

GABRIEL ALMEIDA COSTA

A COVID-19 NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

CURSO DE DIREITO – UNIVERSIDADE EVANGÉLICA DE GOIÁS

2021

GABRIEL ALMEIDA COSTA

A COVID-19 NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da Universidade Evangélica de Goiás - UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professora Me. Karla de Souza Oliveira.

ANÁPOLIS – 2021

GABRIEL ALMEIDA COSTA

A COVID-19 NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.

Anápolis, ____ de _____ de 2021.

Banca examinadora

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de abordar sobre a pandemia da COVID-19 e o sistema carcerário brasileiro. A metodologia utilizada foi a de compilação bibliográfica, abrangendo tanto livros quanto artigos publicados sobre o tema. Desta forma, ele encontra-se dividido didaticamente em três capítulos. O primeiro capítulo aborda acerca da COVID-19 e o sistema carcerário brasileiro, dispendo sobre o surgimento do vírus e suas classificações, bem como as sanções penais e a finalidade da pena e os princípios da individualização da pena. O segundo capítulo encarrega-se de apresentar os sistemas prisionais e os regimes de cumprimento de pena, apresentando os direitos e deveres dos condenados, a situação das penitenciárias brasileiras e a atuação dos direitos humanos frente aos direitos dos presos. Por fim, o terceiro capítulo trata da responsabilidade penal do Estado para com os presos, demonstrando a sua responsabilidade em caso de mortes de presos nas penitenciárias e o dever de guarda do Estado. Mostra-se ainda sobre a responsabilidade do Estado frente à pandemia da COVID-19, pois as chances de contágio são grandes. Desta forma, o presente trabalho busca sanar as dúvidas acerca do cárcere brasileiro, bem como apresentar a didática usada frente à pandemia.

Palavras-chave: Sistema Carcerário. Responsabilidade Civil do Estado. COVID-19. Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – PANDEMIA DO COVID-19 E OS SISTEMAS PRISIONAIS BRASILEIROS.....	03
1.1 Surgimento da COVID-19	03
1.2 Classificações	05
1.3 Sanções penais e finalidade da pena	07
1.4 Princípios da individualização da pena	09
CAPÍTULO II – ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA	12
2.1 Direitos e deveres dos condenados	12
2.2 Situação dos estabelecimentos prisionais.....	15
2.3 Atuação dos Direitos Humanos frente aos direitos dos presos	18
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE DO ESTADO PARA COM OS CONDENADOS	23
3.1 Responsabilidade civil do Estado na morte dos presos	23
3.2 Dever de guarda do Estado	24
3.3 Responsabilidade objetiva do Estado no cárcere diante da COVID 19.....	28
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a ideia principal de analisar a pandemia da COVID 19 e o sistema carcerário brasileiro. Enfatiza-se pesquisas realizadas, através de compilação bibliográfica e jurisprudências, bem como normas do sistema jurídico brasileiro. Assim, este trabalho foi sistematizado de forma didática em três capítulos.

O método utilizado na elaboração da monografia foi o de compilação ou simplesmente método bibliográfico, que consiste na exposição de posições de vários autores que abordaram acerca do tema escolhido. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como apoio e base, as contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros periódicos. O projeto de pesquisa foi elaborado durante o ano de 2021, buscando várias referências e formas de melhor abordar o tema apresentado.

O primeiro capítulo apresenta a pandemia da COVID-19 e os sistemas prisionais brasileiros, iniciando com o surgimento da COVID-19, dispendo sobre seus principais aspectos e classificações. Também, apresenta as sanções penais e a finalidade da pena, bem como os princípios da individualização da pena.

O segundo capítulo traz acerca dos estabelecimentos prisionais e o regime de cumprimento de pena. Dispõe sobre os direitos e deveres dos condenados, bem como a situação dos estabelecimentos prisionais, de forma geral, sendo possível observar que há uma falta de estrutura. Aborda-se sobre a atuação dos direitos humanos frente aos direitos dos presos.

Por fim, o terceiro capítulo fomenta acerca da responsabilidade do Estado para com os condenados. Aborda-se sobre a responsabilidade civil do Estado na

morte de presos e o dever de guarda do Estado. Por fim, apresenta-se a responsabilidade objetiva do Estado no cárcere diante do panorama pandêmico que o Brasil e o mundo vêm enfrentando.

Sobre os Direitos Humanos relacionados ao preso, nos dias atuais vários deles têm sido feridos, uma vez que as condições de saúde e convivência nas penitenciárias estão precárias e as formas de alimentação tem sido cada dia pior. Desta forma, são abordados no presente trabalho os direitos inerentes ao preso tendo como base a Constituição Federal e as leis penais brasileiras. Diante da pandemia que o mundo está enfrentando, os direitos dos presos ficaram mais difíceis de serem cumpridos, buscando formas de evitar o contágio do vírus.

Assim, a pesquisa desenvolvida espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão projetada, indicando observações emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema em relação ao caso concreto.

CAPÍTULO I – PANDEMIA DO COVID-19 E OS SISTEMAS PRISIONAIS BRASILEIROS

O presente capítulo trata sobre a pandemia do COVID-19 e os sistemas prisionais brasileiros. Apresenta-se primeiro sobre o surgimento da COVID-19, passando para as classificações. Posteriormente apresentam-se as sanções penais e a finalidade da pena, bem como os princípios que englobam a individualização da pena.

Com a pandemia da COVID-19 muitos problemas foram gerados, principalmente no sistema de saúde e na questão da liberdade pessoal de cada um. O sistema de saúde ficou colapsado, foi gerado um caos e muitas pessoas morreram em decorrência da doença. Da mesma forma, os sistemas prisionais sofreram com isso, uma vez que os presos pararam de receber visitas, até mesmo de advogados, sendo estas realizadas de forma virtual. Mesmo encarcerados há o risco de contágio, vez que os profissionais que atuam nos presídios necessitam de ir e vir.

1.1 Surgimento da COVID-19

O coronavírus teve surgimento na China. No mercado de frutos do mar da cidade de Wuhan. As primeiras ocorrências de casos foram relatadas na passagem de ano de 2019 para 2020, sendo que a incidência de casos aumentou significativamente nas primeiras semanas. Foi apresentada a ideia de que o vírus Sars-Cov-2 possui como hospederiros determinadas espécies de morcegos, visto que em algumas regiões da China estes animais são consumidos como alimentos.

O período de incubação do vírus varia de 4 a 14 dias, sendo que o vírus pode ser transmitido tanto por sintomáticos quanto por assintomáticos. Os principais sintomas são resfriado comum, pneumonia, dores de cabeça, insuficiência respiratória, entre outros. A maioria dos sintomas são respiratórios e gastrintestinais.

Em uma pesquisa realizada pela BBC News em março de 2021, foram constatadas 4 conclusões acerca da origem do vírus: a) é possível que a origem tenha sido pelo contágio direto de animal com o ser humano; b) é provável que tenha existido um animal intermediário entre um animal infectado e o homem; c) é possível que o vírus tenha atingido os humanos por meio de produtos alimentícios e; d) é extremamente improvável que o vírus tenha atingido os humanos devido a um incidente em laboratório (BBC, 2021).

A primeira conclusão traz que existem fortes indícios de que a maioria dos vírus em humanos tenha se originado em animais. Além da possibilidade do morcego, tem-se o pangolim (animal mamífero comum na Ásia). A segunda conclusão dispõe que um animal infectado passou o vírus para outro animal de outra espécie e este transmitiu para o ser humano (BBC, 2021).

A terceira conclusão dispõe que os humanos poderiam ter sido infectados através dos alimentos, na maioria das vezes os congelados, tendo em vista que o vírus é mais resistente em relação ao frio. E a última conclusão dispõe que o vírus não teria sido “fabricado” em laboratório, vez que não tiveram a iniciativa de investigar tal ato. Mas dispuseram essa negativa, tendo em vista que são raros os acidentes que possam ocorrer em um laboratório (BBC, 2021).

Do ponto de vista genético, a nova corona- vírus faz parte de uma família de vírus conhecida, que inclui outros vírus capazes de provocar doenças no ser humano e nos animais. No caso do SARS-CoV-2, o corona-vírus responsável pela pandemia atual de Covid-19, já foi possível realizar seu sequenciamento genético em diversos países, inclusive pelo Brasil. O conhecimento do código genético permite identificar as proteínas que o compõem, o que pode orientar diversas pesquisas e indicar a origem dos novos vírus. Essas sequências estão disponíveis em alguns sites de acesso aberto como o GenBank, por exemplo. [...] Do ponto de vista da origem da transmissão, pesquisadores chineses identificaram que o novo vírus é originário de morcegos, assim como a maioria dos outros corona vírus. É sabido atualmente que houve o fenômeno de —transbordamento zoonótico, comum à maioria dos vírus, que fez com que uma corona vírus que

acomete morcegos sofresse uma mutação e passasse a infectar humanos. As pesquisas nos permitem concluir que essa mutação foi um processo natural e não induzido pelo homem. (FIOCRUZ, 2020).

No Brasil, até 22 de maio de 2021, foram confirmados 16.047.439 casos, sendo que destes 448.208 encontram-se em óbito. Totalizando a contagem mundial, são mais de 167 milhões de casos, com mais de 3 milhões de mortes. De acordo com Thiago Sampaio (2020, *online*) o vírus é imprevisível e traz uma incerteza enorme, tendo em vista que existem várias variantes no cenário atual:

A pandemia da Covid-19 tem como característica essencial a imprevisibilidade. Começando por não temos como saber se as medidas de segurança que seguimos serão suficientes para evitar o contágio, passando pela incerteza de estamos contaminados ou não, se seremos vetores, se teremos sintomas, se seremos internados, se sobreviveremos.

Com as várias mudanças trazidas pela pandemia do coronavírus, a economia mundial teve um grande impacto. Com isso, o psicológico fica abalado, a ansiedade aumenta significativamente, as chances de problemas relacionados à saúde mental também aumentam.

1.2 Classificações

Sobre a classificação do sistema penitenciário brasileiro, é necessário informar antes a precariedade e condições subumanas em que os detentos vivem, uma vez que as autoridades e o Estado se esquecem que ali existem pessoas que, por mais que tenham cometido crimes, devem ser tratados com base no princípio da dignidade da pessoa humana e com respeito. Várias mudanças ocorreram do início das penitenciárias até os dias atuais, principalmente no que diz respeito ao local de cumprimento de pena e os direitos e deveres do interno.

É necessário observar que por mais que ele tenha cometido crimes, ele está cumprindo pelo ilícito que cometeu e, mesmo que encarcerado, continua a possuir direitos, como já mencionado, a dignidade da pessoa humana, o direito ao convívio familiar – mesmo que de forma mais restrita, uma vez que este faz com que as chances do preso se ressocializar seja maior.

Desta forma, é válido apresentar o início do sistema penitenciário, que desde o começo já não era igual em todos os países. A saber:

A ideia de um sistema penitenciário progressivo surgiu no final do século XIX, mas, no entanto, sua utilização generalizou-se através da Europa só depois da I Guerra Mundial. A essência desse regime consistia em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um deles os privilégios que o recluso poderia desfrutar, de acordo com sua boa conduta e do avanço alcançado pelo tratamento reformador. Outro aspecto importante era o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. Basicamente, o sistema progressivo tinha como fundamento dois princípios: estimular a boa conduta do recluso e obter sua reforma moral para uma futura vida em sociedade (ASSIS, 2007, p. 2)

É de direito de todos os presos que um dia voltem à sociedade, porém é necessário que este cumpra a sua pena, pelo ilícito que cometeu, se ressocialize, para então depois voltar à conviver no meio social. De acordo com Rafael Damasceno de Assis (2007), existia à época um grande descaso com a saúde do preso, e hoje ainda se reflete desta forma. Presos encontram-se em condições insalubres, precárias, com má alimentação e condições subumanas. Percebe-se assim que existe uma duplapenalização: cárcere e as baixas condições de sobrevivência.

Quando esses fatores se juntam e causam revolta na população penitenciária, o risco de haver rebeliões aumenta. Mesmo que sejam de cunho violento, as rebeliões são uma espécie de pedido de socorro para que observem que os seus direitos estão sendo tolhidos. Existe no Brasil seis tipos de estabelecimentos prisionais, que são: 1) Penitenciárias; 2) Colônia Agrícola, Industrial ou similar; 3) Casa do Albergado; 4) Centro de Observação; 5) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e; 6) Cadeia Pública.

A penitenciária está destinada a pena de reclusão em regime fechado, conforme artigo 87 da Lei de Execução Penal, podendo ser de segurança máxima ou média. O Ministério da Justiça ainda adiciona a de segurança máxima especial. A colônia agrícola, industrial ou similar tem a função de abrigar os detentos do regime semiaberto, conforme o artigo 91 da Lei de Execução Penal. A casa do albergado é direcionada para as penas privativas de liberdade em regime aberto, bem como pena de limitação de fim de semana, de acordo com o artigo 93 da Lei de Execução Penal.

Esta, possibilita que o detento fique preso apenas no período noturno, domingos e feriados.

O centro de observação está disposto no artigo 96 da Lei de Execução Penal e é responsável por realizar os exames gerais e o criminológico, que serão enviados à Comissão Técnica de Classificação. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico é destinado aos inimputáveis e semi-imputáveis, conforme artigo 99 da Lei de Execução Penal. As cadeias públicas destinam-se ao encarceramento de presos provisórios – artigo 102 da Lei de Execução Penal – englobando os de prisão preventiva, temporária e sempre será de segurança máxima.

1.3 Sanções penais e finalidade da pena

A sanção penal pode ser conceituada, de acordo com Fernando Capez (2011, p. 384), como “a restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é a de aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”.

Outro conceito que a sanção penal possui, no dizer do saudoso Damásio de Jesus (2011, p. 563), é que a “pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consiste na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delito”.

Diante do disposto, pode-se concluir que a sanção penal é um instrumento que o Estado utiliza, na forma de ação penal, visando aplicar uma repreensão ao infrator, privando-o de um bem jurídico. Essa repreensão pode ser considerada como uma forma de reabilitação a fim de que o infrator não venha a cometer crimes novamente, sendo reintegrado à sociedade.

A pena é espécie de sanção penal, a qual possui notória importância jurídica devido à sua essencialidade de convívio na sociedade. É o principal instrumento que o Direito Penal possui, buscando proteger os bens jurídicos mais importantes. Existem duas teorias acerca da finalidade das penas, quase sejam absoluta (retribucionista) e relativa (preventiva/utilitarista). Neste sentido, Luigi Ferrajoli (2002, p. 204) aborda:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

De acordo com a teoria absoluta a pena deve retribuir com a mesma forma de intensidade e duração, o ilícito causado pelo infrator. A pena possui muito mais que um fim socialmente útil, pois ela busca que toda a sociedade venha a ganhar com a reabilitação do infrator, tendo em vista que se ele não cometer mais ilícitos, a chance de gerar vítimas diminui. Neste diapasão, Greco (2010, p. 465) assevera que:

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado, for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

Já a teoria relativa evidencia a questão preventiva da pena, ou seja, coloca toda a sua atenção no que antecede o delito. É o que a frase popular dispõe “melhor prevenir do que remediar”, ou então ‘melhor prevenir o crime do que castigá-lo”. Com essa afirmativa fica evidente que a reparação do dano pode não ser muitas das vezes de forma adequada, ficando a vítima a mercê das decisões judiciais e continuando com a sensação de impunidade pois seus direitos foram, em tese, perdidos, prejudicando-se a paz social (BECCARIA, 2011).

É necessário que haja a ressocialização do indivíduo. Essa ressocialização possui duplo efeito, ou seja, busca fazer o infrator pensar nas suas atitudes, fazendo com que ele não cometa novos crimes, bem como reinserí-lo no ambiente social, uma vez que ele sofre com estigmas negativos pelos seus antecedentes. Conforme as leis penais brasileiras, baseada no artigo 59 do Código Penal, foi adotada a teoria mista ou unificadora da pena, devendo a pena ser estabelecida conforme repreensão ao indivíduo e prevenção do crime (BECCARIA, 2011).

Atualmente podemos afirmar que a concepção do direito penal está intimamente relacionada com os *efeitos que ele deve produzir*, tanto

sobre o indivíduo que é objeto da persecução estatal, como sobre a sociedade na qual atua. Além disso, é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade (BITENCOURT, 2012, p. 157).

Assim, pode-se perceber que nos dias atuais a prisão não está sendo eficaz da forma que deveria ser, uma vez que não ressocializa o preso e não impede que o mesmo volte a praticar crimes. A finalidade da pena hoje deixa a desejar, uma vez que não cumpre o seu papel. A prisão deve atuar como alternativa em última instância para a ressocialização do preso, sendo extremamente necessária para a punição de crimes mais graves.

1.4 Princípios da individualização da pena

De acordo com o artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, a lei será responsável por regular a pena e abordará sobre os tipos de restrição da liberdade, podendo ser através de multa, perda de bens, prestação de serviços comunitários ou suspensão de algum direito. Assim, a Constituição Federal estabeleceu acerca do princípio de individualização da pena, o qual oferece uma adaptação na pena conforme as necessidades do apenado.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida (NUCCI, 2009, p. 34).

Individualizar a pena nada mais é do que adaptar às características do apenado, buscando a melhor forma de justiça e observar o apenado de forma individual, tornando sua ressocialização mais eficaz. É uma forma de trazer ao apenado a melhor forma de cumprir a sua pena, de forma a analisar suas características e necessidades. De acordo com a Lei de Execução Penal, cada sentenciado possui uma personalidade, sendo que o fato deverá ser melhor estudado para que tenha um tratamento penitenciário adequado.

O juiz deverá observar o disposto no artigo 59 do Código Penal, que dispõe que ele deverá estabelecer da forma necessária a reprovação e a prevenção do crime. No momento de dosimetria de pena observa-se a individualização do apenado, uma vez que o juiz deve sentenciar com discricionariedade, decidindo entre a pena de privação ou de restrição da liberdade. Desta forma, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a legislação ordinária atue para a regulamentação das condições de aplicabilidade, observando cada tipo penal.

Cabe dizer que o legislador, quando prevê a pena mínima e máxima conforme o delito, aplica o princípio da individualização da pena, porém aplica-se esse princípio de forma mais evidente na primeira fase, deixando a desejar na segunda fase, que seria a mais importante. Com a utilização do artigo 59 do Código Penal, tem-se que o juiz deverá julgar de forma imparcial e justa, veja-se:

Artigo 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV- a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. Art.68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art.59 deste Código, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, por último, as causas de diminuição e aumento (BRASIL, 1940).

Existem três tipos de individualização da pena, que são legislativa, judicial e executória. A individualização legislativa trata da pena para o crime específico. A judicial é quando há a individualização da pena quando da aplicação da sentença. E a executória, como o próprio nome diz, trata da individualização da pena em relação à execução penal.

As individualizações judicial e executória são as primordiais no que diz respeito a individualização da pena, pois passam a analisar a personalidade do apenado e com isso é possível identificar o seu grau de culpabilidade e a gravidade do delito cometido. Desta forma, Julio Fabbrini Mirabete dispõe:

A individualização é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, quando se estabelecem e disciplinam-se as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas (individualização in abstrato),

no plano judicial, consagrado no emprego do prudente arbítrio e descrição do juiz, e no momento executório, processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional e etc... (2000, p. 46).

Com isso, conclui ainda que “ individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto” (MIRABETE, 2000, p. 46). Ao analisar a Lei de Execução Penal, especificamente em seu artigo 5º, tem-se a individualização do agente no âmbito da execução da pena, sendo os apenados separados de acordo com seus antecedentes e personalidade.

Três fases compõem a fixação da pena pelo juiz, a saber: 1. Circunstâncias judiciais, com a fixação da pena-base; 2. Circunstâncias legais genéricas, podendo haver agravantes e atenuantes e; 3. Causas especiais de aumento ou de diminuição ou circunstâncias legais específicas, fixando-se a pena privativa definitiva. As duas primeiras fases se caracterizam por não haver um *quantum* definido por lei, cabendo ao juiz limitar-se ao mínimo e máximo da pena, de acordo com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. A última fase define o *quantum* em relação ao aumento e diminuição de pena, sendo que os limites da escala penal podem ser ultrapassados.

O cumprimento da sanção é dinâmico, logo, o condenado poderá progredir ou regredir de regime, trabalhar ou não, estudar ou não, buscar o livramento condicional quando os requisitos legais forem atingidos, entre outras medidas relacionadas à execução. Portanto, a individualização da pena deve ser observada em cada uma dessas 03 (três) etapas, pois o seu desrespeito provoca inúmeros problemas para o condenado e ao próprio direito, bem como, à sociedade. Sem dúvida, o advogado criminalista deve zelar pela correta individualização penal e ainda deve ter a consciência de que isso pode solucionar inúmeras dificuldades na vida do indivíduo. (QUEIROZ, 2019).

Desta maneira, a justiça restaurativa é corroborada pelo princípio da individualização da pena, uma vez que deve estar de acordo com as leis dispostas pelo Poder Público. A sociedade possui papel fundamental na ressocialização do preso, mas ela busca apenas apontar os erros e não dar uma nova chance ao infrator.

CAPÍTULO II – ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

O presente capítulo se encarrega de apresentar acerca dos estabelecimentos prisionais e os regimes de cumprimento de pena. De início, apresenta-se os direitos e deveres dos condenados, seguindo pela situação dos estabelecimentos prisionais. Por fim, apresenta-se a atuação dos Direitos Humanos frente aos direitos dos presos.

2.1 Direitos e deveres dos condenados

Vários são os direitos dos presos, principalmente os que estão encarcerados devido a uma condenação. De acordo com o artigo 3º da Lei de Execução Penal, são assegurados aos condenados ou internados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Vale ainda dizer que a principal obrigação do condenado é a de cumprir a sua pena, seja ela privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Michel Foucault assevera que a prisão é preexistente a utilização das leis penais e que não é recente tanto quanto se pensa:

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, construir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza (FOUCAULT, 2001, p. 217)

O artigo 39 da Lei de Execução Penal dispõe ainda sobre vários dos deveres do condenado, sendo que, caso este venha a não realizar algum desses deveres, pode-se impor a ele medidas disciplinares que poderão interferir em benefícios pleiteados frente à administração da unidade prisional. O bom exercício de seus deveres também é utilizado para que o preso possa pleitear seus direitos frente ao Judiciário.

Pode-se citar pelo menos 10 deveres primordiais do preso, a saber: bom comportamento e cumprimento correto de sua sentença; obediência e respeito aos oficiais e às pessoas que estão em seu convívio; urbanidade e respeito frente aos demais condenados; ausência de tentativa de fuga do cumprimento de sua pena; cumprimento de todas as ordenanças impostas, referente a trabalho e tarefas recebidas; submissão à sanção disciplinar imposta; indenizar a vítima ou seus sucessores; indenizar o Estado devido à suas despesas geradas enquanto encarcerado; manter boa higiene pessoal e cuidados de limpeza com sua cela e; conservação de seus objetos pessoais.

Da mesma forma que aos condenados, cabe aos presos provisórios cumprir os mesmos deveres, com exceção daqueles que são exclusivos aos presos condenados, como por exemplo, o de indenizar, tendo em vista que ainda não se decidiu acerca de sua verdadeira responsabilidade no crime.

Assim, o artigo 40 da Lei de Execução Penal e o artigo 38 do Código Penal asseguram ao preso, em conformidade com a Constituição Federal, o respeito à sua integridade física e moral, sendo que ninguém será submetido a tortura ou comportamento desumano. Desta forma, o artigo 41 da Lei de Execução Penal dispõe o rol de direitos dos presos, a saber:

Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias

determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003) Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (BRASIL, 1984).

Vale dizer que a chamada “visita íntima” não serve apenas para as satisfações sexuais do preso, sendo que, conforme o inciso X do artigo supramencionado, esta visita se destina a visita de familiares do preso, esposa e filhos. Porém, esta forma de visita nas unidades prisionais, são utilizadas com o fim de satisfazer os desejos sexuais do preso.

É importante frisar que os presos possuem direitos tanto quanto os que não se encontram encarcerados, porém, o que se observa nos presídios é apenas a questão dos deveres que eles possuem. Vários de seus direitos são violados constantemente, como por exemplo, o direito à saúde, à alimentação, à integridade física. A pena, que deveria ser cumprida com humanização, hoje é cumprida com violência, ferindo o físico e a moral do detento. É uma situação preocupante, pois, como mencionado anteriormente, o Estado deveria cuidar de sua integridade e proporcionar uma pena compatível com o que se espera: a ressocialização.

A dignidade da pessoa humana supera as formas de intolerância, discriminação e exclusão social, possuindo direta ligação com a liberdade pessoal de cada indivíduo. Em relação aos direitos do preso, o artigo 41 da Lei de Execução Penal elenca o rol de direitos deles, podendo citar como exemplo alimentação suficiente e vestuário e constituição de pecúlio. Mesmo que haja “n” direitos elencados no referido artigo, não significa que na prática todos são respeitados. Já os deveres trazidos pelo artigo 39 da Lei de Execução Penal são todos impostos, muitas vezes mediante violência, para os presos, de forma unilateral e opressiva. Várias formas de tortura são realizadas contra eles e não há uma punição do Estado para com os demais detentos ou agentes que fazem tais práticas.

As atitudes de violência praticadas contra o detento fazem com que ele se revolte, podendo gerar rebeliões e até mesmo quando sair do cárcere, se voltar para o mundo do crime outra vez. Desta forma, percebe-se que o principal princípio trazido pela Constituição Federal é ferido: o princípio da dignidade da pessoa humana não é respeitado dentro das penitenciárias. Referido princípio consiste em:

A dignidade da pessoa humana constitui-se em qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SCARLET, 2002, p. 62).

Assim, necessário se faz que os detentos tenham o mínimo de dignidade necessária no cárcere, pois apesar de tudo, são seres humanos como qualquer outra pessoa e merecem ter seus direitos preservados. Claro que devem responder pelo crime que cometeram, mas não devem ser discriminados por isso, vez que ali, estão pagando pelo ato ilícito praticado. Outra observação importante é que o Estado deve fiscalizar a fim de observar que esses direitos sejam cumpridos.

Diante de tanto caos enfrentado nas penitenciárias brasileiras, é preciso que alguma atitude seja tomada a fim de auxiliar no legal cumprimento da pena, com ambientes adequados e profissionais capacitados para tal. Assim, a efetividade da pena aumentaria a cada dia e o índice de reincidência diminuiria.

2.2 Situação dos estabelecimentos prisionais

Como todos sabem, as penitenciárias brasileiras são precárias, não possuem estrutura física e interna, deixando os presos a mercê da falta de saúde e do mínimo de dignidade possível. A cena mais comum de ser ver nos presídios é a de superlotação, sendo que em celas que cabem dez pessoas, estão vinte ou trinta, e não se pode reclamar. Faltam materiais de higiene, atendimento médico, odontológico e farmacêutico, bem como alimentação correta. Vale lembrar que os casos de

reincidência passam da metade, tendo em vista que os presos acabam por entrar nas penitenciárias pensando ser uma faculdade, porém a faculdade do crime.

A crise vivenciada, pelos mais diversos países, na atualidade, quanto ao aparelho carcerário, não permite cumprir com os objetivos esculpidos pela Legislação, contudo precisam de restabelecimento e efetivação imediata, quão unicamente acontecerá se tiver vontade política e coragem para que seja dado o pontapé inicial. O Estado deslocou seu foco, para uma simples manutenção da ordem, esquecendo-se dos princípios orientadores, seus fundamentos, isto leva a mudança de visão acerca do preso, pois quando o próprio Estado esquece que o indivíduo preso é um cidadão que faz parte do mesmo, isto se reflete em toda sociedade, a qual passa a tratar o preso, mesmo depois de ter cumprido apenas, como não mais sendo este um cidadão (RIBEIRO, 2009, p. 93)

Desta forma, percebe-se que falta dignidade ao preso e essa é uma realidade que assola as penitenciárias brasileiras. A única forma de sanar os vícios contidos nestes estabelecimentos, seria findando a forma com que as penas são aplicadas, individualizando-as mais ainda e definindo de forma correta como os presos agiriam, se seria recluso, interno, ou apenas prestando serviços comunitários.

Desta forma, Jair Aparecido Ribeiro (2009, p. 97) continua a dizer que “O fim da pena era a prevenção eficaz da prática de novos delitos, baseado na individualização de cada infrator, sendo que a missão da pena para os ocasionais, não seria a penalização, mas sim advertência, para os que necessitem de correção, seria a ressocialização” com a consequente educação durante a execução penal.

Desta forma, o sistema carcerário brasileiro deveria proporcionar um local com mais dignidade ao detento, tendo em vista que, por mais que tenha cometido crimes, ele continua sendo uma pessoa, dotada de direitos e deveres como qualquer outra e que deve ter a chance de cumprir a sua pena para se reinserir na sociedade de forma justa. Assim sendo a sociedade deveria promover o apoio necessário para os presos, a fim de que eles se reinsiram no meio, voltem a trabalhar e cuidar de sua família de forma digna, sem se preocupar em ser preso novamente ou em ser morto em confrontos com a polícia ou com bandidos que tiram as vidas por dívidas.

Afinal, a desestruturação do sistema prisional ocasiona o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado, ante um ambiente, cujo fatores culminaram para que chegasse a um precário sistema prisional. A Lei de Execução Penal, por exemplo, estabelece, em seu

art. 88, que o cumprimento de pena segregatória se dê em cela individual com área mínima de 6 metros quadrados, o que, como é sabido por tudo o que é amplamente divulgado pela imprensa, não ocorre nas penitenciárias nacionais (ALMEIDA; CRUZ, 2014, p. 40).

Uma opção que poderia melhorar a situação das penitenciárias no Brasil, seria a privatização das mesmas, tendo em vista que ali o preso deveria prover o seu sustento. Dessa forma, pensaria bem antes de cometer algum crime ou voltar para a penitenciária. Ocorre que o Estado acaba por ser responsável por punir o infrator e não há chance de mudar esse cenário, uma vez que a segurança pública, como o nome diz, é de dever do Estado. Fica evidente que a organização dos presídios brasileiros não atua de acordo com o que a lei preconiza:

As penitenciárias e as cadeias públicas terão, necessariamente, celas individuais. Todavia, é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ele coexistir (MARCÃO, 2007, p. 94).

Para o Estado tudo é prioridade, com exceção da população carcerária. Os presos que já são isolados da sociedade, ficam excluídos de todo e qualquer programa governamental, uma vez que “bandido bom é bandido morto”. É necessário ter em mente que devem ser tentadas todas as formas de ressocialização do preso para que ele possa voltar a ter uma vida de verdade fora do cárcere. Antes de tudo é necessário entender que ali existe uma pessoa que tem uma família e que deve viver dignamente dentro da penitenciária.

Com a superlotação, falta de cuidados higiênicos, falta de assistência médica e falta de direitos básicos, os presos estão fadados a viver em um ambiente degradante e impróprio, podendo sofrer danos irreparáveis em sua saúde física e mental. Celas pequenas e cheias tiram a privacidade e o direito de ter pelo menos um local para se deitar. Falta de medicamentos pode levar alguém que está doente até a morte. Uma alimentação errada pode deixar um detento doente, e é apenas o começo de tantos problemas que podem ser acarretados em decorrência da inércia do Estado.

Além de superlotação dos presídios, excesso de leis que punem condutas já até mesmo toleradas pela população, o descaso governamental em políticas públicas de melhoramento dos serviços prestados nos presídios, continua sendo o fator preponderante para o caos em que se encontram os presídios. Falta ainda, maior fiscalização por parte daqueles que deveriam fiscalizar o sistema penitenciário. A culpa por essa ineficiência não deve ser creditada somente ao Poder Executivo, ou seja, aquele Poder encarregado de implementar os recursos necessários ao sistema penitenciário. A corrupção, o desvio de verbas, a má administração dos recursos, enfim, todos esses fatores podem ocorrer se, para tanto, não houver uma efetiva fiscalização por parte dos órgãos competentes (GRECO, 2016, p. 227).

Desta forma, é preciso que haja uma fiscalização maior por parte do Ministério Público, Defensoria Pública e pela Ordem dos Advogados do Brasil, que devem ser defensores dos direitos humanos em qualquer circunstância. Com uma fiscalização mais severa, seria promovida uma maior segurança jurídica, tanto para os presos e seus familiares, quanto para a sociedade de forma geral. Outro ponto que ajuda na superlotação do cárcere é a inobservação da progressão de regime, ou seja, aquele que atingiu os requisitos para progredir ao semiaberto e que o Judiciário não se deu conta, ficará recluso até segunda ordem. Isso causa uma ocupação de lugar e gera mais desconforto físico ao encarcerado.

2.3 Atuação dos Direitos Humanos frente aos direitos dos presos

Um dos maiores exemplos de atuação dos Direitos Humanos é o Primeiro Congresso das Nações Unidas Sobre Prevenção ao Crime e o Tratamento de Delinquentes, que foi realizado em 1955 em Genebra, na Suíça. No congresso foram estipuladas algumas normas a serem observadas no âmbito das penitenciárias e, assim, “seriam aplicáveis a todas as categorias de prisioneiros, criminosos ou políticos nos períodos de detenção anterior ao julgamento ou após a sua condenação” [...] (UNODC, 2010, p.02).

Vinte anos depois foi realizado o Segundo Congresso, também em Genebra, aprovando-se a proteção das pessoas contra todos os tipos de tortura e penas cruéis, desumanos ou degradantes. Tempos depois, referido congresso se tornou parte de convenção da Comissão dos Direitos Humanos. Com o advento da Lei de Execução Penal, foram rechaçados alguns direitos que já estavam elencados

em outras leis, mas que se detalharam para aqueles que cumprem pena. Um exemplo é o artigo 3º da LEP: “Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política” (BRASIL, 1984).

Uma pontuação importante que a Lei de Execução Penal trouxe foi acerca da assistência que o Estado deve prestar ao recluso. Essa assistência se dá de seis formas: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme disposto no artigo 11 da Lei de Execução Penal. Após a promulgação da referida lei e a Conferência Mundial de Direitos Humanos em 1993, o Brasil se viu obrigado a colocar em prática os Direitos Humanos, fazendo-o em 1995.

Os Direitos Humanos são um aglomerado de normas e leis que visam defender o ser humano e em conjunto com a Lei de Execução Penal promovem a segurança dos direitos dos presos que estão dentro das penitenciárias e centros de internação. Assim, os direitos humanos abrangem a toda pessoa, principalmente aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. Não existe lei mais clara, que defenda os direitos humanos, do que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção e qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade” (ALMEIDA; CRUZ, 2014, p.75)

Ocorre que, com a inércia do Estado frente aos direitos do detento, não se pode garantir efetivamente a aplicação de uma lei justa, vez que nas penitenciárias não existe estrutura para lidar com o projeto de ressocialização do preso, tampouco cuidar de seus direitos de forma correta. E é a partir daí que surge a atuação dos Direitos Humanos: surgem como fiscalizador dos direitos dos presos que vivem nas penitenciárias, com o fim de reduzir a incidência de violência contra eles e assegurar o acesso à saúde, alimentação, educação, trabalho, entre outros.

Apesar de ser direito do preso à assistência material, como vestuário e materiais de higiene, é de conhecimento de todos que a situação dos presídios é precária, faltando muitas vezes até comida para os detentos, mesmo com o auxílio prestado por seus familiares. O artigo 14 da Lei de Execução Penal traz o auxílio à

saúde, englobando médico, farmacêutico e odontológico, porém, é mais uma assistência que se vê debilitada dentro do cárcere. Muitos encarcerados adquirem doenças dentro de suas celas, como tuberculose ou AIDS, e não possuem o tratamento correto para as doenças.

É válido lembrar que os presos vivem em uma superlotação no cárcere e isso também afeta o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a situação que estão submetidos é degradante, desumana e deplorável. Hoje, os presos são pessoas isoladas da sociedade e sofrem preconceito devido a suas atitudes. Existem pessoas que realmente não querem mais sair do mundo do crime, porém ainda existem detentos que desejam ter uma nova vida quando terminarem de cumprir a sua pena.

A partir daí surge outro problema: a inserção do preso em meio à sociedade. O preconceito continua após a sua saída, tendo em vista a sua vida pregressa e os erros cometidos no passado. Isso influencia na vida social, profissional e física do ex-detento. Não há lugar de trabalho para aquele que já foi condenado por algum crime. É um fato lastimável, pois é necessário que haja uma segunda chance para aqueles que desejam mudar de vida.

Em condições normais, ninguém deseja abrir mão da sua própria dignidade. No entanto, o indivíduo pode não saber o que está fazendo, por não ter discernimento ou conhecimento suficiente para compreender as consequências do ato, ou simplesmente estar fragilizado pelas circunstâncias ou por uma condição pessoal desfavorável. Esse seria o caso dos menores, dos deficientes, dos detentos e dos doentes terminais (ROCHA, 2011, p. 149).

Falta conscientização das famílias, agentes e envolvidos no cárcere. Claro que o preso deve cumprir a sua pena, mas isso deve ser feito de forma digna e humana. Não é porque o preso agiu errado que a sociedade deve apedrajá-lo. É necessário tentar acolher e ressocializar a pessoa para que ela se torne melhor. É importante pensar que existem dois tipos de pessoa que entram para o mundo do crime: delinquir por prazer ou por necessidade. A saber: “[...] as pessoas cometem os delitos por prazer ou por necessidade [...] um jovem que vê seus irmãos e parentes passando fome, aliado a não ter uma educação e até mesmo uma formação como cidadão, contribui para este tentar a sorte nas ruas” (GONÇALVES, 2011, p. 315).

O que ocorre é que a desigualdade social e a violência prejudicam a ressocialização e, com isso, as penas se tornam mais duras, chegando ao ápice que é ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e tantos outros que estão presentes. Conclui-se que o Estado não consegue gerir de forma totalmente legal e precisa sobre as penitenciárias, uma vez que há falta de recursos e de estrutura para isso.

Falta de direitos básicos nas penitenciárias podem acarretar em rebeliões, mortes e fins trágicos. É a falta de suporte que influencia negativamente na ressocialização do detento. O que poderia ser um ensinamento para o bem, hoje se reverte em coisas ruins, proporcionando mais chances de reincidência do que de renovo para uma vida plena e calma junto de sua família. O descaso do Estado, a falta de colaboração e a violência interna dos presídios são fatores determinantes para que esses estabelecimentos se tornem uma “faculdade de crimes” e proporciona raiva e ódio nos reclusos, que saem do estabelecimento prisional repletos de rancor e sede de vingança.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE DO ESTADO PARA COM OS CONDENADOS

O presente capítulo se encarrega de apresentar a responsabilidade do Estado para com os condenados presos. De início, apresenta-se a responsabilidade civil do Estado na morte dos presos. Em seguida, apresenta-se o dever de guarda do Estado. E, por último, apresenta-se a responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado.

Em caso de alguém cometer um crime, a tendência é que este seja detido pelo ato ilícito cometido. Com isso, surge um processo, onde a atitude do agente é analisada, bem como o que envolve o ato e, ao fim, chega-se a uma conclusão, condenando-o ou absolvendo-o. Quando há a condenação e o indivíduo necessita cumprir sua pena de forma privativa de liberdade, é necessário que o Estado resguarde a sua integridade física e psíquica, uma vez que, como ele está no cárcere, pagando pelo ato ilícito cometido, o Estado é responsável pela sua vida – sendo ele o aplicador da pena e o protetor dos direitos do preso.

3.1 Responsabilidade civil do Estado na morte de presos

A denominada responsabilidade do Estado, responsabilidade objetiva, pode ser analisada diante de duas perspectivas: pelo risco integral ou pelo risco administrativo. Nas duas é desnecessária a ocorrência de culpa ou dolo do agente, uma vez que há objetividade da relação de culpabilidade do agente que leva ao dano através do nexo causal. Nesse entendimento, Alexandre Mazza (2018, p.482) dispõe que “a responsabilidade do Estado é mais acentuada do que nas relações de sujeição geral, à medida que o ente público tem o dever de garantir a integridade das pessoas

e bens custodiados. Por isso, a responsabilidade estatal é objetiva inclusive quanto a atos de terceiros”.

Alguns doutrinadores, como Matheus Carvalho (2017) entendem que existe outra teoria que é derivada da omissão do Estado, chamada de teoria do risco criado. Referida teoria dispõe que o Estado é responsável por criar alguns riscos direcionados aos seus administrados e, sendo caracterizado o dano, não há de se cogitar a ideia de que houve ou não a vontade de causar o dano, uma vez que o dano causado na tutela do Estado já está subentendido no ser do Estado.

Assim, o Estado será responsável mesmo que o ato cometido não seja por um agente tutelado por ele, por um terceiro, por exemplo. Um exemplo que ocorre com frequência quando existem rebeliões nos presídios é o fato de que um detento tira a vida de outro. Desta forma, o Estado é responsável por cuidar da integridade física e psíquica do preso. Sobre o tema, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos dispõe:

1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não deve haver nenhuma discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou outra condição. É necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso. 2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem ter em conta as necessidades individuais dos reclusos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. As medidas tomadas para proteger e promover os direitos dos reclusos portadores de necessidades especiais não serão consideradas discriminatórias (UNODC, 2015, *online*).

Existe uma divergência entre referido dispositivo e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que entende de forma diferente acerca da omissão do Estado sobre a morte dos detentos. É alarmante a quantidade de mortes que são praticadas nas penitenciárias. Assim, o Ministro Humberto Martins entende que nestes casos a responsabilidade do Estado é subjetiva, ou seja, deve-se constatar a negligência do Estado, bem como o dano e o nexos causal. A saber:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. REEXAME DE

FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A alegação genérica de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. 3. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático probatório dos autos, expressamente consignou que “restou evidente o nexo de causalidade entre a omissão do ente municipal e o evento danoso”. 4. Dessa forma, não há como modificar a premissa fática, pois para tal é indispensável o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado por esta Corte, pelo óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014, *online*).

Por mais que a pessoa esteja sob custódia do Estado em alguma unidade prisional, a jurisprudência garante as prerrogativas aos detentos. Mesmo havendo as teorias que são aplicadas à morte dos presos no sistema prisional, a responsabilidade civil do Estado não é considerada absoluta; ou seja, o Estado em algumas ocasiões poderá se livrar de indenizar a família do detento, com base nas jurisprudências específicas dos Tribunais brasileiros.

3.2 Dever de guarda do Estado

O Estado tem o dever de zelar pela integridade física de todos, através da segurança pública. Isso quer dizer que até mesmo os presos possuem essa proteção. Deste modo, o Estado é responsável pelos cuidados com o preso, bem como de assegurar o fiel cumprimento da pena, de forma justa e que não acabe por ferir os seus direitos.

Desta forma, caso o detento venha a ser morto em cárcere, o Estado responde de forma objetiva, devendo indenizar a família do detento morto, uma vez que, encontrava-se em custódia do Estado e, assim, quaisquer danos que ocorrerem quanto a ele, deverão ser resolvidos e pagos pelo Estado.

Engana-se quem imagina que essa indenização é devida apenas quando um detento tira a vida de outro, ou em decorrência de um acidente. A 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o Estado a indenizar os

pais de um detento esquizofrênico que cometeu suicídio em cárcere, na cela da enfermaria da penitenciária onde se encontrava recluso.

Apesar de o Poder Público tentar eximir-se da culpa, com a afirmação de que não se poderia prever o suicídio, o Tribunal entendeu que "a alegada ausência de culpa, entretanto, não procede, seja porque era dever do Estado zelar pela sua incolumidade física; seja porque era dever do Estado custodiá-lo em instituição adequada; seja porque era dever do Estado prestar o atendimento de saúde necessário, diante da moléstia apresentada" (VIAPIANA, 2020, *online*).

De acordo com o Relator que analisou o processo, o suicídio de preso é um caso típico de responsabilidade objetiva do Estado, em conformidade com o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, bem como conforme jurisprudência abordada nos Tribunais Superiores no sentido de que o Estado possui o dever de proteger os presos, inclusive contra si mesmos.

No caso em tela, o Estado falhou no cumprimento desse dever, tendo em vista que o filho dos que ingressaram com a ação, cometeu suicídio dentro da cela da enfermaria: "Por ser caso de responsabilidade objetiva, é desnecessário perquirir se houve dolo ou culpa por parte da FESP, bastando a verificação de conduta, dano e nexos causal, presentes *in casu*. Assim, não há dúvidas sobre o dever de indenização pelos danos morais suportados" (VIAPIANA, 2020, *online*).

O Tribunal de Justiça de São Paulo diminuiu o valor da indenização. Em primeira instância, foi definido R\$ 50 mil reais para cada um dos autores da ação. Ocorre que, para o desembargador, o valor "se mostra excessivo em vista dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo ser fixado em R\$ 50 mil para ambos genitores, quantia que atende ao binômio da compensação da dor suportada e da repressão da reincidência em condutas similares por parte da Fazenda Estadual" (VIAPIANA, 2020, *online*).

Na maioria dos casos em que ocorre essa responsabilização do Estado, é em decorrência de uma omissão ou negligência dele. A omissão pode ser conceituada, de acordo com José Aguiar Dias (1997, p. 120) como o "ato ou efeito de omitir-se, de deixar de dizer ou de fazer alguma coisa". Desta forma, o autor considera a omissão como sendo uma forma de negligência:

[...] omissão é a negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade. Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento. A negligência ocorre na omissão das precauções exigidas pela salvaguarda do dever a que o agente é obrigado. Configura-se, principalmente, no fato de não advertir a terceiro do estado das coisas capaz de lhe acarretar prejuízo, de não providenciar a remoção de objeto que produza dano deixado em lugar público; na ignorância e no erro evitáveis, quando impedem o agente de conhecer o dever; isto é deixar de ouvir o que é audível, deixar de ver o que é visível. (DIAS, 1997, p. 121).

As empresas também têm sido condenadas ao pagar pelos danos morais quando a inscrição no cadastro de inadimplentes se mantém mesmo após a quitação do registro. Nestes casos, a jurisprudência entende que se a empresa se omite de excluir o apontamento em até cinco dias úteis do pagamento, a inscrição deve ser reputada indevida, ensejando o dever de reparar o dano moral sofrido pela vítima.

A responsabilização surge do dever de agir, imposto pela própria lei, contrato ou procedimentos/normas técnicas. Houve inobservância do dever contratual de guarda/tutela da escola sobre os estudantes; no segundo, ausência de observância dos procedimentos técnicos do médico em face de seu paciente e, por fim, o último exemplo demonstrou descumprimento do dever de dar quitação regular em razão do adimplemento da obrigação. No que tange ao do direito público, a omissão do Estado é relevante para o estudo da responsabilidade civil. Segundo Yussef Said Cahali:

[...] desde que exigível da administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva¹⁴ do Estado por sua reparação: no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a ideia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido(2007, p 221).

Neste ponto, são vários os julgados onde a responsabilidade do Estado decorre exatamente na omissão no dever de agir para evitar o dano, um exemplo

disso é o julgado em que determinada vítima "jurada de morte" sobrevive após ser alvejada a tiros, mas é assassinada por terceiros enquanto internada em hospital público. O Tribunal entendeu-se que era obrigação do estado fornecer proteção adequada à pessoa então ameaçada de morte. Assim é da mesma forma com os presos, o Estado deve resguardar as suas vidas e proporcionar a eles um cumprimento de pena justo.

A responsabilidade civil do Estado pela integridade física do preso é legítima, necessária e proporcional ao ressarcimento das violações dos direitos dos presos e em decorrência das condições precárias às quais são submetidos enquanto estão sobre a guarda do Estado. Isso traz consequências à atuação estatal, pois são capazes de gerar mudanças no sistema carcerário brasileiro que viola a dignidade de centenas de milhares de indivíduos encarcerados. Nesse sentido Dassi (2013, *online*):

No panorama brasileiro, o estado desordenado do sistema carcerário constitui-se mais um dos efeitos da falência dos paradigmas da modernidade. A prisão serve tão-somente para deportar do meio social aqueles indivíduos que representam um risco à sociedade. Na perspectiva foucaultiana, constitui-se um instrumento utópico de ressocialização, criado para atender aos interesses capitalistas. Ela exclui do ângulo de visibilidade as mazelas sociais, mas não recupera o infrator e não contribui para diminuir as práticas criminosas. Estabelecendo um confronto entre as disposições legais e a realidade, observa-se que os requisitos mínimos da boa condição penitenciária, preconizados pela legislação penal brasileira estão longe de serem cumpridos. Para esta constatação, basta um breve olhar sobre as prisões existentes no país.

Qualquer noção de humanidade em relação à privação da liberdade do indivíduo pelo Estado sucumbe na realidade vivenciada diametralmente oposta aos pressupostos e princípios constitucionais, em especial, a dignidade da pessoa humana. A cultura dos cárceres lotados e a "resistência às alternativas penais aliadas às limitações orçamentárias e jogos políticos criam um impasse à humanização das condições carcerárias e integração social, dificultando a reestruturação do sistema e perpetuando sua ineficácia enquanto mecanismo de controle social" (DRASSI, 2013).

A realidade carcerária atual demonstra o descaso do Estado com os presos, que pode resultar em mortes, suicídios, brigas de facções rivais dentro dos presídios e constantes rebeliões violentas que acabam na morte de presos e de reféns inocentes, que implodem perante a inércia do poder público.

3.3 Responsabilidade objetiva do Estado no cárcere diante da COVID 19

Evidencia-se que o sistema carcerário pode ser foco de alta mortalidade quanto ao COVID-19, devido à superlotação de pessoas em um mesmo local, sem as condições mínimas de isolamento e distanciamento social. Principalmente, devido a alta incidência de pessoas do grupo de risco. A taxa de presos com tuberculose é 35 vezes maior que a dos cidadãos em geral. “Em 2017, foram 69 mil casos novos de tuberculose em todo o país, sendo que 10,5% ocorreram nessa população” (BRASIL,2018). Isso ocorre pela falta de higiene básica e superlotação das penitenciárias

Desde que a OMS declarou em 11 de março de 2020 que o mundo vivia uma pandemia, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) preocupou-se com a possibilidade de grandes surtos em locais fechados como prisões e asilos. A Itália, um dos primeiros países a adotar a quarentena total, tomou diversas medidas para evitar a contaminação nos presídios, dentre elas, a restrição do contato ou a proibição de visitas e a suspensão de diversos benefícios daqueles que cumpriam regime semiaberto, entre outras. Decorrente de tais medidas, ocorreram protestos e rebeliões em quase 30 presídios italianos com a contabilização de dez mortos e diversas fugas (Isto É, 2020). Da mesma maneira, crescentes tensões foram identificadas: a) no sistema prisional europeu, com repercussão na Bélgica, na Suécia, na França dentre outros países; b) em prisões da América Latina e do Caribe em países como Argentina, Venezuela, Colômbia, Peru e Brasil, dentre outros; e c) nos Estados Unidos. Essas crises contribuíram para que organismos internacionais indicassem como medida a adoção de uma política de desencarceramento com vistas a garantir, inclusive, os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade e de seus familiares, bem como dos profissionais que atuam nesses espaços. Conforme estudo apontado pela Human Rights Watch (HRW), as condições insalubres e a superlotação das unidades prisionais e do socioeducativo em alguns países latino-americanos e caribenhos oferecem um risco à propagação do coronavírus e à saúde da população em geral (HRW, 2020). A Anistia Internacional tem lançado recomendações aos países, chamando a atenção para as populações vulneráveis como mulheres, indígenas, idosos, imigrantes, população com deficiência, LGBTI, população em situação de rua e população carcerária.

Era previsível que a incidência da pandemia da COVID19 chegasse as penitenciárias, tendo em vista a precariedade já existente no local e a má organização enfrentada nos ambientes penitenciários. Necessário se faz recordar que fora a incidência de casos nos presídios, os detentos viram alguns de seus direitos violados,

como por exemplo, de receber alimento de seus familiares. O direito de receber visitas foi suspenso por um tempo, como forma de precaver e cuidar da saúde do preso, sendo que este foi um fator determinante para que não se agravasse a pandemia nas penitenciárias.

Ocorre que, por mais que eles não estivessem recebendo visitas de seus familiares, os agentes penitenciários que ali exercem função tinham contato com pessoas de fora, e isso acabou por levar o vírus, mesmo sem o direito de visitas. Ainda, no início da pandemia, quando não se tinha a certeza de como o vírus agia no corpo humano, vários presos perderam suas vidas no cárcere por estarem infectados e acabarem com pneumonia e problemas respiratórios.

Foi a partir daí que resolveu-se analisar a situação carcerária e restringir algumas regalias – direitos – que os presos possuíam. De acordo com o infectologista Fabrício Augusto Menegon (2020, *online*), também professor do Departamento de Saúde Pública da Universidade Federal de Santa Catarina, “o aumento do número de mortes causadas por doenças ou complicações respiratórias e a discrepância significativa em relação aos mesmos índices nos períodos passados à pandemia, evidencia que grande parte desses óbitos estão sendo causados pela COVID-19”,

ainda que não sejam assim confirmados mediante testagem específica. Na prática, a exigência de que os números divulgados oficialmente sejam somente aqueles comprovados por testes e o fato de mais de 96% da população carcerária brasileira não ter sido testada, produz como resultado a publicação de dados muito distantes da conjuntura realmente vivida nos interiores das cadeias. (MENEGON, 2020, *online*).

Desta forma pode-se identificar que os problemas enfrentados no cárcere ficaram ainda maiores com a incidência da COVID19, e isso faz com que tudo se agrave, desde a segurança da população carcerária até a sua integridade física. É necessário que o Estado continue a vigiar o sistema carcerário, elaborando mais políticas públicas, com a finalidade de proporcionar uma pena mais justa e humana, pois não se deve esquecer que, apesar do crime cometido, o detento é um ser humano como qualquer outro.

É preciso também um apoio da família para que estimule a melhora da conduta do preso, para que ele não volte a delinquir. Acredito que com um apoio maior

por parte do Estado, da família e da sociedade, vidas que estão encarceradas podem ser mudadas e isso fará com que a sociedade se encontre com mais harmonia e com menos crimes sendo praticados.

CONCLUSÃO

O sistema carcerário brasileiro possui uma estrutura fraca tendo em vista a quantidade de presos, a precariedade do cárcere e a falta de interesse de cuidar do Estado. É perceptível que a cada dia piora a situação dos detentos, pois, principalmente com a pandemia, foi possível identificar que o dever do Estado em resguardar o preso não está sendo cumprido de forma correta, deixando a desejar principalmente em relação aos direitos básicos do preso.

Vale ressaltar que antes da pandemia a precariedade já era observada, não havia higiene, alimentação correta e tampouco as condições mínimas de sobrevivência. Inicia-se com a superlotação, e termina com a falta de cuidados médicos. Vários são os direitos básicos do homem que são feridos em cárcere, sendo que algo deve ser realizado para que isso venha mudar.

Os sistemas prisionais sofreram com a pandemia da COVID-19, uma vez que os presos pararam de receber visitas, até mesmo de advogados, sendo estas realizadas de forma virtual. Mesmo encarcerados há o risco de contágio, vez que os profissionais que atuam nos presídios necessitam de ir e vir. Os alimentos que eram entregues toda semana, passaram a ser entregues em um espaço maior de tempo, fazendo com que os presos ficassem necessitados de alimentos e de produtos de higiene.

O Estado, responsável por resguardar os direitos do preso, mantém-se inerte quanto aos cuidados necessários e devidos à eles, mesmo que sabendo de sua obrigação. O pouco caso com os encarcerados é enorme e causa danos à saúde física e mental destes.

Ocorre que, com a inércia do Estado frente aos direitos do detento, não se pode garantir efetivamente a aplicação de uma lei justa, vez que nas penitenciárias não existe estrutura para lidar com o projeto de ressocialização do preso, tampouco cuidar de seus direitos de forma correta. É a partir daí que surge a atuação dos Direitos Humanos: surgem como fiscalizador dos direitos dos presos que vivem nas penitenciárias, com o fim de reduzir a incidência de violência contra eles e assegurar o acesso à saúde, alimentação, educação, trabalho, entre outros.

Diante do exposto, foi possível observar que o cárcere já possuía inúmeros problemas a serem resolvidos e com a pandemia surgiram outros que também merecem atenção, maior inclusive, tendo em vista que um contágio coletivo nas penitenciárias poderia gerar um colapso tanto no interior delas quanto no sistema de saúde e no Judiciário brasileiro. Isso porque demandaria muitos cuidados para os presos e isso acabaria por deixar o restante da população a mercê da sorte. Sendo assim, algumas das atitudes tomadas pelas diretorias penitenciárias foram necessárias – como por exemplo a paralização nas visitas – com o intuito de resguardar os presos e seus familiares.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Claudiana A; CRUZ, Suelen S. da. Sistema penitenciário brasileiro: uma análise da penitenciária industrial regional do Cariri – PIRC. **Revista Direito & Dialogicidade**. Crato, CE, vol.5, n.2, Julh/Dez. 2014.
- ASSIS, Rafael Damasceno de. **A evolução histórica dos regimes prisionais e do sistema penitenciário**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/24894>>. Acesso em: 26 mai. 2021
- BBC. **Origem do coronavírus: de morcegos a laboratório, veja as conclusões da investigação da OMS na China**. Março de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-56587394>. Acesso em: 29 mai. 2021.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 1 v.
- BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Lei de **Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 09 set. 2021.
- BRASIL. **Ministério Da Saúde. População carcerária é foco de projeto contra tuberculose**. Agência Saúde, 2018. Disponível em: . Acesso em: 28 abr. 2021.
- CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Parte Geral**. 15 ed.; São Paulo: Saraiva, 2011
- CARVALHO, **Matheus. Manual de direito administrativo**.4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- DASSI, Maria Angélica Lacerda Marin. **A pena de prisão e a realidade carcerária brasileira: uma análise crítica**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angelica_lacerda_marin_dassi.pdf. Acesso em 20 de abril de 2018
- FERNANDES, Maria Nilvane Fernandes et. al. **Combate ao COVID-19 no sistema penitenciário e socioeducativo: impossibilidades no Estado Penal**. Revista Observatório, Palmas-TO, v. 6, n. 2, abr. 2020. p. 5.
- FIOCRUZ. **Qual a origem desse novo corona vírus?** 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/qual-origem-desse-novocoronavirus#:~:text=Do%20ponto%20de%20vista%20da,a%20maioria%20dos%20o%20utros%20coronav%C3%ADrus>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- GONÇALVES, Antônio Baptista. **A redução da maioridade penal e a relação da ressocialização prisional com os direitos humanos fundamentais**. Revista dos tribunais. Editora Revista dos Tribunais, Ano 100, vol. 912, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – Parte geral**. 1 v.12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional Colapso e Soluções Alternativas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Parte Geral**. 32 ed.; São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. Lúmem Júris, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENEGON, Fabrício Augusto. **Óbitos no Brasil: COVID**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/06/04/obitos-srag-brasil-coronavirus.htm>. Acesso em: 17 set 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal – 9ª Edição**. São Paulo: Atlas, 2000. pág. 46.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.34.

QUEIROZ, Vinicius. **Qual é a importância do princípio da individualização da pena?** Jurídico Certo. 2019. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/vinicius-queiroz/artigos/qual-e-a-importancia-do-principio-da-individualizacao-da-pena-5260>. Acesso em: 20 mai. 2021.

RIBEIRO, Jair Aparecido. **Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário**. Paranaense, 2009.

ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia Privada e direitos da personalidade**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, 2011.

SAMPAIO, Thiago. **Ansiedade em tempos de Covid e a Terapia Cognitivocomportamental**. 2020. Disponível em: <https://eephcfmusp.org.br/portal/online/ansiedade-covid-terapia-cognitivocomportamental/>. Acesso em: 20 mai. 2021.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STJ – **AgRg no AREsp: 501507 RJ 2014/0084541-6**, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/05/2014, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014

UNODC, **Regras mínimas das nações unidas para o tratamento de reclusos**. Resolução 70/175 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, anexo, adotada a 17 de dezembro de 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. **Congresso das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e Justiça Criminal 1955-2010. 55 anos de conquista.** Rio de Janeiro, 2010.

VIAPIANA, Tábata. **O Estado tem o dever de proteger o detento, inclusive de si mesmo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/estado-dever-protoger-detento-inclusive-si-mesmo>. Acesso em: 22 out. 2021.