

Submetido em: 27/05/2020

Aprovado em: 28/07/2020

ENFRENTAMENTO DO “CORONAVÍRUS” NOS PRESÍDIOS COMO UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

CAROLINA NOURA DE MORAES RÊGO¹

ORLY KIBRIT²

OLAVO MOLINA HERMOÇO³

SUMÁRIO: *CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1 SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS; 2 ATUAÇÃO ESTATAL PARA O ENFRENTAMENTO DO “CORONAVÍRUS” NOS PRESÍDIOS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

RESUMO: O presente artigo analisa a situação atual do sistema carcerário brasileiro, tratando do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a partir do qual se entendeu pela autorização para a determinação de realização de políticas públicas pelo Poder Judiciário, assegurando-se, ainda, pagamento de indenização aos presos submetidos a condições de privação de seus direitos básicos. Nesse contexto, o artigo aborda a evidente necessidade de se

¹ Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Assessora Jurídica no Ministério Público Federal. Coordenadora na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora nos Programas de Graduação, Mestrado e Doutorado (FADISP). E-mail: carolnoura@gmail.com

² Mestre e Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora no Damásio Educacional e professora convidada no programa de Pós-Graduação lato-sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessora Jurídica no Ministério Público Federal. E-mail: orlykibrit@gmail.com

³ Bacharelado em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). E-mail: o.endireitando@gmail.com

cuidar dos presos, reconhecida inclusive internacionalmente, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não só para fazer cessar o Estado de Coisas Inconstitucional, mas também como forma de evitar a disseminação do "Coronavírus" nos presídios. Ressalta-se, nessa linha, a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça e, ainda, da Resolução 1/2020 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, examina as atitudes estatais durante a pandemia como forma de garantia aos presos de seus direitos humanos, tratando de decisões judiciais proferidas a respeito, tanto no âmbito de Tribunais Estaduais, quanto no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, a fim de se ilustrar como a situação tem sido enfrentada.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema carcerário brasileiro. Estado de Coisas Inconstitucional. Pandemia. "Coronavírus".

FACING THE "CORONAVIRUS" IN PRISONS AS A MATTER OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article analyzes the current situation of the Brazilian prison system, dealing with there cognition of the Unconstitutional State of Things, from which it was understood by the authorization for the determination of the realization of public policies by the Judiciary, ensuring, also, payment of compensation to prisoners subjected to conditions of deprivation of their basic rights. In this context, the article addresses the evident need to care for prisoners, recognized internationally, within the framework of the Inter-American Human Rights System, not only to stop the Unconstitutional State of Things, but also as a way to prevent the spread of the "Coronavirus" in prisons. In this regard, it is worth mentioning Recommendation 62/2020 of the National Council of Justice and also of Resolution 1/2020 of the Inter-American Court of Human Rights. Finally, it examines state attitudes during the pandemic as a way of guaranteeing prisoners their human rights, dealing with judicial decisions handed down in this regard, within State Courts, as well as in the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, in order to illustrate how the situation has been faced.

KEYWORDS: Brazilian prison system. Unconstitutional State of Things. Pandemic. "Coronavirus".

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com o artigo 1º da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

A partir de tal previsão legal, é possível concluir que a pena deve ser aplicada de modo a promover a sua integração social, ou seja, com finalidade não meramente retributiva, mas com vistas a uma ressocialização⁴, sempre se preservando a qualidade de cidadão aos presos, por meio da garantia de seus direitos fundamentais e humanos⁵.

Ocorre que, conforme se demonstrará no presente artigo, o nosso sistema carcerário encontra-se, como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em um Estado de Coisas Inconstitucional, com a massiva violação dos direitos dos presos. A partir do reconhecimento desse Estado de Coisas Inconstitucional, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu, consoante se analisará adiante, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas em presídios, bem como o cabimento de indenização aos presos pela situação a que submetidos no cárcere.

Se tal estado de coisas já era insustentável antes do surgimento do novo “Coronavírus”, o quadro somente se agrava em tempos de pandemia, tornando-se premente a necessidade de uma atuação estatal específica para se evitar a disseminação do vírus nos presídios.

Nesse contexto, este artigo traz uma análise das principais atitudes tomadas pelo Estado, como a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução nº 5, de 15 de maio de 2020, do Ministério da Justiça e Segurança Pública/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, e exemplos de decisões judiciais proferidas diante de pedidos referentes à prevenção do contágio pelo “Coronavírus” nos presídios brasileiros.

1 SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Passadas as atrocidades das guerras, e mais notadamente as da Segunda Guerra Mundial, a filosofia kantiana reaparece com grande impulso, pois se percebeu na prática, quais são as consequências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses, quer sejam políticos, quer sejam econômicos, e, dessa forma, o princípio da dignidade humana foi

⁴ A respeito das finalidades da pena: BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵ A respeito da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos: KIBRIT, Orly. *Atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Contexto Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

positivado na maioria das Constituições do pós-guerra, bem como na Declaração Universal das Nações Unidas, em 1948.

O princípio da dignidade humana é um assunto extremamente rico e de infindável exaustão, que há inúmeras divergências desde o seu conceito até a sua devida aplicabilidade, o seu esgotamento seria impossível visto que novas agressões à dignidade humana são constantes e mutáveis no tempo e no espaço, como as que possibilitaram a criação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Em terras brasileiras, o princípio da dignidade humana é positivado e alçado a princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, mas até se chegar a esse momento histórico, na constituição chamada de “cidadã”, houve um grande e tortuoso percurso, haja vista os diferentes momentos políticos vividos no país.

Nos dias atuais, o conceito de dignidade da pessoa humana é percebido como um conceito histórico, construído e evoluído, entende-se que não é um conceito maniqueísta baseado no bem ou no mal, mas, sim, um conceito com uma construção norteadora conforme o tempo e o espaço, explicado por Kant: “age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio (...) no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade”.⁶

O escopo do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental na ordem jurídica brasileira, tem como intuito assegurar ao ser humano os direitos que devem ser observados e respeitados pelo poder público e pela sociedade de modo geral, com o objetivo de preservar a valorização do ser humano, pois é nos princípios constitucionais que se condensam bens e valores considerados fundamentos de validade de todo sistema jurídico, eles estruturam o ordenamento gerando consequências reais aos casos concretos, Flávia Piovesan, expõe que a dignidade da pessoa humana:

(...) está erigida como matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.⁷

⁶ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 59.

⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54.

Compreende-se, portanto, que os direitos fundamentais são aqueles direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados no universo do direito constitucional positivo de um Estado específico. De modo geral, pode-se separar a visão subjetiva e objetiva dos direitos, sendo que a visão subjetiva dos direitos fundamentais declara as pretensões de vontades, são instrumentos que permitem a realização de interesses individuais, integram a autonomia pessoal, podendo pretender exercitar ou recusar aos seus direitos, enquanto que a visão objetiva leva a ideia de redirecionar a autonomia da vontade, que pode se sujeitar ao arbítrio e à desordem, a uma justa dimensão, que trata os direitos fundamentais como consequência ou reflexo de um direito justo, sendo tarefa a ser realizada pelos governantes a proteção dos direitos dos hipossuficientes.⁸

Oscar Vilhena Vieira conceitua os direitos fundamentais como sendo “a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional”.⁹

Neste quadro, a Corte Constitucional da Colômbia pela sua jurisprudência desenvolveu a chamada teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)¹⁰ com o intuito de sanar situações estruturais de extremo e prolongado insucesso em suas políticas públicas e consequentemente por suas violações nos direitos fundamentais da sua população, assim, percebe-se, que uma plena “incompatibilidade entre a política pública oficial dos governos democráticos ao longo dos anos e os parâmetros constitucionais da promoção da inclusão social, igualdade material e proteção da dignidade de pessoa humana”¹¹.

Nesse passo, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) prevê ocorrências muito graves, de grandes violações aos direitos fundamentais¹². O entendimento desse instituto passa pela

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Affonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30 e ss.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 36.

¹⁰ Neste momento é importante fazer uma observação a respeito da natureza jurídica do Estado de Coisas Inconstitucional, a declaração do ECI é entendida como mecanismo, ferramenta, teoria, instituto, decisão jurisprudencial, entre outras nomenclaturas, ressalva-se, portanto, que tanto na Colômbia, quanto no Peru, Argentina e Brasil vários termos são usados pela doutrina e pelas decisões, haja vista, não haver nem uma voz uníssona a respeito de qual realmente seja a natureza jurídica do ECI nem mesmo uma discussão doutrinária a respeito. “De igual manera se advierte que la creación y desarrollo de esta figura es eminentemente jurisprudencial, puesto que no existe una ley específica, o doctrina especializada que abarque la regulación de esta figura.” (BUSTAMANTE BOHORQUEZ, Tomás. La interpretación constitucional. *Revista Universitas Estudiantes*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006. p. 135).

¹¹ PAIXÃO, Juliana. *Estado de coisas inconstitucional. Sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 45-46.

¹² RÉGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

concretização dos valores constitucionais, em uma mudança da realidade existente em diversas áreas e não somente nos conceitos e direitos pré-estabelecidos nas legislações, como, por exemplo, o direito à moradia, o direito ao lazer, o direito à educação, o direito à felicidade. Evidente que é inimaginável a efetividade de muitos desses direitos a todos os cidadãos, mas, de outro lado, diante da verificação de violações inadmissíveis e inaceitáveis em um Estado compreendido como democrático de direito, algo há de ser feito.

A defesa de um instituto como o Estado de Coisas Inconstitucional baseia-se no papel emancipatório do Direito Constitucional, com o objetivo de estruturação de uma sociedade mais livre, mais justa e, por fim, mais igualitária. E isso só é possível de se conseguir caso haja uma interferência na realidade do Estado e da sociedade, a partir de um constitucionalismo democrático e inclusivo. Nesse sentido, esse instituto é um mecanismo relevante, pois atua provocando os órgãos públicos para agir e diminuir a tensão social, a desigualdade, o sofrimento, buscando, principalmente, o respeito à dignidade humana.

Sendo assim, o Estado de Coisas Inconstitucional abarca quatro pressupostos. Cita-se, em primeiro, a confirmação de um quadro não unicamente de proteção deficiente, mas uma violação massiva e sucessiva de diferentes direitos fundamentais atingindo um número grande de pessoas. A corte constitucional deve fixar-se com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não só com aspectos subjetivos ou vinculados a tipos determinados de enunciados constitucionais.

Ainda, tem-se a ocorrência da omissão constante e contínua das autoridades públicas no dever de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias como representação de uma falha estrutural¹³ que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, com o funcionamento deficiente do Estado de modo geral resultando na violação desses direitos, cujos órgãos, poderes e entidades se mantiveram negligentes na busca pela resolução do quadro

¹³ “O litígio estrutural é, em sua essência, *public law litigation* e vincula o ECI à fixação de *structural remedies* (remédios estruturais): *structural injunctions*. A declaração do ECI, com a afirmação de seus pressupostos, configura uma ‘senha’ ou ‘passaporte’ para as cortes proferirem sentenças estruturais. As ‘ordens estruturais’ são comandadas voltadas a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam a *public law litigation*. Não se trata apenas de determinar obrigações de fazer dirigidas às autoridades públicas para o cumprimento de prestações específicas. As *structural injunctions* voltam-se à reestruturação de instituições de governo, às alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais, que podem alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias. São remédios transformativos: buscam reformas estruturais.” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188-189).

objetivo de inconstitucionalidade. Em resumo, sendo um mau funcionamento estrutural e histórico do Estado resultando na violação massiva de direitos.

Também, envolve medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, principalmente diante das falhas estruturais como deficiências no ciclo das políticas públicas, levando-se a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional estando a responsabilidade atribuída a uma diversidade de atores públicos, uma vez que o fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações encontra-se quanto à busca por soluções.

Por fim, deve ser tratada a situação como um litígio estrutural, ou seja, as medidas devem alcançar uma grande margem da população afetada, para também servir como método para evitar problemas de congestionamento judicial, ajudando a melhorar o serviço da própria Corte, uma vez que a Corte busca solucionar a situação de uma única vez atingindo o maior número de pessoas.¹⁴

Dessa maneira, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional “foi reconhecida desde sua criação como uma técnica para estender os efeitos de uma sentença de proteção dos direitos fundamentais aos sujeitos que não fazem parte do processo”, concluindo Renato Vásquez Armas que “é mais do que uma técnica para alcançar a eficácia *inter partes* de uma sentença é de fato uma resposta implementada por alguns tribunais e tribunais constitucionais para salvar um litígio que revela problemas estruturais”, com o envolvimento “revisão e/ou adoção inter-relação necessária entre poderes estatais”.¹⁵

Essa teoria mostra-se, assim, totalmente inovadora e transformadora, uma vez que elabora novos preceitos para a solução de um problema estrutural identificado como descumprimento dos preceitos constitucionais, dos direitos fundamentais.

Na aplicação da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, como forma de defesa da violação dos direitos fundamentais autoriza-se, defende-se a possibilidade de intervenção judicial na questão de políticas públicas. Desse modo, a Corte assume um papel essencial nas políticas públicas para a correta efetivação dos direitos fundamentais, e vai além, para a efetivação do próprio princípio da dignidade humana, uma vez que, a situação gravíssima de violação desse direito deve ser identificada e deve ter uma inércia absoluta do Estado

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*, cit., p. 180-190.

¹⁵ ARMAS, Renato Vásquez. La técnica de declaración del ‘estado de cosas inconstitucional. Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. *Ius e Veritas, Revista de la Asociación Ius et Veritas*, n. 41, 2010. p. 128.

acontecendo, para tanto, uma estagnação política e administrativa à realidade no que diz respeito as direções constitucionais em relação aos direitos fundamentais.

Nota-se, portanto, que há uma hodierna concepção de omissão inconstitucional que atinge uma etapa específica de falhas estruturais, apresentando-se não apenas no descumprimento das normas constitucionais, mas também na total ausência de efetividade dos direitos fundamentais, essas omissões sendo aqui entendidas como falta ou insuficiência das políticas públicas focadas para a consumação e correta efetivação desses direitos.

Importante destacar que a caracterização da omissão também envolve a questão temporal, pois, como ensina José Afonso Silva, “a omissão inconstitucional só se caracteriza pelo não cumprimento, depois de tempo razoável, das imposições constitucionais imperativas”¹⁶.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos coaduna do mesmo entendimento, afirmando que “não basta, pois, a inação, é preciso que a passividade do legislador gere a violação de um dever constitucional de legislar”, e, também, “o transcurso de um período de tempo razoável.

No Brasil, a tese do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi aplicada na ADPF/DF 347, em maio de 2015, quando o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ação pedindo que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarasse que a atual situação do sistema carcerário brasileiro violava a preceitos fundamentais constitucionais, mais especificamente, que violava direitos fundamentais dos confinados, determinando, então, a tomada de atitudes pela Administração Pública para a solução da questão.

Reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional, o Ministro Marco Aurélio Mello pontuou que, diante do cenário verificado, o sistema penitenciário brasileiro poderia ser comparado a “verdadeiros infernos dantescos”, destacando que as celas são superlotadas, imundas, insalubres, com temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticada tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

¹⁶ SILVA, José Afonso. *Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*. Anuario Ibero Americano de Justicia Constitucional n. 6. Madrid: CEPC, 2002. p. 17.

Em declaração sobre a ação em questão, o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, afirmou que “os presídios seriam escolas do crime e masmorras medievais, preferindo a morte do que ficar preso no Brasil”¹⁷.

Em suma, a decisão de aplicação do instituto em questão foi pautada nos seguintes elementos: a vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; bem como a superação das violações de direitos tendo como pressuposto a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas.

Essa decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 347/15, deu ensejo a uma série de ponderações acadêmicas, questionando-se se a decisão da Corte teria ou não ultrapassado a fronteira funcional de cada um dos Poderes, segundo a Constituição Federal, ou seja, se houve ou não violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático.

Quanto a esses questionamentos, é importante ressaltar, inicialmente, que o Estado de Coisas Inconstitucional somente é possível em um regime de governo democrático, em um Estado Democrático de Direito, porque presume a participação popular e Poderes livres e independentes para a declaração das sentenças descritas, o método é compreensível em qualquer sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) e também em qualquer forma de Estado (Federação, Estado unitário ou Confederação), assim como em qualquer forma de governo (Monarquia ou República).

De outro lado, quanto a uma suposta invasão de fronteiras na divisão dos Poderes, foi justamente diante do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional em nosso sistema penitenciário que se verificou a necessidade de implementação de políticas públicas para a superação de tal situação, possibilitando-se a garantia dos direitos fundamentais dos presos.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF 2015*. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>]. Acesso em: 20 mai. 2020.

Nesse sentido, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS¹⁸, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o seu posicionamento pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário diante da omissão estatal na efetivação dos direitos fundamentais.

No caso, discutia-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais, com a finalidade de promover a observância dos direitos fundamentais dos presos.

Em síntese, o Recurso Extraordinário tinha por objeto as precárias condições materiais das prisões brasileiras e a consequente possibilidade de o Poder Judiciário determinar à Administração Pública a realização de políticas públicas para garantir aos presos o princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República) e os demais direitos que a Constituição Federal lhes assegura, especialmente aquele previsto em seu artigo 5º, inciso XLIX, que assegura aos presos o respeito a sua integridade física e moral.

Mais especificamente, estava em discussão a situação dos presos no Albergue Estadual de Araguaiana, em virtude das péssimas condições da fiação elétrica do estabelecimento, que causavam grave risco a suas vidas, questionando-se se, nesse cenário, seria permitida a intervenção do Poder Judiciário, para provocação a Administração Pública, afastando-se a sua omissão em investir nas necessárias melhorias.

A Procuradoria Geral da República destacou em seu parecer¹⁹ que o estado do sistema carcerário brasileiro viola os direitos fundamentais previstos na Constituição e também diversos instrumentos internacionais a que o país aderiu e que estão em vigor no ordenamento jurídico nacional.

Indo ao encontro do quanto exposto no parecer, o acórdão não apenas abrange todo o arcabouço de normas internas que determinam sejam assegurados aos presos seus direitos fundamentais, implementando-se a execução penal de forma cidadã, mas também destaca que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela situação degradante dos detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como “Urso Branco”, em Porto Velho, Rondônia.

¹⁸ Voto do relator disponível em: [<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

¹⁹ Parecer disponível em [<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/RE-592581.pdf>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

Nesse sentido, assinalou o Ministro Relator que:

Tal caso é considerado internacionalmente um verdadeiro paradigma do descaso com que as autoridades brasileiras tratam do sistema penitenciário. No âmbito interno, rememoro, ele deu ensejo a pedido de intervenção federal no Estado nesta Suprema Corte. Lamentavelmente, a situação do Urso Branco não é o único exemplo de crítica internacional à violação de direitos dos reclusos em nossas penitenciárias.

A Corte Interamericana apreciou também a situação do Complexo do Tatuapé – FEBEM, em São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP, e da Unidade de Internação Socioeducativa, em Cariacica/ES, determinando medidas a serem cumpridas pelo Estado brasileiro voltadas à proteção da vida e da integridade física dos recursos e daqueles que trabalham ou frequentam aqueles estabelecimentos.

Prosseguindo, afirma o Ministro Relator que a sujeição dos presos às condições atuais de nosso sistema carcerário:

(...) ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização.

Em sentido oposto, “dar aos estabelecimentos prisionais e às carceragens condições compatíveis com a humanidade (o que a maioria deles hoje não tem) surtiria efeitos altamente positivos na redução de crimes, ou seja, para diminuição da violência que a própria sociedade sofre”.

Assim, conforme enfatizou a Procuradoria Geral da República, “a erradicação das condições degradantes de boa parte do sistema carcerário brasileiro tende a reduzir a geração de violência, de criminalidade e de reincidência nos egressos das unidades penitenciárias”, de maneira que apenas com uma execução penal cidadã seria possível alcançar a segurança pública pela ressocialização dos condenados.

Ora, de fato, considerando-se que a cidadania, é fundamento do Estado Social e Democrático brasileiro (artigo 1º, inciso II, da Constituição da República), deve ser aplicada e ponderada também na promoção da segurança pública, incluindo-se, aí, o tratamento dispensado aos presos no sistema carcerário brasileiro.

Ao julgar o recurso em questão, a nossa Corte Suprema afirmou que “tais pessoas, muito embora submetidas à guarda e vigilância do Estado, devem merecer dele a necessária proteção, inclusive e especialmente contra violências perpetradas por parte de agentes carcerários e outros presos”, de modo a romper “com um dogma universal segundo o qual eles conservam todos os direitos não afetados pelo cerceamento de sua liberdade de ir e vir, garantia, de resto, expressa, com todas as letras, no art. 3º de nossa Lei de Execução Penal”.

É importante notar que, de fato, a implementação de políticas públicas a fim de se assegurar os direitos fundamentais nos presídios é de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, que, no âmbito de suas funções, devem criar e executar políticas públicas destinadas a implementar a execução penal de forma cidadã.

Todavia, nos termos do parecer ministerial, “a incidência de direito fundamental no domínio examinado tem como consequência direta transformar a discussão em jurídica, não mais submetida apenas – ou nem preponderantemente – ao domínio da política”.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal destacou que “a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem”.

Por óbvio, não cabe asseverar que cabe ao Poder Judiciário assumir de forma irrestrita as funções dos Poderes Executivo e Legislativo, mas a atuação do Poder Judiciário é possível diante da constatação, destacada no parecer ministerial, de que “o núcleo essencial do direito fundamental dos presos ao respeito à integridade física e moral é objeto de crônica e continuada violação”.

No referido julgamento, a atuação do Judiciário foi justificada pela Suprema Corte na previsão de inafastabilidade da jurisdição, expressa no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, bem como na verificação de “clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção”.

Diante disso, consignou-se não ser o caso de “indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas na seara carcerária”, afastando-se o entendimento de que tal decisão superaria os limites de sua atuação, infringindo a separação dos poderes.

Conforme a decisão proferida, a hipótese examinada trata meramente do cumprimento da obrigação mais elementar do Poder Judiciário, “que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais”.

Frisou-se, nesse passo, que

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.

Por fim, merece destaque a relevante análise feita pelo Supremo Tribunal Federal nesse julgamento em relação ao argumento de que os órgãos públicos teriam a sua atuação vinculada ao orçamento.

No caso, a Corte Suprema analisou a verba disponível e demonstrou que a não implementação das devidas ações voltadas à preservação dos direitos dos presos decorre da falta de esforços nesse sentido, não havendo que se falar em indisponibilidade de verbas.

Confira-se, por oportuno, o respectivo trecho do acórdão:

(...) consta do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, que, no âmbito federal, a principal fonte de recursos para financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros é o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ.

Segundo dados do próprio DEPEN, até 2013, por exemplo, foram investidos cerca de R\$1.583.640.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e três milhões e seiscentos e quarenta mil reais) em construções, reformas ou ampliações em estabelecimentos penais, o que representaria, na projeção por ele realizada, a disponibilização de 52.340 (cinquenta e duas mil, trezentos e quarenta) novas vagas nos sistemas estaduais.

Causa perplexidade que o referido Fundo tenha arrecado, até junho de 2015, a considerável importância de R\$2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos). E mais, saber que basta aos entes federados, para acessar essas verbas, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN.

O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante: até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). De um lado, em virtude do

contingenciamento de verbas do Fundo, e, de outro, em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados.

(...)

Vê-se, pois, que, embora complexo, o problema prisional tem solução, e especialmente quanto à disponibilidade de verbas, bastando que a União e os Estados conjuguem esforços para resolvê-lo, superando a sua histórica inércia ou, quem sabe, a persistência ausência de vontade política para atacá-lo de frente.

Assim, tem-se que não se trata de um caso de ausência de verbas, mas, em verdade, de ausência de articulação entre os órgãos estatais e da realização de acordos e convênios, o que constituiu um entrave à plena implementação de políticas públicas no sistema penitenciário brasileiro.

Sobre a necessidade de articulação entre os diversos agentes e entes envolvidos na promoção das políticas públicas, bem discorre Duarte que:

O fato é que, no âmbito de um Estado Social e Democrático de Direito, o que se exige, como já destacado, é a atuação coordenada dos Poderes Públicos em prol da efetivação de direitos, destacando-se, ainda, a atuação da sociedade civil, que deve assumir uma postura ativa não apenas no processo de elaboração das políticas públicas – por meio da sua presença em conselhos de direitos, audiências públicas, além das iniciativas referentes ao chamado “orçamento participativo” –, como também nas instâncias de fiscalização e controle, o que pode ocorrer, justamente, por meio da propositura de ações judiciais.²⁰

A nossa Corte Suprema, com isso, confirmou a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas para o fim de implementar os direitos fundamentais dos cidadãos, não havendo uma suposta plena discricionariedade dos demais poderes nesse ponto, mesmo no que concerne à utilização do orçamento estatal.

Tendo em vista todo esse cenário, em que reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional de nosso sistema carcerário e afirmada a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para a implementação de políticas públicas nos presídios, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, ainda, em 16 de fevereiro de 2017, julgou o Recurso Extraordinário 580.252²¹, por meio do qual fixou a seguinte tese:

²⁰ DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 30.

²¹ Inteiro teor do acórdão disponível em [\[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623\]](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623). Acesso em 21 de maio de 2020.

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da CF, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Desta feita, tem-se o reconhecimento não só de que aos presos devem ser assegurados os seus direitos, como também de que o Judiciário pode intervir para fazer valer tais direitos, fazendo cessar o Estado de Coisas Inconstitucional, seja por determinações à Administração Pública a realização de políticas públicas, seja pela garantia uma indenização ao preso privado não só da sua liberdade, mas também da sua dignidade.

Neste ponto, cumpre anotar que o problema de nosso sistema carcerário não foi apenas objeto de discussão em nosso Judiciário, tomando proporções internacionais, a possibilitar uma eventual responsabilização do Brasil, no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelas violações aos direitos humanos dos presos.

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos cuidava de quatro casos relacionados a violação de direitos humanos nos presídios brasileiros. No entanto, vislumbrando não se tratarem de quatro casos isolados, mas, sim, de casos representativos de uma pauta sistemática e generalizada no país, a referida Corte, em decisão inédita, juntou os quatro casos, criando um chamado “super caso”.

Nesse sentido, considerando a distância geográfica entre os estabelecimentos penitenciários e seu pertencimento a diferentes regiões do país, a Corte Interamericana verificou que o fenômeno é de maior extensão do que os quatro casos, o que poderia indicar eventual generalização de um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário.

Os casos em questão dizem respeito aos complexos penitenciários do Curado, em Pernambuco, e Pedrinhas, no Maranhão, ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, e à Unidade de Internação Socioeducativa no Espírito Santo.

Esses casos envolvem circunstâncias que não apenas tornariam impraticáveis os padrões mínimos indicados pela comunidade internacional para o tratamento de pessoas privadas da

liberdade, como também configurariam possíveis penas cruéis, desumanas e degradantes, violatórias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²².

Ilustrativamente, cumpre mencionar que, na Unidade de Internação Socioeducativa, foram verificados espaços insalubres, úmidos, carentes de ventilação e luz natural, além de infiltrações e acumulação de lixo.

No Instituto Penal Plácido e Sá Carvalho, um estabelecimento com 1699 vagas, estavam recolhidos 3478 presos, verificando-se falta de medicamentos, de material de higiene e de água potável, assim como de alimentação nutricional adequada.

Já no Complexo Penitenciário de Curado, além da preocupante superlotação, as celas estavam deterioradas, com falta de ventilação e iluminação, e infiltração pelas paredes e teto, sem distribuição de materiais de higiene individualizados.

De seu turno, o Complexo Penitenciário de Pedrinhas era marcado pela rivalidade entre bandos, com a perda do controle do presídio pelo Estado.

Enfim, vislumbrando todo esse cenário, a Corte Interamericana solicitou ao Brasil a tomada das seguintes medidas²³:

1. Limitar ou reduzir o número de presos em detenção preventiva.
2. Reduzir a superpopulação carcerária.
3. Melhorar o serviço de atenção de saúde.
4. Melhorar a investigação e sanção de faltas ou delitos por parte de pessoal penitenciário.
5. Ampliar o percentual de população penal que trabalha ou estuda.
6. Melhorar as condições de alimentação, higiene e fornecimento de água.
7. Prevenir a introdução de drogas nos estabelecimentos penais.
8. Prevenir a introdução de armas nos estabelecimentos penais.
9. Prevenir ou evitar o enfrentamento de facções criminosas nos institutos penais.
10. Treinar o pessoal no controle não violento de motins e rebeliões nas prisões.
11. Regulamentar racionalmente o uso da violência e o emprego de armas.

Nesse cenário de violação a direitos básicos dos presos, em um reconhecido Estado de Coisas Inconstitucional, com a verificação de urgente atuação estatal para a melhoria de nosso

²² Artigo 5.2 Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

²³ Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf]. Acesso em 21 de maio de 2020.

sistema carcerário, é que se torna ainda mais importante a prevenção da disseminação do “Coronavírus” nos presídios brasileiros.

De fato, se mesmo antes da pandemia os presos já estavam com a sua saúde comprometida, por todos os motivos expostos, certo é que o avanço do vírus no país apenas agrava esse quadro, exigindo das autoridades atitudes específicas, evitando-se que a violação dos direitos dos presos não signifique a seu esquecimento em um momento tão importante.

2 ATUAÇÃO ESTATAL PARA O ENFRENTAMENTO DO “CORONAVÍRUS” NOS PRESÍDIOS

Diante do avanço da pandemia no Brasil, e ciente de toda a situação acima desenhada, em 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62²⁴, com orientações, destinadas a tribunais e magistrados, para a “adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Recomendação em questão, o documento tem por objetivos:

I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;

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

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

²⁴ Disponível em [<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

Dentro do contexto do presente artigo, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a reavaliação de prisões provisórias e a concessão de liberdade antecipada, nos termos da Súmula Vinculante 56²⁵, com prioridade para “mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por crianças de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco”; além de presos em estabelecimentos superlotados, que não contem com equipe de saúde ou, ainda, que “disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus”.

A recomendação ainda trata da revisão de prisões preventivas que durem mais de 90 dias ou referentes a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Na seara da execução penal, o documento também recomenda a concessão de prisão domiciliar para os presos em regime aberto e semiaberto, bem como aos presos “com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal”.

Também preocupada com a situação dos presos durante a pandemia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, ao editar a Resolução 1/2020²⁶, formulou aos Estados as seguintes recomendações:

45. Adotar medidas para enfrentar a aglomeração nas unidades de privação da liberdade, inclusive a reavaliação dos casos de prisão preventiva para identificar os que podem ser convertidos em medidas alternativas à privação da liberdade, dando prioridade às populações com maior risco de saúde frente a um eventual contágio pela COVID-19, principalmente os idosos e mulheres grávidas ou com filhos lactantes.

46. Assegurar que, nos casos de pessoas em situação de risco em contexto de pandemia, se avaliem os pedidos de benefícios carcerários e medidas alternativas à pena de prisão. No caso de pessoas condenadas por graves violações dos direitos humanos e delitos de lesa humanidade, atendendo o bem jurídico afetado, a gravidade dos fatos e a obrigação dos Estados de punir os responsáveis por tais violações; tais avaliações requerem análises e requisitos mais exigentes, com apego ao princípio de proporcionalidade e aos padrões interamericanos aplicáveis.

47. Adequar as condições de detenção das pessoas privadas de liberdade, particularmente no que se refere a alimentação, saúde, saneamento e medidas de quarentena, para impedir o contágio intramuros pela COVID-19, garantindo em particular que todas as unidades contem com atenção médica.

²⁵ A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

²⁶ Disponível em [<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

48. Estabelecer protocolos para a garantia da segurança e da ordem nas unidades de privação da liberdade, em particular para prevenir atos de violência relacionados com a pandemia e respeitando os padrões interamericanos na matéria. Além disso, assegurar que toda medida que limite os contatos, comunicações, visitas, saídas e atividades educativas, recreativas ou de trabalho seja adotada com especial cuidado e depois de uma estrita avaliação de proporcionalidade.

Tais medidas, em verdade, seriam adequadas mesmo sem o cenário de pandemia, tendo em vista o Estado de Coisas Inconstitucional de nosso sistema carcerário, já retratado no presente artigo, evitando-se a superlotação decorrente de uma “má utilização” da prisão preventiva e da pena privativa de liberdade.

No entanto, face a essa pandemia, a recomendação mostra-se oportuna, justamente por trazer esse olhar mais humano aos presos, assegurando-se a eles o exercício de sua condição de cidadãos, com os direitos e garantias devidos, em especial quanto à proteção da saúde.

Ainda, traz-se à baila a Resolução nº 5, de 15 de maio de 2020, do Ministério da Justiça e Segurança Pública/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²⁷, com diretrizes para a implementação de uma estrutura para o isolamento de presos possivelmente infectados ou do grupo de risco, também com a finalidade de se evitar a disseminação do vírus nos presídios.

De tal Resolução, frisa-se que restou vedada a utilização de contêineres ou estruturas similares, dispondo o artigo 3º que:

As estruturas a serem disponibilizadas devem atender requisitos de conforto ambiental, ventilação, iluminação, segurança contra incêndio e outros, que assegurem a salubridade e segurança das pessoas presas nelas alojadas provisoriamente e dos servidores envolvidos no atendimento a ser indispensavelmente prestado.

A despeito de toda essa atenção voltada aos presos, é possível observar as decisões proferidas a respeito do tema foram diversas, acatando-se, ou não, as recomendações, especificamente aquelas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme fundamentação específica elaborada por cada magistrado ou cada tribunal.

Exemplificativamente, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou um *habeas corpus* coletivo, impetrado em favor dos presos lotados no Centro de Detenção Provisória de Taiúva

²⁷ Disponível em [<https://www.conjur.com.br/dl/mj-proibe-uso-container-prisao.pdf>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

que se enquadram no grupo de risco. O desembargador relator indeferiu liminarmente o *habeas corpus*, fundamentando, entre outros pontos, o seguinte:

Ressalte-se que se trata, exclusivamente, de recomendações de medidas a serem consideradas pelos juízes com competência para a fase de conhecimento criminal e execução penal, não havendo, sequer implicitamente, ordem para pronta colocação de custodiados em liberdade ou outra forma de cumprimento da sanção corporal.

Não foi, e nem poderia ser, diminuída ou retirada competência dos respectivos magistrados para avaliação, caso a caso, das pessoas privadas de liberdade em condições de serem liberadas ou colocadas em forma mais branda de restrição de direitos, diante de particular situação e da pandemia do coronavírus.

Ou seja, não se garantiu, ainda que abstratamente, direito líquido e certo para imediata concessão de prisão albergue domiciliar ou colocação em liberdade de todos os custodiados.²⁸

Consignou-se, então, que o Conselho Nacional de Justiça apenas editara uma recomendação, não havendo qualquer determinação peremptória para a soltura de presos, ainda que do grupo de risco.

Ainda no Tribunal de Justiça de São Paulo, duas decisões liminares em *habeas corpus* foram representativas quanto à aplicação da recomendação em questão.

Em uma delas, o desembargador relator ressaltou que apenas astronautas que estavam em missão no espaço estariam completamente protegidos da contaminação, de modo que a soltura do paciente não se justificaria para fins de prevenção de contaminação.

Confira-se, por oportuno, o seguinte trecho de tal *decisum*:

Dos cerca de 7.780.000.000 de habitantes do Planeta Terra, apenas 3 (três): ANDREW MORGAN, OLEG SKRIPOCKA e JESSICA MEIER, ocupantes da estação espacial internacional, o primeiro há 256 dias e os outros dois há 189 dias, portanto há mais de 6 meses, por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado CORONA VIRUS.

Importante lembrar que os que estão há menos tempo fora do planeta, dele saíram em 25 de setembro de 2019, cerca de dois meses antes das notícias acerca da pandemia que se iniciou na China.

Portanto, à exceção de três pessoas, todas demais estão sujeitas a risco de contaminação, inclusive os que estavam na Estação Espacial Internacional e retornaram à terra no princípio de setembro de 2019.

Portanto, o argumento do risco de contaminação pelo COVID19 é de todo improcedente e irrelevante.

Inúmeras pessoas que vivem em situação que pode ser considerada privilegiada, tais como: o Príncipe Albert de Mônaco, o Príncipe Charles da Inglaterra, primeiro da ordem de sucessão ao trono, o Presidente do Senado Federal Davi Alcolumbre etc. foram contaminados e estão em tratamento.

Lembre-se também das pessoas que, para o bem de inúmeras outras, ficam expostas a evidente e sério risco e mesmo com equipamentos de proteção (roupas, luvas, máscaras etc.), rígidas regras de higiene e etc., são infectadas pelo COVID 19.²⁹

Na outra decisão que, a nosso ver, merece destaque, o desembargador ressaltou que, se o vírus representava um perigo para a paciente, esta, por sua vez, caso solta, representaria um perigo para a sociedade, já que envolvida com o crime de tráfico de drogas:

Ora, se o paciente não obedece nem as mais comestíveis regras de convívio social, trabalhando com afinco em desfavor da saúde pública (disseminando entre os jovens inclusive a mais perniciosa das drogas, o crack), por qual razão deveríamos crer que, posto em liberdade, e revigorado com a sensação de impunidade, ele permaneceria quieto em casa, obediente às recomendações da justiça e da autoridade sanitária?

Chega a ser intrigante ver como a sociedade reage enfaticamente à disseminação de um vírus que supostamente não provocaria na maioria dos jovens infectados mais do que os sintomas de um simples resfriado; e a leniência com que espera ao menos parte dela - sejam tratados os traficantes de drogas, que disseminam especialmente entre a juventude, a praga indelével do vício e da derrocada física, moral e social.

Se a um lado a necessidade de refrear a disseminação da doença impõe a nós todos, cidadãos de bem, o confinamento domiciliar, por que não impor a segregação social de alguns para preservar a nossa juventude do aliciamento para a drogadição?

Em ambas as situações o que se visa proteger é a saúde pública, o bem estar de todos, não havendo por que então esperar-se tratamento diverso.

O vírus liberto é perigoso, e como não dá para prendê-lo, prendemo-nos nós. O traficante livre também é perigoso, mas dele podemos nos ver livres desde

²⁹ Disponível em [<https://www.conjur.com.br/dl/httpswwwconjurcombr2020-abr.pdf>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

que o prendamos ou o mantenhemos preso, ainda que por um período que o faça refletir sobre a gravidade do que fizera e, agora, que o impeça de irrefletidamente passar com a droga também o novo vírus.³⁰

De outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça também fora impetrado um *habeas corpus* coletivo, desta feita em favor de presos no Amazonas, mas o *writ* foi liminarmente indeferido, destacando-se que a análise de eventual soltura deve ser individualizada³¹.

Já no Supremo Tribunal Federal, destacamos decisão do Ministro Gilmar Mendes, que concedeu liminar em favor de uma presa lactante, consignando, em sua decisão, que “é cediço que, enquanto estiver sob a custódia do Estado (provisória ou decorrente de condenação definitiva), são garantidos ao preso diversos direitos que devem ser respeitados pelas autoridades públicas”³².

De fato, a despeito da boa e oportuna atuação do Conselho Nacional de Justiça, o documento expedido é, como não poderia deixar de ser, dada a atuação do órgão, uma recomendação, não obrigando magistrados e tribunais a decidirem em seus estritos termos.

No entanto, consoante já ressaltado ao longo do presente artigo, a situação de nosso sistema carcerário, nacional e internacionalmente reconhecida, demanda de nossas autoridades atitudes que sejam destinadas a salvaguardar o direito dos presos. E, em tempos de pandemia, especialmente nas circunstâncias trazidas pelo “Coronavírus”, é premente a necessidade de que se lance atenção aos presos, de maneira a se evitar uma ampla disseminação do vírus nos presídios, superlotados e sem condições dignas de saúde.

30

Disponível

em

[<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2058899-59.2020.8.26.0000&cdProcesso=RI005SKIO0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=8kp2wjT5nU4I3%2BjgNvACOjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvrD%2FhQvUJa7oQtIUU5Q8obH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcvdtvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9lsPfiPOwZoIm2QYofND5GihO70Ud8ElcIceX4HJv7IqOQh%2BeoEp8w1WD7dETrK9wEBPVb4y6w%2Bm2lhZOXhl5yGWe7Q%3D%3D>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

31

Disponível

em

[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108312300&tipo_documento=documento&num_registro=202000791740&data=20200406&formato=PDF]. Acesso em 21 de maio de 2020.

32

Disponível

em

[<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28182582%2ENUME%2E+OU+182582%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/uk3jq6m>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no presente artigo, a atual situação do sistema carcerário brasileiro não proporciona aos presos a finalidade da pena de ressocialização do cidadão.

Com efeito, encontra-se o nosso sistema prisional em um Estado de Coisas Inconstitucional, como a massiva violação dos direitos dos presos, que se veem submetidos a situações degradantes e insalubres, o que, inclusive, chamou a atenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, possibilitando-se a responsabilização internacional do Brasil.

Nesse contexto, a despeito da verificação de possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas voltadas a uma melhoria de nosso sistema carcerário e até mesmo do reconhecimento de um direito à indenização aos presos, tem-se que o estado das prisões brasileiras, em um panorama geral, ainda não permite que aos presos seja garantia a sua condição de sujeitos de direitos humanos.

Com o advento da pandemia, essa situação agravou-se, ensejando atuação mais incisiva do Estado, com a edição, por exemplo, da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, e da Resolução nº 5, de 15 de maio de 2020, do Ministério da Justiça e Segurança Pública/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

No entanto, ainda que se tenha verificado certa movimentação do Estado para fazer valer os direitos dos presos, especificamente o direito à saúde em tempos de pandemia, certo é que as decisões judiciais proferidas diante de pedidos referentes à prevenção do contágio pelo “Coronavírus” nos presídios brasileiros não seguem um padrão, obtendo-se posicionamentos diversos a respeito do tema.

Assim, conclui-se ter sido positiva a atuação do Estado no enfrentamento do “Coronavírus” quanto a sua prevenção em presídios, mas insuficiente, não se vislumbrando, mesmo com os esforços envidados, a garantia dos direitos humanos devidos aos presos, campo em que ainda resta muito a se trabalhar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Affonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARMAS, Renato Vásquez. La técnica de declaración del ‘estado de cosas inconstitucional. Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. Ius e Veritas, Revista de la Asociación Ius et Veritas, n. 41, 2010.

BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUSTAMANTE BOHORQUEZ, Tomás. La interpretación constitucional. Revista Universitas Estudiantes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). O direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KIBRIT, Orly. Atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Contexto Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PAIXÃO, Juliana. Estado de coisas inconstitucional. Sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; KIBRIT, Orly. Judiciário e políticas públicas: análise sobre a separação dos poderes no Estado Social e a efetivação dos direitos fundamentais aos presos. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 7, nº13, set.-dez. 2015.

SILVA, José Afonso. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. Anuario Ibero Americano de Justicia Constitucional n. 6. Madrid: CEPC, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 1999.

Jurisprudências

O70Ud8ElcIceX4HJv7IqOQh%2BeoEp8w1WD7dETrK9wEBPVb4y6w%2Bm2lhZOXh15yGWe7Q%3D%3D]. Acesso em 21 de maio de 2020.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo TJ/SP. Habeas corpus 2061058-72.2020.8.26.0000. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/dl/httpswwwconjurcombr2020-abr.pdf>]. Acesso em 21 de maio de 2020.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo TJ/SP. Habeas corpus 2066911-62.2020.8.26.0000. Disponível em: [<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2066911-62.2020.8.26.0000&cdProcesso=RI005SWQ20000&cdForo=990&tpOrigem=2&f1Origem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=8kp2wjT5nU4I3%2BjgNvACOjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvnNjL78G0YvuCw6D9eq176X01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcvdtvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9lsPfg2Tbu0%2BHFGXm9xmA9oCa6sxaSPYKgeGp8oJSeybFAvXKwrNsHXZKtXIJ2TtaNnA5gOt1CpP3OD8OtSec7XuXuA%3D%3D>]. Acesso em 21 de maio de 2020.