÃO E NECROPOLÍTICA: A SITUAÇÃO DOS ENCARCERADOS DIANTE DA PANDEMIA DO COVID-19.

STATE OF EXCEPTION AND NECROPOLITICS: THE SITUATION OF PRISONERS BEFORE THE COVID-19 PANDEMIC.

ROBERTO CARVALHO VELOSO

*Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Juiz Federal
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3936-2132>*

CRISTIAN DE OLIVEIRA GAMBA

*Advogado. Bacharel em Psicologia. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA)
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7252-9291>
E-MAIL: cristianjr34@hotmail.com*

RESUMO: A pandemia de COVID-19, iniciada na China e depois irradiada para os demais continentes, tratou não apenas de expor a fragilidade da existência humana, como também evidenciou as contradições latentes às sociedades capitalistas neoliberais, principalmente no que tange a intensificação do processo de descarte das vidas humanas consideradas elimináveis, não valorosas, denotando a incorporação do estado de exceção e da necropolítica como técnicas de governo. Dentro deste aspecto, o presente artigo pretende avaliar a situação de um grupo já tradicionalmente vilipendiado em seus direitos e garantias fundamentais: os encarcerados. Essa avaliação será feita com base na análise das medidas tomadas pelo Estado brasileiro em relação ao ambiente prisional que, sendo marcado pela superlotação e pelas péssimas condições estruturais e sanitárias, apresenta-se como um contexto propício para proliferação em larga escala de doenças. A metodologia empregada se baseia na realização de análise documental, que centrou-se em duas frentes: apreciação de decisões judiciais exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e também de atos normativos provenientes do Conselho Nacional de Justiça que dissessem respeito a minimização dos efeitos da pandemia perante a população carcerária. Ao final concluiu-se que as medidas adotadas, em especial a Recomendação n° 62 do CNJ, não parecem suficientes para evitar a proliferação da pandemia nos ambientes prisionais. A diluição do poder decisório entre os juízes e tribunais nacionais efetivamente fará que as orientações alcancem uma restrita parcela do sistema prisional, principalmente aqueles mais abastados, possuidores de assistência jurídica apta a pleitear seu desencarceramento.

Palavras Chave: Sistema Penal. Necropolítica. Pandemia. COVID-19.

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic, which started in China and then spread to other continents, tried not only to expose the fragility of human existence, but also to highlight the latent contradictions to neoliberal capitalist societies, mainly with regard to the intensification of the process disposal of human lives considered eliminable, not valuable, denoting the incorporation of the state of exception and the necropolitics as government techniques. Within this aspect, the present article intends to assess the situation of a group that has traditionally been vilified in their fundamental rights and

guarantees: the prisoners. This assessment will be made based on the analysis of the measures taken by the Brazilian State in relation to the prison environment, which, being marked by overcrowding and the poor structural and sanitary conditions, presents itself as a favorable context for the large-scale proliferation of diseases. The methodology employed is based on conducting documentary analysis, which focused on two fronts: appreciation of judicial decisions issued by the Supreme Federal Court and also of normative acts from the National Council of Justice that concerned the minimization of the effects of the pandemic in the face of prison population. In the end, it was concluded that the measures adopted, especially CNJ Recommendation 62, do not seem sufficient to prevent the proliferation of the pandemic in prison environments. The dilution of the decision-making power among national judges and courts will effectively make the guidelines reach a restricted part of the prison system, especially those more affluent, with legal assistance able to claim their release.

Keywords: Penal System. Necropolitics. Pandemic. COVID-19.

SUMÁRIO: **1** - Introdução **2** - Estado de exceção e necropolítica: a relativização das vidas em tempos de pandemia do COVID-19 **3** - O sistema punitivo da sociedade capitalista neoliberal: a gestão da exclusão social através do encarceramento e da lógica do descarte. **3.1** - Breves considerações acerca da criminologia crítica **3.2** O surgimento do Estado Penal: as novas facetas do poder punitivo na sociedade neoliberal **4** - A situação dos encarcerados perante a pandemia do COVID-19: invisibilidade ou oportunidade? **5** – Considerações Finais **6** - Referências

1 Introdução

A pandemia de COVID-19, iniciada na China e depois irradiada para os demais continentes, tratou não apenas de expor a fragilidade da existência humana, como também evidenciou as contradições latentes às sociedades capitalistas neoliberais, principalmente no que tange a intensificação do processo de descarte das vidas humanas consideradas elimináveis, não valorosas, e que, por isso, podem ser sacrificadas para manutenção das relações de dominação e poder.

Dentro deste aspecto, o presente artigo pretende avaliar a situação de um grupo já tradicionalmente vilipendiado em seus direitos e garantias fundamentais: os encarcerados. Esta avaliação será feita com base na análise das medidas tomadas pelo Judiciário brasileiro em relação ao ambiente prisional que, sendo marcado pela superlotação e pelas péssimas condições estruturais e sanitárias, apresenta-se como um contexto propício para proliferação em larga escala de doenças.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, do tipo avaliativa. Para investigação do objeto proposto fez-se indispensável a realização de análise documental, que centrou-se em duas

frentes: apreciação de decisões judiciais exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e também de atos normativos provenientes do Conselho Nacional de Justiça que dissessem respeito a minimização dos efeitos da pandemia perante a população carcerária.

Ao final foram identificados, ao tempo da pesquisa, apenas dois documentos pertinentes a situação dos encarcerados diante da pandemia de COVID-19: a decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao pedido de tutela incidental realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça. Estes dois documentos foram devidamente analisados e as conclusões, articuladas com o marco teórico delineado pela Criminologia Crítica, expostas no último tópico do trabalho.

O presente artigo se divide em três tópicos: no primeiro deles, tentar-se-á, a partir da análise dos conceitos de Estado de Exceção, proposto por Giorgio Agamben, e de Necropolítica, cunhado por Achille Mbembe, compreender como se desenvolvem as modernas formas de dominação, cuja característica primordial consiste na intensificação dos processos de eliminação das vidas. O segundo tópico centrar-se-á, através do marco teórico formatado pela Criminologia Crítica, na análise do sistema penal das sociedades neoliberais, que tem servido como palco principal para o controle das parcelas socialmente excluídas. Por último, far-se-á uma análise sobre as decisões tomadas pelo Judiciário brasileiro no combate a pandemia dentro do ambiente carcerário.

2 Estado de exceção e necropolítica: a relativização das vidas em tempos de pandemia do COVID-19

As formas modernas de organização estatal pautam-se, sobretudo, no suposto respeito a uma ordem jurídica previamente estabelecida que, por sua vez, baseia-se na primazia dada a tutela dos direitos e garantias fundamentais dos seres humanos. Todavia, a intensificação dos processos de controle, gestão e descarte das vidas humanas demonstram que a atuação estatal não tem estado em compasso com as previsões ideais encontradas nos marcos normativos. Neste tópico, tentar-se-á demonstrar que a forma de exercício do poder nas sociedades modernas encontra-se pautada na negação da própria ordem jurídica vigente, para isto, aproveita-se da criação ou da instauração de estados de necessidade (como é o caso da pandemia aqui tratada) para justificar violações frontais aos direitos individuais de seus cidadãos.

Antes de adentrar na questão, é necessário dissertar, ainda que brevemente, sobre as intersecções entre os conceitos de poder e violência que, apesar de não serem sinônimos, encontram-se irremediavelmente interligados nas formas modernas de gestão dos grandes

22 | Revista do Programa de PósGraduação em Direito da UFBA. e-ISSN: 2358-4777. Vol. 31, n.2, p.20-46. Jul/Dez-2021.

contingentes populacionais. Arendt (2016, p. 60) destaca que poder e violência são corriqueiramente tomados como sinônimos, pois possuem um vértice comum, qual seja: garantir a dominação dos homens pelos próprios homens.

Para Arendt (2016) o poder encontra seu núcleo fundante na legitimidade, ou seja, só pode ser exercido quando respaldado por uma parcela significativa da população perante a qual se manifesta. Já a violência dispensa a legitimidade, sua função é essencialmente instrumental, voltada para reafirmação ou instituição de uma determinada situação fática¹. Contudo, mesmo possuindo núcleos fundantes distintos, poder e violência encontram-se articulados nas formas modernas de gestão da vida social, sendo a violência acionada quando o poder está em risco, seja como forma de reafirmá-lo, seja como forma de garantir a implementação das condições necessárias para sua perpetuação.

Foucault também se debruça sobre as relações de poder estabelecidas nas sociedades modernas. Inicia sua análise através de uma desconstrução do tradicional entendimento de poder, criticando a noção estabelecida de que seria exercido verticalmente, possuindo uma localização geográfica de onde emana suas diretrizes. Para o autor o poder é fluído, maleável, exerce-se através de relações e apresenta-se sob diferentes faces a depender do contexto que está sendo analisado. Justamente por isto o poder deveria ser estudado em sua microfísica, ou seja, a partir de suas formas efetivas de manifestação, dispensando uma análise única e centralizada (FOUCAULT, 2009, p. 242)².

Poder e violência estariam intimamente ligados a uma atividade de dominação. Contudo, o poder é mais sutil, menos evidente, e apenas pode manifestar-se onde exista liberdade ou, pelo menos, uma aparência de liberdade. Neste caso, a ação dos governantes incidirá sobre o campo de ação dos indivíduos, sendo que determinados caminhos serão facilitados e estimulados, enquanto outros, não desejáveis, são inviabilizados ou extremamente dificultados. Já a violência pauta-se na rejeição de qualquer tipo de liberdade, sua utilização conduz ao fechamento de possibilidades³.

¹ Ressalta a autora que jamais existiu governo baseado exclusivamente nos meios de violência (ARENDR, 2016, p. 67), esta é apenas tolerada quando exercida por um governo legitimado. Por isto, a violência jamais seria capaz de criar o poder, todavia ela é perfeitamente capaz de destruí-lo.

² Para Foucault (2001) o poder está intimamente relacionado com a dominação. Contudo, sua compreensão não demanda a análise apenas da figura do soberano, uma vez que as relações de poder também são exercidas entre os súditos que as reproduzem nos diversos contextos sociais.

³ “Uma relação de violência age sobre um corpo, sobre as coisas; ela força, ela submete, ela quebra, ela destrói; ela fecha todas as possibilidades; não tem, portanto, junto de si, outro polo senão aquele da passividade; e se encontra uma resistência, a única escolha é tentar reduzi-la. Uma relação de poder, ao contrário, se articula sobre dois elementos que lhe são indispensáveis por ser exatamente uma relação de poder: que “outro” (aquele sobre o

Contudo, isto não quer dizer que poder e violência sejam incompatíveis. Pelo contrário, sua utilização conjunta fundamental para manutenção da organização social. Sendo o poder uma ferramenta que conduz, ainda que sutilmente, a opressão do sujeito, gerando a mortificação das suas individualidades, ela inevitavelmente acabará gerando estados de insatisfação e revolta que acabarão demandando o uso da violência para manutenção dos estados de dominação.

Dito isto, percebe-se, ainda que preliminarmente, que poder e violência são mecanismos essenciais para estabilização das relações sociais de dominação atualmente existentes. Quando a subordinação não consegue ser alcançada através dos sutis mecanismos de poder é necessário que a violência seja trazida à tona, processo este que deve ser justificado a partir da criação de estados excepcionais, que admitam a suspensão dos direitos e garantias fundamentais, legitimando sua violação frontal, através da restrição da liberdade e, até mesmo, do descarte das vidas. Wacquant (2011, p. 109) aduz que as atuais experiências sociais fazem brotar a figura do “Estado como organização coletiva da violência, visando a manutenção da ordem estabelecida e a submissão dos dominados”.

Nesta esteira de raciocínio, Giorgio Agamben (2004) reformula os entendimentos dominantes sobre o que tradicionalmente se entende por “estado de exceção”. Inicialmente, desconstrói a ideia de que o estado de exceção seja um momento transitório de suspensão de direitos e garantias fundamentais, mas que, na verdade, se trata de um estado permanente, que não precisa de declaração expressa para sua implantação e que tem se convertido em técnica de governo, utilizada recorrentemente, voltada para manutenção das relações de poder existentes⁴.

O estado de exceção situa-se na intersecção entre o jurídico e o político, entre o amparo legal e o abandono do direito. A sua invocação cria uma situação paradoxal, pois sob a justificativa de preservar a ordem jurídica e os valores sociais vigentes admite-se a violação desta mesma ordem. Por isso, não seria nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, mas se localiza numa zona de indiferença, onde a suspensão da norma não significa sua abolição (AGAMBEN, 2004, p. 39).

qual ela se exerce) seja inteiramente reconhecido e mantido até o fim como sujeito de ação; e que se abra, diante da relação de poder, todo um campo de respostas, reações, efeitos, invenções possíveis.” (FOUCAULT, 2009, p. 243).

⁴ Agamben (2004, p. 16) pontua que “o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionário e não da tradição absolutista”. Isto denota que o estado de exceção tem funcionado como um paradigma dos governos modernos, destinado a garantir o controle de grandes contingentes populacionais.

A característica primordial do estado de exceção está em “anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável” (AGAMBEN, 2004, p. 14). O estado de exceção atinge públicos preferenciais, principalmente aqueles que encontram-se em uma relação disfuncional com o sistema político e econômico vigente e que corporificam a exclusão social. São estes sujeitos que precisam ser controlados e, por vezes, eliminados para manutenção das equações de poder⁵.

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Para que o estado de exceção se manifeste é necessário que preexista uma situação fática de necessidade, ou seja, é preciso que exista um contexto justificador da atuação invasiva do Estado onde será possível alegar que a violação aos direitos e garantias fundamentais ocorre pela preservação de um bem maior. Estas situações de necessidade podem tanto possuir existência real, como podem ser fabricadas, principalmente através da manipulação dos mecanismos responsáveis pela formação do imaginário coletivo⁶.

Partindo dos estudos de Agamben sobre o estado de exceção e dos ensinamentos de Foucault sobre biopolítica⁷, Achille Mbembe desenvolve seu conceito de Necropolítica.

⁵ Agamben (2002, p. 15) utiliza a expressão *vida nua* para retratar o estado de total desproteção ao qual encontram-se expostos os grupos que sofrem preferencialmente a supressão dos direitos e garantias fundamentais. A vida nua seria uma vida separada e excluída de si mesma, descartável e não valiosa, uma vida exposta a morte, cuja perda não é crime, nem objeto de lamentação. Tal conceito dialoga perfeitamente com o conceito de *vidas precárias*, traçado por Butler (2015), cuja característica primordial seria retratar as vidas humanas que não são reconhecidas através dos enquadramentos socialmente definidos e que, por isso, não são enlutadas. São vidas indignas de serem vividas e que, por isso, não devem ser preservadas e não serão lamentadas quando perdidas.

⁶ Nas últimas décadas várias situações de necessidade foram erigidas, voltadas sobretudo para admitir a violação de direitos e garantias fundamentais de determinados indivíduos. A política de guerra às drogas, a luta contra o terrorismo, a proteção dos estados nacionais, o empreendimento contra a proliferação de armas nucleares, foram, exemplificativamente, pretextos utilizados para “justificar” a intensificação dos processos de descarte de vidas humanas, seja de nacionais do Estado violador ou mesmo de cidadãos de outras nacionalidades. A pandemia de COVID-19, popularmente conhecido como “coronavírus”, surge apenas como mais um elemento justificador da interferência abusiva do Estado.

⁷ Foucault (2008) apresenta o conceito de biopolítica para explicitar a forma característica de exercício do poder na modernidade. Sua característica essencial residiria no estabelecimento de um verdadeiro processo de gestão estatal sobre a vida e a morte, desenvolvido a partir de um conjunto complexo de técnicas de vigilância e controle sobre os processos biológicos, possibilitando sua integração no conjunto de decisões políticas. Trata-se do direcionamento das políticas estatais para eliminação daqueles indivíduos considerados disfuncionais, improdutivos ou degenerados, naturalizando a lógica do descarte humano. O conceito de biopolítica cunhado por Foucault pauta-se em duas balizas fundamentais: primeiramente, admite que existem vidas que precisam ser descartadas para manutenção do sistema político. Em segundo lugar, que o processo de eliminação necessita da

Inicialmente, o autor propõe uma redefinição do conceito soberania, cujo desenvolvimento no âmbito da Ciência Política teria adquirido ares romanceados, estando associado a ideia de que todos os homens são livres, capazes, iguais e protagonistas das decisões fundamentais do Estado que, neste caso, apresentam-se apenas como um reflexo dos desígnios coletivos. Para Mbembe (2018) a soberania dos Estados modernos, na verdade, estaria intimamente relacionada com a gestão dos processos de vida e morte, ou seja, a possibilidade de escolher quem deve viver e quem deve morrer.

Para justificar sua proposta Mbembe (2018) propõe que as relações sociais modernas apresentam características distintas daquelas visualizadas em tempos anteriores, principalmente em decorrência das mudanças nos sistemas econômicos de produção. Para justificar sua tese realiza uma comparação entre o sistema do *plantation*, escravocrata, e as formas tardias de colonização, manifestadas na contemporaneidade. Pontua que, embora as duas se organizem com o objetivo de garantir a manutenção do poder através da opressão de determinados segmentos sociais, elas operam por estratégias distintas e peculiares.

No regime de *plantation* o escravo é subjugado a uma condição de morto vivo, sua identidade é sufocada e tolhida, sendo reduzido a condição de objeto a serviço do funcionamento do sistema de produção. O terror é utilizado como ferramenta para garantir a obediência e a servilidade. Contudo, ainda que presente este cruel processo de mortificação em vida, a vida do escravo é valorosa para manutenção do sistema produtivo, ainda que por razões essencialmente econômicas, não se admite seu extermínio (MBEMBE, 2018).

Contudo, o advento do capitalismo e suas posteriores metamorfoses, que se sucederam até a apresentação de sua atual faceta neoliberal, marcaram o surgimento de uma nova forma de dominação. Neste novo sistema econômico não há mais espaço para os grandes contingentes populacionais, a exclusão social é inevitável e surge para os Estados modernos a tarefa de gerenciar grandes grupos que, diferentemente do regime de *plantation*, não são mais necessários. Pelo contrário, tornam-se majoritariamente incômodos, uma vez que demandaram a atenção estatal, seja para oferta de benefícios assistenciais, seja para o direcionamento de políticas penais repressivas, uma vez que a violência estrutural impulsionará estes grupos a prática delitiva.

A agenda neoliberal pauta-se, essencialmente, no resgate dos cânones liberais basilares, como a retração do papel estatal, através de privatizações, flexibilizações nas

atribuição de valores diferenciais às vidas humanas, que serão consideradas mais ou menos relevantes a depender do direcionamento das políticas estatais.

legislações protetivas e desmonte das políticas sociais, só que agora inserida num mundo globalizado, sendo sustentada e mantida por um forte aparato ideológico capaz de legitimar sua aplicação⁸. Neste ponto, a ordem jurídica exerce um papel primordial, uma vez que suas disposições traduzem a ideia de uma igualdade idealística que não poderá ser alcançada perante as condições reais de existência.

Nos tópicos seguintes, tentar-se-á demonstrar como a implementação deste novo sistema econômico, pautado na intensificação dos processos de controle e descarte da vida humana impactam incisivamente na gestão das políticas de segurança pública que agora volta-se para o controle dos grandes contingentes sociais excluídos da dinâmica neoliberal. Por último, demonstrar-se-á como as ações adotadas pelo Estado brasileiro em relação a parcela encarcerada da população durante a pandemia de COVID-19 evidenciam a implementação dos conceitos de Estado de exceção e Necropolítica, aqui tratados.

3 O sistema punitivo da sociedade capitalista neoliberal: a gestão da exclusão social através do encarceramento e da lógica do descarte.

3.1 Breves considerações acerca da criminologia crítica

Embora a criminologia seja tradicionalmente referida como uma ciência única e constituída através da intersecção dos conhecimentos advindos de diversos ramos da ciência social – sociologia, antropologia, psicologia e direito – o que se percebe, historicamente, é que não existiu uma única criminologia, mas sim várias criminologias, cada qual buscando analisar o fenômeno da criminalidade sob enfoques ou perspectivas distintas⁹.

A proliferação de diversas escolas criminológicas surgidas ao longo dos tempos constitui uma clara representação de que a análise dos comportamentos delitivos comporta uma multiplicidade de abordagens. Cada qual elegeu como seu objeto de estudo um aspecto distinto relacionado à criminalidade, enquanto algumas focaram na figura do criminoso outras voltaram sua atenção para a análise das instituições encarregadas da realização do controle social formal.

Tradicionalmente, algumas destas vertentes criminológicas exerceram maior influência na formação do discurso penal oficial e na definição da política criminal adotada pelos países. Neste contexto situam-se as escolas partidárias da Ideologia da Defesa Social que,

⁸ Tavares (1997, p. 43) aponta como características principais do neoliberalismo: remoção de qualquer tipo de protecionismo comercial, a abertura dos mercados, somado ao movimento de progressiva privatização, com repasse de atividades estratégicas para iniciativa privada, reduzindo a interferência estatal na tomada de decisões políticas fundamentais.

⁹ Para melhor compreensão da diversidade de escolas criminológicas consultar Baratta (2011).

segundo Guimarães (2007, p. 43), preocupam-se em legitimar a aplicação do direito através da justificativa de defesa da sociedade. Sendo assim, seu enfoque principal seria garantir que o direito penal fosse utilizado como um instrumento de resguardo dos interesses coletivos, ainda que este processo, por vezes, levasse à afetação direta de direitos individuais.

Com o objetivo de confrontar o discurso oficial estabelecido pela ideologia da defesa social começaram a surgir vertentes da criminologia preocupadas em discutir o fenômeno delitivo a partir de enfoques diferenciados. O objetivo principal destas novas correntes, denominadas Teorias Críticas, seria deslocar o objeto de estudo da criminologia da figura do criminoso (perspectiva microssociológica) para os processos de criminalização (perspectiva macrossociológica).

Dentro desta nova perspectiva entende-se que é inviável compreender a criminalidade de forma dissociada do modo de ação das instâncias oficiais responsáveis pela gestão do sistema penal. Deste modo, verifica-se como as instituições encarregadas da realização do controle social formal (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Legislativo, Sistema Penitenciário) reagem à criminalidade, focalizando em questões como “quais são as condutas definidas como criminosas?”, “quem são os indivíduos que sofrem de forma mais dura a repressão do sistema penal?” e “quais são os indivíduos etiquetados como delinquentes?”¹⁰.

Segundo Guimarães (2007, p. 57) as teorias críticas foram responsáveis por uma verdadeira virada paradigmática no âmbito da criminologia, uma vez que não mais importa quem pratica o comportamento desviante, mas sim quem tem o poder de definir quais são os comportamentos delitivos e quais as reais funções do sistema penal na manutenção de uma determinada forma de organização social.

Como forma de realizar um contraponto às correntes ligadas à defesa social, Baratta (2011) congrega as teorias críticas sob a denominação de Ideologia da Reação Social, uma vez que, como dito, enfocam seus estudos sobre o modo como as instâncias oficiais agem na repressão ao crime.

¹⁰ Baratta (2011, p. 153) estatui que, ao promover um redimensionamento das questões afetas à criminologia, as teorias críticas lançam luz sobre novos fenômenos relacionados à aplicação do direito penal que, apesar de anteriormente existentes, eram ignorados pelas escolas progressistas. Sendo assim, questões como a seletividade do sistema penal e também a existência da chamada cifra oculta da criminalidade passam a ser enfocadas, tudo isto sob a perspectiva de que o sistema penal age de forma mais ou menos rígida a depender de quem é o criminoso e de qual o crime está sendo analisado. Neste diapasão, postula que delitos funcionais ao sistema capitalista - como os crimes de colarinho branco, crimes ambientais, dentre outros - são menos notificados e punidos do que os crimes considerados disfuncionais - delitos patrimoniais e tráfico ilícito de drogas.

Pode-se considerar que a primeira corrente crítica que atuou de forma densa na produção de um novo saber criminológico foi a teoria do *Labeling approach*, que, a partir da influência do interacionismo simbólico, desenvolvimento por George H. Mead, bem como dos estudos da etnometodologia, buscou desconstruir paradigmas clássicos da Escola Positivista como a criminalidade ontológica e as noções de anormalidade ou periculosidade.

A principal inovação da citada teoria consiste em considerar que a qualidade criminal de um comportamento não se constitui como uma realidade objetiva, mas sim que é fruto de um complexo processo de construção social. Os crimes não são fatos que possuam existência independente, mas são produtos de um processo de interação social contínuo e complexo. Neste viés, Andrade (2003, p. 41) leciona que a criminalidade não seria uma característica ontológica, mas sim uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos através dos processos sociais.

Contudo, embora tenha focalizado no aspecto sociológico do delito, a teoria do *Labeling Approach* não buscou situar o papel do direito penal dentro de uma sociedade profundamente excludente, marcada pelo predomínio do sistema de produção capitalista, que busca a maximização dos lucros a partir da acentuação das desigualdades sociais.

Justamente com este objetivo que surge a criminologia crítica, desenvolvida com base no materialismo histórico-dialético de Karl Marx, que busca compreender o crime a partir das condições reais de existência presentes em determinada sociedade, partindo do pressuposto de que a forma como se desenvolvem as relações econômicas é fator primordial para que sejam compreendidos os processos de criminalização existentes em cada realidade.

A análise do delito através de sua alocação em uma rede integrada de relações econômicas possibilitou o surgimento de questões até então ignoradas no âmbito da criminologia. Exemplo marcante deste movimento residiu na possibilidade de diferenciação entre a violência estrutural e a violência criminal, sendo a primeira considerada causa da segunda. Por violência estrutural entende-se aquela presente no bojo das sociedades marcadas pela desigualdade econômica, onde grandes contingentes populacionais são excluídos do mercado de trabalho e precisam empreender uma verdadeira luta pela própria subsistência. Em uma sociedade marcada pela exclusão e pela saturação do mercado de trabalho, esta realidade acaba por impulsionar estes grupos à criminalidade, contribuindo significativamente para a ampliação do número de ilícitos cometidos¹¹.

¹¹ Ao lançar luz sobre a questão da violência estrutural as Teorias Críticas contribuem para demonstrar que a redução dos índices de criminalidade não pode ser tarefa atribuída exclusivamente ao direito penal, haja vista que

A criminologia crítica trabalha com duas etapas principais no estudo de seus objetos. A primeira delas consiste no deslocamento do estudo do autor para as condições objetivas e estruturais que estão na origem dos desvios. A segunda seria o deslocamento do estudo das causas do comportamento criminoso para os processos de criminalização. Baratta (2011, p. 160) aduz que ao enfoque biopsicológico contrapõe-se o macrossociológico, historicizando a análise do desvio e relacionando-o com as estruturas sociais, relações de produção e distribuição de riquezas.

Deste modo, a criminologia crítica exerce um papel eminentemente questionador do discurso penal oficial, descortinando seu viés ideológico. A partir disto, demonstra que o direito penal oficial é aplicado de forma instrumental, com o objetivo de escamotear e perpetuar as relações de desigualdade existentes no bojo de uma sociedade capitalista¹².

Ao pontuar isto estabelece que o direito repressivo, bem como sua expressão mais evidente – no caso, a pena privativa de liberdade -, é marcado pela presença de funções explícitas, mas também de funções ocultas. As primeiras seriam aquelas propaladas através dos discursos oficiais – função retributiva, preventiva geral ou especial – e não são, na verdade, as finalidades últimas do direito penal, sendo sua principal atribuição a de conferir legitimidade ao uso do aparato repressivo. Já as funções não declaradas seriam, na verdade, as primordialmente buscadas pelo sistema penal, pois denotam o comprometimento com a manutenção e reprodução de um cenário de ampla desigualdade social produzido pelo capitalismo desenfreado¹³.

Como se percebe, aqui a criminologia não é mais utilizada como um instrumento à serviço da dogmática penal, mas sim como um conhecimento produzido que visa questionar o discurso declarado e legitimante, contribuindo para uma rediscussão do próprio exercício do poder repressivo. Destaca-se que a criminologia crítica não se posiciona de forma contrária à

esta não é sua função precípua. É necessário que exista investimento em políticas públicas inclusivas que reduzam as desigualdades sociais para que, com isso, se reduza a violência estrutural, criando-se condições menos favoráveis para proliferação de delitos. O enfrentamento da criminalidade perpassa o justo equilíbrio entre repressão e prevenção.

¹² Guimarães (2007) traz aprofundado estudo sobre as funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista. Durante a obra o autor apresenta as funções explícitas, bem como as funções ocultas, da pena privativa de liberdade em cada momento histórico e demonstra a importância vital do direito penal na consolidação e perpetuação do sistema capitalista.

¹³ Andrade (1997, p. 254) sustenta que a análise do êxito ou do fracasso do atual modelo prisional depende do ângulo sobre o qual a questão é enfocada. Caso analisada sob o enfoque das funções declaradas da pena privativa de liberdade se chegará a conclusão que trata-se um retumbante fracasso – exemplificativamente, se visualiza a função ressocializadora, nunca cumprida a contento –. Todavia, casos se visualize o fenômeno sob o prisma de suas funções ocultas se chegará a conclusão de que a pena privativa de liberdade cumpriu totalmente suas diretrizes, uma vez que exerceu papel vital na reprodução de um modelo socialmente desigual ao longo dos tempos.

existência do sistema penal como mecanismo de controle social formal, mas sim busca seu aperfeiçoamento, visando minimizar sua aplicação seletiva e estigmatizante.

3.2 O surgimento do Estado Penal: as novas facetas do poder punitivo na sociedade neoliberal

Feitas as incursões iniciais sobre o paradigma teórico da criminologia crítica passar-se-á a realizar, à luz do marco teórico definido, uma breve análise histórica do processo de transição do Estado Social para o Estado Penal para que assim se possa compreender quais as atuais características do sistema penal brasileiro.

Como marco inicial da presente análise definiu-se o período subsequente ao acontecimento das duas grandes guerras mundiais que marcaram um momento de crise do capitalismo liberal, criando-se as condições propícias para o aprimoramento do Estado Social.

Diante dos efeitos nefastos gerados pela autodestruição humana no período entre guerras – destaca-se a ocorrência de verdadeiros genocídios, pautados, sobretudo, na ideia de superioridade racial, levando ao extermínio de minorias étnicas, como judeus e ciganos – surgiu a necessidade de que fossem efetivados consensos internacionais capazes de amenizar o intenso processo de descarte da vida humana ocorrido neste interregno histórico¹⁴.

Neste contexto surgem os Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, cuja preocupação central seria justamente humanizar os ordenamentos jurídicos nacionais através da consolidação de um grupo de direitos universais garantidos independentemente de particularidades raciais, culturais, religiosas, dentre outras.

A este contexto de crise humanitária soma-se um crescente movimento de insurgência social contra as diretrizes do capitalismo liberal que, ao empregar uma política de mínima intervenção estatal, acabou por gerar um estado de profunda opressão e desigualdade social. Além disto, Guimarães (2007, p. 187-189) destaca que a difusão do pensamento marxista e a organização do movimento operário acabaram por gerar um acirramento social capaz de trazer insegurança e instabilidade as bases do sistema capitalista.

O arrefecimento dos ânimos demandava a transformação do modelo liberal-capitalista. A saída encontrada foi a incorporação de um discurso mais humanizado, sendo o Estado chamado a intervir nas relações sociais, reassumindo funções que haviam sido perdidas

¹⁴ Para melhor compreensão deste período de transição histórica e de formação dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos verificar Comparato (2013) e Piovesan (2007).

em virtude da incorporação do *laissez faire*¹⁵ liberal. Neste contexto, surge a figura do Estado intervencionista, responsável pela efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, capaz de perpassar a ideia de comprometimento do sistema capitalista com as demandas das classes menos abastadas.

Este momento histórico inaugura o surgimento de uma nova faceta do capitalismo, marcada pelo fortalecimento do Estado Social. Conforme Guimarães (2007, p. 193), tal transição também exige uma diferente feição do direito penal, preocupada com a conformação social pacífica, onde não mais se aceita que sua aplicação vise unicamente neutralizar ou intimidar os inimigos da sociedade, mas exige-se que tenha um comprometimento efetivo com a recuperação do ser humano, enfocando-se o caráter ressocializador da pena privativa de liberdade.

Contudo, como o objetivo principal do Estado Social não era promover uma maior justiça social, mas sim aplacar os movimentos de insurgência civil, não demorou para que suas bases se enfraquecessem. O recuo dos movimentos revolucionários, somado a dificuldade do Estado de se desincumbir das complexas tarefas prestacionais¹⁶, ocasionaram um gradual processo de enfraquecimento do Estado Social, criando as condições propícias para uma nova forma de organização do sistema capitalista - surgida a partir de 1980 – denominada de neoliberalismo.

A nova política neoliberal possui como carro chefe um retorno ao modelo de intervenção mínima do Estado só que agora associado ao novo mundo globalizado. Este novo paradigma demanda a eliminação de todo tipo de obstáculo ou protecionismo comercial destinado a garantir uma ampla abertura dos mercados capaz de propiciar uma concorrência ilimitada de âmbito internacional. A privatização, efetivada a partir do repasse de atividades estatais à iniciativa privada, retira do Estado a possibilidade de gerenciamento de setores estratégicos, diminuindo sua possibilidade de interferência em decisões fundamentais para sociedade.

McChesney (2002) aduz que o neoliberalismo é o grande paradigma econômico e político dos novos tempos e seu principal objetivo consiste em estabelecer um conjunto de

¹⁵ A expressão é aqui empregada no sentido da autogestão dos mercados, através da mínima interferência estatal no campo econômico.

¹⁶ A destinação de uma série de prestações positivas ao Estado gerou implicações na formação do direito constitucional de diversos países, sendo possível observar a proliferação de Constituições programáticas, caracterizadas pela definição de pretensiosas metas na área social. A incapacidade estatal de cumprir as promessas constitucionais contribuiu significativamente para derrocada o Estado Social. Neste sentido Maus (2000) e Barroso (2015).

procedimentos destinados a garantir a maximização dos benefícios individuais de um pequeno grupo em detrimento dos interesses de grande parcela da população.

Guimarães (2007, p. 239) sustenta que o Estado neoliberal é a antítese do Estado Social, haja vista que toda sua formação tem como objetivo principal a blindagem e a satisfação dos interesses das classes dominantes. Uma de suas marcas consiste na progressiva redução dos investimentos em programas sociais que beneficiariam a maioria da população. Este cenário afunda a parcela mais pobre da sociedade em um cenário de total invisibilidade perante as políticas estatais, onde sua humanidade é vilipendiada e sua cidadania apenas é encontrada ao se sentarem no banco dos réus.

As transições geradas pela sociedade neoliberal também se fazem sentir de forma intensa no campo penal. A humanização ocorrida após o período de guerras é substituída por um discurso de maximização do direito penal onde é propagada a ideia de que todos os problemas sociais podem ser resolvidos através da expansão e do endurecimento das políticas criminais. Neste novo cenário, a violência estrutural, causa maior da criminalidade, é escamoteada. O crime é tratado como uma questão meramente individual, inserido dentro de uma lógica maniqueísta, como se a sociedade fosse composta por uma antítese entre “cidadãos de bem”, que precisam ser valorizados e protegidos, e “inimigos”, que precisam ser combatidos, neutralizados e, a depender do caso, eliminados.

Zaffaroni (2009, p. 59-69) sustenta que o principal exemplo mundial de transição do Estado Social para o Estado Penal ocorreu nos Estados Unidos, no período posterior a guerra fria. Os ideais neoliberais influenciaram fortemente na formação da nova política criminal norte-americana que, segundo o referido autor, possui como marca fundamental um discurso fortemente autoritário e bastante apelativo do ponto de vista emocional, destinado a aplacar a ânsia punitiva de uma sociedade revoltada com a incessante criminalidade.

A derrocada do inimigo soviético, anteriormente capaz de legitimar a aplicação de um direito penal mais repressivo, faz surgir a necessidade de construção de novas figuras infaustas. Neste ponto, a política de “guerra às drogas” assume um papel vital para a construção do novo Estado Penal norte-americano em que, sob a justificativa de combate ao crime, legitima-se a ampliação do aparato repressivo.

Wacquant (2003, p. 27) demonstra que, em meados do Século XX, os Estados Unidos realizam uma guinada em sua política de investimentos, com o constante redirecionamento de recursos da área social¹⁷ para o campo da repressão criminal. Decaem os

¹⁷ O autor denomina o antigo Estado Social norte-americano como “estado caritativo”.

investimentos em políticas assistenciais e passa-se a centrar forças na construção de presídios e no fortalecimento das agências de repressão e controle da criminalidade¹⁸. Neste período ocorre a expansão da população carcerária, ampliando-se problemas estruturais como a seletividade penal, uma vez que a maioria dos detentos eram negros ou latinos. Conclui o autor que a principal característica da nova política criminal norte-americana seria empreender um processo de criminalização das camadas mais pobres da sociedade.

Todo este movimento ampara-se em uma narrativa sob a qual o direito penal seria capaz de solucionar o problema do exponencial crescimento da delinquência, sendo apresentado como a solução para todos os problemas sociais. Este discurso se propaga e passa a ser amplamente utilizado pela classe política com fins eleitoreiros. Em uma sociedade revoltada com a criminalidade cotidiana os discursos que pregam maior repressão são facilmente aceitos pela grande massa que acredita que a criminalidade possui sua origem no benigno tratamento dispensado pelo Estado em relação aos agentes delituosos.

Zaffaroni (2009, p. 69) aduz que o novo discurso penal assumido nos Estados Unidos e, posteriormente importado para a América Latina, é vendido como uma verdadeira propaganda publicitária. Não há uma preocupação com a (in) efetividade daquilo que está sendo propagado, mas apenas que seja aceito pelo grande público, gerando um transitório momento de satisfação¹⁹.

O aparato repressivo passa a assumir uma feição eminentemente simbólica, sendo sua função precípua a de apaziguar os ânimos de uma sociedade insatisfeita. Para o cumprimento desta finalidade é necessário que o sistema penal haja de forma rápida e dura, ainda que isto implique em verdadeiro vilipêndio aos direitos fundamentais dos investigados.

Multiplicam-se nos Estados Unidos políticas penais repressivas, como, por exemplo, as medidas de Tolerância Zero, como o *three strikes out*²⁰. Contudo, o elemento mais representativo da nova faceta penal norte-americana consistiu no desenvolvimento e ampliação da *bargaining* – este mecanismo permite a negociação direta da pena ou de vantagens processuais entre o Ministério Público e o acusado, evitando a submissão do caso ao Poder

¹⁸ Zaffaroni (2009) e Wacquant (2003) destacam que a política de guerra à droga norte-americana surge em um período em que os índices de criminalidade locais se mostravam estáveis e, em alguns casos, até mesmo decrescentes. Sendo assim, a nova política criminal dos Estados Unidos não se pautava numa urgente demanda de combate à criminalidade, mas sim decorria da assimilação dos novos valores neoliberais capitalistas que exigiam uma nova gestão do sistema penal.

¹⁹ Zaffaroni (2009, p. 69) denomina este movimento como “autoritarismo *cool*”, pois não é assumido como uma convicção profunda, mas apenas enuncia aquilo que está na moda, aquilo ao qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado, para que não se perca espaço publicitário.

²⁰ Esta medida impunha automaticamente a pena de prisão perpétua a quem tivesse cometido três ou mais delitos.

34 | Revista do Programa de PósGraduação em Direito da UFBA. e-ISSN: 2358-4777. Vol. 31, n.2, p.20-46. Jul/Dez-2021.

Judiciário – uma vez que este mecanismo possibilitava o recolhimento do indivíduo ao cárcere pouco tempo após o cometimento do ato delitivo, tudo isto através de uma pena definitiva. Sendo assim, demonstrava uma atuação rápida e rigorosa do aparato repressivo, aplacando o sentimento social de impunidade.

As novas características da política criminal norte-americana são exportadas²¹ para o restante do mundo sendo incorporadas, principalmente, pelos países latino-americanos. Contudo, assumem aqui uma conotação distinta, pois enquanto nos Estados Unidos o sistema penal se transformou em um negócio altamente lucrativo²², na América Latina tornou-se um sistema brutalmente violento, servindo essencialmente para controlar e neutralizar os excluídos do emprego.

No tópico seguinte se analisará o tratamento dispensado aos encarcerados diante da pandemia de COVID-19, onde são exteriorizados vários aspectos que tangenciam a política penal brasileira onde, a contragosto das disposições constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos, resta evidente os valores diferenciais que são atribuídos as vidas de determinados segmentos sociais.

4 A situação dos encarcerados perante a pandemia do COVID-19: invisibilidade ou oportunidade?

Como visto, a Necropolítica se fundamenta na soberania estatal sobre a morte, ou seja, sobre o poder de decidir quem deve morrer e quem deve viver. Nas sociedades modernas, o seu exercício não é mais uma mera prerrogativa, uma vez que sua aplicação efetiva tem assumido ares mandamentais, haja vista que o capitalismo neoliberal não é capaz de promover a inserção social de todo contingente populacional, ensejando a necessidade de gestão das parcelas populacionais excluídas.

Contudo, o processo de descarte das vidas deve vir acompanhado de uma narrativa capaz de justificar o controle ou mesmo a eliminação de grandes contingentes populacionais. Neste contexto, os mecanismo ideológicos, capazes de atuar intensivamente na formação do imaginário coletivo, exercem um papel fundamental para justificar a criação de verdadeiros mundos da mortes. Geralmente, a estratégia utilizada consiste na fabricação de “estados de necessidade” que atuam intensivamente na produção de verdadeiros inimigos sociais, cuja

²¹ Wacquant (2011) retrata o processo de implementação da nova política criminal norte-americana e, posteriormente, sua expansão para o continente europeu. Em ambos os casos, o autor destaca que seu objetivo principal seria empreender a criminalização da miséria através do encarceramento dos contingentes populacionais excluídos do mercado de trabalho. Nos Estados Unidos, a população carcerária se constituía majoritariamente de negros e latinos, enquanto na Europa corporificou-se na figura dos imigrantes e dos jovens das classes populares.

²² Para melhor compreensão do processo de privatização carcerária norte-americana consultar Wacquant (2003).
35 | Revista do Programa de PósGraduação em Direito da UFBA. e-ISSN: 2358-4777. Vol. 31, n.2, p.20-46. Jul/Dez-2021.

existência constitui um perigo constante as demais parcelas da população e que, por isso, precisam ser contidos ou eliminados.

Após a instalação da nova política criminal, inaugurada nos Estados Unidos e exportada para o restante do mundo, verifica-se uma intensificação do processo de demonização do criminoso, sendo considerado o inimigo social por excelência. Zaffaroni (2009) expõe que o inimigo é alvo de repressão mais rigorosa por parte do direito penal, pois se apresenta como um perigo à estabilidade social e que, por isso, poderia ser destituído dos seus direitos e garantias fundamentais. Ao inimigo a condição de pessoa é negada, não é digno de direitos, deve apenas ser neutralizado.

Wacquant (2011) pontua que a formação dos inimigos sociais não é feita de forma descompromissada, ela possui públicos preferenciais e certos, atingindo geralmente as parcelas da população que traduzem a exclusão social. A política de encarceramento atua no sentido de criminalizar a pobreza, retirando a responsabilidade estatal que, pela distribuição desigual de oportunidades, acaba impulsionando determinados grupos para criminalidade.

O estado de necessidade criado auxilia a justificar a atuação invasiva do Estado na esfera de direitos individuais da parcela disfuncional da sociedade. Agora, o que acontece quando o estado de necessidade não é fabricado? O que ocorre quando o poder de matar é democratizado? Diante de uma situação de risco generalizado, qual será o tratamento dispensado a uma parcela tradicionalmente indesejada da população?

Todas estas perguntas se fazem presentes neste momento histórico em que presencia-se a pandemia do COVID-19, iniciada na China e que, posteriormente, se espalhou ao redor do mundo, gerando a degradação dos sistemas de saúde nacionais e a derrocada da economia mundial. O vírus possui a particularidade de democratizar a morte, uma vez que vulnerabiliza grupos que, em situações de normalidade, encontram-se protegidos de grande parte dos riscos sociais.

Imagine-se agora em que situação encontram-se aqueles indivíduos que já são normalmente excluídos, que são vistos como descartáveis, aos quais o luto não é sentido e, por vezes, a morte é até mesmo desejada. É justamente esta a situação dos encarcerados, cujo presente tópico planeja realizar uma análise sobre as medidas adotadas pelas instituições de justiça brasileiras para o resguardo destas parcelas da população.

Inicialmente, é válido destacar que o sistema prisional brasileiro é um ambiente extremamente propício para propagação de doenças infectocontagiosas, principalmente em

virtude da superlotação carcerária²³ e das péssimas condições estruturais das prisões (falta de saneamento básico, ausência de materiais para realização da higiene pessoal, etc).

Previendo os efeitos nefastos que a propagação da nova pandemia poderia gerar no sistema carcerário o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) pleiteou a concessão de liminar junto ao Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo principal seria evitar a disseminação da COVID-19, beneficiando pessoas enquadradas no chamado grupo de risco²⁴ (pessoas com mais de 60 anos, soropositivos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodeprimidas, diabéticas), bem como gestantes, lactantes e acusados de crimes não violentos.

O Ministro Marco Aurélio Melo decidiu pelo não acolhimento do pedido de tutela incidental, uma vez que o IDDD estaria atuando no processo na condição de terceiro interessado, não possuindo legitimidade para tal postulação. Contudo, conclamou os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais a analisarem medidas propostas no corpo da peça postulatória, considerando a excepcional crise de saúde pública (BRASIL, 2020). Dito isto, ventitou as seguintes possibilidades:

- a) Liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a 60 anos de idade;
- b) Regime domiciliar para os pacientes integrantes dos grupos de risco;
- c) Regime domiciliar às gestantes e lactantes;
- d) Regime domiciliar aos 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;
- f) Medidas alternativas para presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave em ameaça;
- g) Progressão de pena a que, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico;
- h) Progressão antecipada da pena a submetidos ao regime semiaberto.

Se aplicadas a todos os casos, as medidas determinadas liminarmente teriam impacto direto sobre grande parcela da população carcerária, uma vez que, somente os presos

²³ Segundo dados do INFOPEN, referentes ao mês de junho de 2019, o Brasil possui 758 mil presos, com uma taxa de ocupação de 197% das prisões.

²⁴ Grupo de risco pode ser entendido como aqueles pacientes que, em virtude de possuírem doenças pré-existentes, possuem maior chance de agravamento caso sejam infectados.

provisórios, compõem 34,35% do total de pessoas encarceradas (INFOPEN, 2019). Além disto, a determinação de medidas cautelares alternativas à prisão para aqueles presos em flagrante diminuiria significativamente o número de novos ingressantes no sistema carcerário.

Contudo, uma vez submetida ao plenário, a decisão apresentada não prevaleceu. O Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência entendendo que o IDDD não poderia pleitear a concessão da liminar, pois seria um caso de clara ilegitimidade, além disto o teor dos pedidos extrapolaria o objeto de conhecimento da ADPF n° 347. No mérito, o Ministro entendeu que a liminar continha uma determinação implícita para que os juízes de conhecimento e execução realizassem um mutirão reavaliando a situação de todos os encarcerados no país.

O que há na medida cautelar é uma determinação para que se realize uma megaoperação dos juízes de execução para analisar detalhadamente todas essas possibilidades, não se aguardar caso a caso. Há, ao meu ver, formalmente o problema da ampliação do pedido. E há uma determinação expressa, não para que se solte todo mundo, mas para que se faça uma espécie de mutirão de todos os indivíduos (BRASIL, 2020).

O Ministro Alexandre de Moraes foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Dias Toffoli, sendo que apenas o Ministro Gilmar Mendes votou por referendar as diretrizes determinadas pelo Ministro Marco Aurélio Melo. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o pedido enquadrava-se como uma decorrência daquilo que havia sido discutido no bojo da ADPF n° 347, uma vez que a redução do número de detentos e as más condições sanitárias dos presídios haviam sido objeto de análise, sendo inclusive utilizadas como base para a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário (BRASIL, 2020).

No que tange ao mérito restou evidente que a maior discordância dos Ministros se deu em torno do caráter mandamental da decisão, uma vez que a manutenção da decisão monocrática geraria uma obrigação aos juízes de conhecimento e de execução para que realizassem a apreciação dos casos concretos e, presentes os requisitos objetivos, promovessem o imediato desencarceramento. Como ressaltado, esta medida teria impacto sobre parcela significativa da população carcerária. Deste modo, o STF preferiu evitar a adoção de um posicionamento definitivo, relegando aos juízes e tribunais pátrios a análise dos casos concretos de forma individual.

Zaffaroni (2009) enuncia que o discurso político-criminal moderno se manifesta de forma similar a um aparato publicitário, permeado por uma propaganda puramente emocional.

A adoção de um discurso rígido, demonstrando a dureza no trato com a criminalidade, torna-se postura obrigatória.

Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o velho ou o de entreguerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: *é cool*. É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário (ZAFFARONI, 2009, p. 69).

A decisão do Supremo Tribunal Federal evidencia justamente uma matiz desta inclinação. Apesar de reconhecer a gravidade da situação, uma vez que a chegada do COVID-19 aos presídios brasileiros poderia ocasionar incontáveis mortes, a corte superior optou por não emitir uma decisão mandamental sobre a matéria. A provável repercussão negativa de uma decisão diversa, que impactaria na soltura de milhares de presos, centralizaria as críticas na figura do tribunal superior, haja vista que, em momentos de evidente perigo para vida e a saúde de todos, não há espaço para resguardar a integridade daqueles que atentaram contra a ordem social.

A opção foi relegar aos juízos e tribunais a responsabilidade pela análise das situações concretas²⁵. Este movimento tem como consequência a diversificação das figuras decisórias, evitando a centralização dos movimentos de inconformismo. Com vistas a remediar este cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou a Recomendação nº 62/2020, que versa sobre a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – COVID-19 – no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. O texto da recomendação congrega todas as medidas citadas pelo Ministro Marco Aurélio Melo no corpo de sua decisão, acrescida de novas disposições, ampliando seu alcance até mesmo ao sistema socioeducativo, só que agora, destituída do caráter mandamental e vinculante da decisão anterior.

As recomendações dirigem-se, principalmente, aos seguintes grupos de magistrados: aqueles competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude, aos magistrados com competência para a execução de

²⁵ A determinação para que os casos sejam analisados individualmente tem como consequência a necessidade que cada preso apresente sua situação concreta ao sistema de justiça. Caso leve-se em consideração que a maioria esmagadora dos presos advém das camadas populacionais menos abastadas, contando com parca assistência jurídica, sendo ainda, na sua maioria, assistidos pela Defensoria Pública, que conta com um imenso contingente de casos para análise, é bastante possível que muitas situações passíveis de liberação não cheguem nem mesmo ao conhecimento do Poder Judiciário.

medidas socioeducativas, aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal e aos magistrados com competência sobre a execução penal.

A leitura detalhada da Recomendação n° 62 do CNJ transparece o caráter facultativo da grande maioria das medidas, sendo que o texto evita o emprego de expressões contundentes, capazes de vincular os juízes responsáveis pela análise dos casos concretos. Além disto, a medida possui públicos preferenciais, cuja a análise do caso deve ser priorizada pelos juízes responsáveis, sendo estes:

- 1) Mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;
- 2) Pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;
- 3) Pessoas presas preventivamente que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça (BRASIL, 2020b).

Apenas no que tange aos integrantes do grupo de risco a medida parece assumir caráter mandamental, haja vista a situação de fragilidade destes grupos em face da crescente pandemia. Aos presos que encontrarem-se em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade ou que não disponham de equipe de saúde²⁶ lotada no estabelecimento apenas se recomenda a análise prioritária dos casos, algo que, na prática, não ocorrerá, uma vez que a quase totalidade dos estabelecimentos carcerários nacionais enquadram-se numa das situações acima descrita.

Neste contornos, é importante destacar que, segundo o INFOPEN (2019), o Brasil possui uma população carcerária de 758 mil presos, sendo que destes 11.300 possuem mais de 60 anos de idade. Existem ainda 8.600 presos diagnosticados com tuberculose e 7.700 com HIV. Considerando-se estes números totais, a medida atingiria apenas 3,5% da população carcerária, produzindo efeitos praticamente nulos em relação à superlotação total que, como destacado, aproxima-se dos 197%.

A Recomendação n° 62 também faz referência expressa aos presos provisórios que, conforme destacado anteriormente, representam aproximadamente um terço do contingente carcerário brasileiro. Contudo, a medida limita-se a determinar a reavaliação das cautelares impostas, com preferência para análise dos indivíduos inseridos nos grupos acima destacados,

²⁶ Apenas 37% dos estabelecimentos penais contam com unidade básica de saúde (INFOPEN, 2019).

bem como daqueles que encontram-se presos provisoriamente há mais de 90 dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. Mais uma vez, a situação deverá ser analisada individualmente pelos juízes, não havendo uma determinação de liberação.

As diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça inevitavelmente conduzem os magistrados a um necessário conflito principiológico entre o resguardo do tecido social, evitando a liberação de sujeitos considerados potencialmente perigosos, ou à preservação da saúde, senão da própria vida, dos detentos. Os elevados índices de encarceramento, somados ao uso abusivo das prisões provisórias, baseadas sobretudo em presunção de periculosidade, tornam possível presumir qual será o caminho adotado pelos julgadores diante deste inevitável conflito.

Maus (2010) e Rodríguez (2013) destacam que as decisões judiciais passam a ser fundamentadas não mais com base em um modelo de racionalidade jurídica definido, mas sim perpassam a opinião pessoal dos julgadores sobre a temática, que buscam impor sua própria moralidade à sociedade através das decisões judiciais²⁷. A presença desta dinâmica decisória contribui significativamente para a criação e manutenção da cultura do encarceramento²⁸.

Streck (2011. p. 114) destaca que a superação do modelo de juiz concretizado pelo positivismo primitivo-exegético-sintático, ao qual cabia a mera aplicação mecânica da subsunção do fato à norma, e a ascensão do protagonismo judicial fizeram surgir a figura do juiz solipsista. Segundo Silva e Serejo (2017. p. 247) o sujeito solipsista é aquele que visualiza o mundo circundante de acordo com suas preferências pessoais, sendo “um esboço do que o ser imagina, quer e decide”. O juiz solipsista seria aquele que ignora a realidade que se apresenta e decide de acordo com sua própria consciência, sem afastar seus pré-juízos, vedando-se ao surgimento de novas possibilidades interpretativas. Este julgador não se coloca como alguém inserido no mundo, mas sim como um indivíduo que está fora e a frente deste mundo, sendo possuidor de uma visão privilegiada.

Acredita-se, pois, na possibilidade da existência de um sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação. O jurista, de certo modo, percorre a antiga estrada do historicismo. Não se considera já e sempre

²⁷ Maus (2010) propõe que o Judiciário tem assumido um papel paternalista perante a sociedade, tendo se arvorado à condição de detentor da última palavra em questões de relevância nacional. Este movimento se evidenciaria através da transferência de pautas típicas do Poder Executivo e Legislativo para o âmbito decisório do Judiciário.

²⁸ Por cultura do encarceramento, entende-se o movimento de ampla utilização do cárcere como mecanismo de enfretamento da criminalidade. O próprio STF já reconheceu, em decisões anteriores, como no caso do julgamento da ADPF n° 347/2015, que as instituições judiciais brasileiras encontram-se permeadas pela lógica do encarceramento massivo (BRASIL, 2020).

ao mundo, mas, sim, considera-se como estando-em-frente-a-esse-mundo, o qual ele pode conhecer, utilizando-se do “instrumento” (terceira coisa) que é a linguagem jurídica (STRECK, 2013. p. 115).

Dito isto, a falta de uma determinação mandamental clara do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a mera deflagração de recomendações, acaba por relegar aos graus inferiores de jurisdição, majoritariamente permeados pela cultura do encarceramento e pela demonização do criminoso, a tarefa de realizar o sopesamento entre o direito fundamental à vida e o suposto resguardo da ordem social.

As disposições contidas no Art. 5º da Resolução nº 62/2020, destinadas ao juízes da execução, caso seguidas, poderão auxiliar no alívio do inchaço prisional, uma vez que possibilitaria a concessão da saída temporária antecipada para os presos do regime fechado e semiaberto, bem como a concessão de prisão domiciliar em relação as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante o cumprimento de condições a serem definidas. Tais medidas possuem a amplitude necessária para alcançar a revisão da situação de grande parte dos encarcerados.

Sendo assim, a tendência é que as medidas tomadas pelo Estado brasileiro afetem uma mínima parcela da população carcerária, não alterando profundamente o cenário de superlotação. Além disto, ignoram às diretrizes que determinam o isolamento social e condenam veementemente a existência de aglomerações, principalmente em espaços com condições sanitárias extremamente precárias.

O fato das recomendações traçadas pelo CNJ assumirem caráter mandamental apenas em face dos grupos de risco constitui uma clara medida de isolamento vertical para a prevenção de uma eventual crise do sistema carcerário. Esta medida manifesta uma contrariedade em relação às medidas de contenção da pandemia recomendadas pela Organização Mundial da Saúde e pelo Ministério da Saúde, que privilegiam o isolamento horizontal²⁹, sobretudo em virtude da possibilidade dos indivíduos não componentes do grupo de risco infectarem os demais, levando não somente ao aumento do número de mortes, mas também ao colapso do sistema de saúde.

A timidez das medidas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça manifestam o primado básico da Necropolítica moderna: as vidas possuem valores diferenciais e, em situações de crise ou emergência, como é o caso da pandemia de

²⁹ Isolamento vertical e isolamento horizontal são medidas de distanciamento social que podem ser adotadas, por exemplo, em uma pandemia. No isolamento vertical, o distanciamento atinge apenas um determinado grupo de pessoas, geralmente, aquelas capazes de desenvolver formas mais graves da doença. Já o isolamento horizontal consiste numa determinação geral de distanciamento.

COVID-19, existem vidas que preferencialmente serão sacrificadas. As vidas dos presos, despidos de direitos, bem como de apoio social ou midiático, não serão enlutadas quando perdidas. O Estado encontra uma situação propícia, uma oportunidade única, para justificar a intensificação do processo de descarte de uma parcela tradicionalmente indesejada da população e, assim, exercer o soberano direito de matar, tão essencial para manutenção do capitalismo neoliberal.

5 Considerações finais

A sociedade capitalista neoliberal alterou de forma drástica as relações de dominação. Determinados contingentes populacionais encontram-se totalmente excluídos do jogo econômico e social e, por isto, tornam-se incômodos e disfuncionais, demandando do Estado o empreendimento de mecanismos de controle e vigilância.

Para justificar o empreendimento ostensivo sobre estes contingentes populacionais, os Estados modernos se aproveitam de estados de exceção, surgidos espontaneamente ou fabricados, que admitem a suspensão dos direitos e garantias fundamentais de determinados grupos. Soma-se a isto o empreendimento de uma verdadeira Necropolítica, uma vez que o controle não é mais suficiente, sendo que a lógica do descarte humano passa a ser utilizada como técnica de governo.

O agravamento da pandemia de COVID-19 tem lançado a sociedade capitalista neoliberal diante de dilemas nunca antes enfrentados. As medidas de isolamento social ameaçam o funcionamento do sistema econômico, cuja manutenção exigirá um inevitável sacrifício de vidas, não existindo narrativas capazes de justificar (ou naturalizar) este processo de eliminação.

Diante deste cenário sobreleva-se a preocupação com os grupos que, mesmo em situação de normalidade, encontram-se entre a parcela da população “descartável”, aquelas perante as quais o luto não é sentido e a morte é muitas vezes comemorada.

É este o caso dos encarcerados, cuja edição da Recomendação n° 62 do CNJ não parece suficiente para evitar a proliferação da pandemia nos ambientes prisionais. A diluição do poder decisório entre os juízes e tribunais nacionais efetivamente fará que as orientações alcancem uma restrita parcela do sistema prisional, principalmente aqueles mais abastados, possuidores de assistência jurídica apta a pleitear seu desencarceramento.

Em uma situação de crise generalizada, onde o soberano direito de matar foi democratizado, estas parcelas da população não serão alvo prioritário da atuação estatal. Tudo isto, encontrará justificativa conveniente, pois, em uma situação de calamidade, porque despende esforços para salvaguardar os direitos fundamentais daqueles que atentaram contra a ordem social? A pandemia cria a situação propícia para que a Necropolítica estatal se manifeste espontaneamente, a morte ocorrerá por si só, a inação será suficiente para atingir os objetivos pleiteados.

6 Referências

AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AGAMBEN, G. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal máximo X cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n° 62**, de 17 de março de 2020. Brasília – DF. 2020b

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – junho de 2017. Brasília - DF, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**, Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Brasília – DF, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 01.abr.2020a.

BUTLER, J. **Quadros de Guerra**: quando a vida é passível de luto? Tradução de Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha; revisão de tradução de Marina Vargas; revisão técnica de Carla Rodrigues. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, M. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 231-249.

GUIMARÃES, C. A. G. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58. 2000. p. 183-202.

MBEMBE, A. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. 3 ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, J. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. **Discursos Sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n° 4, p. 43-57, 1997.

ZAFFARONI, E. R. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional á urbana. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n° 4, p. 25-36, 1997.

ZAFFARONI, E. R. O inimigo no direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, L. **Prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.