

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO DESENVOLVIMENTO E
PESQUISA - IDP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEYDSON RODRIGUES CARVALHO SILVA

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO
PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM
FACE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO FRENTE À DISSEMINAÇÃO
DO COVID 19 NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

**BRASÍLIA,
Novembro, 2020**

LEYDSON RODRIGUES CARVALHO SILVA

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO
PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM
FACE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO FRENTE À DISSEMINAÇÃO
DO COVID 19 NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito para a conclusão do curso de graduação e obtenção do título de bacharel em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

Orientadora: Prof. Dr^a. Maria Gabriela Viana Peixoto

**BRASÍLIA,
Novembro, 2020**

LEYDSON RODRIGUES CARVALHO SILVA

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO
PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM
FACE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO FRENTE À DISSEMINAÇÃO
DO COVID 19 NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à banca examinadora como requisito para a
obtenção do diploma em Direito do Instituto
Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e
Pesquisa - IDP.

Orientadora: Prof. Dr^a. Maria Gabriela Viana
Peixoto

Brasília-DF, novembro de 2020.

Professora Dra. Maria Gabriela Viana Peixoto
Membro da Banca Examinadora

Professora Dra. Eduarda Gindri
Membro da Banca Examinadora

Professor Dr. José dos Santos Carvalho Filho
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Dedico o resultado deste trabalho aos meus pais, cujo exemplo de vida tem sido fonte de inspiração para o meu desenvolvimento acadêmico e profissional, e a minha irmã, pelo incentivo pessoal e intelectual. Agradeço a todos os familiares e amigos, que participam de cada etapa importante da minha caminhada.

Agradeço especialmente a minha orientadora, Maria Gabriela Viana Peixoto, pela colaboração constante, interlocução e conhecimentos compartilhados. Meus agradecimentos também a todo o grupo de colaboradores da Escola de Direito do Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa, por propiciarem momentos preciosos de debate científico e jurídico, e agradeço também à Professora Janete Ricken Lopes de Barros, cujo apoio durante o período de estudo e pesquisa foi de grande importância para a elaboração deste trabalho.

Especiais agradecimentos também aos meus queridos colegas de curso, por toda motivação, apoio e momentos de descontração proporcionados, contribuindo para tornar a experiência de faculdade sempre agradável e proveitosa.

RESUMO

O objetivo deste trabalho acadêmico é discorrer acerca da possibilidade de responsabilização do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em face da violação de direitos perpetrada por autoridades públicas no contexto da política penitenciária e das práticas institucionais subjacentes ao funcionamento dos órgãos componentes do sistema de Justiça criminal do país. Para tanto, será realizada, inicialmente, uma digressão histórica acerca da dimensão axiológica dos Direitos Humanos à luz do Direito Internacional consuetudinário, de modo que, a partir de uma perspectiva universal dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, se possa apontar a inaptidão dos arranjos político-institucionais imbricados no aparelho estatal do país para a defesa e proteção dos direitos básicos da população que se encontra em privação de liberdade. Nesse sentido, faz-se necessário traçar um panorama a respeito da disseminação da pandemia do COVID-19 no âmbito das unidades prisionais do Brasil. Em seguida, discorrer-se-á sobre os referenciais teóricos que permeiam a teoria da responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, situando-a dentro do espectro conceitual que deflui do processo histórico-evolutivo de cristalização do arcabouço normativo internacional de proteção dos direitos humanos. Destaca-se nesse contexto a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual se apresenta como instância judicial idônea para o acionamento e responsabilização do Brasil pelas violações de direitos fundamentais. Finalmente, serão delineadas algumas das possíveis consequências jurídicas advindas de uma eventual condenação internacional do Estado brasileiro pela violação de direitos fundamentais resultante da condução errática dos efeitos da propagação do contágio da pandemia do novo coronavírus dentro do sistema carcerário por parte dos órgãos encarregados da execução da política prisional e do sistema de justiça penal e de execução criminal do país.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Responsabilização Internacional; Sistema Penitenciário; COVID-19; Execução Penal; Sistema de Justiça Criminal; Direitos Humanos.

ABSTRACT

The goal of this paper is to demonstrate that Brazil can be held responsible before the Inter-American Court of Human Rights for the violation of human rights committed by public authorities, in the context of prison policy and institutional actions underlying the enforcement of the country's criminal justice system. To that end, a historical approach of the axiological dimension of human rights, grounded on international customary law, will be made. Moreover, this paper addresses the incapacity of political-institutional chains involved in the state apparatus to protect fundamental rights of population deprived of liberty - established by constitution and universal moral rules. On that count, the spread of the COVID-19 in prison facilities will be studied. Furthermore, this paper analyzes the theory regarding the international responsibility of States in light of the violation of a norm protecting human rights, along with the concepts that emerge from the historical process that shaped the standards protecting fundamental human rights, and the feasibility of filing a trial against Brazil before the Inter-American Court, for disobeying fundamental rules regarding the prisoners. Finally, this research analyzes some of the possible legal consequences of an international conviction of the Brazilian State for the violation of fundamental rights, which is evidenced by the disastrous management of the spread of the contagion of the COVID-19 pandemic within the prison system by officials in charge of enforcing prison policies and the country's criminal justice system.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; International Responsibility; Penitentiary System; COVID-19; Criminal Enforcement; Criminal Justice System; Human Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH

Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos para América do Sul - ACNUDH

Organização Mundial da Saúde - OMS

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF

Organização dos Estados Americanos - OEA

Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho - IPPSC

Coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 - Sars-Cov-2

Superior Tribunal de Justiça - STJ

Supremo Tribunal Federal - STF

Conselho Nacional de Justiça - CNJ

Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP

Ministério Público Federal - MPF

Comissão do sistema prisional, controle externo da atividade policial e segurança pública - CSP/CNMP

Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN

Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. O ACESSO DOS INDIVÍDUOS À JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	5
2.1 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITOS NO PLANO JURÍDICO-INTERNACIONAL	5
2.2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO SOB O OLHAR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	15
3. RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO POR AÇÕES RELACIONADAS À POLÍTICA PENITENCIÁRIA.....	18
3.1 RESPONSABILIDADE DO PODER LEGISLATIVO	20
3.2 RESPONSABILIDADE DO PODER EXECUTIVO	26
3.3 RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO	29
4. O IMPACTO DO COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL E MEDIDAS JÁ ADOTADAS PELOS TRÊS PODERES.....	38
4.1 PROVIDÊNCIAS NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO	40
4.2 PROVIDÊNCIAS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO.....	43
4.3 PROVIDÊNCIAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO	47
4.4 PROVIDÊNCIAS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	52
5. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS.....	56
5.1 SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL	57
5.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL.....	60

5.3 ADMISSIBILIDADE DAS PETIÇÕES PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	62
5.4 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	66
6. POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO	77
6.1 OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAR	80
6.2 MEDIDAS DE REABILITAÇÃO	81
6.3 MEDIDAS DE SATISFAÇÃO	82
6.4 GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos é corolário de um processo evolutivo que culminou na consolidação de um repertório normativo que disciplina as relações jurídicas dos sujeitos que coexistem dentro da sociedade internacional. O escopo desse arcabouço jurídico é a proteção do homem contra a invasão a sua esfera de direitos por parte dos Estados, coibindo a prática de atos lesivos a direitos fundamentais, uma vez que esses passam a se revestir de uma dimensão transnacional.

A partir da premissa de que os direitos humanos constituem obrigações referendadas pelo ordenamento jurídico internacional, e cujo cumprimento o Estado brasileiro se comprometeu a assegurar, assume relevância acadêmica o estudo dos aspectos jurídicos relacionados à possibilidade de responsabilização do Estado violador desses direitos e obrigações, por meio do acionamento de instâncias supranacionais de decisão com competência jurisdicional e vinculativa.

Nesse contexto se insere o presente trabalho de pesquisa, que se propõe a investigar em que medida o quadro de violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, agravado pela situação de emergência de saúde pública decorrente da propagação do COVID-19, pode justificar a deflagração de uma ação de responsabilidade do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ante à falta de efetividade e à insuficiência das medidas adotadas pelos poderes públicos para lidar com a situação.

A atividade de incursão que concebeu a presente pesquisa atende os critérios de viabilidade para a elaboração de trabalhos acadêmicos, haja vista a disponibilidade de documentação suficiente e adequada ao tema escolhido, tanto em sítios eletrônicos quanto em fontes físicas de consulta a informação, como livros, artigos acadêmicos, entre outros.

A construção deste trabalho acadêmico se apoiou em pesquisa bibliográfica e documental, sem prescindir da interação dialética com elementos de pesquisa sócio-jurídica apreendidos por meio de análise crítica e descritiva. A produção textual resultou de um esforço de apreensão cognitiva do eixo temático ora investigado, visando uma conformação estrutural da realidade a partir da interação complexa de conceitos extraídos tanto do repertório instrumental teórico de diplomas jurídico-normativos quanto da correlação dinâmica e mutável de arranjos políticos e institucionais que conformam o funcionamento do sistema jurídico e de suas instituições. Dessa forma, o presente trabalho procurou não se ater unicamente às abordagens tradicionais estritamente descritivo-

dogmáticas acerca do desenvolvimento do objeto de estudo, valendo-se também de uma apreensão crítica das categorias teóricas que permeiam a construção do tema de pesquisa a que se deu enfoque.

O objeto que se pretendeu aqui investigar consiste na aplicação dos pressupostos conceituais da teoria da responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos na verificação de soluções institucionais que considerem a possibilidade de acesso à jurisdição internacional de direitos humanos para o equacionamento das deficiências do sistema penitenciário brasileiro recentemente agravadas por uma crise sanitária de proporção mundial. Da análise dos referenciais teóricos pesquisados avulta a problemática que irá orientar o questionamento essencial deste trabalho acadêmico e traçar, por conseguinte, seus objetivos. Esse questionamento se traduz por meio da seguinte formulação: a responsabilização internacional do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em face da omissão do Poder Público frente à disseminação do COVID-19 no sistema prisional é admissível?

A condução da investigação teórica que constitui o cerne deste trabalho acadêmico parte da suposição de que a antijuridicidade resultante da execução da pena em condições acentuadamente mais gravosas do que as admitidas pelo arcabouço normativo faz com que a atribuição de responsabilidade pelo sistema carcerário recaia sobre o Estado, à luz das regras de responsabilidade estatal por atos internacionalmente ilícitos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesse diapasão, a hipótese de trabalho que conduziu a presente pesquisa consiste na formulação teórica inicial de que, em se verificando a ocorrência de ato lesivo a direitos fundamentais da população prisional vocacionados a salvaguardar o preceito axiológico máximo da Dignidade da Pessoa Humana, a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro pela gestão errática da pandemia do COVID-19 nas unidades prisionais é juridicamente admissível, à luz do arcabouço jurídico-normativo instituído pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos que confere proteção supranacional aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Pretendeu-se, portanto, com a elaboração desta monografia, apresentar a síntese das conclusões resultantes do esforço intelectual de correlacionar as teorias sobre jurisdição internacional de direitos humanos e de responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos com a sistemática jurídica e legislativa resultante dos arranjos político-institucionais responsáveis por

conduzir a resposta com que o poder público tem enfrentado uma problemática que se apresenta tão desafiadora.

Para tanto, serão abordadas, no capítulo dois desse trabalho, as premissas teóricas que possibilitaram a ascensão do indivíduo como sujeito de direitos no plano jurídico-internacional. Serão retomadas as ideias que permearam o movimento de humanização do direito internacional, culminando no desenvolvimento dos atuais sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos, restringindo-se o estudo sob a perspectiva do sistema interamericano. Discorre-se-á sobre a importância da jurisdição internacional para que as vítimas de violações de direitos possam demandar o Estado internacionalmente. Em seguida, será dado enfoque às violações de direitos verificadas no contexto do sistema penitenciário brasileiro.

O estudo prossegue, no capítulo três, propondo uma discussão a respeito do cenário de inconstitucionalidades verificadas no sistema prisional, relativamente às falhas estruturais de políticas públicas e aos bloqueios institucionais imputáveis a atos de responsabilidade de todos os poderes da república. Será apresentada uma síntese de situações e ações de natureza normativa, administrativa e judicial que corroboram o argumento de que a responsabilidade do Poder Público pelos atos e omissões que deram causa ao contexto de violação sistêmica de direitos fundamentais dos presos deve ser compartilhada entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em seguida, o capítulo quatro apresentará um panorama do impacto do COVID-19 no sistema prisional do país, aprofundando as condições de insalubridade das penitenciárias, e instaurando um cenário de emergência de saúde pública com reflexos diretos e acentuados sobre a população em confinamento. Esse contexto impõe aos poderes públicos a adoção de medidas de enfrentamento à disseminação da doença. Será demonstrado que as providências já adotadas no âmbito de atribuição das autoridades judiciais, administrativas e legislativas do país não se traduziram em resultados concretos capazes de interromper o padrão sistemático de violação de preceitos fundamentais verificado no contexto da administração prisional, o que justifica a transposição dessa demanda para as instâncias jurisdicionais internacionais de proteção dos direitos humanos.

No capítulo cinco, serão delineados os fundamentos e conceitos que regem a Teoria da responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos, estudando-se a evolução histórica que culminou na elaboração do projeto de convenção da ONU que codificou o instituto, bem como os elementos normativos que integram a definição da responsabilidade internacional. Será

analisado o principal requisito de admissibilidade para o processamento das petições que chegam até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e em que hipótese é possível dispensá-lo. Por fim, serão tecidas considerações a respeito das principais deficiências apresentadas pelo Estado brasileiro, em termos de sua política criminal, do funcionamento de sua administração penitenciária nacional e da postura dos tribunais superiores frente aos desafios impostos pela disseminação do COVID-19, de modo a perquirir em que medida se justifica uma eventual condenação internacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, propõe-se no sexto e último capítulo uma explanação teórica sobre o regime jurídico especial que disciplina as consequências jurídicas advindas do reconhecimento da responsabilidade do Estado por violações de direitos subjetivos estampados em normas imperativas de direito internacional geral, tendo como vertente de análise a dimensão do instituto da responsabilidade relacionado ao dever imposto coercitivamente ao Estado violador. Serão feitas considerações a respeito de possíveis recomendações que podem eventualmente recair sobre o Estado brasileiro em se confirmando uma condenação internacional, tendo por parâmetro recomendações pretéritas da Corte Interamericana de Direitos Humanos direcionadas ao governo brasileiro.

2. O ACESSO DOS INDIVÍDUOS À JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITOS NO PLANO JURÍDICO-INTERNACIONAL

O modelo atual de proteção dos direitos fundamentais, referendado pela existência de sistemas internacionais e regionais de direitos humanos, se consolida na matriz de pensamento ocidental a partir da percepção de valores e princípios universais intersubjetivamente compartilhados por uma comunidade internacional de indivíduos. Esses valores e princípios constituem uma visão ética ontológica de base semântica comum em torno da qual se agregam sentimentos e noções íntimas de Justiça radicados na consciência coletiva.

O desenvolvimento da concepção moderna de Direitos Humanos se insere em um contexto histórico-político que é tributário de uma paulatina sedimentação histórica, marcada por movimentos progressivos de conquistas de direitos. Tais movimentos ganharam ênfase ao longo do século XX, em resposta às graves violações aos direitos do homem ocorridas no pós-guerra, e contribuíram para impulsionar o acesso dos indivíduos a uma jurisdição de caráter internacional e consolidar uma dimensão estruturante de um corpo normativo que veio a constituir o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A possibilidade de inserção do indivíduo no ordenamento jurídico internacional foi reforçada a partir da afirmação de valores universalmente reconhecidos e constituídos em torno de um núcleo axiológico essencial que se compõe de bens jurídicos cuja tutela compete a toda a comunidade internacional. Inaugura-se, dessa forma, um sistema de cooperação que marca a superação de uma dinâmica dicotômica de tensionamento entre interesses estatais justapostos. Com isso, o direito internacional passa a caminhar em direção a uma abertura a concepções mais favoráveis à humanização das relações jurídicas. Esse processo de humanização do direito internacional contribuiu para resilir o paradigma que restringia à esfera exclusiva de soberania dos Estados o acionamento dos mecanismos de proteção de direitos. Os indivíduos passam a ter acesso a instâncias jurídicas supranacionais, na busca pela concretização de direitos básicos titularizados por todos os seres humanos.

A tendência crescente de jurisdicionalização internacional na tutela dos direitos humanos, acompanhada pela emergência de atores individuais no plano internacional, constitui um eixo axiológico estruturante de um ideário de justiça transnacional e cosmopolita em prol da defesa de valores universais. A busca pela satisfação concreta e efetiva de direitos se torna mais fortalecida à medida que se sofisticam os mecanismos e instrumentos jurisdicionais que internacionalizaram o acesso à justiça.

A partir da opção política do Poder Constituinte Originário de insculpir no texto constitucional a prevalência dos direitos humanos como um princípio regente das relações internacionais do Brasil, criam-se condições para o dimensionamento transnacional do fenômeno jurídico da proteção dos direitos humanos¹. Os direitos humanos deixam de ser considerados sob a perspectiva estritamente interna e passam a integrar um repertório normativo internacional que confere legitimidade de acesso à justiça no plano externo não apenas a movimentos e instituições de tutela de direitos humanos, mas também a indivíduos, uma vez que esses passam a ser compreendidos como sujeitos de direito internacional, titulares de direitos e obrigações estabelecidos e sancionados diretamente pelo direito internacional.

A concepção do indivíduo como sujeito de direitos no plano jurídico internacional resulta de uma construção histórico-jurisprudencial que evoca as bases teóricas fundadoras do movimento de humanização desse ramo do direito. As ideias sobre universalização dos direitos, direito natural, mínimo ético comum, e dignidade da pessoa humana possibilitaram uma atribuição crescente de importância ao papel do indivíduo no plano jurídico-político. Nesse contexto, destacam-se as formulações de Francisco de Vitória sobre a primazia da comunidade internacional sobre a vontade dos Estados, bem como suas considerações teóricas sobre o princípio da justiça como vetor axiológico a orientar a reparação de violações de direitos². Tais ideias serão amplamente retomadas no século XX, na conceptualização de uma Jurisdição Internacional e de uma Teoria da responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos.

¹ PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 244 p.

² GOMES ROBLEDO, Antonio. **Fundadores del derecho internacional** – Vitoria, Gentili, Suarez. Grocio. 1ª ed. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. P. 13 *apud* BARROS, Tomás Soares da Silva. **Fundamento e alcance do princípio da jurisdição universal**. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Internacional Público e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

Conforme Cançado Trindade³, a jurisdição internacional possui um fundamento principista, um fundamento universalista e um fundamento humanista.

O fundamento principista representa uma superação das concepções voluntaristas do direito internacional clássico que compreendiam as relações jurídicas supranacionais como assunto reservado ao domínio exclusivo dos Estados. A concepção teórica que compreendia os Estados Nacionais como atores monolíticos do cenário mundial tem seu primeiro marco temporal na celebração dos Tratados de Paz de Westfália em 1648. Foram eles que modelaram a concepção do Estado Moderno como ente dotado de soberania absoluta, e lançaram as primeiras bases para o desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos, ainda que até então a operacionalização dessa proteção estivesse restrita unicamente aos Estados.

O fundamento universalista se desenvolve em oposição ao paradigma segundo o qual a asserção do exercício jurisdicional pelos Estados no âmbito das relações jurídicas internacionais primava pela busca dos próprios interesses. Tinha-se uma lógica de jurisdições justapostas, em que a tônica das relações internacionais era dada por uma dimensão bilateral, impessoal e civilista que guardava proximidade com uma concepção estatal hegeliana que não favorecia a atuação dos indivíduos a nível supranacional⁴. Ao contrário do voluntarismo estatal, o universalismo busca a afirmação de valores e objetivos universais a serem perseguidos pela comunidade internacional como um todo, com base em uma abordagem multilateral das relações jurídico-internacionais calcada na inserção do indivíduo no cenário internacional.

O fundamento humanista da jurisdição internacional repousa sobre a ideia de existência de um Direito Natural, compreendido como a aceitação de valores com status de normas jurídicas. O direito natural possui como sustentação axiológica a constatação da existência de valores intrínsecos à natureza humana.

À medida em que as relações jurídicas internacionais são normatizadas e institucionalizadas, passa a ganhar corpo a construção de um ordenamento internacional com previsões normativas e instrumentos jurídicos com escopo na efetivação de direitos. Lançam-se as

³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. viii *apud* BARROS, Tomás Soares da Silva. **Fundamento e alcance do princípio da jurisdição universal**. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Internacional Público e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Cap. 1.

⁴ BARROS, Tomás Soares da Silva. **Fundamento e alcance do princípio da jurisdição universal**. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Internacional Público e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Cap. 1. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/42011/1/Tom%C3%A1s%20Barros.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

bases para o desenvolvimento de um arcabouço jurídico que irá culminar na consolidação da ideia de um Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Pode-se definir o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o

conjunto de normas internacionais criadas pela convergência de vontades dos Estados que compõem a sociedade internacional, e que têm como objetivo a proteção do homem contra a invasão ou ameaça de invasão do Estado na esfera da individualidade, e que possam ferir direitos anteriores à própria existência do Estado.⁵

As relações jurídicas da sociedade internacional, as quais constituem a própria essência do direito internacional dos direitos humanos, extraem seu fundamento de validade das concepções jusfilosóficas enunciadas pelo Direito Natural. Essas relações jurídicas têm o propósito de alcançar o bem comum da comunidade internacional, e se traduzem em comandos normativos de oponibilidade erga omnes, isto é, de cumprimento obrigatório e vinculativo por todos os indivíduos e todos os Estados membros dessa comunidade global.

A ideia de titularização pelos indivíduos de direitos internacionais naturais oponíveis a todos, inclusive aos Estados, foi largamente desenvolvida por Hugo Grócio. Suas teorizações a respeito da “intervenção humanitária”⁶ no âmbito das relações jurídicas supranacionais podem ser lidas como um primeiro elemento legitimador da aplicação de soluções coercitivas no intuito de fazer cessar tratamentos cruéis e desumanos que eventualmente possam ser infligidos por Estados contra os cidadãos. Tais intervenções coercitivas teriam a finalidade de corrigir quaisquer situações jurídicas que pudessem configurar uma ruptura dos vínculos de obrigação contraídos pelos sujeitos de direito.

Diante desse contexto, a compreensão da existência de direitos básicos inerentes à natureza humana e do caráter universal dos direitos humanos pode ser lida como elemento que justificam o exercício de uma jurisdição internacional tendente a coibir violações de normas internacionais imperativas de oponibilidade erga omnes.

Com fundamento no caráter de essencialidade que reveste certos interesses tidos como mais caros pela sociedade, isto é, no grau acentuado de valoração axiológica que recai sobre determinados bens jurídicos protegidos pela comunidade internacional, se estabelece a noção de titularidade

⁵ PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 244 p.

⁶ FRANCH, Valentín Bou; DAUDÍ, Mireya Castillo. **Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. 2ª ed. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1010. P. 40 *apud* BARROS, Tomás Soares da Silva. **Fundamento e alcance do princípio da jurisdição universal**. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Internacional Público e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Cap. 1.

jurídica difusa do interesse em demandar o cumprimento dessas obrigações⁷. A gravidade das infrações e o alto grau de importância atribuído às normas de direitos humanos violadas são características que ajudam a compreender por que a normativa internacional consagrou sua oponibilidade em face dos membros da comunidade internacional. Isso faz com que a titularidade jurídica do interesse em suscitar a responsabilidade do Estado possa se estender a qualquer sujeito (Estado ou indivíduo) pertencente à comunidade internacional. Assim como a violação dos tratados internacionais faz surgir uma relação jurídica em que qualquer Estado pode figurar no polo ativo de uma ação de responsabilização, o descumprimento de obrigações decorrentes de normas peremptórias de direitos humanos justifica o fato de a titularidade do interesse em demandar a responsabilidade do Estado violador se estender a qualquer sujeito de direito internacional. O fato de uma ampla gama de sujeitos, ainda que não diretamente lesionados pela infração, titularizar o interesse jurídico em invocar a responsabilidade dos Estados pela violação de obrigações referenda a existência de uma comunidade internacional e a importância de uma ordem pública internacional⁸.

Os processos de internacionalização e universalização de direitos humanos esculpiram um arcabouço jurídico-institucional de proteção desses direitos tanto a nível global quanto a nível regional. O sistema global tem como ator principal as Nações Unidas (ONU) e é integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outras convenções internacionais. Já os três importantes sistemas regionais de proteção dos direitos humanos existentes têm como âmbito geográfico de aplicação os continentes europeu, americano e africano. A delimitação do objeto de estudo exigida pelas finalidades pretendidas por esta monografia implica a adoção do sistema interamericano de direitos humanos

⁷ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. **Responsabilidade internacional do Estado e sociedade internacional**: a consolidação da comunidade internacional de estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do estado por atos internacionalmente ilícitos. a consolidação da comunidade internacional de Estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31b91e3a8737fd8d>. Acesso em: 1 out. 2020

⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. **Responsabilidade internacional do Estado e sociedade internacional**: a consolidação da comunidade internacional de estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do estado por atos internacionalmente ilícitos. a consolidação da comunidade internacional de Estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31b91e3a8737fd8d>. Acesso em: 1 out. 2020

como referência de análise. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamado de Pacto de Sao José da Costa Rica, é o tratado constituinte desse sistema e, portanto, o parâmetro normativo que vai balizar a análise e as considerações que importa realizar ao longo desse trabalho acadêmico.

Os sistemas global e regional de direitos humanos passaram a coexistir com a normativa nacional de tutela de direitos, em uma relação de simbiose pautada pelo princípio da complementaridade⁹. De acordo com André de Carvalho Ramos, o princípio da complementaridade diz respeito à subsidiariedade da jurisdição internacional exercida por tribunais internacionais de direitos humanos, os quais não exercerão sua jurisdição caso o Estado com jurisdição já houver conduzido investigação ou processo penal, salvo se este não tiver “capacidade” ou “vontade” de realizar justiça. Dessa forma, a jurisdição internacional de direitos humanos é complementar à jurisdição nacional, só podendo ser acionada caso o Estado não demonstre capacidade jurídica ou vontade política para sanar a ocorrência de violação de direitos humanos¹⁰. De acordo com esse princípio, a jurisdição internacional só pode ser acionada após o esgotamento dos recursos internos, devendo-se provar que os mecanismos internos de reparação, quer administrativos, quer judiciais, quer legislativos, tenham sido exauridos antes que a controvérsia possa ser analisada pelo Direito Internacional.

Tendo em vista que a conformação político-institucional de um país pode representar um entrave à garantia de uma tutela jurisdicional célere, eficaz e justa, o acesso à justiça no Sistema Interamericano de tutela dos Direitos Humanos surge como um recurso a uma jurisdição global, de caráter universal, passível de ser acionada sempre que houver falhas e omissões do Estado na tutela de direitos e liberdades fundamentais.

Assim, a inépcia do Estado em assegurar a tutela de direitos e valores inspirou um ideário transnacional de Direitos Humanos, o qual impulsionou a operacionalização de uma justiça supranacional que relativizou a soberania do Estado na defesa e proteção de direitos. A mobilização do aparato estatal de justiça não mais se apresenta como caminho único para a persecução de violações de direitos. A existência de uma instância jurisdicional internacional se revela como um recurso a mais à disposição das pessoas que tiveram seus direitos lesados. Esses indivíduos podem escolher o aparato que lhes for mais favorável, uma vez que os direitos tutelados pelos instrumentos

⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 718 p.

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 718 p.

de proteção, sejam eles globais, regionais ou nacionais, possuem um parâmetro normativo mínimo coincidente. Além disso, no campo da proteção dos direitos humanos, incide o princípio da primazia da norma mais favorável, que contribui para reduzir a possibilidade de conflito entre normas e fortalecer a proteção de direitos.

Flávia Piovesan¹¹ ensina que o consentimento do Estado a instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos atrai o campo de incidência desse aparato de proteção para si, bem como para qualquer Estado integrante da ordem internacional.

O Estado que assinou um tratado internacional de direitos humanos, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica se sujeita ao cumprimento de deveres por ele impostos, não podendo deles se eximir, conforme se depreende da obrigação disposta no artigo 1.1 do referido tratado. Esse dispositivo dispõe que “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição”. Dessa forma, as possibilidades que se apresentam ao Estado de derrogação das cláusulas deste pacto são bastante limitadas.

A incidência e aplicação das cláusulas do Pacto de São José não podem, todavia, prescindir do reconhecimento formal da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), uma vez que o Estado não é obrigado a aderir à cláusula da Convenção Americana que faculta a ele a aceitação da jurisdição da Corte. Uma vez aceita a jurisdição, permite-se que os casos contenciosos que dizem respeito à violação dos dispositivos da Convenção pelo Estado sejam submetidos à apreciação da Corte, desde que provocada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A CIDH é o órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) que tem por função realizar uma triagem prévia das demandas que irá submeter à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998. Desde então, o Brasil passou a se submeter à competência contenciosa obrigatória da Corte em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção Americana.

¹¹ PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 608 p.

Em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ela dispõe que qualquer pessoa pode encaminhar petição à Comissão, alegando violação a direitos humanos. A vítima ou seus representantes possuem o direito de petição à Comissão, que analisará tanto a admissibilidade da demanda (verificando se ela atende os requisitos de admissibilidade) quanto o seu mérito.

Existem quatro requisitos de admissibilidade para que as petições internacionais sejam processadas, quais sejam:

1. Esgotamento dos recursos locais;
2. Ausência do decurso do prazo de seis meses, contados do esgotamento dos recursos internos, para a apresentação da petição;
3. Ausência de litispendência internacional, o que impede o uso simultâneo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos;
4. Ausência de coisa julgada internacional, o que impede o uso sucessivo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos¹².

Conforme já tratado neste trabalho acadêmico, é necessário o esgotamento dos recursos internos para que a jurisdição internacional seja acionada, no entanto há casos de dispensa do prévio exaurimento de recursos, a saber:

5. Ausência do devido processo legal para a proteção do direito violado;
6. Quando não se houver oportunizado à vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ela impedida de esgotá-los;
7. Demora injustificada na decisão sobre os recursos de jurisdição interna acionados;
8. Inexistência de recurso apto à reparação dos danos;
9. Inexistência de recurso útil;
10. Falta de defensores ou existência de barreiras de acesso à justiça¹³

¹² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 718 p.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 718 p.

De acordo com entendimento já firmado pela Corte IDH, a exceção de admissibilidade pelo não esgotamento dos recursos internos deve ser invocada pelo peticionante no momento em que se provoca a Comissão, sob pena de violação do princípio do estoppel, que consiste na proibição de se comportar de forma contrária a conduta anterior (*non concedit venire contra factum proprium*).

Após proceder à investigação dos fatos, e frustrada a solução amistosa entre as partes, a Comissão encaminha o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressaltando-se que, nos termos do artigo 61 da Convenção, somente a Comissão e os Estados-partes podem submeter casos à apreciação da Corte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema regional, apresentando competência consultiva e contenciosa. No que diz respeito a essa última, o exercício da competência jurisdicional da Corte só recai sobre os Estados-partes que, nos termos do artigo 62 da Convenção, tenham expressamente reconhecido sua jurisdição. A jurisdição da Corte envolve a análise dos casos nos quais foi verificada a violação, por parte de um Estado-parte, de um direito enunciado na Convenção Americana, bem como a adoção de medidas necessárias à restauração do direito violado¹⁴.

As decisões emitidas pela Corte têm natureza obrigatória e vinculante, não podendo o Estado responsabilizado em condenação pronunciada pela Corte se furtar ao cumprimento das medidas por ela determinadas. Ademais, o Estado também pode ser demandado a proceder à reparação de danos por meio do pagamento de indenização às vítimas de violações de direitos humanos, revestindo-se essa decisão de força de título executivo judicial.

Em homenagem ao princípio da irretratabilidade das sentenças no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, as sentenças emitidas pela Corte se revestem de caráter definitivo e irretratável, sendo insuscetíveis de modificação após terem sido proferidas, não cabendo juízo de retratação. Por essa razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se revela como instância

¹⁴ BACELAR, João Pedro Duarte. **A responsabilização internacional do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo crime de genocídio praticado contra a população negra brasileira**. 2017. 76 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21690/1/Jo%C3%A3o%20Pedro%20Duarte%20Bacelar%20-%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%202017.1.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

final de julgamento das violações a direitos humanos cometidas pelos Estados-partes da Convenção. A impossibilidade de interposição de recurso de apelação em face das sentenças proferidas pela Corte configura um mecanismo que busca conferir efetividade às decisões emitidas no âmbito do sistema interamericano. A irretratabilidade e a definitividade constituem, dessa forma, importantes atributos das decisões proferidas pelo tribunal.

Os Estados-partes do Sistema Interamericano não devem apenas obedecer aos comandos normativos insculpidos na Convenção, como também assegurar de forma ampla a sua efetivação, por meio da adoção de medidas visando a sua concretização. O Pacto de São José preceitua que a CIDH e a Corte IDH são dotadas de independência e poder de vigilância “relativamente ao controle de sua sujeição e ao regime de legalidade estabelecido pela Convenção”¹⁵. Dessa forma, a Convenção estabelece mecanismos de monitoramento da implementação dos direitos nela enunciados, a fim de garantir a execução das normas internacionais ratificadas pelos Estados-partes. O próprio ato de deflagrar uma ação de responsabilidade internacional do Estado, por violação dos compromissos consubstanciados nos dispositivos normativos que enunciam os direitos humanos, constitui um mecanismo que respalda a efetividade do Pacto de São José da Costa Rica.

Assim, a evolução do direito internacional possibilitou o desenvolvimento de mecanismos que consagram o princípio do acesso à justiça em âmbito transnacional. Esses mecanismos podem ser acionados não mais apenas pelos Estados, mas também pelos indivíduos, quer enquanto vítimas de violações de direitos, quer enquanto representantes postulando em nome de outrem. Vale lembrar que, conforme o artigo 44 do Pacto de São José da Costa Rica, a Comissão Interamericana deve apreciar comunicações encaminhadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidades não-governamentais que digam respeito a violações de direitos humanos. Dessa forma, ainda que o acesso à Corte Interamericana não se dê de forma direta, mas sim intermediada pela Comissão, o fato de se facultar aos indivíduos a possibilidade de encaminhar petições internacionais à Comissão a fim de provocar o procedimento de apuração de violações de direitos, concretiza o paradigma

¹⁵ BACELAR, João Pedro Duarte. **A responsabilização internacional do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo crime de genocídio praticado contra a população negra brasileira**. 2017. 76 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21690/1/Jo%C3%A3o%20Pedro%20Duarte%20Bacelar%20-%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%202017.1.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020. apud GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 217

idealizado pelo movimento de humanização do direito internacional, consistente na atribuição aos indivíduos do status de sujeitos de direitos no plano jurídico-internacional.

2.2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO SOB O OLHAR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano, no exercício de suas atividades, passou a processar diversas notificações de violações aos artigos da Convenção de São José da Costa Rica cometidas pelo Estado brasileiro, que se tornou alvo de denúncia em vários litígios perante a Corte Interamericana. Atualmente, são vários os processos que se encontram pendentes de apreciação pela Comissão Interamericana alcança, com destaque para as medidas provisórias referentes a denúncias de maus-tratos e violações de direitos fundamentais verificadas no âmbito de diversas unidades prisionais integrantes do sistema penitenciário do país¹⁶.

A Corte já teve a oportunidade de apreciar e julgar controvérsia envolvendo violação dos direitos a vida e integridade pessoal de todas as pessoas presas na Casa de Detenção José Mario Alves - conhecida como Penitenciária Urso Branco. A Corte reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil diante das graves violações de direitos humanos verificadas nesta penitenciária, consubstanciadas na ocorrência de mortes, espancamentos, agressões, torturas, ameaças, choques elétricos, assim como de problemas de comunicação entre os reclusos e as autoridades e falta de separação entre presos em cumprimento de pena e em prisão provisória. Em face desse quadro, a Corte IDH se pronunciou, por meio de Resolução, pela imposição ao Brasil de várias medidas de caráter coercitivo, dentre as quais se destacam as seguintes:

2. Adoção de todas as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na Penitenciária Urso Branco;
3. Adequação das condições da penitenciária às normas internacionais de proteção dos direitos humanos aplicáveis à matéria;

¹⁶ XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Acesso à justiça transnacional. O sistema interamericano e o processo Ximenes.** Fortaleza: Conpedi, 2010. 22 p. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4100.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020

4. Investigação dos acontecimentos graves ocorridos na penitenciária que justificaram a petição perante a Corte Internacional.
5. Submissão à Corte de relatório sobre o cumprimento das medidas provisórias por ela determinadas a fim de que não se produzam mais privações à vida nem atos que atentem contra a integridade das pessoas reclusas na penitenciária¹⁷.

As medidas determinadas pela Corte IDH têm por finalidade evitar a continuidade dos referidos crimes e impedir que eles voltem a ser cometidos, incluindo-se também, entre as medidas determinadas pelo Tribunal, a determinação de investigações e punições internas dos responsáveis pelos crimes praticados.

Em novembro de 2018, a Corte emitiu outra Resolução contendo medidas a serem adotadas pelo Brasil para preservar a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sa Carvalho (IPPSC)¹⁸. O documento determina principalmente que o Estado brasileiro:

1. Adote as medidas necessárias para que, conforme a Súmula Vinculante nº 56¹⁹, não se proceda administrativamente ao ingresso de novos presos no IPPSC, nem ao traslado dos ali alojados a outros estabelecimentos penais. Caso haja provimento jurisdicional determinando o traslado de um preso a outro estabelecimento, ou o egresso de um preso, que seja observada a dedução da pena já cumprida do total fixado, de forma proporcional à taxa de sobre-ocupação da unidade prisional, considerando a antijuridicidade

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito da República Federativa do Brasil Caso da Penitenciária Urso Branco**. San José, Costa Rica, .

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito do Brasil Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. San José, Costa Rica, .

¹⁹ Conforme enunciado da SV 56, 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, no qual se estabeleceu tese de repercussão geral facultando aos juízes da execução penal avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes; e determinando que, havendo déficit de vagas, se proceda à saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; à colocação em liberdade eletronicamente monitorada do sentenciado que sai antecipadamente ou que é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e ao cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

resultante do fato de o sofrimento infligido pela execução da pena ser muito maior que o inerente à privação da liberdade por si só.

2. Arbitre os meios para que se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas que não sejam acusadas de crime contra a vida ou integridade física, ou de crimes sexuais.
3. Organize equipe criminológica de profissionais para avaliar o prognóstico de conduta com base em indicadores de agressividade dos presos acusados de crime contra a vida e a integridade física, ou de crimes sexuais, a fim de que se avalie a conveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade.
4. Estabeleça um diagnóstico técnico da situação prisional a fim de formular um plano de contingência para a reforma estrutural e redução quantitativa da superpopulação carcerária. Esse plano deverá prever condições para a ampliação do monitoramento eletrônico, para a determinação da capacidade máxima de internos e para o estabelecimento de um quantitativo de agentes penitenciários compatível com o de presos, sem que o Estado possa alegar empecilhos de ordem financeira para justificar o descumprimento de obrigações internacionais.

Em suma, da leitura das resoluções colacionadas, depreende-se que os resultados práticos buscados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através das medidas impostas ao Brasil pela Corte nos dois casos acima relacionados, têm por escopo a proteção da vida e integridade física da população prisional, levando em consideração especialmente o acesso à saúde e à segurança interna nos presídios.

A busca por maneiras concretas para evitar a prática de atos violadores dos direitos humanos tem, pois, norteado a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A atuação da Corte se dá não apenas dentro de uma lógica contenciosa de responsabilização do Estado por atos internacionalmente ilícitos (materializados na violação de direitos fundamentais consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos), mas também sob uma perspectiva preventiva e prospectiva com o objetivo de forçar o Estado brasileiro a adotar medidas que permitam o exercício dos direitos humanos em sua plenitude.

3. RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO POR AÇÕES RELACIONADAS À POLÍTICA PENITENCIÁRIA

O sistema carcerário brasileiro revela um quadro de violação sistemática de direitos fundamentais. As condições de alojamento e infraestrutura são incompatíveis com os parâmetros normativos em relação a aspectos como espaço mínimo nas celas, capacidade de ocupação máxima, higiene, condições de salubridade e segurança. Não há separação de presos por celas quanto à natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Faltam condições materiais mínimas atinentes à alimentação, assistência médica, educação e trabalho adequados. Faltam também agentes penitenciários em quantidade suficiente e com capacidade para atender às demandas da população prisional. E todos esses problemas são agravados pela questão da superlotação, uma vez que celas superlotadas contribuem para agudizar as condições de insalubridade, provocar rebeliões e assassinatos, agravar doenças e suscitar toda sorte de situações de desumanização da pessoa.

Esse panorama resulta na violação de uma série de preceitos constitucionais e de dispositivos de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. Fere-se o postulado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CRFB); da proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III, CRFB); bem como o que veda as sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, CRFB). A falta de critérios de divisão de presos por celas, seja pela gravidade do crime, seja pela natureza temporária ou definitiva da pena, configura transgressão do dispositivo constitucional que estabelece o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII, CRFB). A integridade física e moral dos presos, protegida pelo artigo 5º, XLIX, da CRFB, também é flagrantemente desrespeitada, assim como os direitos sociais à saúde, educação, alimentação, trabalho, segurança e acesso à justiça. Ademais, vulnera-se o princípio da presunção de não culpabilidade (artigo 5º, LVII, CRFB).

Além das violações constitucionais, a situação dramática do sistema penitenciário ofende uma série de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, entre eles o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, além da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O quadro de transgressão de direitos retratado decorre de um conjunto de ações e omissões dos Poderes Públicos, no exercício de competências de natureza legislativa, administrativa e judicial, de modo que a responsabilização do poder público pelas deficiências estruturais do sistema

carcerário deve ser compartilhada entre as diversas esferas de poder. Existe nexos de causalidade entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos dos diversos entes da federação e o cenário de violação sistemática e generalizada de direitos fundamentais no âmbito das unidades prisionais.

Uma vez que a responsabilidade pelo cenário degradante de superlotação carcerária e de precariedade das instalações dos presídios não pode ser atribuída a apenas um único Poder, mas sim à inércia e à incapacidade de agentes e órgãos pertencentes ao aparato estatal dos três Poderes, verifica-se a existência de verdadeiras “falhas estatais estruturais” permeando os arranjos institucionais responsáveis pela violação massiva de direitos. Essas falhas estruturais são reveladas pelo “amplo espectro de deficiência nas ações estatais”²⁰, desde a alocação de recursos orçamentários na formulação e implementação de políticas públicas, passando pela interpretação e aplicação da lei penal, até a ausência e deficiência de medidas administrativas, concorrendo para perpetuar o quadro de transgressão grave e sistemática a direitos humanos.

Além disso, como se não bastasse a omissão reiterada das autoridades públicas no cumprimento das obrigações constitucionais e internacionais estabelecidas em favor dos presos, verifica-se que os poderes, órgãos e entidades não têm demonstrado vontade política de reverter ou mitigar esse cenário de violação estrutural, sistêmica e persistente de direitos fundamentais da população privada de liberdade. Não é apenas a ausência de medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e de provimentos jurisdicionais eficazes que dificulta a superação das mazelas do sistema prisional. O funcionamento deficiente do Estado como um todo concorre para que os bloqueios institucionais nos três poderes obstaculizem a superação das falhas estruturais notórias do sistema prisional brasileiro.

Isto posto, procurar-se-á demonstrar, ao longo desse capítulo, como atos de natureza normativa, executiva e jurisdicional têm contribuído para o tratamento degradante infligido à população custodiada nos estabelecimentos penais do país. Uma vez que cada um dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário detêm sua parcela de responsabilidade sobre o agravamento da violação dos direitos fundamentais, serão estudados a seguir aspectos institucionais inerentes à atuação de cada poder que contribuem para o fracasso das políticas penitenciárias direcionadas aos presos.

²⁰ BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF

No âmbito do Poder Legislativo, discorrer-se-á sobre como o endurecimento da legislação penal, impulsionado por uma preocupação demagoga com a opinião pública, contribui para a superlotação dos presídios. Além disso, será abordado que a inércia das autoridades públicas não se configura apenas pela ausência de legislação, mas também pela insuficiência de proteção das normas já existentes. Em seguida, se acrescentará uma explanação sobre a noção de “ponto cego legislativo” (legislative blindspot) ao estudo da responsabilidade do Poder Legislativo, a fim de entender como o custo político do legislador, ao propor projetos que favoreçam os presos, dificulta a busca por soluções aos problemas carcerários.

No âmbito do Poder Executivo, se abordará a inércia dos órgãos administrativos em ampliar o número de vagas prisionais, fazendo-se menção à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS no que tange à realização de reformas e obras emergenciais em presídios. Será estudado também como a política de contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional configura desvio ilegal de fundos que obstrui a realização de melhorias nos presídios e o aumento do número de vagas, perpetuando o problema da superlotação carcerária.

Por fim, serão apresentadas algumas práticas do Poder Judiciário que contribuem para o hiperencarceramento e para o recrudescimento das falhas estruturais presentes no sistema penitenciário. Inicialmente, será apontada a parcela de responsabilidade do Judiciário pela não realização de revisão periódica da situação processual dos presos e pelo não uso das medidas cautelares alternativas à prisão. Em seguida, será demonstrado que o Judiciário não tem levado em consideração as condições degradantes das penitenciárias brasileiras na definição e execução da pena. Outro problema a ser apontado será o do uso excessivo de prisões provisórias por parte dos magistrados, o que contribui para o fortalecimento da “cultura do encarceramento”. Por fim, não se poderá deixar de mencionar a questão das prisões além do tempo determinadas por juízes e tribunais, o que constitui outro fator relevante para explicar o excesso de encarceramento.

3.1 RESPONSABILIDADE DO PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo detém parcela de responsabilidade sobre as deficiências e falhas estruturais da política penitenciária que é praticada no Brasil.

As escolhas políticas dos legisladores, traduzidas na alocação de recursos públicos por meio das leis orçamentárias, não têm priorizado o incremento de investimentos direcionados para a

correção ou mitigação das falhas estruturais do sistema prisional. A superlotação dos presídios não é resultado apenas de uma política de encarceramento desarrazoada conduzida pelos órgãos de segurança pública e pelo Poder Judiciário, mas decorre também da falta de interesse político em alocar investimentos públicos para o sistema prisional. Ademais, a hipertrofia e o endurecimento da legislação penal punitiva revelam uma atuação do legislador que se coloca à revelia do princípio da intervenção mínima.

De acordo com Cleber Masson²¹, o Direito Penal só é legítimo quando não houver outros meios menos lesivos para a proteção do bem jurídico. O princípio da intervenção mínima se desdobra em outros dois subprincípios: o da subsidiariedade e o da fragmentariedade. O princípio da fragmentariedade é especificamente direcionado ao legislador, ao preconizar que esse se abstenha de incriminar qualquer conduta, para se preocupar apenas com um fragmento delas, de modo que o Direito Penal mantenha sua função de último grau de proteção dos bens jurídicos. Trata-se de um princípio que se materializa no plano abstrato de elaboração da norma jurídica, emanando uma ordem de contenção ao ímpeto incriminatório do legislador penal. O princípio da fragmentariedade prima pela retirada do caráter ilícito de condutas que, por seu baixo potencial ofensivo, possam dispensar a intervenção do aparato punitivo do Estado.

A atuação do Legislativo concorre para a superlotação carcerária e para a falta de segurança na sociedade ao estabelecer políticas criminais que não levam em consideração o cenário já degradante do sistema carcerário, mas que refletem unicamente uma preocupação característica do “Direito Penal de Emergência”. Essa nomenclatura se refere a um termo cunhado pela doutrina para designar o ímpeto do legislador em atender a demandas sociais por criminalização, criando normas exageradamente repressivas e punitivistas que correspondem a uma função simbólica do Direito Penal, consubstanciada em produzir uma “sensação de segurança” na mente dos governantes e dos cidadãos²².

Nesse sentido, verifica-se que o legislador, ao criar novos tipos penais, restringir garantias do cidadão e agravar as penas já previstas no sistema criminal, se desvincula das finalidades legítimas

²¹ MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal parte geral**. 14. ed. São Paulo: Método, 2020. 855 p.

²² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal volume único parte geral**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. 712 p.

mas da pena e demonstra excesso de preocupação com a opinião pública, a fim de devolver à sociedade a sensação ilusória de tranquilidade²³. Essa atuação demagoga do legislador penal surge, portanto, do emprego de leis penais como instrumento para a concretização de objetivos políticos do Estado, em violação ao mandamento da intervenção mínima.

Conforme a doutrina de Andreas Eisele²⁴, existe uma ambiguidade associada à terminologia empregada para se referir ao caráter “simbólico” do Direito Penal, manifestada por meio de uma relação dicotômica entre acepções de cunho ao mesmo tempo positivo e negativo impregnadas na expressão. Em uma perspectiva de conotação positiva, o Direito Penal simbólico se refere ao efeito social que decorre da adesão voluntária às normas, na medida em que essas são percebidas como comandos carregados de conteúdo ético, que preconizam a abstenção de condutas proibidas e a realização de comportamentos obrigatórios. Nesse sentido, o Direito Penal Simbólico resulta de uma assimilação cultural do conteúdo normativo de seus enunciados pela sociedade. Já em uma acepção negativa do termo, descortina-se uma utilização meramente aparente dos instrumentos de controle do Direito Penal, aos quais, todavia, não se atribui eficácia material. Isso porque a mera produção legislativa (vale dizer, uma produção legislativa inflada pelo aumento desproporcional e injustificado de penas para os casos pontuais e pela criação de figuras penais desnecessárias), sem a correspondente previsão de meios instrumentais adequados a conferir de fato a operacionalização desses comandos normativos, resulta em intervenções penais meramente formais, esvaziadas de eficácia material. Entre os meios de execução que poderiam ser ventilados nos comandos legislativos para conferir maior efetividade ao sistema penal citam-se a estruturação e o exercício do poder de polícia, a instrumentalização do Ministério Público e do Judiciário e a estruturação de recursos ao sistema de execução penal.

Exemplo claro de recrudescimento punitivo da legislação penal brasileira é a recente alteração legislativa introduzida no Código Penal e Processual Penal pela Lei 13.964/19, também chamada “Pacote Anticrime”. As modificações incorporadas pela Lei 13.964/19 incluem, por exemplo, dificuldades à progressão de regime e à concessão de liberdade provisória aos reincidentes, vedações inconstitucionais à liberdade processual (art. 310, §2º, do CPP), hipóteses de

²³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal volume único parte geral**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. 712 p.

²⁴ EISELE, Andreas. **Direito Penal - Teoria do Delito**. 1 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018

imprescritibilidade sem respaldo constitucional (art. 116, III e IV, do CP) e hipóteses de incidência da lei dos crimes hediondos (art. 1º, II, da Lei 8.072/90).

Além de atuar para o endurecimento da legislação punitiva, o Legislador atrai responsabilidade sobre si pelas disfunções relacionadas ao hiperencarceramento quando queda inerte em editar uma lei que parametrize o uso da força pelas polícias e que promova meios de fiscalização e responsabilização adequadas dos instrumentos de trabalho dos policiais²⁵. Por força da ausência de uma lei nesse sentido, perpetua-se a prática institucionalizada de criminalização operada pelas polícias militares, com fulcro na seletividade penal, o que contribui para o recrudescimento dos problemas estruturais do sistema prisional²⁶. As práticas institucionalizadas no modus operandi das polícias contribuem para o aumento da população prisional, instrumentalizando, por meio de órgãos executivos do aparato estatal de segurança pública, uma política de criminalização pautada pela ação a partir do princípio da suspeição²⁷. Desse modo, os estereótipos que reverberam na cultura organizacional das corporações policiais direcionam o aparato repressivo do Estado contra segmentos sociais específicos, identificados com um perfil socioeconômico e étnico-racial historicamente estigmatizado e vulnerabilizado pela seletividade penal²⁸. Nilo Batista e Zaffaroni ensinam que a seletividade penal é fundada em preconceitos, mitos e bodes expiatórios, sendo que a realidade do exercício do poder punitivo “recai sempre sobre pessoas selecionadas segundo certos estereótipos historicamente condicionados, conforme sua dinâmica substancialmente discriminatória”.²⁹ Assim, o protagonismo das corporações policiais no enfrentamento da violência se traduz em um modus operandi pautado pela formação militarizada da polícia em detrimento de uma perspectiva orientada pela segurança pública. Essa prática é

²⁵ COLÓQUIO Deborah Duprat: Necropolítica e Encarceramento e o Sistema de Justiça. [S.I.]: Fórum Justiça, 2020. (119 min.), P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wYQaNvYAAik>. Acesso em: 26 set. 2020.

²⁶ FERREIRA, Thyago Vargas. **O poder punitivo discriminatório resultante de um processo de criminalização seletivo**. 2012. 66 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31345/THYAGO%20VARGAS%20FERREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 out. 2020

²⁷ MELO, Felipe Athayde Lins de. **Modelo de Gestão para a Política Prisional**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional - Diretoria de Políticas Penitenciárias, 2016. 415 p. Disponível em: https://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

²⁸ COLÓQUIO Deborah Duprat: Necropolítica e Encarceramento e o Sistema de Justiça. [S.I.]: Fórum Justiça, 2020. (119 min.), P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wYQaNvYAAik>. Acesso em: 26 set. 2020.

²⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011 *apud* FERREIRA, Thyago Vargas. **O poder punitivo discriminatório resultante de um processo de criminalização seletivo**. 2012. 66 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

conjugada com uma atuação policial que produz uma política de criminalização balizada pelo princípio da “fundada suspeita”, o qual elege o tipo preferencial de indivíduo que será alvo da abordagem policial com base em características étnico-raciais e socioeconômicas identificadas com extratos específicos da população que foram historicamente marginalizados³⁰. Esse conjunto de fatores poderia ser evitado se houvesse empenho do legislador em editar leis balizando a prática das abordagens policiais e colocando parâmetros para racionalizar a realização de prisões em flagrante, evitando o uso excessivo desses instrumentos, e, por conseguinte, diminuindo o hiperencarceramento.

Não é somente com a ausência de legislação que se caracteriza a responsabilidade das autoridades públicas, mas também com a insuficiência de proteção das normas já existentes. Os direitos dos presos se situam em um cenário legislativo em que existe a positivação, no ordenamento jurídico brasileiro, de diversos diplomas normativos vocacionados a lhes conferir proteção. No entanto, essas leis simplesmente “não pegaram”, não se traduziram em proteção efetiva e concreta dos destinatários dos comandos normativos. E, além disso, verifica-se uma inércia reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar esse quadro. Exemplo disso é o fato de que, mesmo havendo sido instalada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados para tratar do assunto, apontadas as inconstitucionalidades que emergem do quadro dramático do sistema carcerário, e notificadas várias autoridades públicas com competência para atuar a respeito da situação, não se verificaram esforços consistentes e concretos na busca por soluções e propostas para equalizar o problema. Dessa maneira, constata-se que a não observância das leis existentes implica a proteção insuficiente dos direitos fundamentais dos presos.

A noção do “ponto cego legislativo” (legislative blindspot) se refere ao fato de o debate parlamentar não se preocupar com temas afetos a melhorias do sistema prisional, em razão do ônus político que esses temas acarretam para o legislador que se proponha a endossar projetos de lei ou plataformas de campanha focadas na defesa da dignidade dos presos.

A população carcerária sofre de dois tipos de bloqueios que desestimulam o debate político sobre propostas que visem solucionar a falência do sistema prisional: a sub-representação parlamentar e a impopularidade. A sub-representação parlamentar dos presos decorre do artigo 15,

³⁰ MELO, Felipe Athayde Lins de. Postulados, princípios e diretrizes para a gestão prisional: igual dignidade, protagonismo dos sujeitos e desencarceramento. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016. 61 p. Disponível em: [file:///Users/nelsonsilva/Downloads/postulados-principios-e-diretrizes-da-gestao-prisional-1%20\(1\).pdf](file:///Users/nelsonsilva/Downloads/postulados-principios-e-diretrizes-da-gestao-prisional-1%20(1).pdf). Acesso em: 15 out. 2020.

inciso III, da CRFB, que suspende os direitos políticos dos condenados criminalmente enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado. Dessa forma, os presos ficam impedidos de votar e de serem votados. Já a impopularidade tem relação com o fato de os presos representarem uma minoria vulnerável que goza de pouco ou nenhum prestígio popular. Ana Paula de Barcellos leciona que os cidadãos livres acham que a condição do preso lhes retira os direitos fundamentais e até mesmo a condição humana³¹. Com isso, a opinião pública tem resistência em aceitar que o legislador aloque recursos do orçamento para a melhoria das instalações prisionais, a fim de adequar sua estrutura a condições de existência digna. E se os políticos ignorarem a opinião pública, correm o risco de não conseguirem se reeleger.

Temas afetos à segurança pública e à criminalidade são capazes de acender paixões e mobilizar o clamor social. Desse modo, as preocupações concernentes à tutela das condições dignas de encarceramento encontram muita resistência de se fazerem presentes no Parlamento, gerando bloqueios políticos difíceis de serem superados, caso não haja intervenção judicial. É por isso que legisladores e governantes, temerosos dos custos políticos que terão que arcar caso esposarem medidas destinadas a favorecer a população carcerária, muitas vezes optam por acionar o STF, na tentativa de transferir para outra instância de poder a solução de controvérsias que não encontram grande apelo popular. Tais políticos então recorrem ao papel contramajoritário da corte constitucional, com a intenção de evitar os choques políticos advindos da discussão sobre as graves violações de direitos fundamentais dos presos. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, ao proferir voto no bojo da decisão em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347:

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.³²

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público] apud BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF

³² BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF

Assim, demonstrada a parcela de responsabilidade que recai sobre atos emanados do Poder Legislativo, passa-se a analisar a responsabilidade do Poder Executivo por ações relacionadas à política penitenciária.

3.2 RESPONSABILIDADE DO PODER EXECUTIVO

No âmbito do Poder Executivo, serão analisados dois aspectos principais que atraem a responsabilidade dos órgãos administrativos pelo aprofundamento da crise no sistema penitenciário, sobretudo no que diz respeito à superlotação carcerária. São eles: 1) a omissão quanto à criação de vagas prisionais em quantitativo suficiente ao tamanho da população carcerária e 2) a não realização de reformas estruturais tendentes a diminuir a superlotação e adequar as condições de encarceramento às normativas internacionais que regem a matéria³³. Outro ponto que será discutido neste capítulo diz respeito à política fiscal de contingenciamento de recursos públicos praticada pela União. Esses recursos são legalmente vinculados à promoção de melhorias estruturais no sistema penitenciário nacional, logo, o desvio de verbas dificulta ainda mais a promoção das tão necessárias reformas contingenciais no sistema prisional.

Os órgãos administrativos desrespeitam comandos constitucionais e legais quando se omitem em criar vagas prisionais em número suficiente para abrigar a população carcerária. Isso porque o fato de a ocupação nas unidades prisionais superar a sua capacidade contribui para produzir o grave problema da superlotação no sistema. E isso impede a manutenção de condições adequadas de encarceramento, em aspectos atinentes a direitos fundamentais dos presos como a saúde, alimentação, trabalho, educação, assistência médica e psicossocial, segurança física dos presos e também acesso à justiça.

A situação crítica de superlotação está presente em todo o sistema penitenciário brasileiro. O número de presos excede a capacidade de ocupação dos estabelecimentos prisionais, e essa situação tende a se agravar com a tendência de crescimento do ingresso do número total de detentos (principalmente em prisão preventiva e em regime fechado) em comparação com a parcela

³³ BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF

diminuta de presos que saem do sistema. Existe, pois, uma tendência de aumento progressivo da taxa de ocupação dos presídios³⁴.

Não se verificam, por parte dos órgãos encarregados de implementar a política penitenciária do Estado no âmbito das administrações prisionais, esforços para colocar em andamento obras públicas emergenciais com a finalidade de reduzir o déficit de vagas e adequar as condições de infraestrutura e detenção aos parâmetros existenciais mínimos exigidos pelos tratados de direitos humanos, a fim de efetivar o postulado da dignidade da pessoa humana. O aumento do número de vagas que tem sido verificado é modesto e insuficiente ante a expansão do número de ingressos.

Nesse sentido, o STF firmou tese em repercussão geral no Recurso Extraordinário 592.581 segundo a qual

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes³⁵.

O Estado se omite em promover planos de contingência visando à redução quantitativa da superpopulação carcerária, conforme solicitado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em resolução adotada em 2017³⁶. O STF, por meio do pronunciamento cautelar na ADPF 347³⁷, já determinou que o Governo Federal elabore um plano de contingência nacional visando à superação do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro. Esse plano deve conter diretrizes tendentes a reduzir a superlotação dos presídios; reverter o processo de hiperencarceramento verificado no país; adequar as instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes; promover efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito, entre outros parâmetros.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito do Brasil Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. San José, Costa Rica.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. **Diário Oficial da União**. Brasília.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito do Brasil Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. San José, Costa Rica.

³⁷ BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF

A omissão do Estado em promover medidas concretas e efetivas destinadas a viabilizar planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, contribui para o argumento de que o Poder Executivo compartilha da responsabilidade que incumbe ao Poder Público pelo quadro de transgressões de direitos verificado no sistema penitenciário.

A implementação desses planos e reformas emergenciais em presídios se torna ainda mais difícil na medida em que os recursos financeiros que poderiam ser usados para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro não se encontram disponíveis para custear as reformas e construções de presídios.

Isso se deve ao fato de a União estar contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de a verba se encontrar disponível e ser necessária à melhoria do quadro.

A prática de contingenciamento de recursos pela União se insere no contexto de uma política orçamentária que concretiza a ocorrência persistente de desvio de finalidade do Fundo Penitenciário Nacional, frustrando os objetivos do pronunciamento cautelar do STF no bojo da ADPF 347, que proibiu novos contingenciamentos orçamentários do Fundo.

Criado pela Lei Complementar nº 79/1994 e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994, o FUNPEN se destina ao financiamento de programas e políticas voltadas à modernização e aprimoramento do sistema prisional brasileiro. No entanto, os recursos não têm sido utilizados para os propósitos para os quais foram destinados, em virtude de sucessivos contingenciamentos orçamentários pela União - conforme apontam os relatórios do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a quem cabe gerir os recursos do fundo -, bem como do excesso de burocracia e rigidez para a liberação dos recursos do fundo aos demais entes da federação.

Essa prática de retenção de verbas ajuda a explicar o fracasso das políticas públicas voltadas ao sistema penitenciário nacional, como as que definem concretamente as reformas de presídios e a construção de novas instalações para fins de possibilitar a abertura de mais vagas no sistema. Ainda que o artigo 9º da Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal - preveja a possibilidade de limitação de empenho e movimentação financeira para compensar as frustrações de receita verificadas ao longo de um exercício financeiro, o §2º desse dispositivo limita a possibilidade de contingenciamento àquelas despesas que não constituam obrigações constitucionais do ente federativo. Uma vez que os recursos do FUNPEN possuem destinação legal específica, eles

não podem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento, prejudicando a efetivação de direitos fundamentais sob o argumento de racionalização do uso dos recursos públicos.

Assim, o contingenciamento de recursos do FUNPEN impede o financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro e impede a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes, uma vez que os recursos contingenciados passam a ser empregados para finalidades outras (a depender da política fiscal do governo incumbente) que não os fins próprios para os quais os valores deveriam ser destinados.

Tal prática ajuda a explicar o fracasso das políticas penitenciárias atualmente em curso no Brasil, contribuindo para o agravamento da violação de direitos humanos no ambiente do cárcere.

O professor Eduardo Bastos de Mendonça afirma que “políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentária, em função das possibilidades financeiras do Estado”, de maneira que “a retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes”. Segundo o autor, o contingenciamento de recursos se revela ainda mais preocupante, tendo em vista “que os cortes têm atingido programas relacionados a áreas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente”, como é o caso do sistema penitenciário nacional³⁸.

3.3 RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Pode-se apontar a responsabilidade do Poder Judiciário nas mazelas do sistema penitenciário principalmente por meio dos seguintes aspectos: 1) falta de empenho por parte dos juízes da execução penal em promover a desocupação parcial das unidades penitenciárias por meio da análise e revisão da situação processual de cada detento; 2) sistemática ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão; 3) implementação de número excessivo da prisões provisórias; e 4) inobservância do princípio da duração razoável do processo, evidenciada pela manutenção de presos para além do tempo da pena fixado.

É preciso chamar à responsabilidade os juízes da execução penal que definem e executam a pena sem considerar as condições degradantes das penitenciárias brasileiras.

³⁸ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 97-98 apud BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF

Estudou-se no tópico anterior que a Administração Pública comete omissão ao não observar as diretrizes do RE 592.581, no qual o STF firmou a necessidade de realizar obras e reformas visando a ampliação da oferta de vagas nas unidades prisionais. Mas paralelamente a isso, é necessário também um esforço do Judiciário para promover a saída de detentos para, efetivamente, reduzir o contingente total de custodiados mantidos em espaços de privação de liberdade. Isso porque, mesmo com a criação de mais vagas, o impacto da diminuição da situação de superlotação dificilmente se fará sentir, se não houver uma contrapartida de novas saídas.

A simples criação de novas unidades penitenciárias não é suficiente para mitigar o ritmo e as tendências de encarceramento verificadas no país. Não só porque a construção de novos pavilhões e edifícios para abrigar a população prisional é lenta, uma vez que depende de procedimentos licitatórios e várias outras providências por parte da Administração Pública. Mas também porque a abertura de novas vagas não dá conta de absorver a tendência de encarceramento que é muito forte e arraigada na própria cultura do Poder Judiciário.

A solução do problema da superlotação requer que se proceda também à desocupação parcial das unidades prisionais, naquilo que couber. Para tanto, faz-se necessário analisar a situação processual de cada interno, de modo que somente permaneçam presos aqueles detentos cuja situação processual seja incompatível com a concessão da progressão de regime ou outros benefícios penitenciários, como a saída antecipada, o livramento condicional e a prisão domiciliar. A implementação dessa revisão periódica da situação processual dos detentos requer providências por parte dos órgãos encarregados da execução penal no sistema de justiça penal.

O Poder Judiciário se torna responsável pelo excesso de aprisionamento na medida em que não se empenha de forma diligente na análise, revisão e monitoramento da situação processual dos internos sob responsabilidade dos juízes da execução penal. Não se verifica um esforço por parte dos órgãos do Judiciário em promover a racionalização do total de entradas, nem tampouco em considerar a possibilidade de deferimento de prisão domiciliar na hipótese de falta de vagas. A falta de mecanismos de revisão periódica das prisões processuais, ou a falta de vontade dos juízes em implementar a revisão processual periódica da situação dos condenados é indicativo de uma assistência judiciária inadequada. A Corte Europeia dos Direitos do Homem reconhece direito à revisão periódica das prisões processuais. E o ordenamento brasileiro prevê a possibilidade de pleitear liberdade durante o processo a qualquer tempo. Ainda assim, a grande quantidade de prisões processuais que se prolongam no tempo, sem julgamento, parece sugerir que os

instrumentos de que o Brasil dispõe não são suficientes ou que falta disposição dos magistrados em acompanhar a situação de cumprimento de pena dos detentos.

Falta aos órgãos do Judiciário empenho no sentido de fiscalizar e monitorar a condição dos internos junto ao sistema carcerário no cumprimento da pena e da prisão provisória. O que se tem verificado é que, ante a ausência de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena em regime semiaberto e aberto, muitos condenados acabam cumprindo pena em regime prisional fechado, o que viola o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB) e o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CRFB).

O Supremo já se pronunciou em Súmula Vinculante no sentido de que a falta de estabelecimento adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso³⁹.

Devem os juízes da execução penal avaliar diuturnamente as condições dos estabelecimentos penitenciários destinados ao cumprimento da pena em regime semiaberto e aberto. A Lei de execução penal estabelece, em seu artigo 91, que a pena em regime semiaberto será cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, com oferta de trabalho diurno (atividades agrícolas, manufatureiras ou industriais). Já o artigo 93 do diploma legal dispõe que o cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Sabe-se que essas unidades são escassas ou, ainda que existam no país, existem em condições bem precárias. Mesmo assim, na falta de estabelecimentos prisionais adequados ao regime de cumprimento de pena, não se admite que os juízes da execução penal continuem a determinar o alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com os que cumprem pena em regime fechado, pois isso configura clara violação ao dispositivo constitucional que determina a separação de presos (art. 5º, XLVIII), bem como ao princípio da individualização da pena.

Conforme entendimento que deflui do RE 641.320 (Tema 423), na falta de vagas no estabelecimento penal adequado ao regime de cumprimento de pena, deverá ser determinada a saída antecipada de presos que estão cumprindo pena no regime prisional no qual se verificou a inexistência de vagas. O sentenciado a quem foi deferida a saída antecipada ou a prisão domiciliar por falta de vagas deverá ter sua liberdade eletronicamente monitorada. Ao sentenciado que progrediu ao regime aberto deverá ser deferido o cumprimento de penas restritivas de direito ou de estudo. E

³⁹ Súmula Vinculante 56, de 8 de agosto de 2016

até que sejam estruturadas essas medidas alternativas, deverá ser concedida prisão domiciliar ao apenado⁴⁰.

Assim, a concessão de benefícios penitenciários temporalmente antecipados, principalmente a liberdade condicional e a progressão para o regime aberto na modalidade de prisão domiciliar, poderia ajudar a reduzir a superpopulação nas unidades carcerárias do país. Os juízes da execução penal que se omitem quanto ao dever de revisar a situação processual dos internos para verificar a possibilidade de concessão de benefícios certamente incorrem em responsabilidade pelo agravamento da superpopulação carcerária.

Estudou-se que a falta de vagas em estabelecimentos prisionais concorre para agravar o problema da superlotação. Diante da inércia ou da lentidão do Poder Executivo em construir novos presídios para acomodar os presos, surge a constatação de que, não obstante a parcela de culpa dos órgãos da administração pública em não aplicar o entendimento do RE 592.581, o Judiciário não pode se eximir de sua responsabilidade pelo hiperencarceramento, sob o pretexto de que a solução para o problema caberia exclusivamente ao Executivo, por meio da criação de novas vagas.

Vimos que, enquanto não se ampliam as capacidades e instalações das unidades prisionais, o Judiciário erra ao manter condenados em regime prisional mais gravoso, sob a justificativa de ausência de vagas nos estabelecimentos penais adequados ao regime de cumprimento de pena. Assim, constatou-se que os juízes da execução penal também atraem responsabilidade sobre si, no contexto da crise do sistema carcerário, ao não considerarem a concessão antecipada de benefícios como a prisão domiciliar até que sejam estruturados os estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena, conforme os preceitos constitucionais e legais.

Importa ressaltar outro aspecto que contribui para a questão do hiperencarceramento, que é o do não uso das medidas cautelares alternativas à prisão por parte do Judiciário. Conforme apontou o Ministro Marco Aurélio, sem seu voto no julgamento da cautelar da ADPF 347, os juízes e tribunais, em casos de formalização ou manutenção de prisão provisória, não estão lançando a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A aplicação dessas medidas alternativas poderia ter repercussões positivas, contribuindo para amenizar os problemas estruturais do excesso de encarceramento. São várias as vantagens resultantes da aplicação das penas alternativas, entre elas:

⁴⁰ [RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423]

- a) Evitam a aplicação da pena privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo;
- b) Diminuem o custo do sistema repressivo;
- c) Permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do preso;
- d) Não afastam o condenado do convívio com sua família ou comunidade, tampouco de suas responsabilidades;
- e) Afastam o preso do contato com outros delinquentes;
- f) Reduzem o número de reincidência⁴¹

A aplicação de penas alternativas se mostraria bastante eficaz para diminuir o contingente de sentenciados a penas privativas de liberdade e que pressionam o já saturado sistema carcerário. Além disso, os efeitos deletérios que as prisões têm sobre os presos justificam o uso de penas alternativas, resultando em maior possibilidade de concretização do objetivo maior da Lei de Execução Penal, que é a ressocialização do preso.

Os juízes criminais erram ao não privilegiar a aplicação dos substitutivos penais, os quais não se restringem às penas restritivas de direito. Há vários instrumentos previstos na legislação penal aptos a produzir, de maneira mais efetiva, a prevenção e repressão da pena, bem como a reintegração social do preso, mediante a substituição da prisão. Entre eles se destaca a suspensão condicional da pena (*sursis*), com previsão nos artigos. 77 e seguintes do Código Penal e nos artigos 156 e seguintes da Lei 7.210/84; o livramento condicional, disciplinado pelos artigos 83 e seguintes do CP e 131 e seguintes da LEP; a pena de multa, dos artigos 49 e seguintes do CP; a suspensão condicional do processo, expressa no art. 89 da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais); e a transação penal, regulada pelo art. 76 da Lei dos Juizados.

O magistrado pode entender pela não aplicação das penas alternativas, em casos graves nos quais a prisão é justificada. Mas a não aplicação das cautelares diversas da prisão deve ser fundamentada. E, o entanto, o que se verifica é uma sistemática ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão. Esse fato revela a postura dos juízes de

⁴¹ MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise sobre a crise do sistema penitenciário e os reflexos do fracasso da pena de prisão. **Revista Derecho y Cambio Social**, [S.L.], jul. 2020. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista033/a_crise_do_sistema_penitenciario.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

desconsiderar o estado de inconstitucionalidades do sistema carcerário, quando da concessão de cautelares penais, da aplicação da pena, durante o processo de execução penal e ao aplicar as penas alternativas à prisão definitiva.

Outro grave problema que se verifica na maneira como o Judiciário tem operado o sistema de justiça penal e de execução criminal no país é o do uso excessivo da prisão provisória.

Segundo dados do Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴², 41,5% da população prisional brasileira se compõe de presos provisórios, cifra que revela o uso banalizado que passou a ser feito da medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tem-se uma verdadeira “cultura do encarceramento” no judiciário brasileiro.

É possível apontar a responsabilidade do Poder Judiciário no fato de que 41% da população privada de liberdade se encontra sob custódia provisória. Isso porque a maioria desses presos tende a ser, na superveniência do julgamento, absolvida ou condenada a penas alternativas à prisão. Os dados e pesquisas produzidas sobre o aumento da população prisional no Brasil permitem deduzir que o aumento da incidência de crimes violentos, tais como homicídios, não é acompanhado por um incremento correspondente na taxa de elucidação da autoria desses delitos, que permanece baixa⁴³. O índice de apuração de homicídios no Brasil é de menos de 10%. É ínfima a quantidade de pessoas que é efetivamente condenada por crimes violentos⁴⁴. Os processos de persecução criminal conduzidos pelo Judiciário não logram obter, na maior parte dos casos, nem mesmo a solução da autoria dos crimes. Disso é possível concluir que o aumento da população prisional possui forte correlação com o crescimento do aprisionamento provisório.

O sistema de justiça criminal, portanto, não se mostra efetivo na responsabilização dos perpetradores de crimes violentos. Mesmo assim, o Judiciário persiste com a prática de implementar um número excessivo de prisões provisórias enquanto o indiciado aguarda pela conclusão do inquérito e julgamento. Essa cultura do encarceramento agrava a superlotação carcerária e não há

⁴² JUSTIÇA, Conselho Nacional de (comp.). **Banco nacional de monitoramento de prisões**. 2020. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/captcha/%2Fpesquisa-peca>. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁴³ Conselho Nacional do Ministério Público; Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2: diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil**. Brasília: Taís Schilling Ferraz, Coordenadora do Grupo de Persecução Penal da Enasp, 2012. Disponível em: [axa de elucidação da autoria desses delitos, que permanece baixa..](#) Acesso em: 15 out. 2020.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF,

evidências que apontem para a diminuição da insegurança social nas cidades como consequência direta do incremento do encarceramento.

Verifica-se uma falta de racionalidade na concretização da ordem jurídico-penal. A prisão provisória, que deveria ser a exceção, virou a regra. Prende-se primeiro para depois apurar. Disso resulta um número exagerado de prisões provisórias, efeito de possíveis excessos na forma de se interpretar e de se aplicar a legislação penal e processual e de uma concepção, arraigada na cultura jurídica, da prisão como resposta prioritária e principal para o crime⁴⁵. E, assim, as vítimas do sistema carcerário ficam detidas provisoriamente por anos a fio, sem que se proceda ao exame adequado das razões que motivaram sua prisão, resultando em flagrante violação do princípio da não culpabilidade.

Por fim, cumpre discorrer a respeito da manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado, fato que caracteriza transgressão ao princípio da razoável duração do processo.

O princípio da duração razoável do processo possui previsão na Constituição Federal e também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tendo sido inclusive objeto de entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Súmula 52, que afastou a possibilidade de alegação de constrangimento por excesso de prazo, quando já encerrada a investigação criminal. Todavia, esse entendimento vem sendo mitigado. A demora na prestação jurisdicional hoje pode ser caracterizada como excesso de prazo na formação de culpa, vindo a configurar constrangimento ilegal (desde que a mora processual não seja atribuída a manobras protelatórias da defesa)⁴⁶. Dessa forma, erram os juízes e tribunais que arrastam processos por anos a fio, amparados em um entendimento da súmula 52 que está cada vez mais relativizado. O constrangimento ilegal causado pelo excesso de prazo na formação da culpa é causa ensejadora da decretação de alvará de soltura. A não observância dessa diretriz contribui para a manutenção de prisões preventivas de um elevado número de indiciados em inquéritos ainda não concluídos. Muitas vezes os presos nem sequer obtêm informações a respeito do trâmite de seus processos crimi-

⁴⁵ CARVALHO, Luiza. **Dos navios negreiros aos pátios da cela**. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/04/25/internas_opiniao,848191/dos-navios-negreiros-aos-patios-da-cela.shtml. Acesso em: 15 out. 2020.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. 1949 p.

nais. A falta de assistência judiciária e o número insuficiente de Varas de Execuções Penais contribuem para o descaso do Judiciário para com a situação processual dos detentos, o que contribui para produzir encarceramento acima do que determinado judicialmente.

À luz dos argumentos acima colacionados, assoma a conclusão de que o quadro inconstitucional de violação sistêmica, reiterada e persistente dos direitos fundamentais, com nexo de causalidade associado a um conjunto de ações e omissões e falhas estruturais imputáveis a todos os poderes da república, é agravado de forma perene, sistemática e generalizada. Não se verifica coordenação institucional para tentar superar ou mitigar o quadro de transgressão de direitos verificado. Pelo contrário, os bloqueios institucionais subjacentes ao funcionamento dos órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário conduzem a uma resposta fraca e deficiente do Estado e a uma verdadeira inércia por parte das autoridades públicas em adotar medidas concretas, efetivas e urgentes para equalizar o estado de inconstitucionalidade do sistema prisional no tocante aos direitos à dignidade da pessoa humana e à integridade física e psíquica dos presos.

O Poder Legislativo, mais preocupado com a opinião pública que com o enfrentamento das mazelas que afligem uma população com tão pouca ou nenhuma representatividade político-parlamentar, tem patrocinado a aprovação de uma legislação penal punitiva e repressiva, à revelia do princípio da intervenção mínima, o que revela uma aproximação preocupante com o chamado “Direito Penal de Emergência”. Ao mesmo tempo, o legislador delega para o STF, escudando-se no papel contramajoritário que assiste à corte constitucional, a busca por soluções institucionais às questões controvertidas que se quer evitar tratar no espaço democrático-parlamentar, por temores quanto aos custos políticos decorrentes da adoção de uma postura de defesa das causas relacionadas à melhoria das condições de reclusão da população carcerária.

Ao mesmo tempo que se constata a falta de sensibilidade do Legislativo em propor Projetos de Lei tendentes a reverter o cenário deplorável do sistema carcerário, assiste-se a uma ausência de motivação política dos órgãos do Poder executivo em tentar reduzir o quadro caótico de superpopulação, seja por meio da criação de vagas nas unidades prisionais, seja por meio da implementação de reformas estruturais que ampliem os presídios e acomodações, de modo a oferecer o mínimo de dignidade aos presos. Sem recursos orçamentários, não há possibilidade de financiar a implementação das melhorias e aperfeiçoamentos tão necessários ao sistema penitenciário nacional. E um dos motivos pelos quais o sistema prisional se encontra tão desassistido é porque os recursos do FUNPEN vêm sendo contingenciados pela União, que busca atingir as metas fiscais retendo as

verbas que deveriam ser liberadas aos estados para a realização das finalidades pretendidas pela Lei Complementar 79/1994.

Se o Executivo não tem capacidade ou vontade política de implementar os planos de contingência necessários à redução quantitativa da superpopulação carcerária, resta ao Judiciário adotar as providências de sua alçada para amenizar a situação de hiperencarceramento, seja por meio da proibição judicial de novos ingressos (enquanto não houver melhorias nos presídios), seja por meio da antecipação de benefícios penitenciários. No entanto, o que se nota é que os juízes da execução penal têm colocado em prática uma cultura do encarceramento, por meio do emprego excessivo da prisão provisória, e da pouca disposição em aplicar medidas cautelares alternativas à prisão. O judiciário poderia contribuir para a desocupação parcial das unidades prisionais que operam acima de sua capacidade máxima, caso procedesse à revisão periódica das prisões processuais, a fim de identificar os detentos cuja situação processual seja compatível com a concessão de progressão de regime e outros benefícios legais antecipados, como a prisão domiciliar. No entanto, a grande quantidade de prisões processuais que se prolongam no tempo e a manutenção de condenados em regime prisional mais gravoso (sob a justificativa de ausência de vagas) revelam a resistência do judiciário em cooperar para desafogar o sistema carcerário.

Diante dessa explanação, avulta a conclusão de que a responsabilidade do Poder Público pelas falhas estruturais e deficiências sistêmicas do sistema penitenciário deve ser compartilhada entre órgãos e autoridades pertencentes aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

4. O IMPACTO DO COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL E MEDIDAS JÁ ADOTADAS PELOS TRÊS PODERES

As condições de insalubridade do sistema prisional brasileiro revelam um cenário de violação reiterada e sistemática de diversos preceitos da Constituição de 1988, configurando o chamado “estado de coisas inconstitucional”⁴⁷, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal por meio de pronunciamento em Medida Cautelar no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. No julgamento dessa cautelar, o STF debateu a adoção de providências estruturais com o objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União e dos demais entes federativos.

As falhas estruturais recorrentemente denunciadas no âmbito do sistema prisional se agravaram recentemente em face de novo dado inesperado, consistente na disseminação do denominado coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 - Sars-Cov-2 (também chamado COVID-19) no Brasil. Os problemas sistêmicos relativos à violação de preceitos fundamentais no cárcere, já extensamente relatados no âmbito da ADPF 347, se aprofundaram com a chegada da pandemia do COVID-19. A doença se abateu sobre o sistema penitenciário de forma ainda mais sensível que no restante da sociedade, tendo em vista a condição de maior vulnerabilidade da população prisional, bem como o fato de o ambiente de confinamento e insalubridade dos estabelecimentos prisionais propiciar a propagação da infecção causada pelo contágio do novo coronavírus.

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde reconheceu a existência de pandemia mundial em face da contaminação do COVID-19. Já aqui no Brasil, a Portaria nº 188/2020 do Ministério da Saúde decretou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional em decorrência da disseminação da infecção causada pelo coronavírus. Os últimos dados produzidos pelo Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias)⁴⁸ apontam que o quantitativo da população carcerária do Brasil perfaz um total de 748.009 mil pessoas, conforme

⁴⁷ “Estado de coisas inconstitucional” se refere a uma formulação teórica de nomenclatura cunhada pela Corte Constitucional da Colômbia cuja caracterização requer a verificação da existência de três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004)

⁴⁸ Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br>. Acesso em: 15 out. 2020.

dados de dezembro de 2019, ao passo que o número de vagas disponíveis é de apenas 436 mil, o que conduz a um cenário de confinamento e, conseqüentemente, de superlotação. Desde a chegada do COVID-19 ao sistema prisional, pôde-se contabilizar um avanço de mais de 1.300% de infecções⁴⁹. Essa conjuntura permite descortinar um prospecto desalentador sobre a potencialidade lesiva que a propagação do vírus SARS-Cov-2 representa para o recrudescimento das já precárias condições de insalubridade das unidades prisionais.

É inelutável que a recente declaração pela Organização Mundial da Saúde (OMS) de situação de emergência de saúde pública de interesse internacional em decorrência da propagação do COVID-19 torna ainda mais acirradas as demandas que pressionam as autoridades públicas a se posicionar de forma assertiva frente à deterioração da situação de descumprimento de direitos fundamentais da população carcerária. Em face desse alarmante cenário, impõe-se a adoção de um plano de ação que possa conter a disseminação do COVID-19 no sistema prisional, ou, pelo menos, mitigar os danos decorrentes de sua incidência.

Nesse contexto, algumas medidas vêm sendo adotadas pelos Poderes Públicos no sentido de tentar conter o impacto da proliferação do COVID-19 nas unidades do sistema penitenciário do país. Para a consecução da presente monografia, o levantamento das medidas judiciais, legislativas e administrativas adotadas para fazer frente ao problema utilizou como vertente específica de análise o exercício da competência federal em cada um dos três poderes. Com isso em mente, optou-se por um recorte de pesquisa focado em decisões emitidas por órgãos federais dos poderes da república. Assim, no âmbito do Poder Judiciário e Ministério Público, serão analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como orientações que se extraem da importante Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça e da recente Nota Técnica 2/2020 do Conselho Nacional do Ministério Público. Dentro da esfera de atribuições do Poder Legislativo, o destaque recairá naturalmente sobre projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Quanto ao Poder Executivo, será dado enfoque aos atos normativos infralegais emitidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e pelo Ministério da Saúde e à Resolução 4/2020 do DEPEN, por disporem sobre medidas administrativas de enfrentamento da emergência de saúde pública no âmbito do sistema prisional.

⁴⁹ BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 684, de 11 de maio de 2020. . Brasília, DF. Rio de Janeiro/RJ. São Paulo/SP

Muito embora se verifique um esforço conjunto dos poderes da república em tentar conter o avanço do coronavírus nas prisões, nota-se também, como será detalhado mais adiante, que o Poder Legislativo, conquanto tenha aprovado a chamada Lei Geral da Quarentena, não incluiu nela diretrizes específicas para a população privada de liberdade. Além disso, o legislador não tem empregado a celeridade necessária ao trâmite dos projetos de lei que visam disciplinar o tema, conforme se observa de proposição que altera dispositivos importantes da Lei de Execução Penal, e que foi apresentada em 2013 no Senado e ainda se encontra pendente de apreciação na Câmara dos Deputados. Será demonstrado também que o Poder Executivo, por seu turno, até editou medidas normativas em âmbito federal para tentar conter o avanço do vírus, mas essas medidas se mostram inexecutáveis no contexto de unidades prisionais superlotadas e sem assistência médica adequada. Discorrer-se-á também sobre a questão da falta de testagem em massa dos presos e sobre os procedimentos de registro e identificação de óbitos no sistema prisional, que acabam gerando muita subnotificação de mortalidade por COVID-19. O Poder Judiciário acertou em editar a Resolução 62 do CNJ, dispondo sobre medidas de desencarceramento racional. Contudo, as possibilidades de implementação dessa resolução se mostram pouco promissoras em face da resistência dos magistrados e tribunais superiores em aplicar suas diretrizes. Isso será mais à frente nesta monografia ao se estudar as decisões das cortes superiores que indeferiram pedidos de habeas corpus impetrados em favor de presos do grupo de risco acentuado para complicações advindas do COVID-19.

Ao longo deste capítulo, procurar-se-á demonstrar a ineficácia das medidas adotadas pelo Governo Federal, Congresso Nacional e pela atuação judiciária dos Tribunais Superiores no que diz respeito à prevenção do COVID-19 no sistema prisional e ao combate à superpopulação, o que torna necessário a transposição dessa demanda para as instâncias jurisdicionais internacionais de proteção dos direitos humanos, conforme se estudará de forma mais detida no capítulo cinco.

4.1 PROVIDÊNCIAS NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO

No âmbito do Poder Legislativo, foi editada a Lei Nacional da Quarentena (Lei 13.979/2020), com o escopo de estabelecer medidas de isolamento e quarentena bem como outras medidas compulsórias no sentido de evitar a propagação do COVID-19.

Essa lei é muito importante no combate à proliferação do coronavírus, estabelecendo barreiras à propagação em massa da doença. Destaque-se, no texto da lei, o art. 3º, que permite às

autoridades públicas adotar, no âmbito de suas competências, as seguintes medidas: isolamento (separação de pessoas já contaminadas); quarentena (referente a pessoas que ainda não contraíram o vírus); determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas entre outros tratamentos médicos específicos; uso obrigatório de máscaras de proteção individual; estudo ou investigação epidemiológica; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver, dentre outra série de medidas.

A lei não parece padecer de problemas de inconstitucionalidade. A finalidade dela é permitir que a Administração Pública possa determinar medidas como isolamento e quarentena, prescindindo de decisão judicial para tanto. A Constituição Federal estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Portanto cabe ao Estado garantir, por meio de políticas públicas, que os riscos à saúde das pessoas sejam mitigados. O Estado tem o dever de prover e dar segurança à coletividade, e é nesse contexto que se insere a Lei 13.979/2020.

Contudo, o problema surge do fato de essa lei não contemplar previsões específicas direcionadas aos estabelecimentos onde há confinamento de pessoas, como nos cárceres e espaços de privação de liberdade. E os projetos de lei que de fato abordam a problemática da propagação do COVID-19 especificamente em relação à população presa ainda não concluíram todas as etapas de tramitação do processo legislativo para que possam entrar em vigor, conforme se verá a seguir.

Tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei do Senado nº 9054/2017, modificando, dentre outros, a Lei de Execução Penal, ao introduzir o seguinte artigo:

Art. 114-A. É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade. § 1º Sempre que atingido o limite, será realizado mutirão carcerário pela corregedoria respectiva. § 2º Havendo presos além da capacidade do estabelecimento, o juízo da execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo de ser preenchido. § 3º Os mutirões carcerários com a finalidade de redução da população carcerária deverão priorizar a liberdade dos presos sem sentença há mais de 90 (noventa) dias da data da prisão e os presos por crimes sem violência contra a pessoa, aos quais se poderão aplicar, se o caso justificar, medidas cautelares alternativas à prisão.

Esse PL traz importantes diretrizes que já deveriam estar sendo cumpridas pelos órgãos envolvidos na execução penal a fim de desobstruir a situação de superpopulação do sistema carcerário. Exemplos dessas medidas, trazidos no próprio texto do projeto de lei, são a antecipação de progressão de regime para os presos que se encontrem na iminência de atingir o requisito temporal objetivo para fazer jus ao benefício, e o deferimento de medidas cautelares alternativas à prisão

para os que estão presos há mais de 90 dias sem condenação. Contudo, conforme informações extraídas do portal da Câmara dos Deputados, esse PL, que se originou do Projeto de Lei 513 apresentado no ano de 2013 pelo Senado, ainda aguarda a criação de comissão temporária pela Mesa da Câmara dos Deputados⁵⁰. Portanto, sua tramitação pode estar longe de ser concluída antes que o PL possa entrar em vigor.

Outro Projeto de Lei (o PL de nº 2063/2020) dispõe sobre providências urgentes a serem aplicadas a pessoas privadas de liberdade, como, por exemplo, a colocação em prisão domiciliar dos presos que se encontrem cumprindo pena em regime semiaberto e aberto; a revisão das prisões cautelares com vistas à aplicação de medidas alternativas à prisão para as pessoas privadas de liberdade que se encontrem no perfil do grupo de risco; a conversão de prisões provisórias em domiciliares; bem como a disponibilização de uma unidade exclusiva na Administração Penitenciária para receber todos os que apresentam sintomas do COVID-19 e que não sejam beneficiadas pelo projeto de lei.

Tramita também o Projeto de Lei 2048/2020, que dispõe sobre as regras de visitação e fornecimento de alimentos e outros insumos às pessoas em privação de liberdade, enquanto durar o estado de emergência em razão da epidemia do COVID-19.

No Congresso Nacional também tramita o Projeto de Lei 978/2020, cujo artigo 1º dispõe sobre:

medidas penais, processuais penais e socioeducativas emergenciais a respeito da população carcerária brasileira após o decreto da Organização Mundial da Saúde (OMS) de pandemia decorrente do alastramento das infecções pelo coronavírus (COVID-19), levando em consideração o elevado risco à sociedade em geral e, em especial, às pessoas em privação de liberdade, aos agentes penitenciários e aos demais servidores vinculados às Secretarias de Administração Penitenciária, demandando medidas urgentes com vistas à preservação dos direitos fundamentais à vida e à saúde, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Todos esses projetos de lei são iniciativas importantes do Poder Legislativo, a nível federal, considerando o dever que incumbe a esse poder de contribuir para a adoção de medidas emergenciais que levem em conta a urgência de reduzir o grau de alastramento do contágio. Essa urgência é dada pelo fato de as pessoas privadas de liberdade estarem mais vulneráveis à pandemia do coro-

⁵⁰ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836>

navírus do que o restante da população, dadas as condições de confinamento às quais estão submetidos por longo período de tempo e dada a proximidade entre os presos em razão do tamanho das celas, o que amplifica a velocidade de contaminação por doenças contagiosas.

No entanto, embora louváveis os esforços do legislativo em propor projetos de lei com a finalidade de superar o triste quadro sanitário nos espaços de privação de liberdade, é necessário cobrar do Estado um compromisso público no sentido de agilizar o trâmite dessas proposições legislativas, em face da urgência imposta pela situação de emergência de saúde pública que se agrava a cada dia. Por essa razão, o Estado brasileiro deve dar mais celeridade à tramitação das medidas legislativas supracitadas, em face da conjuntura verificada na situação sanitária e de saúde pública, que está a demandar medidas emergenciais e rápidas, visando conter o avanço do alastramento da pandemia.

4.2 PROVIDÊNCIAS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO

Entre os atos normativos editados pelo Executivo, menciona-se a Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, do Ministério da Justiça e Segurança Pública e Ministério da Saúde, que dispõe sobre medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública, cujo descumprimento sujeita as autoridades competentes à responsabilidade civil, administrativa e penal.

Cita-se também a Portaria nº 356 do Ministério da Saúde, que endossou as diretrizes estabelecidas no Plano Nacional de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (COVID-19), visando a aplicação de medidas de isolamento e quarentena.

Reconhece-se igualmente na Portaria nº 135/2020 uma confirmação dos esforços do Executivo para conter a disseminação do vírus no sistema prisional. Essa portaria do Ministério da Justiça estabelece medidas de restrição de circulação de pessoas a serem cumpridas pelos gestores de estabelecimentos penais. Entre as principais ações arroladas, destacam-se a restrição de entrada de visitantes; limitação de transferência de presos; isolamento de presos com sintomas gripais; assepsia diária das celas; aumento do tempo de banho de sol; concessão de prisão domiciliar aos custodiados que preencham os requisitos legais para tanto, com monitoramento eletrônico; realização de mutirões carcerários virtuais; triagem dos presos que retornam das saídas temporárias, entre outras.

Todavia, a citada Portaria 135/2020 peca ao prever, em seu artigo 3, inciso VII a “suspensão ou redução das atividades educacionais, de trabalho, assistência religiosa ou qualquer outra que envolva aglomeração e proximidade entre os presos”⁵¹. Na prática, essa portaria, ao prever a limitação do tempo de atividades externas à cela, instaura um regime de confinamento absoluto, o que resulta em violação de direitos humanos.

A Portaria Interministerial nº 7 do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde também foi editada com a finalidade de enfrentar a emergência de saúde pública, regulamentando especificamente a forma como se daria o controle da infecção dentro do ambiente intramuros. Cabe discorrer sobre ela com mais atenção, uma vez que da análise de seus termos chegar-se-á à conclusão que o ato se mostra impossível de se cumprir, ante a realidade prisional brasileira.

Em primeiro lugar, a Portaria recomenda que a administração prisional realize procedimentos de verificação e identificação de casos suspeitos entre os custodiados. Contudo, dados do DE-PEN apontam que apenas um terço dos estabelecimentos prisionais contam com equipes de saúde⁵². A Portaria não estabelece uma alternativa para o cumprimento de suas diretrizes na hipótese de ausência de equipe de saúde na unidade prisional.

Ademais, como medida para o enfrentamento da disseminação da doença, a Portaria prevê o isolamento individual na hipótese de identificação de casos suspeitos ou confirmados entre os custodiados. Ante a impossibilidade de se realizar o isolamento em cela individual, o artigo 3º, §1º da Portaria recomenda à Administração Penitenciária que adote o “isolamento por corte e o uso de cortinas ou marcações no chão para a delimitação de distância mínima de dois metros entre os custodiados”. Ora, considerando-se que a concretização do dispositivo que prevê o afastamento mínimo de 2 m proposto exigiria uma cela com área de 12 m², torna-se impossível na prática efetivar o isolamento recomendado pela Portaria, já que praticamente nenhuma unidade prisional do país sequer conta com esse espaço de cela. Não há lógica possível que conceba viabilizar o afastamento de mais de 2 metros de distância dos presos entre si, conforme preconizado pela Portaria.

⁵¹BRASIL. Portaria nº 135, de 18 de março de 2020. Estabelece padrões mínimos de conduta a serem adotados em âmbito prisional visando a prevenção da disseminação do COVID-19. Brasília, DF, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-135-de-18-de-marco-de-2020-248641860>. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁵² BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 684, de 11 de maio de 2020. . Brasília, DF. Rio de Janeiro/RJ. São Paulo/SP

Acrescente-se que o esquema proposto pelo referido ato infralegal exigiria que o preso permanecesse imóvel, a fim de não aumentar o raio de isolamento, medida que se revela também, por óbvio, impossível.

Cumpra acrescentar que o art. 88, parágrafo único, “b”, da LEP estabelece que uma cela individual deve ter pelo menos 6 m². Destarte, depreende-se da Portaria Interministerial que, onde não houver celas individuais para realizar o isolamento, deve-se desenhar linhas ou colocar cortinas em torno do preso em uma área superior àquela que corresponderia a duas celas individuais. E, mesmo assim, isso só seria possível partindo do pressuposto de que o preso se manteria imóvel em um ponto central. Não há qualquer viabilidade física de cumprimento dessa determinação.

Além de tudo isso, ainda que essas medidas fossem viáveis de serem executadas, nada garante que elas seriam eficazes para evitar a disseminação do coronavírus, já que não há previsão, na portaria, de higienização das cortinas, nem de proteção contra a exposição a risco de saúde dos agentes penitenciários que teriam que entrar nas celas para pendurar as cortinas e fiscalizar o cumprimento do regulamento sanitário estabelecido pela normativa.

A Portaria também não prevê testagem dos presos, mas tão somente a identificação de casos sintomáticos. Assim, ela não apresenta nenhuma eficácia quanto a impedir a entrada do vírus no ambiente prisional. Destarte, a mencionada Portaria é “bem intencionada” em suas finalidades, mas inexecutável e ineficaz na prática.

Quanto à testagem de presos, salta aos olhos também a ausência de uma política ampla de testagens entre eles. Da leitura da Nota Técnica Conjunta n. 01/2020, de autoria do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, vê-se que a inexistência de testagem da população carcerária dificulta a verificação da real dimensão do alastramento do coronavírus nas prisões. Conforme o documento, o número de testes realizados no sistema prisional corresponde a menos de 0,1% dos custodiados. A emissão das declarações de óbito realizadas no sistema prisional não tem apresentado informações fidedignas de modo a retratar a realidade dos óbitos atestados. O controle de óbitos no sistema prisional nacional tem sido deficiente; não se observa a necessidade de registro civil do óbito previamente à cremação ou ao enterro; as perícias não são conduzidas por equipes independentes, imparciais e externas à unidade prisional (estando, dessa maneira, vinculadas à administração penitenciária); e o manejo de corpos durante a pandemia tem sido realizado de forma inadequada, usando metodologias que não garantem a identificação dos mortos e que contradizem os padrões do direito internacional dos direitos humanos. Além de

tudo isso, verifica-se que a declaração de óbito com causa indeterminada tem sido largamente empregada, o que tem o potencial de gerar aguda subnotificação.

Entre as ações adotadas pelo DEPEN no sentido de prevenir o COVID-19 no sistema prisional, destaca-se a Resolução 4/2020. Ela estabelece diretrizes extraordinárias para o enfrentamento à disseminação do coronavírus referentes à administração da justiça pelo juiz da execução penal, notadamente a determinação de liberação de preso não integrante de facção criminosa como medida preventiva relacionada ao novo coronavírus. Com relação à administração penitenciária, a Resolução estipula a colocação em quarentena de 14 dias para todo preso que ingressar na unidade prisional. Fica estipulado o distanciamento do preso do convívio coletivo, em caso de suspeita de contágio, bem como o dever de comunicar ao juiz da execução penal sobre a existência de protocolos de atuação e planos de contenção relacionados ao COVID-19. O Departamento Penitenciário Nacional fica obrigado a apresentar relatórios sobre a situação prisional em cada um dos Estados da federação. Esses relatórios deverão conter o número de casos suspeitos, confirmados e de óbitos relacionados ao novo coronavírus.

Além da Portaria 7, cuja ineficácia já foi demonstrada, verificam-se que outras propostas do Executivo, vocacionadas a promover o enfrentamento da pandemia no sistema prisional, se mostram ineficazes e incompatíveis com o esforço nacional e internacional em conter o avanço do coronavírus nas prisões.

Exemplo disso é a proposta de flexibilização da arquitetura prisional para a acomodação de presos em estruturas extraordinárias com características que guardam similitude com contêineres de carga adaptados, instaladas sob o argumento de promover o isolamento de custodiados pertencentes ao grupo de risco aumentado para complicações decorrentes da infecção por COVID-19. O pedido foi feito pelo DEPEN e pelo Ministério da Justiça, que encaminharam ofício ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP solicitando a alteração da Resolução nº 9/2011-CNPCP nesse sentido.

O pedido do DEPEN para que fossem utilizados contêineres como celas, justamente para pessoas do grupo de risco aumentado para complicações por COVID-19, demonstra que as medidas administrativas pensadas pelo Executivo visando o enfrentamento da pandemia no sistema prisional não guardam conformidade com a Constituição Federal. A acomodação de pessoas em contêineres se revela tratamento cruel e desumano, tanto que o pedido foi negado pelo

Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça – DMF-CNJ.

Assim, no que diz respeito às competências do Governo Federal, nota-se que não há política efetiva atualmente em curso que previna a violação de preceitos fundamentais, em face do alastramento da pandemia nas prisões. A Portaria Interministerial 7, embora traga medidas que façam sentido do ponto de vista sanitário, se mostra praticamente inexecutável, pois suas medidas são completamente alheias à realidade prisional brasileira. E a proposta de instalação de contêineres para acomodar presos do grupo de risco, caso prosperasse, se revelaria flagrantemente inconstitucional, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3 PROVIDÊNCIAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Em março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 62⁵³, que consolidou, no âmbito do Judiciário, orientações para que os diversos magistrados e tribunais brasileiros busquem a unificação de providências no sentido de promover a racionalização do desencarceramento, com apoio em diretrizes já constantes na Súmula Vinculante 56.

A Recomendação n. 62 do CNJ orienta os magistrados a procederem à reavaliação das prisões provisórias de pessoas que se enquadrem no grupo de risco aumentado para complicações advindas da infecção pelo COVID-19 e de pessoas presas há mais de 90 dias (Art. 4º, I). Também insta os juízes a observarem a “máxima excepcionalidade” para a decretação de novas prisões. A Resolução determina também a saída antecipada de pessoas do grupo de risco ou que estejam em estabelecimentos operando acima de sua capacidade (art. 5º). Ademais, ela contém previsão de que novas prisões sejam decretadas apenas em casos de crimes com violência ou grave ameaça (Art. 8º, I, “c”), dentre outras medidas de racionalização das prisões.

A Recomendação recebeu inclusive o apoio público do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos para América do Sul (ACNUDH), manifestado no dia 1º de abril

⁵³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.. . Brasília, DF

de 2020⁵⁴. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também endossou a recomendação do CNJ e pediu que outros países adotassem medidas similares para reduzir riscos epidemiológicos e o avanço da doença.

Os protocolos estipulados pela Recomendação 62 do CNJ se inserem no contexto dos esforços promovidos pelos poderes públicos visando à prevenção da pandemia do coronavírus nas prisões, resultando em medidas e recomendações específicas que buscam privilegiar o recurso a penas não privativas de liberdade em todas as etapas da administração da justiça criminal bem como no momento do cumprimento da pena.

Em recente pronunciamento no bojo da ADPF 660⁵⁵, o Supremo Tribunal Federal endossou a legitimidade da Recomendação n° 62 do Conselho Nacional de Justiça, atestando que o pronunciamento do CNJ guarda conformidade com as diretrizes normativas vertidas da Constituição Federal e da legislação federal, sobretudo aquelas veiculadas pela Lei de Execução Penal.

Foi ajuizada também a ADPF 684, que se encontra pendente de apreciação, instando o Supremo a reconhecer o descumprimento de preceitos fundamentais na gestão penitenciária, em face da inapetência dos poderes públicos em evitar a proliferação da pandemia de COVID-19 no sistema prisional. A ação postula perante o STF a adoção de providências como a entrega de itens de higiene e limpeza aos presos e de equipamentos de proteção individual aos agentes penitenciários e socioeducativos; a manutenção de equipes mínimas de saúde nas unidades prisionais; a testagem em massa dos detentos dos grupos de risco; a substituição das prisões preventivas por medidas cautelares alternativas ou pela custódia domiciliar; a revisão das prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 dias; bem como o deferimento de prisão domiciliar para idosos, pessoas do grupo de risco do COVID-19 e deficientes, ressalvados os casos excepcionalíssimos.

Entre as muitas decisões envolvendo disputas na justiça sobre a questão do COVID-19 nas prisões, o estudo proposto neste trabalho acadêmico se aterá às ações de habeas corpus coletivos

⁵⁴ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS PARA AMÉRICA DO SUL (ACNUDH). Recomendação n.º 62 do CNJ sobre prevenção do Covid-19 nos sistemas de justiça penal e socioeducativo. . Santiago, CHILE, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Carta-Brasil-Consejo-Nacional-Justicia.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁵⁵ BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 660, de 20 de março de 2020. . Brasília, DF.

impetradas junto aos tribunais superiores, particularmente ao STJ, enquanto instância que materializa o exercício da atribuição jurisdicional revisional que lhe compete na qualidade de órgão pertencente à estrutura do Poder Judiciário federal, no esforço de obter do Judiciário provimentos jurisdicionais que deem aplicabilidade à Recomendação 62 do CNJ.

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no dia 1º de abril de 2020, estender a todo o território brasileiro os efeitos da decisão do HC-568.693/ES, o qual fora protocolado pela Defensoria Pública da União (DPU), e que determinou a soltura, independentemente do pagamento da fiança, de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança e ainda se encontram submetidos à privação de liberdade em razão do não pagamento do valor. O motivo para a extensão dos efeitos da decisão desse HC foi que a situação fática vivenciada pelo estado do Espírito Santo se aplica a todo o Brasil, haja vista que a emergência provocada pela pandemia do novo coronavírus ultrapassa os presídios do estado. O STJ deferiu, portanto, o pedido da DPU.

Contudo, apesar do apoio público e internacional que a Recomendação 62 do CNJ recebeu, o que se tem verificado é a resistência por parte dos tribunais, atuando como instância jurisdicional revisora, em dar aplicabilidade às diretrizes e orientações emanadas do referido ato normativo, dado seu caráter não vinculante. Não se verificou um incremento quantitativo no número de deferimentos de pedidos de liberdade ou concessões de prisões domiciliares pelo país.

Nesse sentido, em decisão de âmbito nacional, o STJ indeferiu liminarmente o habeas corpus nº 570.440/DF interposto pela DPU, em favor de todas as pessoas presas ou que vierem a ser presas e que estejam no grupo de risco da pandemia do COVID-19. O indeferimento do HC teve como fundamento a aplicação da Súmula 691 do STF⁵⁶. A DPU, inconformada, impetrou um agravo regimental postulando a superação do conteúdo do enunciado da referida súmula em face do agravamento das infecções no sistema prisional. A Defensoria argumentou também que o advento da Recomendação 62 justificaria a superação do entendimento que motivou o indeferimento do habeas corpus. No entanto, o MPF se manifestou pelo desprovimento do agravo regimental, endossando o entendimento do STJ de que o desconhecimento quanto à realidade es-

⁵⁶ Súmula 691: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

pecífica subjacente a cada processo de execução dos presos individualmente considerados inviabiliza a apreciação de um pedido liminar traduzido na forma de uma determinação genérica de soltura daqueles enquadrados no grupo de risco da COVID-19.

Vários outros exemplos podem ser apontados que confirmam a falta de êxito de pedidos de habeas corpus que chegam ao STJ postulando a aplicação das medidas de desencarceramento estampadas na Recomendação 62, diante da negativa de tribunais de justiça estaduais. A maior parte das decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça nega aplicação da resolução aos casos concretos.

No HC n. 567.370/RS do STJ, que discutia a aplicação do art. 4º, II, da Recomendação para reavaliar uma prisão por crime sem violência, que se prolongava há mais de 120 dias, a liminar foi indeferida sob o único argumento genérico de não terem sido verificados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No HC n. 567.357/SP, a liminar foi indeferida sob a alegação de que o “excesso de prazo não seria um cálculo matemático”. O despacho que motivava o indeferimento não trazia nenhuma alusão à situação de pandemia.

No HC 565.769/PR, o despacho que indeferiu a liminar até citou os termos da recomendação, mas, mesmo assim, negou o pedido postulado indicando tão somente tratar-se de pedido que se mistura com o mérito, sem fazer referência ao COVID-19.

Em outro caso, que dizia respeito a um pedido de reconsideração do não conhecimento do HC 560.838/PR, a defesa postulava a reforma da decisão argumentando que o advento da Recomendação 62 exigia uma mudança do entendimento. O STJ negou o feito, afirmando, de forma genérica, que o pedido não contemplava argumento capaz de alterar entendimento firmado por ocasião do não conhecimento do habeas corpus.

Nesse mesmo sentido, pode-se citar os HC's 570.634/DF, 572.568/AC, 572.459/BA e 572.444/SP, que também tiveram liminares indeferidas pelo STJ.

Acrescente-se que, em razão da suspensão das sessões presenciais e da implantação do sistema de rodízios de servidores no STJ por conta da pandemia, corre-se o risco de que muitas ações fiquem sem uma tutela jurisdicional efetiva. Assim, pois, torna-se necessária a emissão de um pronunciamento em caráter coletivo antes que ocorra uma intensificação a níveis trágicos do alastramento da infecção por COVID-19 nos espaços de privação de liberdade.

Todavia, o que se percebe é que tem ocorrido exatamente o contrário. A contribuição dos juízes de instâncias superiores para o enfrentamento da crise epidemiológica tem se limitado à verificação, em relação a cada preso individualmente considerado, da possibilidade de deferimento de liminares em habeas corpus que postulam a revisão da situação de cumprimento de pena conforme os critérios da Recomendação 62. O Judiciário tem evitado analisar a possibilidade de determinação genérica de soltura de presos que se enquadrem no grupo de risco para o COVID-19, conforme decisão prolatada pelo STJ que indeferiu liminarmente o habeas corpus coletivo nº 570.440/DF, já abordado anteriormente neste capítulo.

A Defensoria Pública da União, nos autos de agravo regimental interposto contra a decisão do STJ, denunciou a ocorrência de manifesta ilegalidade como resultado da

ocorrência de múltiplas situações de aprisionamento atual e futuro de pessoas componentes de grupo risco da COVID-19 em ambiente reconhecidamente insalubre e precário em condições sanitárias, de maneira a significar inquestionável risco à integridade física e à vida destes presos.⁵⁷

Em face da velocidade de proliferação do contágio, seria mais compatível com o teor da Recomendação 62 que o Judiciário adotasse medidas mais imediatas para tentar reduzir a população carcerária, como a determinação de saída antecipada coletiva dos presos que não cometeram crimes com grave ameaça e violência e que estejam no grupo de risco. Ao decidir pela análise individual dos casos, corre-se o risco de que a demora do rito processual comum possa frustrar os objetivos postulados pelas ações mandamentais levadas à apreciação do Judiciário, prolongando-se a situação de risco de contágio. Dessa forma, autoridades judiciárias que se eximem de emitir pronunciamentos em caráter coletivo e vinculante colocam em risco a saúde e a vida dos internos, sobretudo porque a maioria deles não pode assumir o ônus financeiro de contratar um advogado para pleitear individualmente a concessão de liberdade pela via do habeas corpus.

O cumprimento das diretrizes da Recomendação 62, tendentes a produzir o desencarceramento e a descontenção total ou parcial de pessoas em situação de prisão, se revela como “a única medida comprovadamente eficaz na prevenção da pandemia no ambiente carcerário”⁵⁸. Isso porque a implementação de medidas com o intuito de promover o isolamento no ambiente carcerário, como querem as orientações expedidas pelos médicos infectologistas que se reúnem diuturnamente com

⁵⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Contrarrazões ao Agravo Regimental [S.N.]. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 abr. 2020.

⁵⁸ <http://mecanismorj.com.br/wp-content/uploads/Relat%C3%B3rio-Parcial-do-MEPCTRJ-sobre-o-COVID19-no-sistema-prisional-atualizado-09.08.pdf>

autoridades judiciárias, se mostra inviável, diante da falta de estrutura das unidades prisionais e da superlotação. Desse modo, a implementação de medidas sanitárias no ambiente prisional só se mostrará eficaz se houver uma política urgente de redução da aglomeração, o que passa necessariamente pela redução quantitativa de presos.

O avanço do coronavírus pode ter consequências irreparáveis. Daí por que a necessidade de um provimento jurisdicional imediato, vinculante e em âmbito nacional e coletivo, dada a urgência imposta pela pandemia. Não obstante, a negativa de pedidos de provimentos jurisdicionais que levem em conta a precariedade da situação carcerária, agravada pelo potencial de contaminação do COVID-19 no sistema prisional, revela resistência evidente por parte do Poder Judiciário em cumprir as orientações constantes da Recomendação n. 62 do CNJ. Reconhece-se que foi adequada a edição do referido ato normativo, mas ainda não se constatou empenho em sanar ou atenuar os graves descumprimentos de preceitos fundamentais de responsabilidade das autoridades judiciárias⁵⁹.

4.4 PROVIDÊNCIAS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Conselho Nacional do Ministério Público também vem empreendendo esforços no sentido de mitigar os efeitos do coronavírus nas unidades carcerárias do país. A Comissão do sistema prisional, controle externo da atividade policial e segurança pública (CSP/CNMP) tem expedido notas técnicas de orientação e atuado de maneira interinstitucional com o Poder Executivo e Judiciário a fim de encontrar formas de equacionar as dificuldades impostas pela pandemia da COVID-19 ao sistema prisional, na medida em que a prisão é um espaço onde os efeitos da pandemia são sentidos de maneira ainda mais sensível. Nesse sentido, a CSP editou a Nota Técnica 2/2020⁶⁰, contendo um roteiro sugestivo de providências a serem adotadas no sistema prisional para aplacar os efeitos da pandemia de COVID-19.

⁵⁹ Há de se lembrar que o próprio Min. Dias Toffoli constatou que não houve qualquer aumento no número de solturas identificável, em comparação com a média de solturas mensal, após a edição da Recomendação n. 62 do CNJ, conforme se depreende de notícia do portal do CNJ: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/dias-toffoli-prises-tempos-covid-19-papel-judiciario>

⁶⁰ COMISSÃO DO SISTEMA PRISIONAL, CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E SEGURANÇA PÚBLICA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **NOTA TÉCNICA Nº 2/2020 - CSP**: Estudo e Roteiro Sugestivo de Providências no Sistema Prisional – Pandemia de COVID-19. Brasília, 2020. 9 p. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Notas_T%C3%A9cnicas/CNMP-CSP-ROTEIRO-COVID-19.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

As recomendações emitidas pela citada Comissão têm como tônica a preocupação em conjugar os esforços adotados pelo Estado como gestor da política penal - relacionados à gestão do sistema prisional - sem contrariar as medidas de mitigação da situação de emergência em saúde pública implementadas pelo Poder Público como gestor da política sanitária. Em decorrência disso, a Nota Técnica 2/2020 preconiza que qualquer medida de enfrentamento à pandemia no sistema carcerário deve levar em conta o grau de contágio existente na unidade prisional que será foco de intervenção do Estado enquanto gestor da política penal e da política sanitária. Assim, somente nos presídios que apresentem risco concreto de contágio e disseminação da doença é que se pode estudar a aplicação de medidas tendentes a promover uma solução de viés desencarcerador como forma de equalizar o problema da superlotação carcerária. Mas essas medidas que culminam na soltura de presos em grupo de risco devem necessariamente ser conjugadas com ações de ressocialização progressiva dos egressos a fim de que as políticas públicas de isolamento e distanciamento social implementadas fora do espaço de privação de liberdade não percam sua efetividade.

Não se pode olvidar que o manejo de instrumentos perante o Judiciário, como habeas corpus coletivos e outros pedidos de providências tendentes à colocação em liberdade de pessoas em situação de vulnerabilidade, traz à tona uma discussão acerca do risco de esses provimentos jurisdicionais provocarem uma grave lesão à saúde pública. Por essa razão, a CSP propõe alternativas que sejam adequadas à realidade prisional e ao tipo de cumprimento de regime - se fechado, semiaberto ou aberto - em cada estabelecimento penitenciário. Contudo, independentemente do regime de cumprimento de pena, existem providências a serem buscadas pelo Ministério Público como forma de enfrentamento do quadro da pandemia nas prisões, que incluem: suspensão de visitas; separação de idosos com comorbidades; manutenção de equipe de saúde para fins de triagem de casos de acesso prioritário ao sistema de saúde, isolamento e vedação de transferência de presos sintomáticos, realização de deslocamento de presos externos estritamente em hipóteses excepcionais, restrição de circulação de grupos com maior risco de infecção e contágio etc.

Além disso, a Nota Técnica 2/2020 orienta o Ministério Público e os demais órgãos envolvidos no sistema de execução penal a buscarem alternativas compensatórias que aliviem o isolamento imposto por medidas de restrição de direito em curso - como a suspensão de visitas de familiares, a suspensão de saídas temporárias e de trabalho externo e a limitação de circulação em geral. Essas medidas de compensação incluem, por exemplo, as visitas virtuais, por videoconferência e contatos telefônicos; e ampliação do acesso a atividades culturais, entre outras.

Essas compensações teriam o condão não apenas de aplacar os efeitos deletérios das medidas de suspensão de circulação de presos, como teriam também a vantagem de, no contexto do regime fechado e semiaberto de cumprimento de pena, permitir o cômputo ficto do tempo correspondente à duração da restrição, para fins de aplicação da remição da pena ou de verificação de comportamento carcerário. Já para presos em regime semiaberto, em penitenciárias que não apresentem risco concreto de contágio e infecção, a CSP não admite a antecipação irrestrita de soltura, à semelhança do que tem sido recomendado para os condenados por crimes sem violência, uma vez que condições impostas pela situação emergencial de saúde pública não são motivo idôneo para a flexibilização da Lei de execução penal (que fixou os regimes de cumprimento de pena e o critérios de progressão). A Nota Técnica também recomenda que, no regime aberto, as medidas de restrição de circulação de pessoas sejam acompanhadas da dispensa de apresentação em juízo para comprovação das atividades, para fins de concessão de livramento condicional e suspensão condicional da pena.

Em suma, a análise das recomendações dispostas na Nota Técnica 2/2020 parece sugerir alguma dissonância entre a postura do CNMP e a Recomendação 62 do CNJ, na medida em que a redação da nota técnica delinea um entendimento do Ministério Público tendente a considerar que a antecipação de soltura irrestrita de pessoas privadas de liberdade em razão da pandemia, além de contrariar as sentenças penais e, portanto, violar a segurança jurídica reclamada pela expectativa de cumprimento dessas sentenças, não guarda conformidade com as medidas de restrição de circulação de pessoas em geral. Por essa razão, o Ministério Público trabalha com alternativas penais para lidar com a crise estrutural do sistema penitenciário, mas que contemplem uma resposta igualmente eficaz aos desafios impostos pela emergência de saúde pública.

Ao longo deste capítulo, estudou-se que a situação de emergência de saúde pública decorrente do alastramento da contaminação pelo COVID-19 impõe a atuação conjunta dos poderes da república, para que, no exercício de suas respectivas competências, adotem providências no sentido de controlar a disseminação do coronavírus no sistema prisional.

O Legislativo, por meio da Lei nº 13.979/2020, definiu um parâmetro normativo importante para a imposição de medidas compulsórias pelas autoridades públicas, como o isolamento e a quarentena, que são cruciais para o combate à proliferação em massa da doença. Mas a lei peca em não contemplar previsões específicas para os estabelecimentos de confinamento de pessoas.

O Executivo, por seu turno, dispôs sobre medidas administrativas de enfrentamento da emergência de saúde pública. No entanto, a exequibilidade delas se mostra comprometida e incompatível com o quadro fático do sistema prisional brasileiro, marcado pela superpopulação carcerária e pela ausência de equipes mínimas de saúde. Soma-se a isso o grave problema da subnotificação da mortalidade por COVID-19 nas prisões, gerada pela ausência de testagem em massa e pelos protocolos de manejo de corpos e de registro e declaração de óbitos, que muitas vezes não permitem a identificação dos corpos ou da causa mortis.

Quanto ao Judiciário, verifica-se que o Conselho Nacional de Justiça, com acerto, emitiu a Resolução 62, orientando juízes e tribunais a buscar a unificação de providências em âmbito nacional com o propósito de possibilitar o desencarceramento racional das unidades prisionais. Contudo, ante o caráter não vinculante da Resolução, resta evidente a inércia dos magistrados em dar concretude às diretrizes que defluem do texto normativo, acarretando insegurança jurídica e violação de direitos.

Em que pese, pois, a adoção de algumas medidas em linha com os protocolos preventivos acerca do COVID-19 no sistema prisional, ainda pesa a inércia das autoridades públicas em implementar as necessárias políticas de desencarceramento racional que se impõem como questão central, no contexto da pandemia, para conter a disseminação do vírus nas prisões e permitir que se dê cumprimento mínimo aos protocolos sanitários exigidos.

5. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Passa-se a discorrer, neste capítulo, a respeito dos fundamentos e conceitos que permeiam a teoria da responsabilidade estatal por atos internacionalmente ilícitos, a fim de proceder à investigação a respeito da viabilidade de se aplicar os pressupostos teóricos que defluem do instituto da responsabilidade para justificar o acionamento do exercício da competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o objeto de estudo aqui em análise, isto é, a violação de direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro, por ações e omissões imputáveis a atos de responsabilidade de autoridades públicas do Legislativo, Executivo e Judiciário brasileiro.

Para tanto, faz-se necessário primeiramente retomar as bases conceituais do instituto da responsabilidade internacional, cuja construção resulta da evolução histórica do direito consuetudinário tanto quanto do trabalho de codificação empreendido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. As concepções que deram origem ao Projeto de Convenção da ONU representam a superação de um paradigma bilateral de relações inter-estatais, focado na reparação de danos, para uma abordagem multilateral, cooperativa, que relativiza a ideia de soberania estatal absoluta típica do Direito Internacional Clássico em favor da noção de uma Ordem Pública Internacional calcada na busca por valores universais.

Serão estudados os dois elementos que integram a definição da responsabilidade internacional, quais sejam o ato internacionalmente ilícito e a imputabilidade. Em seguida, será demonstrado que a denúncia contra o Brasil interposta junto à CIDH prescinde da verificação do requisito de admissibilidade consistente no esgotamento dos recursos internos. Isso porque é possível caracterizar a demora injustificada do Estado brasileiro em tomar as providências executivas, legislativas ou judiciais eficazes para responder às demandas apresentadas pelas ações que questionam o Estado quanto à questão do COVID-19 nas prisões. Ações essas que se encontram ainda pendentes de solução desde que foram protocoladas.

Após, serão tecidas ponderações mais detalhadas acerca dos atos legislativos, das medidas administrativas e dos pronunciamentos judiciais que vão de encontro aos regulamentos sanitários internacionais e aos tratados internacionais de direitos humanos que regem a matéria relativa à proteção dos direitos fundamentais da população privada de liberdade. Somente então, teremos

condições de confirmar juridicamente a tese preliminarmente formulada neste trabalho acadêmico sobre a possibilidade de ser imputada a responsabilidade internacional ao Estado Brasileiro perante a Corte IDH, uma vez configurada a omissão decorrente do descumprimento das obrigações internacionais emanadas do Pacto de São José da Costa Rica, pela ausência de medidas eficazes para conter a propagação do Covid-19 no sistema prisional.

5.1 SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

O instituto da responsabilidade internacional dos Estados se constitui um pilar fundamental do Direito Internacional Público, pois representa o resultado da evolução de práticas e costumes internacionais que culminaram no reconhecimento da igualdade dos Estados em suas relações jurídicas.

Em 1953, a Assembleia-Geral da ONU, por meio da Resolução 799, solicitou a realização de estudos com vistas à codificação dos princípios relativos à responsabilidade internacional dos Estados⁶¹. Em 1996, a Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas aprovou o texto do projeto inicial da convenção internacional sobre responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, que sofreu revisões até ser aprovado em 09 de agosto de 2001, na sua 53ª Sessão⁶². Após sua aprovação, o projeto foi remetido à Assembleia-Geral da ONU para a verificação da possibilidade de adoção formal do seu texto, e posterior assinatura e ratificação por parte dos Estados. Em 2007, a Assembleia-Geral sugeriu aos governos dos Estados que observassem o projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos. A recomendação da ONU para que os Estados apliquem esse projeto de artigos é importante para encorajar o reconhecimento do projeto como norma sistematizadora de regras internacionais que já vinham sendo praticadas quando de sua elaboração.

Para além do trabalho de codificação empreendendo pra CDI das Nações unidas, o estudo da teoria da responsabilidade internacional do Estado não pode ser desenvolvido sem considerar o caráter evolutivo do direito internacional público. Ao longo da história do direito internacional, pode-se identificar duas abordagens diferentes sobre o instituto da responsabilidade: uma

⁶¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 726 p.

⁶² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S.L.], v. 23, n. 7115, p. 1-26, abr. 2020. Disponível em: http://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/mazzuoli_valerio_de_o._responsab._internacional_dos_estados_por_epidemias_e_pandemias_transnacionais.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

abordagem bilateral, própria do Direito Internacional clássico e calcada em um sistema de jurisdições justapostas; e uma abordagem multilateral, associada ao surgimento de uma ordem pública internacional que valoriza a cooperação entre os sujeitos na busca por valores e interesses comuns. Faz-se oportuno um breve resgate conceitual dessas duas dimensões sobre as relações inter-estatais, a fim de melhor compreender como a formação da concepção sobre responsabilidade internacional, sem desconsiderar o esforço de codificação empreendido pela CDI, resulta, em larga medida, de um desenvolvimento progressivo de práticas jurídicas internacionais estruturadas em torno de concepções dominantes em diferentes períodos da história.

Em um primeiro momento, a tônica do relacionamento entre os Estados era dada pela afirmação de uma concepção civilista de igualdade jurídica entre as diferentes soberanias. Prevalecia um sistema de jurisdições justapostas, em que cada Estado era legitimado a perseguir seus próprios interesses, sem quaisquer considerações universalistas a respeito da necessidade de se posicionar em defesa de objetivos e valores comuns. Nesse contexto, a ocorrência de violações a direitos instaurava uma relação jurídica simples e direta que opunha o Estado autor e o Estado vítima da violação em espectros opostos de uma relação bilateral cuja consequência se limitava à imposição do dever de restituição da situação jurídica ao status quo anterior à violação do direito. Essa concepção bilateral de responsabilidade internacional tinha como função essencial tão somente a reparação de danos causados por um sujeito ao outro.

Essa concepção aos poucos foi cedendo lugar a uma dimensão multilateral, à medida que a ideia de soberania absoluta dos Estados se relativizava em favor de uma visão mais colaborativa de relações inter-estatais, que vinha sendo construída sob a égide de uma Ordem Pública Internacional. Tinha-se um ambiente de ideias propício ao desenvolvimento de uma Teoria da responsabilidade do Estados por atos internacionalmente ilícitos. A liberdade absoluta dos Estados passou a ser mitigada, cedendo lugar à ideia da existência de uma comunidade internacional de seres humanos, dotados de personalidade jurídica de direito internacional, cujos esforços deveriam convergir para a proteção de interesses, valores e objetivos comuns. Esses valores e interesses se materializavam na forma de normas peremptórias de direito internacional.

Essas normas, dotadas de hierarquia máxima (status de “jus cogens”), e de titularidade jurídica difusa que obrigava a todos os Estados e sujeitos igualmente (natureza “erga omnes”), possuem o condão de impor a obrigatoriedade de uma proteção especial em face da possibilidade de

sua derrogação. E a violação delas gera consequências jurídicas práticas. A responsabilidade internacional dos Estados surge, com efeito, do conjunto de relações jurídicas que constituem o conteúdo das consequências advindas da violação das normas imperativas. Essas consequências, ao contrário do que preconizava a dimensão bilateral da responsabilidade estatal, não mais se limitam ao dever de reparação de danos ao sujeito lesionado. Elas passam a abranger sobretudo o dever de continuidade de cumprimento da obrigação internacional preexistente violada, bem como a imposição de garantias de não repetição do ilícito, consubstanciando um regime jurídico de proteção especial contra a violação das normas imperativas de direito internacional geral.

Assim, o instituto jurídico da responsabilidade internacional dos Estados foi concebido, em sua gênese, para o reestabelecimento do equilíbrio de situações jurídicas na hipótese de lesão dos direitos e da dignidade de um Estado em decorrência da prática de um ilícito por outro. Com o passar do tempo, o instituto passou a ser também aplicado às relações dos Estados com as pessoas sujeitas a sua jurisdição, notadamente quando da ocorrência de violações estatais de direitos humanos.

De acordo com Valério Mazzuoli, a responsabilidade internacional possui dupla finalidade:

1. Coagir psicologicamente os Estados para não deixarem de cumprir com os seus compromissos internacionais (finalidade preventiva);
2. Atribuir justa e devida reparação àquele que sofreu um prejuízo, em decorrência de um ato ilícito cometido pelo Estado (finalidade repressiva)⁶³.

Conforme abordado anteriormente nesse trabalho, a noção coletiva de justiça fundamenta as concepções universais sobre direitos humanos. Essa mesma noção de justiça constitui o princípio fundamental em torno do qual se erigiu a teoria sobre a responsabilidade internacional estatal. A incidência em normas internacionais que definem condutas lesivas a direitos subjetivos gera responsabilidade no âmbito do direito internacional. A responsabilidade pressupõe a existência de sujeitos de direito, a quem o ordenamento jurídico internacional confere direitos e obrigações que legitimam tanto Estados quanto indivíduos a demandarem e serem demandados perante o Direito Internacional. Assim, a violação de regras de direito internacional faz surgir a responsabilidade do

⁶³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S.L.], v. 23, n. 7115, p. 1-26, abr. 2020. Disponível em: http://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/mazzuoli_valerio_de_o._responsab._internacional_dos_estados_por_epidemias_e_pandemias_transnacionais.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

ofensor, uma vez que o fundamento jurídico que sanciona os comportamentos lesivos é o mesmo que estabeleceu os direitos e obrigações que integram a esfera jurídica de um sujeito de direito internacional⁶⁴.

5.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

A Responsabilidade internacional implica dois elementos: o ato internacional ilícito, e sua imputabilidade⁶⁵.

De acordo com o art. 1º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, “todo ato internacionalmente ilícito de um Estado gera sua responsabilidade internacional”. Para que o ato ilícito possa gerar a responsabilidade internacional, é necessária a existência de uma ação ou omissão atribuível ao Estado consistente em uma conduta que importe a violação de uma obrigação internacional. A obrigação violada pode estar prevista em um costume, uma decisão judicial, ou em um tratado ou convenção internacional⁶⁶, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em havendo ação ou omissão de um agente estatal que importe violação aos compromissos internacionalmente assumidos, tem-se configurado um “ato de Estado” apto a ensejar a responsabilidade, uma vez que a vontade do Estado se materializa através da conduta de seus agentes e representantes.

A doutrina internacionalista adotou a teoria objetiva de responsabilidade⁶⁷, que afasta a necessidade de comprovação de dolo ou culpa para a configuração de uma ilicitude e requer apenas a existência de uma relação de causalidade como pressuposto para embasar a responsabilidade do

⁶⁴ BARROS, Tomás Soares da Silva. **Fundamento e alcance do princípio da jurisdição universal**. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Internacional Público e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Cap. 1. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/42011/1/Tom%C3%A1s%20Barros.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

⁶⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. **Responsabilidade internacional do Estado e sociedade internacional**: a consolidação da comunidade internacional de estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do estado por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31b91e3a8737fd8d>. Acesso em: 1 out. 2020

⁶⁶ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. **Responsabilidade internacional do Estado e sociedade internacional**: a consolidação da comunidade internacional de estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do estado por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31b91e3a8737fd8d>. Acesso em: 1 out. 2020

⁶⁷ RESENDE, Ranieri Lima. Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos: perspectivas atuais. **Revista da Faculdade de Direito da Faculdade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 45, p. 341-372, jul. 2004. Semestral. Disponível em: file:///Users/nelsonsilva/Downloads/1299-2465-2-PB.pdf. Acesso em: 2 out. 2020.

Estado. Desse modo, o Estado responde por toda conduta que vulnere suas obrigações assumidas internacionalmente, independentemente da intenção manifesta, da negligência ou de qualquer elemento psicológico ou mental por parte de seus agentes atuantes.

O comportamento de um agente vai gerar responsabilidade para o Estado caso a conduta possa ser atribuída a órgão pertencente à estrutura jurídico-administrativa do Estado, no exercício das funções legislativa, administrativa ou judicante, e independentemente se a conduta se deu no exercício de funções diretivas ou meramente executoras⁶⁸. Em virtude do caráter de oficialidade que reveste a conduta dos órgãos de Estado, o Estado se torna responsável pelas ações de seus órgãos e agentes, desde que haja um vínculo real entre a pessoa que comete o ato e o aparato estatal.

Assim, o Estado é responsável pelos ilícitos internacionais exteriorizados por meio da prática comissiva de condutas lesivas ou das omissões atribuíveis a órgão pertencente a sua estrutura político-constitucional que importem violações de direitos enunciados nos tratados internacionais. A responsabilidade se impõe independentemente da distribuição interna de competências prevista no pacto federativo brasileiro ou de disposições formais de direito interno, uma vez que os comandos jurídicos internacionais que regem os vínculos obrigacionais entre os Estados são imperativos, obrigando o Estado a acatar os compromissos internacionalmente assumidos.

O segundo elemento da responsabilidade internacional é a imputabilidade. A imputabilidade se refere ao nexos de causalidade que liga a ação ilícita e o responsável pela conduta. Imputabilidade não se confunde com a autoria⁶⁹. Nem sempre o autor do ato ilícito será responsável internacionalmente⁷⁰. É mais importante verificar, para fins de responsabilização, a quem será

⁶⁸ CRAWFORD, 2003, p. 34, DAILLIER, DINH & PELLET, 2003, p.788) *apud* RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. **Responsabilidade internacional do Estado e sociedade internacional**: a consolidação da comunidade internacional de estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do estado por atos internacionalmente ilícitos. a consolidação da comunidade internacional de Estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31b91e3a8737fd8d>. Acesso em: 1 out. 2020

⁶⁹ BOARIM, Lucas. **Elementos da responsabilidade civil**. 2014. Disponível em: <https://lucasboarin.jusbrasil.com.br/artigos/148156591/elementos-da-responsabilidade-civil#:~:text=NEXO%20DE%20IMPUTABILIDADE.&text=Imputabilidade%2C%20como%20mencionado%20anteriormente%2C%20C3%A9,contr%20A1ria%20a%20um%20dever%20origin%20A1rio..> Acesso em: 29 set. 2020

⁷⁰ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. **Responsabilidade internacional do Estado e sociedade internacional**: a consolidação da comunidade internacional de estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do estado por atos internacionalmente ilícitos. a consolidação da comunidade internacional de Estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31b91e3a8737fd8d>. Acesso em: 1 out. 2020

imputado o ato ilícito. E o agente imputado é sempre o Estado, de modo que quem será chamado a responder perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos atos dos agentes públicos será o Estado brasileiro, e não os funcionários públicos. Na lição de Valério Mazzuoli:

os Estados serão sempre responsáveis pelos atos praticados por seus funcionários (servidores, agentes públicos e agentes políticos) quando tais atos forem praticados em seu nome (do Estado). De qualquer forma, o que caracteriza a imputabilidade é a possibilidade de o ato antijurídico ser imputável ao Estado na sua condição de sujeito do Direito Internacional Público, ainda que praticado por agente ou funcionário seu, quando então a imputabilidade e a autoria do fato se confundem⁷¹.

A imputabilidade “significa que o ato ou omissão é atribuível ao Estado”⁷², devendo a ele ser imputado. O Estado, conforme prevê o sistema de responsabilidade que se extrai do Projeto de Artigos elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, possui aptidão para figurar no polo passivo em uma ação de responsabilidade internacional. O Estado pode responder pelos ilícitos praticados no exercício de atribuições de natureza administrativa, judicial ou legislativa.

5.3 ADMISSIBILIDADE DAS PETIÇÕES PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

À luz dos elementos de convicção colacionados ao longo dessa exposição teórica, verifica-se falha governamental apta a configurar violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, reforçando, portanto, a discussão jurídica objeto da investigação que aqui se pretendeu levar a cabo sobre a possibilidade de demandar internacionalmente o Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Conforme tratado no capítulo 2 da presente monografia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a instância adequada para julgar as violações de direitos humanos infligidas contra a população prisional pelo Estado brasileiro, uma vez que o país reconheceu a competência jurisdicional da Corte, por meio de Decreto Legislativo nº 89/1998.

De acordo com o artigo 61 da Convenção Americana sobre Direito Humanos, o órgão da Organização dos Estados Americanos competente para levar uma denúncia a respeito da situação

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S.L.], v. 23, n. 7115, p. 1-26, abr. 2020. Disponível em: http://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/mazzuoli_valerio_de_o._responsab._internacional_dos_estados_por_epidemias_e_pandemias_transnacionais.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁷² ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de direito internacional público. 2. ed. Rio de Janeiro: MRE, 1956. p. 276. v. I.

das pessoas privadas de liberdade no Brasil, durante a pandemia de COVID-19, perante a Corte é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A CIDH pode ser provocada por meio de uma petição individual. No dia 23 de junho de 2020, entidades e organizações da sociedade civil subscreveram representação endereçada à CIDH. A peça denuncia o agravamento do colapso nas prisões brasileiras em virtude da disseminação da pandemia do vírus COVID-19 e questiona o Estado brasileiro a respeito da ausência de medidas emergenciais para conter a incidência crescente do número de infectados e mortos nas unidades prisionais⁷³. O fato de a população privada de liberdade ter sido representada por entidades não governamentais na defesa de seus direitos guarda conformidade com o conjunto de regras previstas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos para disciplinar o trâmite de petições individuais. O artigo 44 da Convenção prevê a possibilidade de não apenas as vítimas, como também terceiros, ONG's e entidades da sociedade civil apresentarem demandas individuais apontando os fatos que comprovem a violação de direitos humanos. Os fatos arrolados na denúncia foram largamente corroborados pela ADPF 684, ajuizada no dia 11 de maio de 2020, demandando do STF providências no sentido de sanar as lesões e violações verificadas, haja vista a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

A normativa interna do sistema interamericano determina o esgotamento de recursos e mecanismos internos de reparação - administrativos ou judiciais - nas instâncias nacionais como condição de admissibilidade de petições individuais perante a CIDH. Contudo, o artigo 31 do Regulamento da Comissão dispensa a comprovação desse requisito em se constatando demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos. Tal demora é evidenciada pela falta de interesse do governo brasileiro em emitir provimentos jurisdicionais ou adotar providências executivas respondendo às demandas apresentadas na citada ADPF, a qual se encontra, até a data em que esse trabalho é escrito, conclusa ao Relator, e pendente de apreciação e análise desde a data em que foi protocolada, em 13/5/2020⁷⁴. Tem-se caracterizada, assim, a demora injustificada no trato da matéria.

Essa demora injustificada também é evidenciada pela resistência do Judiciário em aplicar a Recomendação 62 do CNJ, emitida no dia 17 de março de 2020, data anterior ao ajuizamento da

⁷³ ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS DE MATO GROSSO - ABRACRIM/MT. **Situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil durante a pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/brasil-denunciado-onu-avanco.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020

⁷⁴ conforme se pode constatar do portal do STF na internet: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5910249>

APDF perante o STF. Disso não resulta conclusão outra senão a de que, desde o mês de março de 2020, o Supremo, bem como o STJ, em vez de privilegiar a aplicação da orientação do CNJ, tem adotado postura diametralmente oposta, qual seja a de resistência em conceder o deferimento dos habeas corpus impetrados em favor dos detentos, nos termos da normativa do CNJ. Podem ser usados como meio de prova dessa demora injustificada pesquisas e relatórios que dão conta de que o STF nega 81% dos Habeas Corpus baseados na Recomendação 62 do CNJ sobre a COVID-19. Dos 25 habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública da União, apenas um foi deferido; e dos 4 (quatro) mil processos que constam no painel de ações da COVID-19 no site do STF, metade foi negado⁷⁵.

Não faltam decisões, sobretudo na esfera federal do Judiciário brasileiro, indeferindo a prisão domiciliar para doentes que não tenham praticado crimes com violência ou ameaça. Pode-se enumerar vários julgados do Superior Tribunal de Justiça que negaram pedidos de soltura ou de prisão domiciliar, mesmo em casos de pessoas condenadas por crimes não violentos. Como exemplo, cite-se o HC 570.440, denegado pela Sexta Turma do STJ, em favor de presos em grupo de risco, bem como o HC 576.805, HC 580.495, HC 579.154, entre outros. A resistência dos diversos Juízos do país em aplicar a Recomendação 62/2020 do CNJ é corroborada por dados extraídos do CNJ e do DEPEN⁷⁶.

Tanto é assim que a Defensoria Pública da União (DPU) impetrou Habeas Corpus coletivo em nome de todas as pessoas presas em locais superlotados, que não cometeram crimes violentos e que sejam do grupo de risco. Na ação, a DPU apontou como autoridades coatoras o Superior Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior Eleitoral, todos os Tribunais de Justiça dos Estados da Federação, todos os Tribunais Regionais Federais das Cinco Regiões, os Juízos Criminais Federais, os Juízos Criminais Estaduais e os Juízos de Execução Penal Federais e os Juízos de Execução Penal Estaduais. Esse HC foi impetrado no dia 16 de julho de 2020, e a situação permanece pendente de solução.

⁷⁵ Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020>. Acesso em 14 nov. 2020.

⁷⁶ disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-coletivo-defensoria.pdf> Acesso em: 15 nov. 2020

A situação atrai, dessa maneira, a incidência do artigo 46.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que excepcionaliza a exigência de esgotamento dos recursos da jurisdição interna como requisito de admissibilidade das petições apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na hipótese de demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Resta, portanto, amplamente demonstrada a demora injustificada das instâncias de decisão judicial do país em adotar medidas de urgência para preservar a integridade física e psíquica da população privada de liberdade, em nome do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido no art. 1º, III da Constituição Federal. A denúncia das violações de direitos humanos cometidas contra a população prisional poderá, portanto, ser submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem a necessidade do esgotamento dos recursos domésticos para resolver essa crise, em virtude da demora injustificada do governo brasileiro em tomar as providências devidas para solucionar as mazelas do sistema penitenciário.

Uma vez que já existe uma petição endereçada à CIDH, o art. 25 do Regulamento da Comissão lhe possibilita, desde logo, recomendar ao Brasil a adoção de medidas cautelares a fim de prevenir a ocorrência de danos irreparáveis às pessoas privadas de liberdade, que são objeto do pedido submetido à apreciação da Comissão em junho do corrente ano. Há de se lembrar que o Brasil tem sido reiteradamente notificado pela Corte para tomar medidas emergenciais em relação a pelo menos três presídios específicos: Urso Branco, em Porto Velho/RO; Pedrinhas/MA; e Presídio Central, em Porto Alegre/RS.

A petição então deverá seguir os trâmites internos da Comissão, que, após entender pelo preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, passará a analisá-la. Caso a CIDH se pronuncie no sentido da responsabilização do Estado Brasileiro pelos atos praticados por seus agentes e órgãos governamentais, passará a delinear recomendações para que o Brasil adote providências tendentes a fazer cessar as violações de direitos humanas verificadas no caso em apreço.

A representação será então submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tendo em vista a gravidade das violações de direitos humanos denunciadas, a necessidade de apreciação da petição pelo Tribunal se mostra imperativa, a fim de que sejam determinadas medidas contingenciais de caráter coercitivo a serem cumpridas pelo Brasil. Caso as recomendações não sejam cumpridas, a Corte prolatará sentença de mérito, determinando ações concretas a serem levadas a cabo pelo Brasil, a fim de coibir as violações denunciadas.

Demonstrada a competência da Corte IDH para o julgamento das omissões estatais na condução da política prisional em face da disseminação do COVID-19, surge, portanto, à luz do Direito Internacional Público, a possibilidade de ser imputada ao Brasil a responsabilidade internacional por violações de direitos humanos. Isso porque o governo brasileiro comprovadamente não tomou as cautelas necessárias para conter a propagação do novo coronavírus no âmbito do sistema carcerário, o que configura omissão atribuída ao Estado pela ordem jurídica internacional. Para os fins do presente estudo, essa omissão se materializa sobretudo na forma de não cumprimento das obrigações constantes nos tratados previamente pactuados pelo Brasil, nomeadamente o Pacto de São José da Costa Rica.

5.4 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Estado é internacionalmente responsável por toda ação ou omissão que lhe seja imputável de acordo com as regras do Direito Internacional Público, resultando em violação de direitos humanos ou violação abstrata de normas jurídica internacionais cuja adoção o Estado se comprometeu a perseguir⁷⁷. Imputam-se ao Estado as condutas dos órgãos que o integram, inclusive as provenientes do exercício de atribuições de natureza legislativa, administrativa ou judicial⁷⁸.

De acordo com a doutrina de Alberto do Amaral Junior⁷⁹, o Poder Legislativo gera a responsabilidade do Estado quando aprova leis contrárias à obrigação internacional assumida. Nesse sentido, conforme demonstrado no capítulo três da presente monografia, o recrudescimento punitivo da legislação penal brasileira, do que é exemplo eloquente a recente alteração legislativa introduzida no Código Penal e Processual Penal pelo chamado “Pacote Anticrime”, influi negativamente sobre o sistema de justiça criminal do Brasil, tendo em vista os efeitos deletérios que a punição e a permanência no cárcere produzem sobre o comportamento dos penalizados, aumentando os estigmas e a marginalização social.

⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S.L.], v. 23, n. 7115, p. 1-26, abr. 2020. Disponível em: http://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/mazzuoli_valerio_de_o._responsab._internacional_dos_estados_por_epidemias_e_pandemias_transnacionais.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁷⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 726 p.

⁷⁹ *ibid* p. 315

As modificações incorporadas pela Lei 13.964/19, ao trazer, por exemplo, dificuldades à progressão de regime e à concessão de liberdade provisória aos reincidentes, vedações inconstitucionais à liberdade processual (art. 310, §2º, do CPP), ao criar hipóteses de imprescritibilidade sem respaldo constitucional (art. 116, III e IV, do CP) e adicionar hipóteses de incidência da lei dos crimes hediondos (art. 1º, II, da Lei 8.072/90), representam um aprofundamento do encarceramento em massa e da violência policial.

A atuação repressiva do Legislativo já foi até mesmo alvo de atenção por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que publicou, em 2017, um relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Entre as medidas denunciadas pela CIDH nesse relatório, faz-se menção à predominância de políticas repressivas vertidas da legislação penal, conforme se pode deduzir de trecho extraído da publicação:

a) políticas criminais que propõem níveis mais altos de encarceramento como solução à insegurança cidadã, e que se traduzem na existência de legislação e práticas que privilegiam a aplicação da prisão preventiva, e restringem a possibilidade de aplicação de medidas alternativas; b) a predominância de políticas repressivas (mano dura) nos discursos das altas autoridades para resolver a insegurança cidadã através da privação de liberdade, e a consequente pressão dos meios de comunicação e da opinião pública neste sentido;⁸⁰

O endurecimento da legislação penal, ao se desvincular das finalidades legítimas da pena, reflete uma preocupação excessiva em atender a demandas sociais por criminalização. Nesse sentido, a atuação do legislador concorre para a superlotação carcerária e para a falta de segurança na sociedade, engendrando a responsabilidade do Estado.

A responsabilidade internacional do Estado se origina também da conduta dos agentes do Poder Executivo, independentemente da posição hierárquica que ocupam.

Existe uma presunção de responsabilidade do Estado quanto aos óbitos ocorridos no interior do sistema prisional, uma vez que este é responsável, em sua condição de garante dos direitos consagrados na CADH, pela observância do direito à integridade pessoal de todo indivíduo que esteja sob sua custódia. Dessa maneira, recai sobre o Estado a obrigação de apresentar uma explicação satisfatória e convincente para as lesões e marcas de tortura exibidas por pessoa que

⁸⁰ HUMANOS, Secretaria Executiva da Comissão Interamericana de Direitos (org.). **Relatório sobre as medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [S.I.]: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2017. 166 p. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

esteja sob custódia de autoridades estatais, bem como para as mortes ocorridas nos espaços de privação de liberdade, conforme precedente da CIDH:

Em casos nos quais as vítimas alegam ter sido torturadas estando sob a custódia do Estado, este é responsável, em sua condição de garante dos direitos consagrados na CADH, da observância do direito à integridade pessoal de todo indivíduo que esteja sob sua custódia. Além disso, sempre que uma pessoa é privada de liberdade em um estado de saúde normal e posteriormente aparece com afetações da sua saúde, corresponde ao Estado apresentar uma explicação satisfatória e convincente desta situação. Consequentemente, existe uma presunção pela qual o Estado é responsável pelas lesões que uma pessoa exhibe estando sob a custódia de agentes estatais. Neste caso, recai sobre o Estado a obrigação de apresentar uma explicação satisfatória e convincente do ocorrido e contraditar as alegações sobre sua responsabilidade mediante elementos probatórios adequados.

A insuficiência ou ausência de testagem em massa no sistema prisional para o COVID-19, bem como a realização de declarações de óbito de presos pelos profissionais de saúde da própria administração penitenciária, colocam sob suspeita a confiabilidade dos procedimentos de identificação empregados para indicar a causa das mortes. Isso gera uma sobnotificação de mortalidade por COVID-19 e um uso exagerado da categoria “causa indeterminada” para determinar o motivo das mortes de presos, sem que seja explicitada de forma mais precisa a natureza das doenças que vêm ocasionando um número elevado de óbitos. O Protocolo de Minnesota, documento elaborado pelo Alto Comissariado em Direitos Humanos das Nações Unidas para tutelar o procedimento de investigações de mortes potencialmente ilícitas, estabelece a necessidade de perícias autônomas, isentas e imparciais das mortes ocorridas em prisões. Não é adequado que essas perícias sejam realizadas por equipes vinculadas à própria administração penitenciária, como vem ocorrendo em várias unidades prisionais, conforme aponta a petição encaminhada à CIDH em junho do presente ano⁸¹.

Dessa forma, mostra-se frontalmente contrária às orientações do Protocolo de Minnesota a realização de perícias e procedimentos de investigação de mortes e contabilização de óbitos pela autoridade administradora do espaço de privação de liberdade. O caráter especial das mortes que ocorrem dentro do espaço prisional, bem como o caráter de controle estrito que esses espaços pos-

⁸¹ ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS DE MATO GROSSO - ABRACRIM/MT. **Situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil durante a pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/brasil-denunciado-onu-avanco.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

suem na vida dos sujeitos custodiados, “fato este que por si só gera uma presunção de responsabilidade estatal sobre seus óbitos”⁸², exigem que a investigação *causa mortis* se dê de forma isenta e imparcial.

Além do grave problema apontado quanto à subnotificação da mortalidade por COVID-19 no espaço prisional, outra questão a acender o alerta de organismos internacionais diz respeito à assistência à saúde no ambiente prisional, que tem sido marcada pela negligência e omissão das autoridades estatais. As condições de insalubridade do cárcere favorecem a disseminação do COVID-19, agravando o cenário de colapso sanitário e de saúde. A falta de cobertura mínima de saúde, verificada pela insuficiência de equipes médicas, e pela falta de luz, ventilação, e de acesso à água potável para consumo e higiene pessoal, tem o potencial de causar “sofrimentos de uma intensidade que exceda o limite inevitável de sofrimento que acarreta a detenção”, configurando violação do artigo 5 do Pacto de São José da Costa Rica, conforme precedente jurisprudencial da Corte IDH:

Como responsável dos estabelecimentos de detenção, o Estado se encontra numa posição especial de garante dos direitos de toda pessoa que esteja sob sua custódia. Isto implica o dever do Estado de proteger a saúde e o bem-estar dos reclusos, oferecendo-lhes, entre outras coisas, a assistência médica requerida e de garantir que a maneira e o método de privação de liberdade não excedam o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção. Nesta linha, as más condições físicas e sanitárias dos lugares de detenção, assim como a falta de luz e ventilação adequadas, podem ser em si mesmas violatórias do art. 5º da CADH, dependendo da intensidade delas, sua duração e as características pessoais de quem as sofre, pois podem causar sofrimentos de uma intensidade que exceda o limite inevitável de sofrimento que acarreta a detenção, e porque provocam sentimentos de humilhação e inferioridade. Neste sentido, os Estados não podem invocar privações econômicas para justificar condições de detenção que não cumpram com os parâmetros mínimos internacionais nesta área e não respeitem a dignidade do ser humano⁸³.

O citado precedente deixa claro que a ventilação adequada nos espaços de privação de liberdade constitui direito básico dos presos, sendo sua falta condição suficiente para caracterizar a violação de direitos humanos presentes no artigo 5 da CADH. Em face disso, a Poder Executivo,

⁸² ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS DE MATO GROSSO - ABRACRIM/MT. **Situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil durante a pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/brasil-denunciado-onu-avanco.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁸³ Corte IDH, *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. Sentença de 26.06.2012. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 135

ao editar a Portaria Interministerial nº 7 do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Saúde, flexibiliza direitos fundamentais dos presos e transgredir o tratado internacional constituinte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao empregar, em seu art. 3º, §2º, terminologia que sugere que os espaços de isolamento dos presos - destinados aos casos suspeitos e confirmados de COVID-19 - contarão com ventilação somente “sempre que possível”:

- Os espaços de isolamento deverão, sempre que possível:
- I - conter porta fechada e ventilação;
 - II - disponibilizar suprimentos para a realização de etiqueta respiratória; e
 - III - propiciar meios para higienização constante das mãos, inclusive com água corrente e sabão⁸⁴.

Dessa forma, as condições de insalubridade do cárcere revelam flagrante violação da regra 24.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (regras de Mandela):

A prestação de serviços médicos aos reclusos é da responsabilidade do Estado. Os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem discriminação em razão da sua situação jurídica.

Além disso, a citada Portaria nº 7 peca por omissão ao prever o isolamento por corte dos casos suspeitos entre os presos por meio de uso de cortinas e de marcações no chão de modo a se garantir o espaço mínimo de 2 metros entre eles. No entanto, sem prever medidas que promovam eficazmente a redução da superlotação carcerária, torna-se impraticável isolar os presos em celas diminutas cujo tamanho não atende sequer os parâmetros mínimos previstos na LEP. Ademais, sem a disponibilização de equipes mínimas de saúde nas prisões, não há condições de tratar os presos identificados como casos suspeitos ou sintomáticos, nem de higienizar as cortinas. Nem mesmo há previsão na portaria de procedimento tendente a mitigar os riscos de infecção à saúde dos agentes penitenciários que terão de adentrar as celas para desenhar as marcações no chão e fiscalizar a implementação dos demais protocolos sanitários recomendados pela normativa. Dessa forma, essa Portaria é ineficaz.

A Portaria nº 135 do Ministério da Justiça e Segurança Pública também atrai a responsabilidade do Poder Executivo. Ela dispõe sobre medidas a serem adotadas em âmbito prisional visando

⁸⁴ BRASIL. Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional. . . Brasília, DF, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-18-de-marco-de-2020-248641861>. Acesso em: 12 nov. 2020.

a prevenção da disseminação do COVID-19, porém peca ao prever a interrupção das atividades de trabalho e lazer⁸⁵, conforme se extrai do artigo 2, inciso VII: “suspensão ou redução das atividades educacionais, de trabalho, assistência religiosa ou qualquer outra que envolva aglomeração e proximidade entre os presos”. A limitação do tempo de atividades externas à cela resulta em violação de direitos humanos dos presos, uma vez que os obriga a viver em regime de confinamento absoluto. Nesse sentido, existe um comunicado emitido pela CIDH dando conta de que a pandemia não pode servir como justificativa para a flexibilização ou violação de direitos humanos assumidos pelo Estado a partir de suas obrigações internacionais⁸⁶.

Quanto aos recursos do FUNPEN, amplamente discutido no capítulo três deste trabalho, a Portaria nº 143 do Ministério da Justiça e Segurança Pública admite a possibilidade de rever a destinação dos recursos do fundo pelos Estados a fim de fazer frente às necessidades emergenciais impostas pela pandemia. Contudo, ao prever que a revisão do plano de aplicação do Fundo Penitenciário Nacional não será avaliada pelo DEPEN, a Portaria abre a possibilidade para desvio de recursos e aplicação indevida do fundo pelos Estados. A ocorrência de desvio dos recursos do FUNPEN se reveste da maior gravidade no contexto da pandemia, pois faz com que a verba deixe de ser canalizada para ações de combate à disseminação do COVID-19 no sistema prisional, como, por exemplo, a compra de equipamentos de limpeza, higiene e proteção.

A análise dessas portarias do Ministério da Justiça revela a inapetência do Poder Executivo em tomar as providências que lhe competem para assegurar o cumprimento de obrigação internacional objetivando a proteção da vida e integridade física dos presos. O Estado falha em garantir a eles o mesmo padrão de saúde ofertado à comunidade, incorrendo em violação às Regras de Mandela. Apesar de não ter deixado de apresentar regulamentos administrativos para tratar de assunto atinente à proteção dos direitos fundamentais dos presos, constata-se que o Poder Executivo falhou em dar exequibilidade às medidas administrativas necessárias para lidar eficazmente com as mazelas dos presídios, e, assim, atingir as finalidades perseguidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Isso se deve à impossibilidade fática de aplicação dessas normativas. Essa impossibilidade resulta do fato de não ter sido efetivada a ampliação das equipes de saúde e nem ter

⁸⁵ BRASIL. Portaria nº 135, de 18 de março de 2020. Estabelece padrões mínimos de conduta a serem adotados em âmbito prisional visando a prevenção da disseminação do COVID-19. Brasília, DF, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-135-de-18-de-marco-de-2020-248641860>. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁸⁶ Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/076.asp>

sido concretizada a redução da população prisional. Isso porque a superlotação impede a manutenção da distância mínima entre os presos, o isolamento efetivo e a garantia de higiene⁸⁷, tornando inexecutáveis os comandos normativos previstos nas mencionadas portarias.

De acordo com o art. 1.1 da CADH, o Estado está obrigado a respeitar e garantir os direitos humanos previstos na Convenção, de modo que a negligência da administração prisional em adotar todas as medidas executivas necessárias para proteger eficazmente a vida e a liberdade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade configura omissão do Poder Executivo apta a ensejar responsabilidade internacional do Estado.

Conforme lição de Celso de Mello, verifica-se omissão estatal quando o Estado deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional. A exegese extraída da decisão liminar proferida na APDF 347 permite aduzir que:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)⁸⁸

A omissão governamental é patente quando não se verifica diligência ou disposição de executar as providências que se poderia normalmente esperar, para prevenir violações de direitos⁸⁹.

Além de falhar em realizar testagem de presos, de não proceder à investigação *causa mortis* do óbitos por meio de perícia imparcial, e de não dar exequibilidade às portarias que regulam medidas de prevenção à disseminação da infecção dentro do sistema prisional, verifica-se também omissão grave do Estado ao não preparar um plano estratégico que contemple a redução quantitativa da população carcerária. Já anteriormente solicitado em Resolução da Corte Interamericana⁹⁰, esse plano de contingência deve ter condições de operacionalidade de modo que o Estado possa

⁸⁷ ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS DE MATO GROSSO - ABRACRIM/MT. **Situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil durante a pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/brasil-denunciado-onu-avanco.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF

⁸⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 726 p.

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito do Brasil Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. San José, Costa Rica, .

proceder à realização de obras e reformas emergenciais em estabelecimentos prisionais e à construção de novos pavilhões para possibilitar a abertura de novas vagas, conforme a Tese fixada em repercussão geral no RE 592.581 pelo STF. A omissão do Estado em não dar efetividade a essas providências citadas resulta em transgressão aos postulados da dignidade da pessoa humana e da integridade física e moral dos presos.

A omissão estatal adquire relevância jurídica apta a ensejar uma denúncia perante a Corte Interamericana de Direito Humanos, uma vez que os agentes públicos incorreram no chamado descumprimento do dever de prevenção⁹¹, que se verifica quando a autoridade não adota todas as providências que lhe competem para evitar a ocorrência de uma violação a direitos humanos.

O descumprimento do dever de prevenção pelos órgãos e agentes do Poder Executivo revela uma inobservância das obrigações da Convenção Americana em medida suficiente para ensejar o processamento de uma denúncia perante as cortes internacionais. Mesmo que não se pudesse divisar elementos de uma ação - dita comissiva - por parte dos gestores do sistema prisional, a sua omissão em proceder à tomada de providências com o intuito de evitar o quadro de violações aos direitos fundamentais da população carcerária configura descumprimento do dever de prevenção. Nesse sentido, o art. 14.3 do Projeto de Convenção da ONU sobre atos internacionalmente ilícitos estabelece que:

a violação de uma obrigação internacional que exija do Estado a prevenção de um certo acontecimento produzir-se-á no momento em que começa esse acontecimento e se estende por todo o período em que o evento continua e permanece em desacordo com aquela obrigação.

Verificada a inobservância do dever de prevenir um delito, a responsabilidade internacional do Estado se impõe. Nos casos *Godinez Cruz* e *Velásquez*, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Estado hondurenho pela falta de diligência em evitar que as violações aos direitos humanos denunciadas fossem perpetradas⁹². Nessa linha de argumentação, parece não haver dúvidas de que o Estado brasileiro descumpra obrigação de prevenção ao não contar com um plano de enfrentamento à pandemia que preveja providências para combater as violações de direitos no cárcere, e ao negligenciar a proporção do colapso do sistema prisional com a chegada do COVID-19.

⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 718 p.

⁹² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 726 p.

A omissão das autoridades públicas se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, na medida em que se pode visualizar relação de causa e efeito entre a omissão estatal e a perpetuação da manutenção de pessoas pertencentes ao grupo de risco de contágio pela pandemia em situação de encarceramento.

As condições de insalubridade e precariedade das prisões configuram patente antijuridicidade, com base em entendimento da CIDH:

Quando as condições do estabelecimento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação, o conteúdo aflitivo da pena ou da privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica.⁹³

Dessa forma, resta claro que a antijuridicidade resultante da execução da pena em condições acentuadamente mais gravosas do que as admitidas pelo arcabouço normativo conduz à imputação de responsabilidade pelo sistema carcerário ao Estado, à luz das regras de responsabilidade estatal por atos internacionalmente ilícitos e do artigo 28 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹⁴, que institui a cláusula de obrigatoriedade de cumprimento dos compromissos pactuados pelo Estado Brasileiro. O descumprimento de obrigações que coíbem a prática de atos extremamente lesivos ao direito internacional - como os que protegem os direitos fundamentais à vida e à integridade física - constitui causa suficiente apta a ensejar a responsabilidade no âmbito do direito internacional, uma vez que o fundamento jurídico que sanciona os comportamentos lesivos é o mesmo que estabelece os direitos fundamentais atribuídos aos indivíduos na qualidade de sujeitos de direitos.

A responsabilidade internacional do Estado também decorre dos provimentos jurisdicionais. A resistência do Poder Judiciário brasileiro em cumprir as orientações sobre a gestão da pandemia de COVID-19 no sistema prisional, conforme a Recomendação nº 62, do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e os

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.** São José da Costa Rica, .

⁹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Tratado Internacional de Direitos Humanos nº [S.N.], de 22 de novembro de 1969. Institui a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. . São José da Costa Rica, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

regulamentos da própria Organização Mundial de Saúde, revela um estado de inação e de denegação de justiça, consubstanciada na inexistência de prestação jurisdicional ou no seu retardamento injustificado⁹⁵.

O descumprimento das diretrizes da Recomendação nº 62 pode ser visualizada pela atuação das Cortes Superiores.

Retomando alguns dos exemplos mencionados no capítulo anterior, o Superior Tribunal de Justiça indeferiu liminar no Habeas Corpus nº 567.370/RS, que postulava a reavaliação de prisão por crime cometido sem violência e que já se prolongava por mais de 120 dias, o que vai de encontro com o disposto no art. 4º, II da Recomendação nº 62. O STJ também negou liminar no HC nº 567.357/SP, sem fazer menção ao contexto da pandemia. Outra decisão no mesmo sentido foi dada pelo STJ no pedido de reconsideração do não conhecimento do HC nº 560.838/PR. A Corte, sem se referir à Recomendação 62 do CNJ, se limitou a dizer que o pedido de reforma da decisão não trazia “argumento apto a ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião do não conhecimento do habeas corpus”.

O Supremo Tribunal Federal também emitiu decisões ignorando o descumprimento de direitos fundamentais da população carcerária. A Corte indeferiu, sem análise do mérito, dois pedidos de medidas cautelares apresentados no âmbito da ADPF 347, com fulcro nas diretrizes do CNJ e em normas internacionais, e que diziam respeito à pandemia de COVID-19.

Além disso, a ADPF 684 ajuizada com a finalidade de se obter providências que mitiguem o impacto do COVID-19 no sistema penitenciário, conforme já tratado neste trabalho, se encontra sem qualquer encaminhamento ou previsão de análise até mesmo dos pedidos de medidas liminares das várias organizações da sociedade civil que solicitaram habilitação como *amicus curiae* no âmbito da ação.

Dessa forma, as decisões judiciais acima colacionadas, ao indeferirem benefícios penitenciários postulados com o intuito de fazer cumprir as diretrizes do CNJ e de outras normativas internacionais, revelam a postura do Judiciário de se furtar ao dever de prevenir ou impedir a perpetuação da situação de violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Fato esse que evidencia as deficiências da administração da justiça e a falta de uma assistência jurídica adequada, aptas a justificar o acionamento e responsabilização do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁹⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 726 p.

Conforme o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais remédio efetivo às violações de direitos fundamentais conferido pela Constituição ou pela Lei. Todavia, ante a inércia do governo brasileiro e a incapacidade do sistema jurídico nacional de lidar com as deficiências estruturais do sistema carcerário, justifica-se o acionamento dos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos como alternativa para a resolução do problema.

Assim, diante de todo o exposto, conclui-se que o Estado Brasileiro, relativamente à situação crítica do sistema penitenciário, ao não avançar de maneira mais célere e concreta para reduzir a superlotação e a superpopulação do sistema carcerário, incorre em descumprimento de suas obrigações internacionais pactuadas em tratados internacionais. Pode-se apontar a violação principalmente dos seguintes tratados: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em seus artigos 2; 7; 10; e 14; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seus artigos 5, 11 e 25.

Quanto à questão da pandemia da COVID-19, a falta de um plano de enfrentamento à pandemia e de garantia de direitos, conforme pontuado pelo Observatório Direitos Humanos e Crise COVID-19⁹⁶, e denunciado na Representação encaminhada à CIDH no dia 23 de junho de 2020⁹⁷, revela conduta incompatível com o Direito Internacional.

Violam-sem, dessa forma, os regulamentos sanitários internacionais da OMS, e o Pacto de São José da Costa Rica, além de vários outros tratados internacionais de direitos humanos, conforme mencionado acima, engendrando, por conseguinte, a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

⁹⁶ No dia 09 de junho, organizações da sociedade civil que compõem o Observatório Direitos Humanos Crise COVID-19, lançou seu primeiro boletim com a pergunta que aflige a maioria das/os brasileiras/os: Cadê o plano de enfrentamento à COVID-19 e garantia de direitos? Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/observatorio-de-direitos-humanos-denuncia-ausencia-de-plano-do-governo-para-e-nfrentamento-da-pandemia/>. Acesso em: 10 nov. 2020

⁹⁷ ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS DE MATO GROSSO - ABRACRIM/MT. **Situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil durante a pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/brasil-denunciado-onu-avanco.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020

6. POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

O estudo da responsabilidade do Estado pelos ilícitos internacionais também envolve os efeitos e as consequências jurídicas das violações graves de obrigações decorrentes de normas imperativas. Essas consequências constituem um regime jurídico especial mais gravoso que tem por escopo tutelar as violações a bens jurídicos considerados fundamentais para a comunidade internacional.

Ao menos cinco consequências podem ser deduzidas do descumprimento de uma obrigação caracterizada como ato internacionalmente ilícito: 1) o dever de continuidade de cumprimento da obrigação originária; 2) a obrigação de proceder a investigação visando a apuração de responsabilidade dos responsáveis pelas violações de direitos; 3) o dever de cessação do descumprimento da obrigação; 4) o fornecimento de garantias de não repetição do ilícito e 5) a obrigação de reparação de danos.

Não se pode validamente supor que a ofensa a uma obrigação, ao acarretar ao Estado ofensor o dever imediato de arcar com a indenização dos prejuízos, exime esse Estado do dever de continuar cumprindo a obrigação originária que foi violada. Mesmo que os danos sejam reparados, a obrigação preexistente à violação não desaparece com a imputação do dever de indenizar.

A partir do momento em que uma obrigação contraída por relação jurídica de direito internacional é lesionada pelo comportamento lesivo de uma das partes, recai sobre o sujeito ofensor o ônus de cessar a conduta violadora e oferecer seguranças e garantias de que esse comportamento não irá se repetir. A anulação do comportamento ilícito tem por fim salvaguardar a validade das normas e proteger o sujeito atingido pela conduta, quer esse sujeito seja identificado com o Estado que teve seus interesses imediatamente atingidos, quer com a comunidade internacional, na qualidade de sujeito passivo mediato da ofensa. A Corte Internacional de Justiça fixou duas condições para que haja a cessação de uma conduta ilícita: o ato ilícito deve ter caráter contínuo e a regra violada deve estar válida no momento em que é acionada a responsabilidade do Estado violador. Contudo cabe ressaltar que a obrigação de cessação da conduta ofensiva se dá não apenas na hipótese de continuidade do ilícito, mas também nas hipóteses em que se verificam reiterados descumprimentos de obrigações por parte do Estado.

Além do dever de cessação do comportamento ilícito, não se deve menosprezar a importância de serem dadas garantias de sua não repetição, haja vista a necessidade de reestabelecimento da confiança mútua entre os sujeitos de direito internacional, vinculados por obrigações de caráter continuado. As garantias de não repetição do dano funcionam como medidas preventivas de violação futura, devendo ser acionadas sempre que houver risco de repetição do ilícito e quando a restituição da situação jurídica ao *status quo* anterior à violação da obrigação for materialmente impossível ou insuficiente.

Enquanto a cessação do comportamento ilícito se constitui em uma obrigação negativa que implica o fim da continuidade da conduta ilícita, as garantias de não repetição possuem uma função preventiva, com o intuito de assegurar o desempenho futuro da obrigação.

Já o dever de reparação de danos pode se dar sob as formas de restituição, indenização (*dommages-intérêts*) ou satisfação.

A restituição ocorre quando a situação anterior à ocorrência do ilícito é restaurada, seja por meio da revogação de uma legislação contrária às obrigações internacionais, seja por meio da derrogação de sentença conflitante com o direito internacional.

Quando a restituição for materialmente impossível ou mesmo desproporcional em virtude da irreversibilidade do dano provocado, faz-se a reparação por equivalência, que é a indenização em pecúnia correspondente ao valor que seria devido caso a restituição fosse possível. A essência do dever de reparação está vinculada à extensão do dano. O dever de indenizar se baseia no pressuposto de que o dano causado ao Estado ou aos nacionais do Estado é suscetível de apreciação financeira. Contudo, há situações em que não é fácil quantificar monetariamente o valor indenizatório, caso o dano verificado seja de natureza psicológica, ou de lucro cessante (compensação de um benefício que se deixou de auferir). Nesses casos, o quantum indenizatório pode ser fixado mediante aproximação ou arbitramento, conforme precedente da Corte Interamericana (Caso Blake), que recorreu à técnica do arbitramento para fixar a indenização pelos danos morais e psíquicos sofridos pela família de Nicholas Blake, em virtude da omissão do Estado em proceder à investigação e persecução penal dos responsáveis pelo seu desaparecimento forçado.

O Projeto da ONU sobre responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos prevê, no art. 31, o dever de reparação dos danos causados pelo Estado, pelo que determina:

1. O Estado responsável tem obrigação de reparar integralmente o prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito.

2. O prejuízo compreende qualquer dano, material ou moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado.

O mesmo Projeto também estatui, no art. 32, que “[...] o Estado responsável não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa pela falha em cumprir com as obrigações que lhe são incumbidas de acordo com esta Parte”. Assim, além do dever que o Estado brasileiro teria de reparar os danos causados pela ausência ou insuficiência de medidas de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus tomadas pelos órgãos do Sistema de Justiça Penal e da Administração Penitenciária, também não poderia invocar disposições do direito interno para justificar o não cumprimento das obrigações internacionais. Nesse mesmo sentido é o teor do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Dessa forma, o instituto da responsabilidade jurídico-internacional não pressupõe necessariamente a ocorrência de dano econômico ou patrimonial à esfera jurídica do sujeito, uma vez que tanto os prejuízos materiais quanto ofensas morais podem justificar a reparação de danos.

Um complicador, porém, que surge nesse contexto diz respeito à insuficiência da indenização por danos morais individuais eventualmente fixada em condenação imposta pela Corte IDH em face das condições caóticas de encarceramento dos detentos. Argumenta-se que uma eventual indenização pecuniária não teria alcance suficiente para solucionar um problema dessa monta, globalmente considerado, uma vez que, somente com políticas públicas específicas e providências de cunho administrativo, judicial e legislativo, poder-se-ia encontrar uma via institucional possível para o encaminhamento das respostas políticas que o sistema prisional demanda. Para os fins e objetivos do presente estudo, essa questão não será tratada com o aprofundamento que ela merece, haja vista que o debate que se pretende aqui construir se refere tão somente à hipótese de se reconhecer a responsabilidade do Brasil pela condução dos efeitos do alastramento da pandemia do novo coronavírus por parte da Administração Penitenciária. Por mais que se possa também validamente questionar que esse argumento culmina por propiciar a perpetuação das mazelas do sistema prisional, o problema que se pretende equacionar nesta investigação não permite deduzir conclusão outra que não seja a de que é juridicamente possível demandar o Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela gestão errática da pandemia do Covid-19 no âmbito das unidades prisionais, sem adentrar em questões atinentes a eventual indenização pecuniária às vítimas. Ainda que eventual indenização resolvesse

um problema de cunho individual, ela não teria o condão de sanar a questão estrutural e sistêmica, de ordem coletiva, da qual padece o sistema prisional.

A aplicação do instituto da responsabilidade não mais se acha restrita ao aspeto reparatório. Alberto do Amaral Júnior pontua o crescimento da importância do caráter punitivo da responsabilidade internacional do Estado nas últimas décadas. Discorre o autor que “indenizações punitivas foram impostas não somente a título de pena pela prática de um delito, mas também como forma de desencorajar a ocorrência do mesmo delito no futuro”⁹⁸.

Por fim, a satisfação é outra maneira pela qual se materializa a reparação de danos. Ela consiste na reparação simbólica de danos morais acarretados à dignidade ou à personalidade do sujeito lesionado. São formas comuns de satisfação o pedido de desculpas, o reconhecimento do ilícito e a expressão de pesar .

Assim, as consequências jurídicas decorrentes da violação de obrigações internacionais possuem uma dimensão de proteção às vítimas e outra relacionada ao dever imposto coercitivamente ao Estado violador. O direito da vítima se manifesta na forma da reparação de danos, ao passo que o dever do Estado se consubstancia na cessação da conduta ilícita e no fornecimento de garantias de não repetição.

Para os fins e objetivos do presente trabalho acadêmico, o estudo das possíveis consequências advindas de uma eventual condenação do Estado brasileiro por violações de obrigações decorrentes de normas imperativas de direito internacional geral terá como enfoque a dimensão do instituto da responsabilidade relacionado ao dever imposto coercitivamente ao Estado violador, tendo por parâmetro recomendações pretéritas da Corte Interamericana de Direitos Humanos direcionadas ao governo brasileiro.

Isto posto, passa-se a delinear algumas recomendações práticas que poderiam ser utilizadas como base pela CIDH e pela Corte IDH, em eventual condenação imputada ao governo brasileiro na eventualidade de vir a ser prolatada uma sentença reconhecendo a responsabilidade do Estado pela má gestão da pandemia nos presídios.

6.1 OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAR

O Estado brasileiro pode vir a ser instado a instaurar procedimento que determine e informe a causa de todas as mortes de detentos, bem como a proceder a investigação diligente, efetiva e em

⁹⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 726 p.

prazo razoável, tanto no âmbito penal quanto no administrativo, sobre casos de tortura de presos que se encontrem sob a custódia do Estado. Isso é necessário para determinar todas as possíveis responsabilidades de servidores e impor as sanções que sejam cabíveis a respeito das violações de direitos humanos ocorridas. Ademais, deverá o Estado brasileiro adotar todas as medidas necessárias para que as responsabilidades estabelecidas sejam efetivamente implementadas.

Cabe ao Estado também adotar providências tendentes a implementar a realização de perícia independente em caso de mortes de pessoas ocorridas dentro de espaços de privação de liberdade, nos termos do Protocolo de Minnesota. As autoridades encarregadas da administração prisional devem envidar esforços visando organizar uma base de dados que busque compilar as informações referentes aos óbitos ocorridos no âmbito das unidades penitenciárias de todo o país. Devem também diligenciar pela realização de estudos *causa mortis* no sistema carcerário, com a explanação de informações mais precisas sobre os óbitos e classificação coerente do número de mortes, o que possibilitaria a adequação das medidas de profilaxia e tratamento.

6.2 MEDIDAS DE REABILITAÇÃO

Conforme precedente da Corte IDH, O Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, e abster-se, sob qualquer circunstância, de atuar de maneira tal que se viole a vida e a integridade delas.⁹⁹

Deve o governo brasileiro adotar políticas públicas para atenção à saúde no âmbito da administração prisional durante a pandemia do COVID-19, de modo que se dê cumprimento ao comando normativo 24.1 das Regras de Mandela, que prevê o acesso à saúde às pessoas presas no mesmo padrão oferecido na comunidade.

De acordo com orientações da Organização Mundial da Saúde e Medidas Cautelares preteritas já deferidas pela CIDH, o Estado deve oferecer, de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento médico em nível necessário (não somente a atenção básica) por meio de instituições de saúde. Deve-se franquear aos presos o acesso à rede pública hospitalar extramuros (por meio de convênios do poder público com as redes de saúde locais) quando não for possível providenciar

⁹⁹ Corte IDH, *Caso de Determinados Centros Penitenciários da Venezuela, Centro Penitenciário da Região Centro Ocidental (Cárcere de Uribana) vs. Venezuela*. Resolução de medida provisória de 13.02.2013

atendimento médico adequado por meio de equipes de saúde mantidas dentro do ambiente prisional.

O Estado brasileiro também deve ser obrigado a promover a adequação das condições de detenção e infraestrutura das unidades penitenciárias aos parâmetros normativos mínimos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos.

6.3 MEDIDAS DE SATISFAÇÃO

Em caso de uma eventual condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm sido tradicionalmente adotadas nas sentenças do Tribunal medidas de reparação simbólica que tenham alcance e repercussão pública. Dado que a jurisprudência internacional vem consolidando o entendimento de que a sentença constitui per se uma forma de reparação, uma eventual condenação poderá abrir caminho para que o Estado proceda à publicação da decisão sobre o mérito a ser prolatada sobre o assunto, conforme recomendações semelhantes já adotadas pela Corte no julgamento de casos pretéritos que culminaram com a condenação do Brasil.

Outra medida de satisfação consiste na realização e divulgação de um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado, fazendo referência às violações de direitos humanos declaradas na sentença. Esse ato deverá contar com a presença de autoridades estatais do Governo Federal, e de organizações da sociedade civil que atuaram na qualidade de representantes das pessoas privadas de liberdade no Brasil, ao assinar a peça que provocou o processo de tramitação internacional da representação.

6.4 GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO

Deverá recair sobre o Estado brasileiro a obrigação de adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para evitar a perpetuação de condições de reclusão incompatíveis com os parâmetros existenciais mínimos de dignidade das pessoas privadas de liberdade. Tal obrigação implica o dever de prover quantidade suficiente de servidores ao sistema penitenciário, e de qualificá-los de modo a torná-los aptos a assegurar o adequado e efetivo controle, custódia e vigilância do sistema prisional. Para tanto, o Estado deve adotar imediatamente as medidas necessárias para proteger a vida e a integridade de todas as pessoas encarceradas, bem como dos agentes penitenciários, funcionários e visitantes.

Desta feita, também devem ser levadas em considerações as duas resoluções da Corte IDH que tratam das violações de direitos humanos no sistema prisional, mencionados no capítulo dois desta monografia. Nelas, a Corte decidiu pela necessidade de elaboração de planos de contingência para a reforma estrutural e redução quantitativa da superpopulação carcerária. O tribunal também enfatizou a necessidade de adequação das condições de trabalho dos agentes penitenciários bem como do contingente de servidores do sistema penal às demandas do sistema carcerário. O mesmo deveria ser feito em caso de condenação do Estado brasileiro, para evitar que a tendência de encarceramento e o ritmo de crescimento quantitativo verificado nas unidades prisionais de todo o país continuem a impedir que seja alcançada a capacidade ocupacional adequada nos estabelecimentos prisionais.

Ressalte-se que a simples criação de novas unidades penitenciárias não é suficiente para absorver o contingente de novos ingressos no sistema. Destarte, a omissão do Estado em operacionalizar um plano estratégico para a redução da população carcerária, por meio da proibição judicial de ingresso de novos detentos e da concessão de benefícios penitenciários temporalmente antecipados, é um dos principais fatores que impedem o equacionamento da questão da superlotação do sistema carcerário.

Há de se ressaltar que o Tribunal incorporou em sua jurisprudência os principais parâmetros a respeito de condições carcerárias tidas como adequadas. Especificamente no que diz respeito ao problema da superlotação, a Corte esposou o entendimento de que ela “constitui por si só uma violação à integridade pessoal; além disso, obstaculiza o desempenho normal das funções essenciais aos centros penitenciários”.¹⁰⁰

No que diz respeito aos Projetos de Lei de nº 9054/2017, nº 2063/2020, e nº 2048/2020, já tratados no capítulo três dessa monografia, julga-se pertinente ordenar ao Estado brasileiro que apresente um relatório sobre o andamento da tramitação legislativa dessas proposições. Desse relatório deverão constar observações a respeito das principais alterações propostas pelo PL, seu possível impacto prático na realidade e os prazos sugeridos para sua aprovação definitiva. O PL 9054/2020 enuncia importantes diretrizes que, se forem de fato cumpridas, poderão contribuir para a redução da população carcerária (por meio de multirões carcerários e do deferimento de medidas cautelares alternativas à prisão e da progressão antecipada de regime). O PL 2063/2020 traz

¹⁰⁰ Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27.04.2012, § 67

comandos voltados especificamente aos presos do grupo de risco para COVID-19, recomendando a adoção de providências urgentes como a colocação em prisão domiciliar e a revisão das prisões cautelares. O Projeto de Lei 2048/2020 também é louvável ao disciplinar regras de visitação e fornecimento de alimentos à população privada de liberdade enquanto durar a pandemia. Também é importante o Projeto de Lei 978/2020, que estabelece medidas penais e processuais penais no sistema carcerário, considerando o risco elevado à saúde das pessoas privadas de liberdade. No entanto, é necessário agilizar o trâmite dessas proposições legislativas, em face da urgência imposta pela situação de emergência de saúde pública que se agrava a cada dia. Por essa razão, o Estado brasileiro deve ser cobrado quanto ao compromisso de dar celeridade à tramitação das medidas legislativas supracitadas, com o intento de superar o quadro sanitário verificado. Outrossim, espera-se que o legislador brasileiro diligencie pela alteração legislativa da Lei 13.979/2020, que arrola medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus, para que ela passe a contemplar previsões específicas direcionadas aos estabelecimentos onde há confinamento de pessoas.

Espera-se também que uma possível condenação abra caminho para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos recomende ao Poder Judiciário brasileiro que considere o estado de precariedade do sistema carcerário nacional, declarando de forma definitiva a situação de descumprimento dos direitos fundamentais relativos à saúde, ao acesso à justiça, à vida, à liberdade e à dignidade humana. Eventual resolução condenatória emitida pela Corte IDH poderá instar os juízes encarregados da execução penal a considerarem a conversão das prisões preventivas em medidas cautelares alternativas, e a avaliarem a possibilidade de deferimento de prisão domiciliar aos sentenciados por crimes praticados sem violência ou grave ameaça, sobretudo se estiverem enquadrados no grupo de risco aumentado por complicações decorrentes da infecção pelo COVID-19. A súmula vinculante 56 proporciona parâmetros e diretrizes para que os juízes da execução penal considerem a possibilidade de deferir a progressão de regime ou saída antecipada aos presos em regime semiaberto que estejam cumprindo pena em unidade prisional que opere acima de sua capacidade máxima, até que haja a adequação dos estabelecimentos ao limite máximo de ocupação.

Revestir-se-ia de igual importância eventual recomendação dirigida aos juízes responsáveis pela análise das prisões em flagrante para que apliquem medidas cautelares alternativas à prisão

para os presos em flagrante por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, em atenção às recomendações da OMS e aos termos da Recomendação n. 62 do CNJ.

Por fim, para que as diretrizes tendentes a promover soluções de viés desencarcerador não colidam com as preocupações sociais quanto à saúde pública, é essencial que os presos eventualmente liberados durante a pandemia sejam conscientizados a respeito da importância de se respeitar os protocolos sanitários gerais quanto ao distanciamento social. Para tanto, é razoável que a Corte IDH se pronuncie sobre a importância de elaboração, por parte do CNJ e de autoridades sanitárias, de protocolos de atenção aos presos, instruindo-os a observar as diretrizes de isolamento social, na eventualidade de se encontrarem em liberdade.

As medidas que culminam na soltura de presos devem se somar às ações de ressocialização progressiva de egressos, a fim de que as políticas de isolamento, distanciamento social e quarentena aplicadas fora do espaço de privação de liberdade não percam sua efetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento histórico do direito internacional, foi possível verificar a inserção do indivíduo como sujeito de direitos na ordem jurídico-internacional, sobretudo a partir das construções teóricas do movimento de humanização desse campo do direito. As relações internacionais evoluíram de uma abordagem bilateral, que situava os Estados soberanos como atores monolíticos no campo internacional, para um paradigma cooperativo e multilateral, que favoreceu a titularização de direitos e obrigações pelos indivíduos. Os indivíduos puderem ter acesso às instâncias jurisdicionais supranacionais de proteção dos Direitos Humanos a fim de que pudessem demandar os Estados internacionalmente por qualquer invasão por eles infligida contra sua esfera de dignidade.

Essa configuração jurídica abriu caminho para o desenvolvimento de sistemas globais e regionais de proteção dos direitos fundamentais, titularizados por todos os indivíduos e oponíveis aos demais sujeitos de direito da sociedade internacional. Nesse contexto, assoma o sistema interamericano de direitos, e a competência jurisdicional internacional da Corte Interamericana para o processamento de Estados violadores de obrigações firmadas no Pacto de São José da Costa Rica.

Entre os casos atualmente em trâmite no sistema interamericano envolvendo o Brasil, destacam-se as medidas provisórias e recomendações emitidas pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos atinentes às transgressões de direitos fundamentais praticadas no contexto da administração penitenciária brasileira. Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, foram apresentados casos concretos em que foi imputada ao Brasil a responsabilidade internacional perante a Corte em face da violação dos direitos à vida e à integridade pessoal das pessoas custodiadas em locais de privação de liberdade.

A partir de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em julgamento de medida cautelar no bojo da ADPF nº 347, houve o reconhecimento, em sede de jurisdição constitucional, do estado de violação de direitos fundamentais no contexto da política penitenciária do Brasil. Podemos verificar em que medida é possível atribuir responsabilidade a órgãos e autoridades públicas pertencentes à estrutura político-constitucional dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pelos atos comissos e omissivos que dão causa às falhas estruturais de políticas públicas que resultam na violação sistêmica de direitos humanos verificada nas prisões do país.

Constatou-se que o Legislativo incorre em responsabilidade pelo cenário de violação de direitos dos presos na medida em que implementa políticas criminais marcadas pelo excesso de

rigor punitivo em detrimento das garantias constitucionais e legais do cidadão. Não menos grave é a postura do legislador que transfere para outra instância de poder a solução de controvérsias que não encontram espaço no debate democrático-parlamentar devido aos custos políticos decorrentes de sua defesa, como é o caso das matérias que envolvem a defesa da dignidade das pessoas presas.

O Poder Executivo é responsável pelas falhas estruturais do sistema carcerário quando se omite na criação de vagas em unidades prisionais e quando não procede à realização de reformas emergenciais e obras em presídios, de modo a aumentar a capacidade de acomodação de presos e reduzir a superpopulação. A precariedade dos presídios é agravada pela política de contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional praticada pela União. O resultado desse cenário é a inadequação dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos existenciais mínimos que defluem dos tratados internacionais de direitos humanos.

O Poder Judiciário, por seu turno, também incorre em responsabilidade quando se omite em analisar e revisar a situação processual de cada detento, de modo a avaliar a necessidade de manutenção ou não da prisão processual. Magistrados que deixam de privilegiar o uso de medidas cautelares alternativas à prisão, e dão preferência ao emprego excessivo de prisões provisórias reproduzem uma cultura de encarceramento que agrava o problema da superpopulação carcerária.

Ficou, dessa forma, demonstrado, ao longo do desenvolvimento deste trabalho acadêmico, que a responsabilidade do Poder Público pelas falhas estruturais e deficiências sistêmicas do sistema penitenciário é compartilhada entre órgãos e autoridades pertencentes aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O cenário de insalubridade do sistema prisional foi intensificado com a disseminação do coronavírus Sars-Cov-2, que atingiu a população prisional de forma mais acentuada.

Essa situação tornou necessário um plano de ação por parte dos poderes públicos que pudesse deter o avanço do COVID-19 no âmbito das prisões, a fim de evitar o recrudescimento dos índices de contaminação e mortalidade entre a população prisional. Nesse sentido, autoridades dos três poderes passaram a adotar providências tendentes a conduzir o enfrentamento à situação de emergência de saúde pública.

O Congresso Nacional editou a Lei 13.979/2020, permitindo à Administração Pública determinar a adoção de medidas coercitivas objetivando criar uma barreira contra a proliferação em massa da doença. As medidas dispostas pela lei, como isolamento e quarentena, têm aplicação a nível nacional, contudo não houve previsão específica de medidas direcionadas aos espaços de

confinamentos de pessoas. Por conseguinte, a lei é insuficiente para lidar com a crise penitenciária, como de resto são os esforços legislativos que ainda não se concretizaram na forma de leis sancionadas e plenamente vigentes, em vista da demora do trâmite legislativo.

O Ministério da Justiça e Segurança Pública editou várias portarias com o escopo de regulamentar a aplicação da Lei 13979/2020, mas que também se revelaram insuficientes e até mesmo inexecutáveis, uma vez que não atacam o problema central que aflige os presídios, que é o da superpopulação carcerária. Somando-se isso à falta de assistência à saúde dos presos, o resultado é o aumento do número de mortes no sistema prisional, sem que ao menos se tenha uma dimensão realista do verdadeiro potencial letal do COVID-19. Isso se deve à subnotificação da mortalidade decorrente da metodologia empregada no registro e declaração de óbitos, que viola os protocolos internacionais que regulam a matéria.

A condução da linha de investigação proposta por este trabalho resultou na constatação de que não há como dar cumprimento aos protocolos sanitários de prevenção de infecções, em relação aos presos, sem promover a desaglomeração. Nesse sentido, a redução da quantidade de detentos, a partir do esvaziamento parcial das unidades prisionais, ou da colocação em prisão domiciliar de pessoas com maior risco de morte em caso de infecção, se revela como a única medida comprovadamente eficaz de contenção da disseminação da enfermidade.

Nesse sentido, estudou-se que a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça foi importante para consolidar uma série de orientações em relação ao sistema de justiça penal, inclinadas a prevenir a propagação da infecção, por meio da racionalização do desencarceramento e da observância da excepcionalidade da decretação de novas prisões. No entanto, o que se verificou foi a resistência dos tribunais em aplicar suas diretrizes, conforme se depreende da postura recorrente do STJ de indeferir liminares em habeas corpus em favor de presos do grupo de risco para o COVID-19. Essa postura revelou a incapacidade do sistema jurídico nacional de lidar com as deficiências estruturais do sistema carcerário, e tornou patente a violação da obrigação internacional, estudada anteriormente, segundo a qual todos têm direito de receber dos tribunais nacionais remédio efetivo às violações de direitos fundamentais, inclusive a população carcerária.

E assim, a pesquisa empreendida nesta monografia demonstrou que o Estado Brasileiro falhou em tomar providências executivas, normativas e judiciais necessárias para prevenir o alastramento da infecção do coronavírus no âmbito das unidades prisionais, agravando o quadro de transgressão aos direitos humanos relativos à saúde, à vida e à dignidade humana da população

privada de liberdade. Dessa forma, restou configurada omissão estatal pelo não cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil ao aderir à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que justifica levar à jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos a responsabilidade do Estado Brasileiro em não promover a preservação e reparação de tais preceitos.

Após a exposição e desenvolvimento dos argumentos jurídicos que confirmam a possibilidade de ser imputada ao Brasil uma condenação internacional em face das violações de direitos humanos praticadas no contexto do sistema penitenciário, a parte final deste estudo passou a se ocupar da explanação do regime especial que disciplina as consequências jurídicas advindas das violações aos bens jurídicos protegidos pela comunidade internacional. O estudo dessas consequências nos permite compreender que os deveres impostos aos Estados, em decorrência do reconhecimento de sua responsabilidade internacional, atuam como mecanismos de coação indireta para desencorajar a manutenção de comportamentos atentatórios aos valores e interesses tidos como essenciais para a humanidade, como a vida, a integridade pessoal e a liberdade. Valores esses que são tão caros, eis que em torno deles se erigiu, ao longo da história e através de práticas evolutivas e enunciados normativos, amplo consenso a respeito da necessidade de sua salvaguarda no âmbito da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 684, de 11 de maio de 2020. Brasília, DF. Rio de Janeiro/RJ. São Paulo/SP

COLÓQUIO Deborah Duprat: Necropolítica e Encarceramento e o Sistema de Justiça. [S.I.]: Fórum Justiça, 2020. (119 min.), P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wYQaNvYAAik>. Acesso em: 26 set. 2020.

COMISSÃO DO SISTEMA PRISIONAL, CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E SEGURANÇA PÚBLICA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **NOTA TÉCNICA Nº 2/2020 - CSP: Estudo e Roteiro Sugestivo de Providências no Sistema Prisional – Pandemia de COVID-19.** Brasília, 2020. 9 p.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 718 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.. Brasília, DF

Conselho Nacional do Ministério Público; Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2:** diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil. Brasília: Taís Schilling Ferraz, Coordenadora do Grupo de Persecução Penal da Enasp, 2012. Disponível em: [axa de elucidação da autoria desses delitos, que permanece baixa..](#) Acesso em: 15 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.** São José da Costa Rica, .

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal volume único parte geral.** 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. 712 p.

Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2019.** Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br>. Acesso em: 15 out. 2020.

EISELE, Andreas. **Direito Penal - Teoria do Delito.** 1 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018

FERREIRA, Thyago Vargas. **O poder punitivo discriminatório resultante de um processo de criminalização seletivo.** 2012. 66 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31345/THYAGO%20VARGAS%20FERREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 out. 2020

FREIRE, Alice de Almeida. **Manual nacional do controle externo da atividade policial.** Goiânia: Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União,

2009. 108 p. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/CAOCri_ControlExtAtivPol/Manual%20Nacional%20do%20Controle%20Externo%20da%20Atividade%20Policial.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

HUMANOS, Secretaria Executiva da Comissão Interamericana de Direitos (org.). **Relatório sobre as medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. [S.I.]: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2017. 166 p. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/re-latorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de (comp.). **Banco nacional de monitoramento de prisões**. 2020. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/captcha/%2Fpesquisa-peca>. Acesso em: 19 nov. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. 1949 p.

MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise sobre a crise do sistema penitenciário e os reflexos do fracasso da pena de prisão. **Revista Derecho y Cambio Social**, [S.L.], jul. 2020. Disponível em: http://www.derechocambiosocial.com/revista033/a_crise_do_sistema_penitenci%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **O caos do sistema carcerário é também responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público**. 2016. Disponível em: <https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/423635828/o-caos-do-sistema-carcerario-e-tambem-responsabilidade-do-poder-judiciario-e-do-ministerio-publico>. Acesso em: 15 out. 2020.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal parte geral**. 14. ed. São Paulo: Método, 2020. 855 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 476-484

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S.L.], v. 23, n. 7115, p. 1-26, abr. 2020. Disponível em: http://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/mazzuoli_valerio_de_o._responsab._internacional_dos_estados_por_epidemias_e_pandemias_transnacionais.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

MELO, Felipe Athayde Lins de. **Postulados, princípios e diretrizes para a gestão prisional: igual dignidade, protagonismo dos sujeitos e desencarceramento**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016. 61 p. Disponível em: [file:///Users/nelsonsilva/Downloads/postulados-principios-e-diretrizes-da-gestao-prisional-1%20\(1\).pdf](file:///Users/nelsonsilva/Downloads/postulados-principios-e-diretrizes-da-gestao-prisional-1%20(1).pdf). Acesso em: 15 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito da República Federativa do Brasil Caso da Penitenciária Urso Branco**. San José, Costa Rica, .

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº [S.N.]. **Medidas Provisórias A Respeito do Brasil Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. San José, Costa Rica, .

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 244 p.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 608 p.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. **Responsabilidade internacional do Estado e sociedade internacional**: a consolidação da comunidade internacional de estados e sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do estado por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31b91e3a8737fd8d>. Acesso em: 1 out. 2020.

RESENDE, Ranieri Lima. Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos: perspectivas atuais. **Revista da Faculdade de Direito da Faculdade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 45, p. 341-372, jul. 2004. Semestral. Disponível em: <file:///Users/nelsonsilva/Downloads/1299-2465-2-PB.pdf>. Acesso em: 2 out. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdade**, n. 45, p. 104-121, jan-abr. 2014. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/20/artigo4.pdf. Acesso em: 2 nov. 2020.

SÁ, Antônio Macruz de; HAUG, Marianna. O pacote anticrime e o recrudescimento punitivo para os já penalizados: uma análise sobre a reincidência e a habitualidade criminosa. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, v. 331, p. 12-14, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/51/2>. Acesso em: 12 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 9 de setembro de 2015. . Brasília, DF

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 2º Turma Criminal do Tjdft. Habeas Corpus nº 0706957-09.2020.8.07.0000. **Diário Oficial da União**. Brasília.

XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Acesso à justiça transnacional. O sistema interamericano e o processo Ximenes**. Fortaleza: Conpedi, 2010. 22 p. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4100.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.