

O SISTEMA PRISIONAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DA SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA DECORRENTE DA PANDEMIA DA COVID - 19

THE PRISON SYSTEM AND THE STATE'S CIVIL LIABILITY FACING THE SITUATION OF PUBLIC CALAMITY RESULTING FROM THE COVID PANDEMIC - 19

Victor Soares Nunes 1
Anna Karoline Cavalcante Carvalho 2
Alex Pizzio 3

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar juridicamente as medidas adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro em relação à população carcerária em meio à pandemia da COVID-19 e, por conseguinte, analisar as normativas e o alcance da recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça. Além disso, visa elucidar a relevância do direito público em situações emergenciais e a responsabilidade civil do Estado decorrente do dever de custódia em relação ao sistema prisional.

Palavras-chave: Calamidade Pública. COVID-19. Direitos Humanos. Responsabilidade Civil. Sistema Prisional.

Abstract: The present work intends to legally analyze the measures adopted by the Brazilian Judiciary in relation to the prison population in the midst of the COVID-19 pandemic and, therefore, to analyze the norms and the scope of recommendation 62 of the National Council of Justice. In addition, it aims to elucidate the relevance of public law in emergency situations and the civil liability of the State arising from the duty of custody in relation to the prison system.

Keywords: Public Calamity. COVID-19. Human Rights. Civil Responsibility. Prison System.

Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense, Advogado, Servidor Público Federal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7332212487115695>. E-mail: victor.jusadv@gmail.com | 1

Acadêmica de Direito pela Universidade Federal do Tocantins em Palmas-TO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2002966850532127>. E-mail: annakarolinecavalcante@gmail.com | 2

Docente efetivo da Universidade Federal do Tocantins. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7037842339905679>. E-mail: alexpizzio@uft.edu.br | 3

Introdução

Segundo dados do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, com aproximadamente setecentos e cinquenta mil detentos, perdendo apenas para China e Estados Unidos. Além disso, a precária higienização e as condições sanitárias dos estabelecimentos prisionais brasileiros evidenciam o cenário propício para a disseminação do novo coronavírus comprometendo a saúde dos reeducandos e dos profissionais que exercem suas atividades laborais no âmbito dos presídios brasileiros.

As condições precárias dos estabelecimentos penitenciários potencializam o risco de contaminação em massa entre a população carcerária. Em se tratando de uma doença altamente infecciosa como a COVID-19, as condições sanitárias, a falta de itens de higiene pessoal, e o próprio confinamento em número superior à capacidade por cela, inviabilizam a adoção de implementação das medidas de prevenção ao coronavírus recomendadas pela Organização Mundial da Saúde e demais autoridades sanitárias, no âmbito dos espaços físicos do sistema prisional.

Considerando a realidade dos presídios brasileiros, é incoerente pensar em medidas de isolamento social entre a população carcerária, entretanto, a situação requer respostas rápidas e eficazes por parte do Poder Público. A concretização da hipótese de uma contaminação em massa dentro dos estabelecimentos prisionais representaria o agravamento da crise em saúde pública, haja vista que o número de presidiários que possivelmente necessitarão de internação em hospitais públicos é infinitamente superior ao ofertado, fato esse que certamente contribuiria significativamente para o colapso do Sistema Único de Saúde.

Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a recomendação nº 62/2020 a qual propõe medidas de prevenção à disseminação do novo coronavírus. Logo, percebeu-se a necessidade da proteção dos direitos fundamentais dos presidiários, assim o Ministério Público Federal solicitou ao Ministério da Saúde a inclusão de agentes penitenciários e detentos em testes rápidos para detecção da COVID-19, bem como, a aplicação de penas alternativas às privativas de liberdade, dentre outras medidas que foram adotadas as quais são objetos desse estudo.

Nesse sentido, o presente artigo identifica os percalços do sistema prisional frente à COVID-19, bem como, a atuação do Estado e das instituições democráticas diante de tal problemática à luz da teoria do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli. Assim, a narrativa do presente trabalho dar-se-á de forma gradual, pois visualiza o sistema prisional de forma atual e complexa diante da pandemia.

As medidas jurídicas adotadas no Brasil durante a pandemia da COVID-19 e seus reflexos no sistema prisional

A pandemia da COVID-19 exigiu do Estado e suas instituições respostas rápidas e eficazes no que concerne medidas sanitárias e de isolamento social. No cárcere, há uma peculiaridade considerando o Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme voto do Ministro Marco Aurélio na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347¹,

no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios

¹ ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as 'masmorras medievais'(STF, 2016)

Diante do respectivo cenário, o Conselho Nacional de Justiça reagiu à situação de pandemia, mediante a emissão da Recomendação nº 62 que visa a preservação de Direitos Humanos, a fim de evitar o caos na saúde pública brasileira, bem como, preservar a vida de indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade, tais como os reeducandos. A recomendação estabelece orientações ao Judiciário em cinco principais frentes:

redução do fluxo de ingresso no sistema prisional e socioeducativo; medidas de prevenção na realização de audiências judiciais nos fóruns; suspensão excepcional da audiência de custódia, mantida a análise de todas as prisões em flagrante realizadas; ação conjunta com os Executivos locais na elaboração de planos de contingência; e suporte aos planos de contingência deliberados pelas administrações penitenciárias dos estados em relação às visitas.

O texto considera que a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade, especialmente devido à situação de confinamento e superlotação nos presídios brasileiros, é essencial para a garantia da saúde coletiva e da segurança pública. Destaca, ainda, a importância da adoção de medidas para zelar pela saúde dos profissionais que atuam no sistema de justiça penal e socioeducativo enquanto se mantém a continuidade da prestação de Justiça. (CNJ, 2020)

Ante a situação emergencial em saúde pública, vários institutos jurídicos começaram a ser questionados, bem como, a forma de execução da pena. São diversas as críticas aos procedimentos adotados durante a pandemia, no que tange, a título de exemplo, a suspensão da realização de sessões do tribunal do júri que poderá deixar réus presos além do período limite previsto em lei. Nesse aspecto, surgem questionamentos que orbitam em torno de possíveis adaptações para continuidade do rito processual penal, com vistas a evitar prejuízos irreversíveis para o réu.

Por exemplo, uma das medidas adotadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional foi a Portaria nº 5, de 16 de março de 2020 em que "suspende as visitas, os atendimentos de advogados, as atividades educacionais, de trabalho, as assistências religiosas e as escoltas realizadas nas Penitenciárias Federais do Sistema Penitenciário Federal do Departamento Penitenciário Nacional como forma de prevenção, controle e contenção de riscos do Novo Coronavírus". (BRASIL, 2020)

Nesse contexto, a proibição de visitas em alguns estados tem ocasionado diversos reflexos na rotina dos presidiários, tais como a dificuldade no acesso a alimentos, medicamentos, higiene, entre outros. A recomendação do CNJ em análise determina a revisão de processos que envolvam cumprimento de penas em regimes semiabertos e fechados.

Ademais, insta ressaltar que o elevado quantitativo de indivíduos em cumprimento de penas restritivas de liberdade, frente ao número de varas de execução penal no país, dificulta a revisão da execução da pena de todos esses presos, situação que compromete as análises processuais em tempo razoável ante o avanço da pandemia.

Análise da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça à luz da teoria Garantista de Ferrajoli

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Conselho Nacional de Justiça não exerce função jurisdicional, apenas recomenda as diretrizes das normas jurídicas positivadas. Nesse viés, discute-se a necessidade da recomendação em análise, vez que os juízes constitucionalmente são garantidores do sistema contra violações ou ameaças a direitos fundamentais, passando a tutelar não somente a estrita formalidade, mas todo o conteúdo previsto na Constituição, na defesa do Estado Democrático de Direito.

Segundo Greco (2008, p.11)

A magistratura, segundo a concepção garantista de Ferrajoli, exerce papel fundamental, principalmente no que diz respeito ao critério de interpretação da lei conforme a Constituição. O juiz não é mero aplicador da lei, mero executor da vontade do legislador ordinário. Antes de tudo, é o guardião de nossos direitos fundamentais. Ante a contrariedade da norma com a Constituição, deverá o magistrado, sempre, optar por esta última, fonte verdadeira de validade da primeira.

Por outro lado, pode-se observar a Recomendação do CNJ como um instrumento dotado de força para a garantia dos direitos fundamentais constitucionais, que ganham relevância diante da pandemia da COVID-19 e de todo esforço institucional para evitar generalizadas mortes. Ferrajoli (2006, p.786) diz que:

Uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas, ou seja, de garantias, que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

A reavaliação de prisões provisórias, reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão, todas as medidas recomendadas não serão aplicadas a todos automaticamente, pois se sabe as limitações dos juízes frente a quantidade de processos, nesse sentido, até que ponto tal medida será aplicada. Nessa esteira, é evidente as limitações técnicas-jurídicas para a garantia à integridade física dos presos diante da pandemia instalada.

Não se trata de proteção da impunidade ou o apoio a uma mentalidade que favorece as práticas delituosas. Mas de garantir os direitos fundamentais que estão resguardados a todos cidadãos, positivados em nossa Constituição, aos presos cabe cumprir a execução de sua pena, mas não de cumprir sua a pena a qualquer custo, pois possuem o direito de executá-las com condições mínimas, do contrário, estaríamos diante de um arbítrio punitivista do Estado.

Ferrajoli descreveu o que seria o garantismo no Estado de Direito:

en el plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. (FERRAJOLI, 1999, p. 851-853)

A calamidade pública decretada no Brasil diante da pandemia da COVID, não legitima uma dizimação da população carcerária, se assim o fosse estaríamos diante de um Estado Absolutista e não de um Estado de direito.

A adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus –

Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo, ainda que por um lado seja vista como benefício aos presos, é necessário verificarmos que não se trata de liberação arbitrária de todos os presos, mas apenas aqueles que integram grupos de risco específicos como:

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

I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9^o da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária;

III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;

IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;

V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias;

Parágrafo único. Em caso de adiamento da concessão do benefício da saída temporária, o ato deverá ser comunicado com máxima antecedência a presos e seus familiares, sendo-

lhes informado, assim que possível, a data reagendada para o usufruto, considerando as orientações das autoridades sanitárias relativas aos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do novo coronavírus. (BRASIL, 2020)

Ainda que se preserve os direitos fundamentais dos presos, é necessário evitar o emprego do que Douglas Fischer chamou de garantismo penal hiperbólico monocular, cuja definição é por ele apresentada do seguinte modo: “evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados”².

A defesa do garantismo equilibrado, integral, que assegura os direitos dos réus, bem como, o das vítimas e os da sociedade é uma tese defendida por diversos juristas, como discorre a recomendação em análise que versa acerca da obrigação do Estado brasileiro de assegurar o atendimento preventivo e curativo em saúde para pessoas privadas de liberdade, além disso, tem por escopo evitar conflitos, motins e rebeliões, e preservar a integridade física das pessoas custodiadas e dos agentes públicos que atuam nessas instituições. Nesse sentido, percebe-se que a Recomendação preocupou-se com os direitos coletivos de forma ampliada, não apenas com os direitos individuais dos presos.

Responsabilidade Civil do Estado em casos de mortes por COVID-19, no sistema prisional

O dever constitucional de proteção ao detento no sentido de garantir os seus direitos fundamentais é pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Segundo Stoco (2007):

O preso, a partir da sua prisão ou detenção é submetido à guarda, vigilância e responsabilidade da autoridade policial, ou da administração penitenciária, que assume o dever de guarda e vigilância e se obriga a tomar medidas tendentes à preservação da integridade física daquele, protegendo-o de violências contra ele praticadas, seja por parte de seus próprios agentes, seja da parte de companheiros de cela ou outros reclusos com os quais mantém contato, ainda que esporádico. (p. 1166)

Nesse sentido, a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal assevera que o descaso estatal no exercício do dever de custódia da população carcerária caracteriza ato omissivo por parte do Estado, ao passo que quaisquer danos resultantes da referida omissão configura a responsabilidade civil objetiva do Estado, por ato específico, nos termos do dispositivo constitucional acima citado.³

Tradicionalmente, “ao se falar de responsabilidade civil objetiva é necessário rememorar os três elementos que a configuram, são eles: a conduta, o nexo causal e o dano, ou seja, diante da inexistência de um desses elementos, não há como se discutir a responsabilidade civil.” (GONÇALVES, 2017, p. 18).

Atualmente, de acordo com o STF, a responsabilidade civil do Estado por morte de de-

2 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 69.

3 Vide Recurso Extraordinário nº 580.252. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313604581&ext=.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

tentos pode ocorrer por várias causas, como homicídio, suicídio, acidente ou morte natural. Todavia, em alguns casos não será possível ao Estado evitar o óbito de presidiários, por mais que adote as precauções exigíveis, fato que exonera a responsabilização estatal. A responsabilidade civil estatal resta exonerada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso, isto é, o poder público age utilizando-se de todos os meios disponíveis para evitar o evento danoso, veja-se:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g. , homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (BRASIL, 2016, p.1)

Destarte, pressupõe-se que os óbitos por COVID-19 no cárcere podem ser plenamente evitáveis, à medida que o Estado passe a adotar mecanismos que sejam capazes de conter o contágio. Do contrário, caso haja diversas mortes generalizadas, é totalmente possível que o Erário seja responsabilizado pelas mortes de detentos, pois o poder público possui o dever de agir para evitar mortes sob sua custódia, sendo então o nexos de causalidade configurado quando o Estado se omite, conforme a teoria do risco administrativo predominante no ordenamento jurídico brasileiro. Meirelles (2014, p. 739) pormenoriza:

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública.

Em seu pronunciamento no RE 841.526 o ministro do STF Luiz Fux, discorreu:

O Poder Público, no desempenho das suas mais variadas atividades, pode causar danos a terceiros, gerando a sua obrigação de recompor os prejuízos daí decorrentes. É imperioso, no entanto, reconhecer a posição diferenciada do Estado em relação aos particulares, de modo que a responsabilização estatal deve ser implementada com a devida consideração às características peculiares dos seus poderes, deveres e atribuições. (BRASIL, 2016, p. 101)

Nessa linha, leciona o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo:

(...) seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos. (MELLO, 2014, p.1015)

Em decorrência do dever de custódia, o Estado possui a obrigação legal de manter todos os detentos em condições dignas e saudáveis. Dessa forma, os reeducandos que cumprem suas respectivas penas nos estabelecimentos prisionais brasileiros possuem teoricamente seus direitos fundamentais garantidos, excetuando-se obviamente a liberdade de ir e vir. Entretanto, a realidade vivenciada nos presídios brasileiros evidencia as constantes violações de direitos humanos, tais como os direitos à dignidade humana, à vida, à saúde, à integridade física e psicológica, entre outros.

Considerando o dever de custódia, o Estado tem a obrigação de arcar civilmente com quaisquer danos morais ou físicos que venham a ser suportados pelos presidiários, haja vista que as instituições estatais têm a obrigação de garantir a integridade física e moral, garantir a não submissão à penas degradantes, de modo que o Estado encontra-se impedido constitucionalmente de legitimar a negação dos direitos elementares, ao visualizar a população carcerária em condições desumanas.

Nessa perspectiva, a Organização das Nações Unidas descreve regras de condições mínimas para o tratamento de presos adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Detentos, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU por meio da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977 dispõe que todo estabelecimento penitenciário deve dispor de serviços de pelo menos um médico qualificado, com conhecimentos em psiquiatria, e de um dentista qualificado. Os reclusos doentes que necessitarem de cuidados especializados devem ser transferidos e, se o tratamento hospitalar for prestado no estabelecimento prisional, este deve estar equipado para oferecer o tratamento adequado. Dentre outras atribuições do médico, as regras mínimas preveem seu dever de examinar o recluso o mais rapidamente possível, após a sua admissão no estabelecimento, para tomar as medidas necessárias, bem como de vigiar a saúde física e mental dos reclusos. (ONU, 1957)

No entanto, insta ressaltar a ausência dessas condições em vários presídios do Brasil, bem como, o não fornecimento de água encanada em algumas unidades prisionais, fato esse que inviabiliza o banho e a constante higienização das mãos, realidade que se apresenta aquém das recomendações das autoridades sanitárias para enfrentamento da disseminação da Pandemia de COVID-19, tais como lavar as mãos e realizar higienização à base de álcool em gel. (OMS,2020)

Ademais, no que diz respeito à assistência médica, é notória a insuficiência de profissionais da saúde para atenderem os reeducandos, esses, por muitas vezes, são obrigados a suportar dores, ferimentos e diversas doenças sem qualquer tratamento ou medicação, haja vista a insuficiência de insumos medicinais disponíveis em estabelecimentos penitenciários.

Nesse viés, os dados abaixo colacionados evidenciam a COVID -19 como uma verdadeira ameaça à vida da população carcerária de modo que em 09 de novembro de 2020 os números de detecções eram de 36132 de acordo com o relatório do Departamento Penitenciário (DEPEN), com o total de 121 óbitos.

Figura 1 - DEPEN



Fonte: No site <https://app.powerbi.com/>⁴

4DEPEN. Detecções e Suspeitas do Coronavírus no sistemapenitenciáriobrasileiro. Disponível em: <https://app.powerbi.com/>

No entanto, os dados acima podem representar apenas um demonstrativo da realidade, pois segundo informações disponíveis no DEPEN não há uma quantificação de possíveis casos subnotificados. Nesse aspecto, é inaceitável que o Estado permaneça inerte frente ao caos que assola o sistema prisional brasileiro, vez que o cenário de descaso e omissão constante exige uma postura ativa no desenvolvimento de medidas que possam atenuar os impactos da Pandemia na estrutura do sistema penitenciário, para que sejamos capazes de superar o estado de coisas inconstitucional no qual está imerso o sistema prisional do país.

É imprescindível, portanto, que as instituições públicas relacionadas ao sistema penitenciário assumam a responsabilidade para enfrentamento da Pandemia de COVID-19 nos estabelecimentos prisionais, ao passo que sejam capazes de promover o engajamento cooperativo com vistas a garantir aos indivíduos reclusos os seus respectivos direitos fundamentais os quais lhes são constitucionalmente assegurados.

Considerações Finais

Mediante a respectiva análise, verifica-se que as medidas adotadas pelo Poder Judiciário durante a pandemia da COVID-19 possuem características garantistas, as quais preservam os direitos fundamentais dos presos e os direitos coletivos da sociedade, a fim de evitar rebeliões, mortes de agentes e violência generalizada.

Nesse contexto, a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça se por um lado não inova na ordem jurídica, por outro concede maior força normativa para normas penais com vistas a assegurar os direitos dos presos à sua integridade física e moral.

A Recomendação não vincula as decisões dos magistrados, mas estabelece como prioridade o trato no sistema carcerário diante da pandemia. Sabe-se que se os magistrados não aplicarem as normas nesse instrumento preconizadas, essas não serão capazes de produzir efeitos práticos.

Porém, espera-se a atuação de um judiciário mais comprometido com a coletividade, tendo em vista a necessidade de evitar a responsabilidade civil do Estado, o qual submete o preso ao cárcere, mas em que o próprio Estado viola suas normas gerando um Estado de Coisas Inconstitucional, a ponto de se legitimar um Estado de irresponsabilidade civil.

Nesse aspecto, a omissão do Estado configura o nexa de causalidade entre a ausência do dever de agir e o fato danoso, vez que o poder público estatal possui o dever constitucional para evitar o evento lesivo, pois verifica-se que a garantia do cumprimento da pena em condições dignas, bem como, a preservação da integridade física e moral dos detentos são direitos subjetivos da pessoa reclusa e dever específico do Estado. Portanto, compreende-se como plenamente cabível a reparação de quaisquer danos morais ou físicos às famílias de presidiários que venham a apresentar complicações clínicas decorrentes da contaminação por COVID-19 resultante em morte por descaso do poder público, ausência de assistência médica ou ambulatorial.

Logo, para que seja iniciado o processo de rompimento com a inércia do poder público estatal, em relação à adoção de medidas eficazes para contenção do avanço da COVID-19, no âmbito do sistema prisional brasileiro, é necessário, primeiramente, o reconhecimento das circunstâncias complexas que envolvem as políticas públicas penitenciárias, para que a partir desses resultados sejam elaborados planos estratégicos e eficazes com vistas a promover a melhoria das condições sanitárias dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Referências

BRASIL. **Decreto nº 7.257**, de 4 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 11 de maio de 2020.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF**. Recurso Extraordinário nº 841.526. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso

em: 30 de maio de 2020.

_____. **Recomendação nº 62**, DE 17 DE MARÇO DE 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

_____. **PORTARIA Nº 5, DE 16 DE MARÇO DE 2020**. Suspende as visitas, os atendimentos de advogados, as atividades educacionais, de trabalho, as assistências religiosas e as escoltas realizadas nas Penitenciárias Federais do Sistema Penitenciário Federal do Departamento Penitenciário Nacional como forma de prevenção, controle e contenção de riscos do Novo Coronavírus. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-5-de-16-de-marco-de-2020-249490711>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1ª ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Derechos y Garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. vol.1. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 31ª Edição, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

Organização das Nações Unidas. **COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS: regras mínimas para o tratamento dos reclusos**. 1957. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>. Acesso em: 30 de Maio de 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Orientações da OMS para prevenção da COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/>. Acesso em: 30 maio 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7ª e. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Recebido em 3 de julho de 2020.
Aceito em 20 de julho de 2020.