

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MICHELE GAJETE CARNEIRO

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO ÂMBITO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
FRENTE À COVID-19**

CURITIBA

2021

MICHELE GAJETE CARNEIRO

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO ÂMBITO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
FRENTE À COVID-19**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientadora: Prof^a. Msc. Ana Luiza Chalusnhak.

CURITIBA

2021

MICHELE GAJETE CARNEIRO

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO ÂMBITO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
FRENTE À COVID-19**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2021.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar o tratamento legislativo e jurisprudencial, direitos e obrigações dados aos encarcerados nas condições em que se encontram no sistema penitenciário, frente à COVID-19, por meio da análise e desenvolvimento da reponsabilidade civil do Estado acerca da tutela do preso. Como são largamente divulgados pela mídia, as condições precárias vivenciadas nos estabelecimentos prisionais, como superlotação, violência, facções, mortes e a falta de políticas de ressocialização. Primeiro, abordam-se os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988 e nas leis infra constitucionais vigentes e nos Projetos de Leis. Depois, parte-se para a análise da evolução doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade civil no Brasil, principalmente em relação às atitudes governamentais ao enfrentamento da pandemia. Ao final, demonstra-se a necessidade e urgência de revisão do sistema prisional por meio da jurisprudência, com o estudo do REsp 1.299.900/RJ, RE 592.581/RS e ADPF 347.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Sistema Penitenciário. Preso. COVID-19.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|----------|--|
| ADPF | – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| RE | – Recurso Extraordinário |
| RESP | – Recurso Especial |
| COVID-19 | – Corona Virus Disease (Doença do Coronavírus) |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEIS INFRACONSTITUCIONAIS - DIREITOS E PRINCÍPIOS | 8 |
| 3 DA RESPONSABILIDADE ESTATAL E SUAS CAUSAS EXCLUDENTES | 19 |
| 3.1 FASE DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO | 19 |
| 3.2 FASE DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA | 20 |
| 3.3 FASE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA..... | 21 |
| 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL | 21 |
| 3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA..... | 22 |
| 3.5.1 Ato Lícito e Ilícito | 22 |
| 3.5.2 Teoria do Risco Administrativo | 23 |
| 3.6 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO..... | 24 |
| 3.6.1 Fato Administrativo (Conduta)..... | 24 |
| 3.6.2 Dano..... | 24 |
| 3.6.3 Nexo de Causalidade | 25 |
| 3.7 CAUSAS EXCLUDENTES | 26 |
| 3.7.1 Fato Exclusivo da Vítima | 26 |
| 3.7.2 Fato de Terceiro | 27 |
| 3.7.3 Caso Fortuito e Força Maior..... | 27 |
| 3.8 PESSOAS RESPONSÁVEIS À LUZ DO ART. 37, §6º, DA CF..... | 29 |
| 3.8.1 Pessoas Jurídicas de Direito Público | 29 |
| 3.8.2 Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos..... | 29 |
| 3.9 RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO..... | 29 |
| 3.10 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E AGENTES PÚBLICOS..... | 32 |
| 3.11 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LEGISLATIVOS | 32 |
| 3.12 LEIS DE EFEITOS CONCRETOS E DANOS DESPROPORCIONAIS | 33 |
| 3.13 Leis inconstitucionais..... | 33 |
| 3.14 Omissão legislativa | 34 |
| 4 O COMBATE À COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL | 36 |
| 5 UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS | 42 |

| | |
|-----------------------------|-----------|
| 5.1 REsp 1.299.900/RJ | 44 |
| 5.2 RE 592.581/RS | 46 |
| 5.3 ADPF 347..... | 47 |
| 6 CONCLUSÃO | 51 |
| REFERÊNCIAS..... | 52 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a responsabilidade do Estado pelo sistema penitenciário na atual época da COVID-19.

Necessário esclarecer que o objetivo é defender a necessária aplicação da Constituição Federal e das leis que regulamentam o regime da pena no Brasil.

O fato de alguém ter descumprido a legislação estabelecida pela sociedade, não autoriza que o Estado desrespeite seus direitos. Ante o exposto, indaga-se qual é o limite da responsabilidade da Administração Pública diante do sistema penitenciário?

Para responder tal indagação, primeiramente explicita-se o sistema de garantias que devem resguardar os encarcerados.

A fim de ocorrer uma melhor compreensão do tema, se mostrará a evolução do regime da responsabilidade civil ao decorrer dos anos com suas causas excludentes de responsabilidade, que devem ser por eles provadas.

Ao final, será apresentado o REsp 1.299.900/RJ, RE 592.581/RS e a ADPF 347, com o objetivo de demonstrar os problemas no sistema carcerário e as medidas que vem sendo tomadas, principalmente nesse momento de calamidade pública.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEIS INFRACONSTITUCIONAIS - DIREITOS E PRINCÍPIOS

É clara a precariedade do sistema penitenciário brasileiro, observa-se no dia a dia, conforme as diversas notícias veiculadas à comunidade a respeito das violações aos direitos dos apenados. Mas, de onde vem essa precariedade?

Há de se analisar o começo da instituição desse sistema. Conforme preceituam Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho ¹

A construção do processo civilizatório via pacto social, desde a versão lockeana, que tem no estado de natureza um contraponto fundante (mitificado), pressupõe que os indivíduos, cansados de viver na incerteza do gozo dos bens (vida, liberdade e patrimônio, fundamentalmente), tenham criado um ente abstrato garantidor (Estado). [...] Assim, se no estado de natureza cada indivíduo era juiz em causa própria, resolvendo pessoalmente seus conflitos, no estado civil há uma delegação deste poder ao Estado, figura impessoal e distanciada da contenda. É este terceiro imparcial, contudo, que, além de acertar os casos, deve estabelecer claras e precisas regras de convivência, sob pena de o contratante, em caso de violação, sofrer aquelas penas previamente estabelecidas.

Portanto, o Estado se apresenta como regulador da liberdade em prol da comunidade, conforme pré acordado entre os indivíduos. É um acordo em que há deveres e direitos recíprocos. Segundo Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho²:

O soberano recebe o poder de regulamentar a sociedade com leis, adquirindo, em contrapartida, o dever de garantir a “segurança” dos bens. Ao cidadão é imposto o dever de obediência às leis, correspondendo o direito de exigir as garantias pactuadas.

Assim, há de se explicar sobre o princípio da secularização, que é a base do modelo jurídico penal garantista em que nos baseamos, pois trata-se de um princípio constitucional implícito. Segundo Dallari³:

Importante lembrar, preliminarmente, que entendemos ser a secularização a principal característica dos regimes republicanos. [...] A República era

¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 15.

² Idem.

³ DALLARI, apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 14.

expressão democrática de governo, era limitação do poder dos governantes e era a atribuição de responsabilidade política, podendo, assim, assegurar a liberdade individual.

É uma cisão da Igreja e o Estado, dando mais participação no governo ao povo.

Conforme Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho⁴:

A secularização, ainda, de acordo com cadeia principiológica estabelecida pela Constituição, deduz inúmeros (sub)princípios, como o da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X); do resguardo da liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV); da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI); da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII); e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX). Note-se que, em realidade, a amplitude e o alcance do princípio é superior ao da sua gênese histórica iluminista, representando atualmente verdadeira pedra angular da democracia e ferramenta pródiga de legitimação/deslegitimação de toda atividade do poder estatal, seja legiferante, administrativa e/ou judicial. Possibilita, inclusive, a averiguação dos níveis de legitimidade e dos graus de justiça e validade de todo sistema jurídico, principalmente das legislações penais ordinárias - inclusive pré-constitucionais.

Assim, segundo Ferrajoli⁵, esse princípio é pressuposto necessário para qualquer teoria garantista e, ao mesmo tempo, de qualquer sistema de direito penal mínimo.

Depois disso esclarecido, vamos à teoria do garantismo penal, que permite controlar a intervenção penal.

Para Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

[...] propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de contrato social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. [...] Os direitos fundamentais - direitos humanos constitucionalizados - adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas. Entendidos como vínculos substanciais de caráter negativo (limitadores da intervenção), impõem um dever de observância que a maioria, inclusive a unanimidade, não pode legitimar violar, visto estarem garantidos e aliados de qualquer forma de disponibilidade.

⁴ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 17.

⁵ FERRAJOLI, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 18.

Lênio Streck⁶ afirma que a teoria garantista pode ser concebida como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, podendo ser considerada o traço estrutural e substancial mais característico da democracia: garantias tanto liberais como sociais expressam os direitos fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, assim como tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas.

O sistema é garantista quando propicia uma maior aplicação dos direitos fundamentais, porém não é um sistema pleno, só mais ou menos garantista.

Consoante entendimento de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

A satisfação dos direitos fundamentais pelo operador do direito indica sua maior ou menor adesão ao sistema normativo do Estado democrático de direito. Não adianta, portanto, existirem princípios limitativos ao arbítrio legislativo na esfera da individualidade se, na prática forense, estas normas são totalmente inobservadas. Torna-se ineficaz o princípio constitucional da secularização se o artesão do direito não o entender como regra vinculativa, que impõe conduta comissiva.

Para analisar o modelo garantista, temos que fazer uma análise de como é feita a fundamentação do ato decisório.

Primeiramente, partimos do artigo 381, III, do Código de Processo Penal “a sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”⁷. Já a Constituição Federal⁸ esclarece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (art. 93, IX).

Esclarecem Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho⁹:

Até o final do século XVII, era comum o juiz sentenciar sem fundamentar sua decisão. A obrigatoriedade da motivação dos atos judiciais tornou-se obrigatória apenas em 1774, com Fernando IV, na Pragmática, sendo orientação ao art. 3º da *Ordennance Criminelle* de Luis XVI em 1788, das leis revolucionárias de 1790 e da Constituição francesa de 1795. Se durante o século XIX o princípio foi inserido como postulado básico nos processos de codificação, no século XX adquiriu status constitucional. Trata-se, portanto, de uma imposição do princípio do devido processo legal em que

⁶ STRECK, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 20.

⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 2 mai. 2021.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mai. 2021.

⁹ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 32.

se busca a exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa¹⁰.

Assim, é obrigatória a fundamentação da decisão pelo magistrado, como uma garantia do cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, a fundamentação deve cumprir alguns requisitos, tanto formais quanto materiais. Ditam Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho¹¹, que tem de haver correspondência dos argumentos da sentença com a lei e o material probatório colhido em processo público e contraditório é garantia formal de controle do arbítrio judicial.

Em seus dizeres:

O conteúdo dos argumentos também deve ser pré(determinado), fundamentalmente pela opção do Direito Penal da modernidade em instituir um modelo do fato-crime, excluindo valorações de cunho eminentemente morais. [...] o controle daquilo que pode ou não ser objeto de valoração, é imprescindível, pois a subjetivação das hipóteses gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não mais à comprovação de fatos objetivos, mas para a análise da interioridade da pessoa julgada¹².

Em relação à aplicação da pena, temos o art. 59 do Código Penal, que dita as fases de sua aplicação.

Aduzem Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho¹³, que a pedra angular dos sistemas jurídico-penais da modernidade é a pena privativa de liberdade. Muito embora a previsão de outras espécies de pena (restritiva de direitos e multa), estas são todas substitutivas daquela, sendo que na quantificação da privação de liberdade surgirão as possibilidades de substituição.

Percebe-se que esses parâmetros servem para diminuir ao máximo o livre arbítrio na fixação da pena. Assim, o entendimento entre os autores, como Miguel Reale Jr, René A. Dotti, é de que a medida da pena-base deve ser dada na medida da culpabilidade do agente.

Segundo Zaffaroni¹⁴, tem-se a culpabilidade assentada sobre a autodeterminação como âmbito ou catálogo de possíveis condutas de uma pessoa em uma situação constelacional dada.

¹⁰ PORTANOVA, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 33.

¹¹ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 34.

¹² FERRAJOLI, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 34.

¹³ CARVALHO; CARVALHO, op. cit., p. 35.

¹⁴ ZAFFARONI, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 43.

A culpabilidade é vista como o grau de culpa da ação e não o “ser” do agente que a praticou. Não é mais o fundamento para aplicar a pena, e sim uma limitação do poder de punir.

Esclarecem Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho¹⁵:

Percebe-se, então, que o juízo de culpabilidade a ser realizado é dúplice. Em primeiro lugar, atua na avaliação se o homem, socialmente referido, naquelas circunstâncias fáticas, possuía autodeterminação e possibilidade de agir de modo diverso. Em segundo lugar, constatada a possibilidade e conseqüentemente o delito, opera na aplicação da pena, medindo o grau (quantum) de reprovabilidade, dimensionando a culpabilidade da conduta. Dessa forma, o juízo de culpabilidade como critério de graduação da pena deve recair sobre as possibilidades fáticas (materiais) que o sujeito teve para atuar ou não de acordo com a norma. Assim verificada, fornece mecanismos para extração do (des)valor e do grau de reprovabilidade da conduta.

Quanto aos antecedentes criminais e conduta social do autor, é claro que são fatores determinantes para (pré)determinar qual e como será a condenação. Esses institutos reforçam a culpabilidade do autor e não a culpabilidade de fato. Por esse tipo de prática, foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶ que:

Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I do CP determina que, para efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para afastar os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada.

Também temos a circunstância “personalidade do réu”. Em relação a isso, esclarecem Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho¹⁷:

Não basta, pois, o magistrado suscitar um elemento categórico, encobrendo-o por termos vagos e imprecisos. O requisito constitucional da fundamentação das decisões impõe a explicitação dos critérios, métodos e

¹⁵ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 48.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 2.227-2/MG**. 6ª Turma. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Publicado em: 29/03/93. p. 5.268. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/coluna/2953/a-definio-de-maus-antecedentes-vista-dos-votos-j-proferidos-no-re-593818-em-repercurso-geral-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹⁷ CARVALHO; CARVALHO, op. cit., p. 60.

conceitos utilizados. [...] A questão que colocamos é que inexistem condições mínimas de o julgador, no processo, estabelecer este juízo.

A personalidade do réu é transdisciplinar, o julgador não tem o conhecimento técnico necessário para definir com certeza esta circunstância.

Porém, o problema não é necessariamente a falta de conhecimento, e sim de que mesmo se houvesse condições, esta avaliação seria ilegítima sob o princípio da secularização. Conforme dito por Ferrajoli, citado por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho¹⁸:

Mister, portanto, ressaltar, mais uma vez, que, em decorrência da secularização moderna do direito penal e de sua separação com a moral (e também com a natureza), todas as pessoas são penalmente iguais, enquanto apenas aquilo que fazem e não aquilo que são deve ser pela lei previsto e pelo juiz valorado e punido, da mesma forma como seria com qualquer outro imputado. Logo, são admissíveis apenas normas que proibam e previnam fatos, e não normas que proibam ou desmoralizem identidades, apenas juízos que acertem a prova de uma ação e não valorações sobre a personalidade do réu; apenas tratamentos punitivos relacionados ao fato previsto como delito e resolvido mediante provas, e não tratamentos individualizados e modelados sobre a personalidade do imputado ou recluso. Em outras palavras, segundo a terminologia usual da filosofia analítica, apenas são admitidas normas regulativas de comportamentos e não normas imediatamente constitutivas de efeitos penais. Tudo isso porque, substancialismo e antigarantismo inquisitório, entedidos como fatores de subjetivação do direito penal, são a origem mesma tanto do arbítrio judiciário como da desigualdade frente à lei penal.

Quanto à reincidência, há de se analisar mais profundamente, pois leva a diversos efeitos legais subsidiários.

Lecionam Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho¹⁹:

Antecedentes e reincidência são, desde a lógica do sistema penal brasileiro, instrumentos que auxiliaram o julgador no estabelecimento de juízos sobre a personalidade do acusado, seu caráter corrompido e suas tendências pessoais.

Segundo o art. 63 do Código Penal brasileiro, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Ou seja, não há uma definição exata do que é reincidência.

Ainda, aduzem²⁰:

¹⁸ FERRAJOLI, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 60-61.

¹⁹ Ibid., p. 62.

O discurso oficial, no entanto, muito embora oculte tal opção, acaba justificando a reincidência em nossa estrutura legal através de teoria criminológica derivada do positivismo, vista a adoção do critério informador “periculosidade”.

Afirmam²¹ que o instituto da reincidência e dos antecedentes são algumas das maiores máculas ao modelo penal de garantias. Conclui Lênio Streck²²:

Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu conteúdo estigmatizante, que divide os indivíduos em “aqueles-que-aprendem-a-viver-em-sociedade” e “aqueles-que-não-aprendem-e-insistem-em-continuar-delinquindo”.

Como contraponto, sugere Cernicchiaro que o art. 63 do Código Penal brasileiro não seja interpretado de forma meramente objetiva, mas sim em consonância com o princípio constitucional da individualização judicial da pena. Assim, caberia às Cortes estabelecerem os referenciais. Afirma que “a lei deve ser analisada segundo princípios, momento de um sistema. O juiz tem a nobre missão de fazer a tradução sistemática, atualizar, se necessário, a norma posta pelo legislador”²³.

Alinhado a esse pensamento, temos o princípio da co-culpabilidade, o qual é assim definido por Zaffaroni²⁴:

Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte de culpabilidade - da reprovação pelo fato - com a qual a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou a outros. O infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe ofereceram.

Ou seja, o que o agente faz tem uma parcela de culpa em seu próprio arbítrio e pela sociedade que não lhe oportunizou outra possibilidade.

Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho²⁵ aduzem:

²⁰ CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 65.

²¹ Idem.

²² STRECK, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 65.

²³ CERNICCHIARO, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 66.

²⁴ ZAFFARONI, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 74.

²⁵ CARVALHO; CARVALHO, op. cit., p. 75.

Advogamos, ainda, que a atenuante da co-culpabilidade não pode ficar restrita apenas à situação econômica do imputado, tendo em vista que esta é apenas uma das variáveis que compõem o dever de prestação estatal no Estado Social de Direito. Entendemos que, juntamente com a valoração da situação econômica, devam ser avaliadas também as condições de formação intelectual do réu, visto que esta relação é fundamental para averiguação do grau de autodeterminação do sujeito.

O que se quer é que prevaleça o direito penal do fato, e não o do autor. Tendo esse princípio como atenuante obrigatória.

Cirino dos Santos leciona²⁶:

A abertura do conceito de inexigibilidade para as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o direito penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos já penalizados pelas condições de vida social... Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese de co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.

Leciona Márcia Dometila Lima de Carvalho²⁷:

A dogmática jurídica não pode ignorar a integração do direito em formações sociais determinadas. O dogma da culpabilidade, quando da sua concretização, não pode deixar de ter em mira, por exemplo, que o fato de um certo infrator participar de uma certa subcultura, com determinados sistemas de valores, diversos dos eleitos constitucionalmente, não pode, muitas vezes, ser-lhe imputado, porque resultante das carências dos direitos sociais, necessários à socialização, na conformidade das normas jurídicas impositivas.

Diante disso, o que se percebe é que deve-se limitar o livre arbítrio do julgador, com a prevalência dos direitos do indivíduo, de modo a não transgredir os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

É claro o dever do Estado na tutela do preso, um exemplo é o RE 6.41320/RS, conforme voto do Min. Gilmar Mendes:

Não se nega que o Estado tem o dever de proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes. A proteção à integridade da pessoa e a seu patrimônio contra agressões injustas está na raiz da própria ideia de estado constitucional. Em suma, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais contra agressões injustas de terceiros, como corolário do direito à segurança (art. 5º). [...] Permitir que o Estado execute a pena de

²⁶ SANTOS, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 83.

²⁷ CARVALHO, [199-] apud CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 87.

forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados - art. 1º, III. Por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos. A Constituição chega a ser expletiva nesse ponto, ao afirmar o direito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX).²⁸

A Constituição Federal apregoa que é responsável pelo sistema prisional é a União, concorrentemente com os Estados e Distrito Federal. O direito dos presos à integridade está dito no art. 5º, XLIX, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”²⁹.

Nessa linha, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, aduz³⁰:

A ministra Rosa Weber também relata a ADI 5.170, proposta pelo Conselho Federal da OAB, buscando dar interpretação conforme aos dispositivos relativos à responsabilidade civil do Estado, para afirmar que a violação de direitos fundamentais dos presos por más condições carcerárias deve ser indenizada, a título de danos extrapatrimoniais. No Tema 220 da repercussão geral, representado pelo RE 592.581, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, discutiu-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar obras em estabelecimentos prisionais, para assegurar os direitos fundamentais dos reclusos. Por unanimidade, o Tribunal estabeleceu como tese ser “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 poderes” - o julgamento ocorreu na sessão de 13.8.2015.

Neste tocante temos outro exemplo de responsabilidade do Estado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347³¹, que declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro:

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mai. 2021.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

É clara a violação dos direitos fundamentais dos apenados³², desde o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (art. 5º, III); a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, LXXIV). Também a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Em seu voto, o relator³³ aduz:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.

Ainda, responsabiliza todos os Poderes (Legislativo; Executivo e Judiciário); União; Estados e Distrito Federal, pela falta de políticas públicas e aplicação da lei.

O relator declara³⁴, ainda:

Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias, Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro. A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos - as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram

³² Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mai. 2021.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2015. p. 26. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

³⁴ Ibid., p. 27.

em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. É possível citar, por exemplo, o fato de, mesmo instalada a mencionada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, constatadas as inconstitucionalidades decorrentes de sistema carcerário e notificadas diversas autoridades a respeito, não foram enviados esforços e propostas para modificá-lo. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação.

Diante do exposto, passemos à análise da responsabilidade estatal num todo.

3 DA RESPONSABILIDADE ESTATAL E SUAS CAUSAS EXCLUDENTES

Primeiramente, há de se fazer um breve histórico da evolução e conceito de responsabilidade do Estado.

Preceitua Yussef Said Cahali³⁵:

Entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades. Tradicionalmente, tal responsabilidade compreende a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos, não abrangendo, desse modo, a indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público, como sucede nos casos de desapropriação, de requisição, de execução compulsória de medidas sanitárias; embora seja certo que, atualmente, aquela responsabilidade desfrute de maior amplitude, para compreender também os danos injustos causados por uma atividade lícita da Administração. Mas a distinção é proveitosa, de forma que a doutrina tende a vislumbrar o instituto do ressarcimento verdadeiro e próprio, diverso do instituto da indenização dos danos legitimamente provocados; abrange esta os danos causados em razão do sacrifício de direitos particulares, mas por força do exercício de uma faculdade concedida em lei ao Poder Público; e reservando-se aquela para os casos de responsabilidade por danos ilegítimos, de atividade lesiva de direito de terceiros.

A evolução da responsabilidade civil do Estado é cercada de uma busca crescente de limitar a atuação do Estado e proteger o indivíduo. Acerca disto, afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira³⁶, que passamos por 4 fases.

3.1 FASE DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Nesse período, a figura do Monarca se confundia com o próprio Estado, bem como o poder estatal era normalmente encarado como poder divino, o que justificava a impossibilidade de atribuir falhas aos governantes (“The king can do no wrong”: o rei não erra; “Le roi ne peut mal faire”: o rei não pode fazer mal. A erosão da ideia da irresponsabilidade estatal se inicia com as Revoluções Liberais, especialmente a Revolução Francesa de 1789, e o surgimento do Estado de Direito, limitado pela ordem jurídica, com destaque para a atuação submetida à lei (princípio da legalidade), separação de funções estatais (princípio da separação de poderes) e o reconhecimento de direitos fundamentais que deveriam ser promovidos e protegidos pelo Estado. Ressalte-se, contudo, que a tese da irresponsabilidade perdurou durante o estágio inicial do Estado Liberal, sendo afastada, posteriormente, pela evolução da legislação e da jurisprudência.³⁷

³⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. Livro Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [n.p.].

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 740.

³⁷ Ibid., p. 754.

Em verdade, nessa concepção de Estado, não poderia haver a ideia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, pois o mesmo era dotado de imunidade total. À época, o Estado era o próprio direito, assim, não haveria como praticar injustiças.

3.2 FASE DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Também chamada de “Teoria Civilista”. Esta fase, segundo Yussef Said Cahali³⁸:

[...] a questão se põe parcialmente sobre o terreno civilístico; para deduzir uma responsabilidade pecuniária do Poder Público, fazia-se remissão aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (empregador ou comitente/preponente, representado, mandante). E se buscava, então, estabelecer uma diferença entre atos de império e atos de gestão, "processo lógico e sutil, através do qual se passou a admitir alguns casos de responsabilidade, enquanto em outros se a recusava".

Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que há duas teorias dentro desta fase, quais sejam³⁹: A teoria da culpa individual (atos de império x atos de gestão):

Todavia, a responsabilidade do Estado dependeria da distinção entre atos de império e atos de gestão, influenciada pela denominada “Teoria do Fisco”, que diferenciava o Estado “propriamente dito”, dotado de soberania, e o Estado “Fisco”, que se relacionava com particulares sem poder de autoridade. No primeiro caso (atos de império), o Estado em posição de supremacia em relação ao particular, em razão de sua soberania, não seria responsabilizado por eventuais danos (ex.: poder de polícia). No segundo caso (atos de gestão), o Estado se despe do seu poder de autoridade e atua em igualdade com o particular (ex.: contratos), abrindo caminho para sua responsabilidade com fundamento no Direito Civil. Nesse caso, a responsabilidade dependeria da identificação do agente público e da demonstração da sua culpa, o que dificultava, na prática, a reparação dos danos suportados pelas vítimas, especialmente em virtude da complexidade da organização administrativa.

A teoria da culpa anônima (culpa do serviço):

A partir da consagração da teoria da *Faute du service* (culpa do serviço ou culpa anônima ou falta do serviço), a responsabilidade civil do Estado dependeria tão somente da comprovação, por parte da vítima, de que o serviço público não funcionou de maneira adequada. Em vez de identificar o agente público culpado (culpa individual), a vítima deveria comprovar a falha do serviço (culpa anônima). Assim, por exemplo, em caso de enchente,

³⁸ CAHALI, 2014, p. 4.

³⁹ OLIVEIRA, 2020, p. 754.

basta que a vítima comprove o entupimento dos bueiros de águas pluviais, sem a necessidade de identificar o agente público omissivo. A teoria da culpa anônima pode ser caracterizada por uma das seguintes situações: a) serviço não funcionou; b) serviço funcionou mal; e c) serviço funcionou com atraso.

3.3 FASE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Teoria adotada atualmente em nosso ordenamento jurídico. Dispensa-se a vítima de comprovar culpa, seja individual ou anônima, para receber a reparação pelos prejuízos sofridos em virtude da conduta estatal.

Washington de Barros Monteiro leciona que⁴⁰

A responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno encontra-se hoje inteiramente fora do conceito civilista da culpa, situando-se decisivamente no campo do direito público. Efetivamente, é nesse direito, não no direito privado, que vamos localizar o fundamento da responsabilidade, que se baseia em vários princípios (equidade, política jurídica), sendo, porém, o mais importante o da igualdade de ônus e dos encargos sociais. A responsabilidade do Poder Público não mais se baseia, portanto, nos critérios preconizados pelo direito civil.

Ressalva-se que a teoria da irresponsabilidade civil do Estado nunca vigorou no Brasil. Apesar de não constar nas Primeiras Constituições, a responsabilidade do Estado sempre foi reconhecida pela legislação infraconstitucional, doutrina e jurisprudência.

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL

A responsabilidade civil do Estado pode advir de danos causados na esfera das relações jurídicas contratuais/negociais ou extracontratuais.

Yussef Said Cahali ensina⁴¹

A exclusão da responsabilidade objetiva e direta do Estado (da regra constitucional) em reparar os danos causados a terceiros pelo concessionário (como também o permissionário ou o autorizatário), assim admitida em princípio, não afastaria a possibilidade do reconhecimento de sua responsabilidade indireta (por fato de outrem) e solidária, se, em razão da má escolha do concessionário a quem a atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço foi concedida, ou de desídia na fiscalização da maneira como este estaria sendo prestado à coletividade, vem a concorrer por esse modo para a verificação do evento danoso.

⁴⁰ MONTEIRO [199-] apud CAHALI, 2014, p. 4.

⁴¹ CAHALI, 2014, p. 7.

Deste modo, conforme art. 37, §6º da Constituição Federal, no caso de concessão de serviço público, o poder público concedente responde objetivamente por danos causados pelas empresas concessionárias, presumindo-se falha da administração, seja pela escolha da concessionária ou pela falta de fiscalização de suas atividades. Porém, a concessão tem que ter por objeto a prestação de serviço público. Há uma responsabilidade direta e solidária, desde que haja a demonstração de que a falha na escolha ou fiscalização possa ser identificada como a causa do infortúnio. Aqui, fala-se em responsabilidade extracontratual.

Yussef Said Cahali continua⁴²

Tratando-se de danos oriundos de comportamentos alheios à própria prestação do serviço público (ou privado autorizado), a responsabilidade do Poder Público reveste-se de caráter subsidiário ou complementar, porém não em função de uma eventual insolvência da empresa concessionária, mas em função de omissão culposa na fiscalização da atividade da mesma.

Neste caso, há de se demonstrar o nexo de causalidade entre o fato danoso e a conduta omissiva do ente público, no que lhe compete.

3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

3.5.1 Ato Lícito e Ilícito

Sergio Filho Cavalieri aduz⁴³

Em regra, a responsabilidade civil está relacionada à violação de um dever jurídico, motivo pelo qual o ato ilícito é a fonte geradora da responsabilidade. Vale dizer: a violação de um dever jurídico preexistente acarreta o dever jurídico sucessivo de reparação (responsabilidade).

A regra é que há responsabilidade do Estado na hipótese de atos ilícitos. Tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira leciona que a doutrina tem admitido a responsabilidade civil do Estado por ato lícito em duas situações:

a) expressa previsão legal (ex.: responsabilidade da União por danos provocados por atentados terroristas contra aeronaves de matrícula

⁴² CAHALI, 2014, p. 7.

⁴³ CAVALIERI, 2007 apud OLIVEIRA, 2020, p. 757.

brasileira, na forma da Lei 10.744/2003); e b) sacrifício desproporcional ao particular (ex.: ato jurídico que determina o fechamento permanente de rua para tráfego de veículos, inviabilizando a continuidade de atividades econômicas prestadas por proprietários de postos de gasolina ou de estacionamento de veículos). Portanto, ainda que a conduta estatal seja lícita, restará caracterizada a responsabilidade do Estado quando demonstrada a ilicitude do dano.

3.5.2 Teoria do Risco Administrativo

A responsabilidade civil do Estado está apoiada em dois fundamentos: a teoria do risco administrativo e repartição dos encargos sociais.

A teoria do risco administrativo é expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos. Washington de Barros Monteiro⁴⁴ afirma que se baseia no princípio da igualdade dos ônus e dos encargos sociais.

Yussef Said Cahali⁴⁵ aduz que

Desenganadamente, a *responsabilidade objetiva* da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal – se basta com a verificação do *nexo de causalidade* entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência; o ato do próprio ofendido ou de terceiro, o caso fortuito ou de força maior, arguidos como *causa* do fato danoso, impediriam a configuração do nexo de causalidade (assim, então, rompido), elidindo, daí, eventual pretensão indenizatória. [...] Daí o acerto da doutrina e da jurisprudência mais atualizadas, que, na perquirição da responsabilidade objetiva do Estado, dão ênfase ao elemento concreto da causalidade entre o dano injusto sofrido pelo particular e a atividade comissiva ou omissiva do ente público.

Já Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴⁶ leciona que

A teoria do risco administrativo pressupõe que o Estado assume prerrogativas especiais e tarefas diversas em relação aos cidadãos que possuem riscos de danos inerentes. Em razão dos benefícios gerados à coletividade pelo desenvolvimento das atividades administrativas, os eventuais danos suportados por determinados indivíduos devem ser suportados, igualmente, pela coletividade. O ressarcimento dos prejuízos é efetivado pelo Estado com os recursos públicos, ou seja, oriundos das obrigações tributárias e não tributárias suportadas pelos cidadãos. Dessa forma, a coletividade, que se beneficia com a atividade administrativa, tem o ônus de ressarcir aqueles que sofreram danos em razão dessa mesma atividade. Trata-se de adoção do princípio da repartição dos encargos sociais vinculado ao princípio da igualdade (isonomia).

⁴⁴ MONTEIRO apud CAHALI, 2014, p. 5.

⁴⁵ Ibid., p. 5.

⁴⁶ OLIVEIRA, 2020, p. 759.

Quanto a teoria do risco integral, o Estado assume integralmente o risco de potenciais danos advindos de atividades desenvolvidas ou fiscalizadas por ele.

Continua explicitando que “enquanto a teoria do risco administrativo admite a alegação de causas excludentes do nexo causal por parte do Estado, a teoria do risco integral afasta tal possibilidade”⁴⁷.

Nosso ordenamento jurídico adotou, em regra, a teoria do risco administrativo, em consonância com o artigo 927, §único, do Código Civil, porém uma parte da doutrina e jurisprudência defende a adoção do risco integral em situações pontuais. Isso é demonstrado pelo art. 225, §3º, da CF (responsabilidade por danos ambientais ou ecológicos); art. 21, XXIII, d, CF (responsabilidade por danos nucleares).

3.6 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Para configurar a responsabilidade objetiva do Estado, pressupõe-se três elementos, quais sejam: a) fato administrativo (conduta omissiva ou comissiva); b) dano; e c) nexo causal.

3.6.1 Fato Administrativo (Conduta)

É o primeiro elemento necessário para responsabilizar o Estado. Sua responsabilidade apenas decorre pela atuação ou omissão de seus agentes públicos. Assim, é necessário demonstrar que o dano tem relação direta com o exercício do cargo público ou a omissão relevante do funcionário público. Conforme exposto anteriormente, tanto para conduta ilícita quanto lícita.

3.6.2 Dano

O segundo elemento necessário é a comprovação do dano que seria lesão a determinado bem jurídico da vítima. Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴⁸ divide-o em

a) material ou patrimonial: lesão ao patrimônio da vítima, avaliado pecuniariamente. O dano material, por sua vez, divide-se em duas espécies:

⁴⁷ OLIVEIRA, 2020, p. 759.

⁴⁸ Ibid., p. 760.

a.1) dano emergente: representa a diminuição efetiva e imediata do patrimônio da vítima (ex: dano suportado pela destruição do veículo); a.2) lucro cessante: é a diminuição potencial do patrimônio (ex: na hipótese de o veículo destruído ser como táxi, o lesado deixará de receber o ganho normalmente esperado com sua atividade profissional); b) moral ou extrapatrimonial: lesão aos bens personalíssimos, tais como a honra, a imagem e a reputação do lesado.

Segundo a Súmula 37 do STJ, “as indenizações por danos materiais e morais, oriundos do mesmo fato, são passíveis de cumulação”⁴⁹. O dano material deve ser devidamente comprovado, já o dano moral decorre de ato lesivo (*in re ipsa*).

3.6.3 Nexo de Causalidade

O terceiro elemento necessário é o nexos de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre a atuação estatal e o dano sofrido pela vítima.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵⁰ exemplifica as seguintes teorias:

a) teoria da equivalência das condições (equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*): de acordo com a presente teoria, elaborada por Von Buri, todos os antecedentes que contribuírem de alguma forma para o resultado são equivalentes e considerados causas do dano. A eliminação hipotética de uma dessas condições afastaria a ocorrência do resultado. A principal crítica à teoria é o regresso infinito do nexos de causalidade, acarretando insegurança jurídica e injustiça (ex.: em caso de homicídio, a responsabilidade seria estendida ao fabricante da arma). b) teoria da causalidade adequada: elaborada por Ludwig von Bar e desenvolvida por Johannes von Kries, a teoria considera como causa do evento danoso aquela que, em abstrato, seja a mais adequada para a produção do dano. Vale dizer: os antecedentes do evento não são equivalentes, devendo ser considerado como causa do dano apenas o antecedente que tiver maior probabilidade hipotética, a partir daquilo que normalmente ocorre na vida em sociedade, de produzir o resultado danoso. O problema dessa teoria é imputar o dano a alguém a partir de mero juízo de probabilidade (e não de certeza), que, em razão da ausência de critérios precisos, é pautado por incertezas. c) teoria da causalidade direta e imediata (ou teoria da interrupção do nexos causal): os antecedentes do resultado não se equivalem e apenas o evento que se vincular direta e imediatamente com o dano será considerado causa necessária do dano. Apesar de sofrer críticas, notadamente por restringir o nexos causal, dificultando a responsabilização nos casos de danos indiretos ou remotos, a teoria da causalidade direta e imediata foi consagrada no art. 403 do CC.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/sumstj/article/download/5223/5348>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

⁵⁰ OLIVEIRA, 2020, p. 761.

3.7 CAUSAS EXCLUDENTES

As causas excludentes decorrem da redação do art. 37, §6º, da CF/88. A responsabilização do Estado está atrelada à previsibilidade e possibilidade de evitar o evento danoso. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵¹:

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única. Além disso, nem sempre os tribunais aplicam a regra do risco, socorrendo-se, por vezes, da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público.

3.7.1 Fato Exclusivo da Vítima

Rafael C. R. Oliveira ensina:

A primeira causa excludente do nexo causal refere-se à hipótese em que o dano é causado por fato exclusivo da própria vítima (autolesão). Assim, por exemplo, não há responsabilidade civil do Estado quando o particular comete suicídio. Todavia, nos casos em que o Estado contribui, de alguma forma, por ação ou omissão com o suicídio, restará configurada sua responsabilidade, tal como já decidiu o STJ em relação ao suicídio do preso no interior de uma penitenciária quando demonstrada a omissão. [...] é imprescindível a análise, no caso concreto, se o Estado poderia prever e evitar a ocorrência do dano. A imprevisibilidade e a inevitabilidade afastam a responsabilização estatal.

Já Flávio Tartuce expõe⁵²:

Partindo para os exemplos concretos, em caso notório e sempre utilizado por mim em aulas sobre o assunto, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu haver culpa exclusiva da vítima, menor que invadiu um clube clandestinamente para nadar em piscina em construção fora do horário de funcionamento, não sendo sequer sócio. Entendeu ainda a Corte Estadual pela culpa concorrente dos pais, a afastar qualquer pretensão indenizatória em face do clube recreativo. Vejamos a sua sempre citada ementa: “Indenização. Ato ilícito. Pedido de indenização por danos morais. Afogamento de filho menor em piscina de clube. Saneador não impugnado pelos meios e prazos próprios. Preclusão. Ausência de culpa in vigilando do requerido. Menor que entrou clandestinamente nas dependências de clube, sem ser sócio, para nadar em piscina em construção, cercada por fios de arame farpado. Culpa exclusiva da vítima, extensiva como culpa in vigilando de seus pais, porque menor impúbere. Recurso não provido” (TJSP,

⁵¹ DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 840.

⁵² TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 360.

Apelação Cível 107.798-4, 3.^a Câmara de Direito Privado, Franco da Rocha, Rel. Carlos Stroppa, j. 07.11.2000, v.u.).

3.7.2 Fato de Terceiro

A segunda causa excludente do nexos causal se dá quando o dano é causado por fato de terceiro que não tem vínculo jurídico com o Estado. Ex.: o arremesso de pedras por terceiros contra usuários do transporte público.

Flávio Tartuce⁵³ conclui que

O Superior Tribunal de Justiça entende que, “no serviço de manobristas de rua (valets), as hipóteses de roubo constituem, em princípio, fato exclusivo de terceiro, não havendo prova da concorrência do fornecedor, mediante defeito na prestação do serviço, para o evento danoso. Reconhecimento pelo acórdão recorrido do rompimento do nexos causal pelo roubo praticado por terceiro, excluindo a responsabilidade civil do restaurante fornecedor do serviço do manobrista (art. 14, § 3.º, II, do CDC)” (REsp 1.321.739/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.09.2013, DJe 10.09.2013). O Tribunal tem a mesma conclusão sobre o roubo de cargas, o que ainda será aqui mais bem analisado, no Capítulo 12 do livro (STJ, AgRg no REsp 1.036.178/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 13.12.2011, DJe 19.12.2011). Como se pode perceber das ementas superiores destacadas, também a culpa ou fato exclusivo do terceiro acaba por ter, muitas vezes, a análise impedida no plano superior diante da vedação de estudo de questões de fato, conforme a Súmula n. 7 do STJ. Outras hipóteses fáticas ainda terão o estudo pontual nesta obra, em vários capítulos distintos.

3.7.3 Caso Fortuito e Força Maior

Caracterizam caso fortuito ou força maior os eventos naturais ou humanos imprevisíveis que, sozinhos, causam danos às pessoas. Ex.: inundação de um bairro do município por chuva imprevisível. O Poder Público só será responsabilizado se comprovada a sua contribuição para o evento danoso. Segundo Rafael C. R Oliveira⁵⁴, a doutrina diverge acerca da diferença entre caso fortuito e força maior:

De um lado, alguns sustentam que o caso fortuito refere-se ao evento da natureza e a força maior, ao evento humano. Outra parcela da doutrina afirma justamente o contrário. Fato é que a discussão não acarreta qualquer consequência prática, uma vez que o ordenamento jurídico dispensa, no caso, tratamento idêntico às duas hipóteses, considerando-as causas excludentes do nexos de causalidade (art. 393 do CC). A propósito, o evento humano imprevisível se assemelha ao fato de terceiro. A caracterização do caso fortuito como causa excludente do nexos causal tem sido relativizada

⁵³ TARTUCE, 2020, p. 364.

⁵⁴ OLIVEIRA, 2020, p. 763.

pela doutrina e jurisprudência. A partir da distinção entre “fortuito externo” (risco estranho à atividade desenvolvida) e “fortuito interno” (risco inerente ao exercício da própria atividade), afirma-se que apenas o primeiro rompe o nexos causal. Vale dizer: nos casos de fortuito interno, o Estado será responsabilizado.

Maria S. Z. Di Pietro⁵⁵ ensina:

Pelo artigo 734, a única causa excludente é a força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade. Além disso, conforme visto, a culpa de terceiro não exclui a responsabilidade do transportador, pois este responde pelo prejuízo e tem ação de regresso contra o terceiro causador do dano (art. 735). E a culpa da vítima não exclui a responsabilidade do transportador, pois apenas constitui causa atenuante de responsabilidade; pelo artigo 738, parágrafo único, “o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”.

Flávio Tartuce⁵⁶ exemplifica:

De forma diferente deve ser a conclusão se um psicopata metralhar as pessoas no interior do shopping, como ocorreu no caso envolvendo conhecido estudante de medicina na cidade de São Paulo, analisado por Pablo Malheiros (caso Mateus da Costa Meira). Como concluiu o Superior Tribunal de Justiça em julgado publicado no seu Informativo n. 433, o episódio é totalmente externo ou estranho ao risco do empreendimento, não se podendo falar em responsabilização civil dos prestadores de serviços em casos tais (STJ, REsp 1.164.889/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), j. 04.05.2010, DJe 19.11.2010). Essa forma de julgar foi confirmada pelo mesmo Tribunal Superior em aresto mais recente, com colação destacada: “Não se revela razoável exigir das equipes de segurança de um cinema ou de uma administradora de shopping centers que previssessem, evitassem ou estivessem antecipadamente preparadas para conter os danos resultantes de uma investida homicida promovida por terceiro usuário, mesmo porque tais medidas não estão compreendidas entre os deveres e cuidados ordinariamente exigidos de estabelecimentos comerciais de tais espécies (REsp 1.384.630/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20.02.2014, DJe 12.06.2014; grifou-se). Assim, se o shopping e o cinema não concorreram para a eclosão do evento que ocasionou os alegados danos morais, não há que se lhes imputar qualquer responsabilidade, sendo certo que esta deve ser atribuída, com exclusividade, em hipóteses tais, a quem praticou a conduta danosa, ensejando, assim, o reconhecimento do fato de terceiro, excludente do nexos de causalidade e, em consequência, do dever de indenizar (art. 14, § 3.^o, inc. II, CDC)” (STJ, REsp 1.133.731/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 12.08.2014, DJe 20.08.2014). Como se pode perceber, o último aresto procura encontrar alguns critérios para o preenchimento do risco do empreendimento e dos eventos internos e externos, na linha do que antes foi proposto.

⁵⁵ OLIVEIRA, 2020, p. 831.

⁵⁶ TARTUCE, 2020, p. 378.

3.8 PESSOAS RESPONSÁVEIS À LUZ DO ART. 37, §6º, DA CF

A responsabilidade objetiva prevista no art. 37, §6º, da CF abarca as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Flávio Tartuce⁵⁷ ensina:

Especificamente a respeito da responsabilidade do Estado, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que para a responsabilização do Estado sequer se exige que o agente esteja no exercício de suas funções quando da ocorrência do dano. Nesse sentido: “Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente de trânsito envolvendo veículo oficial. Responsabilidade pública que se caracteriza, na forma do § 6.º do art. 37 da Constituição Federal, ante danos que agentes do ente estatal, nessa qualidade, causarem a terceiros, não sendo exigível que o servidor tenha agido no exercício de suas funções. Precedente” (STF, RE 294.440-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002).

3.8.1 Pessoas Jurídicas de Direito Público

As que respondem de forma objetiva, são as entidades que fazem parte da Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal, e Municípios) ou Indireta (autarquias e fundações autárquicas).

3.8.2 Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos

Nessa categoria, temos as entidades de direito privado da Administração Pública Indireta (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações estatais de direito privado) e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

3.9 RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

Há uma divergência, doutrinária e jurisprudencial, quanto à natureza da responsabilidade civil nos casos de omissão do Estado.

Rafael C. R. Oliveira⁵⁸ elenca os três entendimentos existentes:

⁵⁷ TARTUCE, 2020, p. 974.

⁵⁸ OLIVEIRA, 2020, p. 767.

Primeira posição: responsabilidade objetiva, pois o art. 37, §6º, da CFRB não faz distinção entre condutas comissivas ou omissivas. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles. Segunda posição: responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa do Poder Público (presunção *juris tantum* ou relativa), tendo em vista que o Estado, na omissão, não é o causador do dano, mas atua de forma ilícita (com culpa) quando descumpre o dever legal de impedir a ocorrência do dano. O art. 37, §6º, da CFRB, ao mencionar os danos causados a terceiros, teve o objetivo de restringir a sua aplicação às condutas comissivas, uma vez que a omissão do Estado, nesse caso, não seria “causa”, mas “condição” do dano. Nesse sentido: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylva Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Lúcia Valle Figueiredo e Rui Stoco. Terceira posição: nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento do dever genérico de ação, a responsabilidade é subjetiva. Por outro lado, nas hipóteses de omissão específica, quando o Estado descumpre o dever jurídico específico, a responsabilidade é objetiva. Nesse sentido: Guilherme Couto de Castro e Sergio Cavalieri Filho.

Maria S. Z. Di Pietro⁵⁹, filiada a segunda posição, faz uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que inicialmente, adotava a teoria do dano direto e imediato. Como, por exemplo, acórdão que envolvia indenização devida a vítimas de homicídios praticados por fugitivos de penitenciárias;

A Corte vinha reconhecendo a responsabilidade do Estado quando não há rompimento da cadeia causal (ou seja, quando existe ligação direta entre causa e dano), mas elide tal responsabilidade quando já se tenham passado “meses” da fuga, por falta de nexo causal.⁴ A teoria do dano direto e imediato, expressamente mencionada em acórdão do STF, citando Agostinho Alvim, “só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí dizer Agostinho Alvim: ‘os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis’”.

Porém, esse entendimento está começando a ser alterado, no sentido de aceitar uma maior responsabilização do Estado, independentemente da teoria do dano direto e imediato. A autora⁶⁰ continua:

No primeiro caso, considerou-se a omissão do Estado em cumprir a Lei de Execução Penal como causa suficiente para responsabilizá-lo pelo crime de estupro cometido por fugitivo de penitenciária. Nas palavras do relator, Min. Joaquim Barbosa, “tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de doze anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido

⁵⁹ DI PIETRO, 2019, p. 833.

⁶⁰ Idem.

corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro”. No segundo caso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a responsabilidade do Estado por danos causados em razão da falta de policiamento ostensivo em locais de alta periculosidade, deixando de lado, inclusive, o princípio da reserva do possível que costuma ser invocado em situações semelhantes.

Atualmente, entende-se ser objetiva a responsabilidade estatal, em virtude de suas omissões juridicamente relevantes, pois o art. 37, §6º, da CF e o art. 43, do CC, que adotam a teoria do risco administrativo, não diferenciam ação de omissão estatal.

Rafael C. R Oliveira⁶¹ continua:

Ainda que a omissão não seja causa do resultado danoso, como afirma a segunda posição anteriormente citada, certo é que a inação do Estado contribui para a consumação do dano. É preciso distinguir a omissão natural e a omissão normativa. Enquanto a primeira relaciona-se com a ausência de movimento ou comportamento físico, sem a produção de qualquer resultado (da inércia nada surge), a omissão normativa, por sua vez, pressupõe o descumprimento de um dever jurídico, gerando, com isso, consequências jurídicas, inclusive a responsabilidade civil. Dessa forma, a responsabilidade por omissão estatal revela o descumprimento do dever jurídico de impedir a ocorrência de danos. Todavia, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano, notadamente pela aplicação da teoria da causalidade direta e imediata quanto ao nexo de causalidade (art. 403 do CC). Vale dizer: a responsabilidade restará configurada nas hipóteses em que o estado tem a possibilidade de prever e de evitar o dano, mas permanece omissivo. Nas omissões genéricas, em virtude das limitações naturais das pessoas em geral, que não podem estar em todos os lugares ao mesmo tempo, e da inexistência do nexo de causalidade, não há que falar em responsabilidade estatal, sob pena de considerarmos o Estado segurador universal e adotarmos a teoria do risco integral. [...] Exemplo típico de omissão específica do Estado, que enseja o dever de indenizar, é o caso envolvendo a guarda de pessoas e coisas perigosas. Conforme já decidiram os tribunais superiores, o Estado responde objetivamente pelos danos sofridos por presidiário no interior do estabelecimento prisional. Segundo o STF, o Estado possui responsabilidade objetiva pelos danos causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Temos exemplos na jurisprudência atual, como⁶²:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Condomínio. Furto em unidade autônoma. Matéria de prova. Súmula 7/STJ. Alegada existência de cláusula de responsabilidade. Súmula 5/ STJ.

⁶¹ OLIVEIRA, 2020, p. 768.

⁶² BRASIL, 2010 apud TARTUCE, 2020, p. 242.

Preposto. Responsabilidade objetiva do condomínio. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Precedentes. 1. A Segunda Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que 'O condomínio só responde por furtos ocorridos nas suas áreas comuns se isso estiver expressamente previsto na respectiva convenção' (EREsp 268.669/SP, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ 26.04.2006) 2. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido está fundamentado no fato de que: (a) o furto ocorreu no interior de uma unidade autônoma do condomínio, e não em uma área comum; (b) o autor não logrou êxito em demonstrar a existência de cláusula de responsabilidade do condomínio em indenizar casos de furto e roubo ocorridos em suas dependências. 3. Para se concluir que o furto ocorreu nas dependências comuns do edifício e que tal responsabilidade foi prevista na Convenção do condomínio em questão, como alega a agravante, seria necessário rever todo o conjunto fático-probatório dos autos, bem como analisar as cláusulas da referida Convenção, medidas, no entanto, incabíveis em sede de recurso especial, a teor das Súmulas 5 e 7 desta Corte. 4. Impossibilidade de análise da questão relativa à responsabilidade objetiva do condomínio pelos atos praticados por seus prepostos por ausência de prequestionamento. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

3.10 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E AGENTES PÚBLICOS

Segundo Rafael C. R. Oliveira⁶³:

A configuração da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos está necessariamente relacionada à ação ou omissão de determinado agente público no exercício da atividade administrativa. Portanto, o agente público ocupa papel de destaque na responsabilização do Estado.

Segundo a Constituição, temos dois tipos de regimes jurídicos de responsabilidade: 1. responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas; 2. responsabilidade pessoal e subjetiva dos agentes públicos.

O art. 37, da CF, exige a comprovação de dolo ou culpa, para responsabilizar o agente público. Porém, o art. 28 da LINDB requer a demonstração de erro grosseiro (culpa grave) ou dolo para responsabilizá-lo.

3.11 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LEGISLATIVOS

Rafael C. R. Oliveira⁶⁴ leciona:

⁶³ OLIVEIRA, 2020, p. 768.

⁶⁴ Ibid., p. 777.

Em regra, a atuação legislativa não acarreta responsabilidade civil do Estado, especialmente pelo fato de que a própria existência do Estado pressupõe o exercício da função legislativa com a criação de direitos e obrigações para os indivíduos. O caráter genérico e abstrato das normas jurídicas, que afasta, em princípio, a configuração de efeitos (danos) individualizados, é o principal óbice à responsabilidade estatal. [...] A responsabilidade do Estado legislador pode surgir em três situações excepcionais: a) leis de efeitos concretos e danos desproporcionais; b) leis inconstitucionais; e c) omissão legislativa.

Maria S. Z. Di Pietro⁶⁵ leciona:

Merece menção uma importante decisão do STF que pode significar mudança de orientação da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos judiciais. Trata-se de acórdão proferido no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi Relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 5-3-02 (DJU de 12-4-02). Nele se decidiu que a autoridade judicial não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados, devendo a ação ser proposta contra a Fazenda Estadual, a qual tem o direito de regresso contra o magistrado responsável, nos casos de dolo ou culpa. Com relação a atos judiciais que não impliquem exercício de função jurisdicional, é cabível a responsabilidade do Estado, sem maior contestação, porque se trata de atos administrativos, quanto ao seu conteúdo.

3.12 LEIS DE EFEITOS CONCRETOS E DANOS DESPROPORCIONAIS

O autor continua:

Ora, se o fundamento da irresponsabilidade estatal é o caráter genérico e abstrato das leis, deve ser reconhecida a possibilidade de responsabilidade civil nos casos em que as leis não possuem tais atributos. A lei de efeitos concretos é uma lei em sentido formal, uma vez que a sua produção pelo Poder Legislativo observa o processo de criação de normas jurídicas, mas é um ato administrativo em sentido material, em virtude dos efeitos individualizados. Assim como ocorre com os atos administrativos individuais, a lei de efeitos concretos pode acarretar prejuízos às pessoas determinadas, gerando, com isso, responsabilidade civil do Estado. Ex.: Município deve indenizar o proprietário de posto de gasolina localizado em via pública que tem o acesso de veículos proibido por determinada lei municipal. Em verdade, ainda que a lei possua caráter geral, a responsabilidade poderá ser configurada se houver dano desproporcional e concreto a determinado indivíduo. Trata-se de responsabilidade do Estado por ato legislativo lícito, fundada no princípio da repartição dos encargos sociais.

3.13 LEIS INCONSTITUCIONAIS

⁶⁵ DI PIETRO, 2019, p. 840.

Isto ocorre quando o legislativo extrapola os limites formais e/ou materiais ditos pelo texto constitucional, configurando ato ilícito.

Tem de se comprovar o dano concreto decorrente da aplicação da norma inconstitucional. Assim, comprovado malefício individualizado pela incidência da lei inconstitucional, o ente federado será responsabilizado.

Conforme Rafael C. R. Oliveira⁶⁶:

Em razão da presunção de constitucionalidade das leis, a responsabilidade somente poderá ser suscitada quando a lei for declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Não basta a declaração de inconstitucionalidade para configuração da responsabilidade, sendo imprescindível a comprovação do dano concreto pela incidência da lei inconstitucional. Apesar de alguns posicionamentos no sentido de que a referida declaração tenha que ocorrer em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sustentamos que a responsabilidade estatal pode existir também no caso da declaração incidental de inconstitucionalidade (Ex.: ação de repetição de indébito, cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais em face do Estado, com fundamento na inconstitucionalidade de determinada lei).⁷¹ A diferença, em nossa opinião, restringe-se aos efeitos da decisão: no primeiro caso (controle concentrado), todos os lesados pela lei inconstitucional podem pleitear a reparação civil, tendo em vista o caráter erga omnes da decisão; no segundo caso (controle incidental), apenas aquele que foi parte do processo se beneficia da decisão que possui efeitos inter partes. Na hipótese de declaração incidental e definitiva de inconstitucionalidade pelo STF, o Senado poderá suspender a executoriedade da lei (art. 52, X, da CRFB). Todavia, a resolução do Senado suspende apenas a execução da norma, sem reconhecer a sua invalidade, razão pela qual a coletividade não poderia invocar o referido ato senatorial para postular indenização em face do Estado. Nesse caso, apenas as partes beneficiadas com a decisão incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF poderão responsabilizar o Estado. Por fim, é importante registrar que a modulação de efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei, prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999, pode acarretar consequências na responsabilidade estatal. Em nossa opinião, em caso de atribuição de efeitos ex nunc (não retroativos) ou prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, inexistiria responsabilidade do Estado, pois os efeitos gerados pela respectiva lei foram considerados lícitos (constitucionais) pelo Judiciário.

3.14 OMISSÃO LEGISLATIVA

Também é possível atribuir responsabilidade ao legislativo em caso de omissão, quando for caracterizada mora legislativa desmedida.

O autor continua:

Em relação aos casos em que a própria Constituição estabelece prazo para o exercício do dever de legislar, o descumprimento do referido prazo,

⁶⁶ OLIVEIRA, 2020, p. 778.

independentemente de decisão judicial anterior, já é suficiente para caracterização da mora legislativa inconstitucional e consequente responsabilidade estatal. Nos demais casos, a inexistência de prazo para o exercício do dever de legislar por parte do Poder Legislativo impõe a necessidade de configuração da mora legislativa por decisão proferida em sede de mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Com a decisão judicial que reconhece a omissão legislativa, o Estado é formalmente constituído em mora, abrindo-se caminho para respectiva responsabilidade. No caso da ADI por omissão, o STF, ao julgar procedente a ação, intimará o Poder competente para a adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, na forma do art. 103, § 2.º, da CRFB. Ultrapassado o prazo fixado ou ausente a providência legislativa dentro de prazo razoável, os lesados poderão pleitear a responsabilidade civil do respectivo Ente federado. Da mesma forma, reconhecida a mora legislativa no âmbito do mandado de injunção, os respectivos impetrantes (decisão inter partes) podem responsabilizar o Estado.

Maria S. Z. Di Pietro aduz⁶⁷:

No caso julgado no Mandado de Injunção 283-DF, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, tratava-se de omissão do Congresso Nacional em disciplinar a matéria do art. 8º do ADCT (RTJ 135-03, p. 882; DJU de 22-4-94, p. 8.925; e DJU de 1º-7-94, p. 17.495). A decisão foi no sentido de reconhecer a responsabilidade do Congresso Nacional (ou seja, da União) pelos danos decorrentes da omissão legislativa. Na parte final da ementa do acórdão consta o deferimento do mandado de injunção para: “a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8, par. 3, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável”. Solução diferente foi adotada em outras hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu o dever de indenizar diante da inércia do Executivo em iniciar a revisão geral dos vencimentos, prevista no artigo 37, X, da Constituição.⁹ A diversidade de tratamento diante da omissão do legislador mostra a insegurança do Poder Judiciário em relação à matéria, ou talvez a sua resistência em invadir matéria legislativa que envolve o servidor público. A mesma solução adotada no MI-283-DF é cabível se a omissão danosa for do Chefe do Poder Executivo, que deixe de regulamentar norma legal, tornando inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

⁶⁷ DI PIETRO, 2019, p. 835.

4 O COMBATE À COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL

O Brasil é um dos países que mais encarceram no mundo, estando na terceira posição.

Fernandes et. al.⁶⁸ expressam que houve um crescimento de 406% de encarceramento, em 22 anos.

Dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) mostram que, em dezembro de 2019, o país possuía 773.151 presos. Boa parte desse numeroso grupo, precisamente, 33,3% desse total, estava em regime provisório, aguardando julgamento em unidades prisionais, superlotadas e precárias (INFOPEN, 2019). O aumento vertiginoso da população carcerária e a pressão pelo aprofundamento das práticas punitivas denotam a supressão de um Estado Social em a ampliação do Estado Penal (Wacquant, 2001). Com a crise do estado, ao final dos anos 1970, novos parâmetros e modalidades de punição centradas em medidas restritivas de liberdade e concepções de ordem social conservadoras passaram a orientar as transformações sociais, políticas e econômicas (Cruz, Souza & Batituci, 2013). Nesse aspecto, a análise do encarceramento brasileiro não pode estar desconectada do cenário global e de conjunturas políticas e econômicas.

Analisando-se esses dados, evidencia-se que o sistema de encarceramento dos presos, podem ser foco de alta mortalidade quanto ao COVID-19, devido à quantidade de pessoas em um mesmo local, sem as condições necessárias de isolamento e distanciamento social. Principalmente, devida a alta incidência de pessoas do grupo de risco, como pessoas com doença preexistente. Por exemplo, a taxa de encarcerados com tuberculose é 35 vezes maior que à dos cidadãos em geral. “Em 2017, foram 69 mil casos novos de tuberculose em todo o país, sendo que 10,5% ocorreram nessa população”⁶⁹. Isso decorre da falta de higiene básica e superlotação das penitenciárias.

Fernandes et. al.⁷⁰:

Desde que a OMS declarou em 11 de março de 2020 que o mundo vivia uma pandemia, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) preocupou-se com a possibilidade de grandes surtos em locais fechados,

⁶⁸ FERNANDES, Maria Nilvane Fernandes et. al. Combate ao COVID-19 no sistema penitenciário e socioeducativo: impossibilidades no Estado Penal. **Revista Observatório**, Palmas-TO, v. 6, n. 2, abr. 2020. p. 5.

⁶⁹ BRASIL. Ministério Da Saúde. População carcerária é foco de projeto contra tuberculose. **Agência Saúde**, 2018. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43456-populacao-carceraria-e-foco-de-projeto-contr-a-tuberculose-2>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁷⁰ FERNANDES et. al., op. cit., p. 7.

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

Não é nenhuma surpresa de que haveria alta incidência da COVID-19 no sistema prisional, pois a situação precária já era denunciada por diversos agentes, de várias áreas, além dos órgãos internacionais, como a Anistia Internacional e a Organização das Nações Unidas.

Fernandes et. al.⁷¹:

Assim, diversos órgãos da sociedade civil e instituições do sistema de justiça buscam fomentar estratégias de minimização do problema, dentre os quais podemos citar: a Agenda Nacional pelo Desencarceramento, os Mecanismos Nacional e Estaduais de prevenção e combate à tortura, a Pastoral Carcerária, os Conselhos da Comunidade, o Conselho Nacional do Ministério Público, as Defensorias Pública e o próprio judiciário através de Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional e do Socioeducativo existentes nos tribunais e também na estrutura do Conselho Nacional de Justiça. Esses atores intergovernamentais passam a se configurar como estratégicos e fundamentais em uma busca por melhorias sanitárias e de saúde nas unidades de privação de liberdade de adultos. [...] Neste sentido, em âmbito nacional, o Governo Federal publicou a Portaria Interministerial n.º 07 de 18 de março de 2020, do Ministério da Saúde (MS) e Ministério de Justiça e Segurança Pública (MJSP), bem como a Portaria n.º 135 de 18 de março de 2020 do MJSP e, ambas dispõem sobre medidas de enfrentamento ao COVID-19 no âmbito do sistema prisional. A primeira, além de incorporar as orientações e normas do Ministério da Saúde, traz recomendações imperiosas aos Estados e Distrito Federal. Em sentido complementar, a Portaria n.º 135/2020 (MJSP), passa a estabelecer padrões mínimos com objetivo de prevenir a disseminação do COVID-19.

Sánchez et al.⁷²:

⁷¹ FERNANDES et. al., 2020, p. 6.

Na população livre estima-se que cada infectado contamine 2 a 3 pessoas. Dadas as condições de encarceramento nas prisões brasileiras, pode-se estimar que um caso contamine até 10 pessoas. Assim, em uma cela com 150 PPL, 67% deles estarão infectados ao final de 14 dias, e a totalidade, em 21 dias. A maioria dos infectados (80%) permanecerá assintomática ou desenvolverá formas leves, 20% progredirão para formas mais graves que necessitarão hospitalização, dos quais, 6% em UTI. [...] Ressalta-se que a pandemia chega ao Brasil num momento em que o sistema de saúde prisional está frágil e sobrecarregado, o que tem resultado em alta mortalidade por doenças infecciosas potencialmente curáveis, como a tuberculose. Além disto, há PPL idosas e/ou portadoras de doenças associadas à evolução para formas graves e fatais de COVID-19 (grupo de risco), entre as quais, diabetes, cardiopatias, hipertensão, insuficiência renal, asma, HIV/aids e tuberculose. Gestantes e mães com crianças igualmente fazem parte desse grupo por causa de sua vulnerabilidade.

Diante desse cenário, é importante e urgente novas medidas judiciais para conter sua disseminação.

O Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação nº 62/2020⁷³, em 17 de março de 2020, que prevê a possibilidade de prisão domiciliar ou reavaliar a prisão, como uma medida de proteção neste período, apenas para pessoas acusadas de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa. É fundamentado em estudos científicos e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), que foi reconhecida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

O Supremo Tribunal Federal tem, reiteradamente, afirmado que a saúde nas penitenciárias é responsabilidade do Estado^{74, 75}.

Como precursor, o Estado do Amazonas implementou televisitas, com duração máxima de cinco a dez minutos.

Fernandes et al.⁷⁶

⁷² SÁNCHEZ, Alexandra et. al. COVID-19 nas prisões: Um desafio impossível para a saúde pública? **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, n. 5. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00083520>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁷³ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 365**: responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. RE 580252. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 592**: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento. RE 841526. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4645403>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁷⁶ FERNANDES et. al, 2020, p. 9.

Ações laborais dentro das penitenciárias tem sido desenvolvida em parceria com universidades, empresas, fundações, sindicatos e órgãos governamentais voltadas para o enfrentamento ao novo coronavírus. As principais atividades identificadas foram: a) confecção de máscaras descartáveis; b) serviços de lavagem de roupas de abrigos; c) fabricação de produtos de limpeza, dentre eles, álcool em gel; d) produção de pães para lanches à população de rua. O impacto dessas atividades inclui a remissão da pena conforme disposto na Lei n.º 7.210 (Lei de Execução Penal); utilização desses serviços para beneficiar o próprio sistema prisional, o sistema de saúde, segurança pública e assistência social. No âmbito da saúde, para além das assepsias e procedimentos de higienização com protocolos específicos para quem ingressa no sistema, ações de busca ativa de tuberculose e sintomas gripais, vacinação contra o H1N1, distribuição de Vitamina C e a ampliação das equipes de saúde, com novas contratações, se verificou como iniciativas importantes e eficazes como forma de prevenção.

A Nota Técnica conjunta 01/2020 do CNJ/CNMP, solicitou que o Depen cumprisse a Recomendação emitida pelo CNJ, para testagem em massa e quais e quantos seriam os presos do grupo de risco. Porém, o Departamento Penitenciário, além de se negar à seguir, destina seus recursos para reprimir os protestos acerca do sistema prisional na pandemia e para ampliar o monitoramento eletrônico.

Talha Burki⁷⁷ expõe que:

Brasil bateu o recorde em número de casos - mais de 23.000, em 13 de Abril. O País tem um bom sistema de saúde, e já tem experiência em lidar com epidemias. Ao longo dos anos, teve sérios surtos de chikungunha, dengue, febre amarela, e Zika. Também tem a questão das favelas, lar de cerca de 13 milhões de Brasileiros. Nas favelas, as condições estão lotadas e o acesso à água limpa é limitada. Nessas circunstâncias, a distância social e lavar as mãos são impossíveis. “As recomendações para prevenir infecções são baseadas em assumir que não são aplicáveis nas favelas”, diz Clare Wenham, Professora Assistente de Política de Saúde Universal, Escola de Ciências Políticas e Econômicas de Londres, Reino Unido. “É difícil saber como eles terão capacidade para prevenir a infecção ou controlar o vírus uma vez que se espalhou.” A perspectiva é semelhante para as favelas em outras partes do continente.

⁷⁷ “Brazil has recorded the largest number of cases— more than 23 000, as of April 13. The country has a good public healthcare system, and it is experienced in dealing with epidemics. The past few years have seen serious outbreaks of chikungunya, dengue, yellow fever, and Zika. There is also the issue of the favelas, home to around 13 million Brazilians. In the favelas, conditions are crowded and access to clean water is limited. In such circumstances, social distancing and hand-washing are virtually impossible. “The recommendations for preventing infection are based on assumptions that do not apply in the favelas”, said Clare Wenham, Assistant Professor of Global Health Policy, London School of Economics and Political Science, UK. “It is hard to see how they will be able to prevent infection or control the virus once it has been let loose.” The outlook is similar for slums elsewhere on the continent. Healthcare in Brazil is the responsibility of the municipalities. This includes pandemic preparedness. It means that matters such as the provision of personal protective equipment, rules on social distancing, and testing arrangements vary”. BURKI, Talha. COVID-19 in Latin America. *Newdesk*, v. 20, n. 5, 2020. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099\(20\)30303-0/fulltext#articleInformation](https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099(20)30303-0/fulltext#articleInformation)>. Acesso em: 28 abr. 2021.

A Saúde no Brasil é de responsabilidade dos Municípios. Isso inclui a preparação para uma pandemia. Isso significa que questões como equipamentos de proteção individual, regras na distância social, e testagem em massa variam.

Mesmo diante do anterior enfrentamento de epidemias no Brasil, os especialistas internacionais alertam⁷⁸:

O Brasil tem um excelente sistema de saúde pública, mas não consegue enfrentar crises competitivas”, diz Wenham. Os casos de COVID-19 e dengue são possíveis de ocorrerem ao mesmo tempo. São questões de como controlar efetivamente o vetor durante o lockdown. “Nos podemos facilmente acabar em uma situação onde teremos várias doenças sendo transmitidas por vetores”, diz Wenham. Além desses problemas, a América Latina tem as prisões mais lotadas do mundo. Milhares de prisioneiros ainda não foram julgados. O Brasil, sozinho, prendeu 773.000 pessoas, um terço deles estão em prisão preventiva. A taxa de prisioneiros com tuberculose é cerca de 35 vezes superior do que a população em geral.

Iglesias-Osores expõe em seu artigo na Revista Espanhola de Saúde Penitenciária⁷⁹:

Existe a probabilidade de que presidiários e aqueles que vivem e trabalham em áreas fechadas próximas sejam mais vulneráveis ao COVID-19 do que o público em geral. Algumas respostas para evitar isso são: libertar o maior número possível de pessoas, como aquelas que têm menos probabilidade

⁷⁸ “Brazil has an excellent public health system, but it cannot cope with competing crises”, said Wenham. Cases of COVID-19 and dengue are likely to peak at the same time. There are also questions over how vector control can be effectively managed during a lockdown. “We could easily end up in a situation where there is a surge of all vector-borne diseases”, said Wenham. In addition to these problems, Latin America has some of the most overcrowded prisons in the world. Thousands of prisoners have yet to face trial. Brazil alone has incarcerated 773 000 people, one-third of whom are in a pretrial detention. Rates of tuberculosis among prisoners in the country are 35 times higher than in the general population”. BURKI, 2020, p. 87.

⁷⁹ “There is a probability that prison inmates and those who live and work in nearby enclosed areas may be more vulnerable to COVID-19 than the general public. Some responses to prevent this are: freeing as many people as possible, such as those who are least likely to commit additional crimes, the old and the infirm, persons who have committed minor offences; isolating and separating infected inmates; hospitalising those who are severely ill; and identifying prison staff and healthcare providers who were infected early and who recovered and who can help in the work of custody and care once they have been authorised, since they may have a certain level of immunity and there may be a severe shortage of medical personnel. [...] To effectively tackle an outbreak of COVID-19 in prisons, government authorities should establish a coordination system that brings together the health and justice departments, that keeps INPE staff well informed and guarantees that all the human rights in prison facilities are respected. As with the general preparations for the epidemic, the COVID-19 pandemic shall teach us valuable lessons in prison settings. As reforms of the criminal justice system continue to develop, emerging transmissible diseases and our capacity to combat them should be taken into consideration. To promote public health, we believe that an effort should be made to release prisoners; and the associated reductions of the released population should be maintained over time”. IGLESIAS-OSORES, Sebastian. *Transmission and prevention of SARS-CoV-2 (COVID-19) in prisons. Revista española de sanidad penitenciaria*, v. 22, 2020. p. 87. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7537360/pdf/2013-6463-sanipe-22-02-87.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

de cometer crimes adicionais, idosos e enfermos, pessoas que cometeram delitos menores; isolar e separar presidiários infectados; hospitalizar aqueles que estão gravemente enfermos; e identificar funcionários penitenciários e profissionais de saúde que foram infectados precocemente e que se recuperaram e que podem ajudar no trabalho de custódia e cuidados uma vez que tenham sido autorizados, uma vez que podem ter um certo nível de imunidade e pode haver uma grave falta de pessoal médico [...] Para enfrentar com eficácia o surto de COVID-19 nas prisões, as autoridades governamentais devem estabelecer um sistema de coordenação que reúna as secretarias de saúde e justiça, que mantenha os funcionários do INPE bem informados e garanta o respeito a todos os direitos humanos nas unidades prisionais. Tal como acontece com os preparativos gerais para a epidemia, a pandemia COVID-19 deve nos ensinar lições valiosas em ambientes prisionais. À medida que as reformas do sistema de justiça criminal continuam a se desenvolver, as doenças transmissíveis emergentes e nossa capacidade de combatê-las devem ser levadas em consideração. Para promover a saúde pública, acreditamos que um esforço deve ser feito para libertar os presos; e as reduções associadas da população liberada devem ser mantidas ao longo do tempo.

Diante desse dilema, passemos à análise das políticas públicas.

5 UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Primeiramente, dita Fábio Konder Comparato, a política pública é antes de tudo uma “[...] ‘atividade’, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, é dizer, unificados por uma “finalidade”⁸⁰.

O art. 38 do Código Penal, estabelece que em relação ao preso haja respeito à sua integridade moral e física, isto é reforçado pela Resolução 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP/CP/MJ)⁸¹:

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

[...]

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

§ 2º. Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10. O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 737, mar. 1997. p. 353.

⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 14, de 1994**. Fixa as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em: <<http://www.crpmp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

Art. 13. A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único. A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

Claramente, tais recomendações e legislações não são respeitadas, explicitando a omissão do Estado em relação aos encarcerados.

Conforme podemos ver pela fala do ex Ministro da Justiça, Sergio Moro⁸²:

Defendia o isolamento da população carcerária como medida eficaz de combate à doença. O método principal seria realizado por meio da suspensão das visitas. De acordo com Moro, da mesma forma que a população está isolada em suas casas, os presos e presas deveriam continuar isolados nas prisões, pois o cárcere seria o “domicílio precípua dessa população.

Segundo dados de uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ), em relação as audiências de custódia, mais de 60% das decisões judiciais prolatadas desde o início do isolamento social determinam a conversão da prisão em flagrante em preventiva e menos de 40% concedem a possibilidade de responder, em liberdade, eventual investigação policial e ação penal⁸³.

Algumas decisões de magistrados, quanto da análise da necessidade de prisão provisória, afirmam que até o momento (04/09/2020), segundo a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro - SEAP, não houve nenhuma suspeita ou caso de infecção pelo vírus da COVID-19 nas dependências do prisionais do Estado.

Isso só demonstra a negação da existência da pandemia, a irresponsabilidade perante os encarcerados e a não observância da legislação. Conforme demonstrado pela pesquisa do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional)⁸⁴, a taxa de

⁸² BAYERL, Monique Vassoler. FIORAVANTE, Karina Eugenia. “Nos negamos a morrer na prisão”: A pandemia de covid-19 e a (in)visibilidade dos espaços carcerários. **Revista Ensaios de Geografia**, Niterói, v. 5, n. 9, p. 124-129, maio de 2020. p. 3-4.

⁸³ COSTA, Jaqueline Sérgio da. et. al. COVID-19 no sistema prisional brasileiro: Da indiferença como política à política de morte. **Revista Psicologia e Sociologia**, v. 32, 2020. [n.p.]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822020000100412&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁸⁴ PAULUZE, Thaiza. Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quintuplo da registrada na população geral. **Folha de São Paulo**, 5 mai. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos-brasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

letalidade pela COVID-19 é cinco vezes a daquela que assola quem está fora do sistema prisional.

O DEPEN, no Estado do Paraná, forneceu esses dados em 06/08/2020, “Desde o início da pandemia no Paraná, 471 presos testaram positivo para COVID-19, não é um número alarmante”⁸⁵.

Segundo o site do DEPEN - Medidas Contra o Covid-19⁸⁶, há 2.872 casos confirmados em Santa Catarina até o momento (02/04/2021).

O DEPEN sugeriu a ideia de utilizar contêineres para abrigar as pessoas presas infectadas pela COVID-19. Sendo espaços ainda menores que as celas, sem ventilação e que degrada ainda mais a condição do preso. Tal proposta vem contrária à medida de desencarceramento que deveria ser seguida.

Em abril de 2020, o partido ‘Podemos’ ajuizou mandado de segurança MS 37.066 (Decisão, 2020) pedindo a suspensão do ato, alegando que a recomendação estimulava a impunidade e colocava em perigo a ordem pública. Estes argumentos expõem mais do que insistentes mitos sobre o sistema prisional: escancaram um projeto de sociedade.⁸⁷

Conforme o art. 393, a COVID-19 enquadra-se como catástrofe biológica, sendo um “fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis de se evitar ou impedir”. Porém, quando houve a notificação da OMS (Organização Mundial da Saúde) acerca do primeiro caso da doença na China, o Estado Brasileiro já poderia prever as consequências de tal evento natural, como a sua propagação à nível mundial. Assim, a sua omissão enseja o dever de reparar. Corrobora-se essa percepção com o Recurso Especial explicitado a seguir.

5.1 RESP 1.299.900/RJ

⁸⁵ FILIPPIN, Natalia. Desde o início da pandemia no Paraná, 471 presos testaram positivo para Covid-19: 'Não é alarmante', diz diretor do Depen. **G1**, 06 ago. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/08/06/desde-o-inicio-da-pandemia-no-parana-471-presos-testaram-positivo-para-covid-19-nao-e-alarmante-diz-diretor-do-depen.html>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁸⁶ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Medidas de combate à COVID-19. **Departamento Penitenciário Nacional**, 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYTThMjk5YjgtZWQwYS00ODIkdjg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThiMSJ9>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁸⁷ COSTA et. al., 2020, [n.p.].

Neste julgamento, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendeu ser responsabilidade da União e do Estado do Rio de Janeiro o pagamento de uma indenização à um paciente que foi contaminado com HIV e hepatite C durante seu tratamento de hemofilia. O Ministro Humberto Martins citou como fundamentação do princípio da precaução, no contexto das questões de saúde.

O Princípio da precaução, oriundo do Direito Ambiental, foi proposto como tal na Conferência “Rio 92”⁸⁸:

O Princípio da Precaução é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Este Princípio afirma que a ausência da certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prevenir este dano.

Conforme voto do Relator⁸⁹:

Desta forma, percebo todos os elementos para a aplicação do princípio da precaução. O risco potencial era aumento da propagação da AIDS. Havia conhecimento, na época, de que a doença poderia ser transmitida por transfusão de sangue. Denota-se que o dano era previsível. A ausência de certeza científica acerca do vírus transmissor da doença, portanto, não afastava a obrigação de a Administração Pública (seja na esfera federal, seja na esfera estadual) adotar as medidas cabíveis para tentar mitigar o dano. Não prospera, logo, o argumento de que haveria excludente de responsabilidade da Administração Pública.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho⁹⁰, explicitou que o STJ, em casos análogos, já aplicou a teoria do risco administrativo aliada ao princípio da precaução, os quais, independentemente da existência de certeza sobre o vírus transmissor da doença, obrigam a administração pública a adotar medidas na tentativa de mitigação do dano.

Ou seja, o dano era previsível, tanto quanto ao objeto do julgamento do Ministro, quanto em relação a pandemia que se está vivendo.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.299.900/RJ**. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em: 01/03/2015. Publicado em: 13/03/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44455555&num_registro=201103028118&data=20150313&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 2 mai. 2021.

⁸⁹ Ibid., p. 16.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Muito além do novo coronavírus: a jurisprudência do STJ em tempos de epidemia. **STJ Notícias**, 19 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/Muito-alem-do-novo-coronavirus-a-jurisprudencia-do-STJ-em-tempos-de-epidemia.aspx>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

É dever do Estado e direito do encarcerado a execução da pena de forma humanizada, respeitando seus direitos fundamentais. Conforme descrito acima, é notório o nexo de causalidade entre as mortes dos encarcerados pela COVID-19 e a omissão do Estado, pois o mesmo tem o dever de evitá-las. Podendo e devendo agir, houve a omissão do Estado.

5.2 RE 592.581/RS

Diante das falhas da administração pública na gestão das penitenciárias, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a repercussão geral da possibilidade de haver controle judicial⁹¹.

CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Em 13 de agosto de 2015, foi decidido⁹²:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: “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 poderes”. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015.

O Min. Ricardo Lewandowski, relator, proferiu seu voto desta maneira⁹³:

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592581/RS**. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 22/10/2009. Publicado em: 20/11/2009. p. 125-128. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁹² Ibid., p. 133.

⁹³ Ibid., p. 29.

O fato é que a sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o Estado os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação de liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização. Outro aspecto a sublinhar é que os juízes são adotados do poder geral de cautela consistente em uma competência, mediante o qual lhes é permitido conceder medidas cautelares atípicas, que não estão explicitadas em lei, sempre que estas se mostrarem necessárias para assegurar, nos casos concretos submetidos à jurisdição, a efetividade do direito buscado. No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção. [...] a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações nele pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo. [...] existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob custódia do Estado.

Desta maneira, percebe-se que as políticas públicas advêm da Constituição Federal, normas supralégais e da intervenção do Poder Judiciário, que exige a realização de tais legislações.

5.3 ADPF 347

Conforme já expicitado no presente trabalho, não há dúvidas quanto à precariedade do sistema prisional brasileiro.

Diante deste cenário, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL), em 2015, ajuizou a ADPF 347 (arguição de descumprimento de preceito fundamental), pedido o reconhecimento da figura do Estado de Coisas Inconstitucional relativo ao sistema penitenciário e a necessidade de adoção de novas providências em relação às lesões e omissões dos Entes Públicos da União, Estados e Distrito Federal.

Extrai-se da petição inicial, as diversas violações dos direitos dos encarcerados⁹⁴:

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/DF**. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado em: 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos. O sistema, como todos sabem, funciona de forma altamente seletiva e atinge quase exclusivamente os pobres. [...] A situação chegou ao ponto de motivar intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país. Neste contexto, a prisão torna-se uma verdadeira “escola do crime”, e a perversidade do sistema ajuda a ferver o caldeirão em que vêm surgindo e prosperando as mais perigosas facções criminosas. O encarceramento em massa não gera a segurança que promete, mas, ao contrário, agrava os índices de criminalidade e de violência social, em detrimento de toda a população.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio explicita⁹⁵

Explicita estar se agravando o drama descrito, em virtude do crescimento significativo da população carcerária, que, de cerca de 90.000 presos, em 1990, chegou, em maio de 2014, a 563.000, sem contar os mais de 147.000 em regime de prisão domiciliar. Argumenta que, hoje, o número deve ultrapassar 600.000, possuindo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Se somadas as prisões domiciliares, o Brasil passaria a Rússia. Em 25 anos, verificou-se majoração de mais de 650%. O déficit seria de, pelo menos, 206.307 vagas, o qual aumentaria para 730 mil vagas, se fossem cumpridos todos os mandados de prisão expedidos. Ressalta o sofrimento das mulheres encarceradas ante a ausência de estabelecimento próprio e adequado, não havendo berçários, locais destinados à gestante e à parturiente ou creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Afirma a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas – não sendo assegurado acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém-nascido –, bem como a carência de ginecologistas e de fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene. Enfatiza comporem as minorias sexuais outro grupo a sofrer com o encarceramento inadequado. Consoante realça, esses indivíduos ficam expostos, constantemente, a abusos sexuais, inclusive a servidão, contraindo doenças sexualmente transmissíveis.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/DF**. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado em: 09/09/2015. p. 5-7. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Dirley da Cunha Júnior explica que o Estado de Coisas Inconstitucional adveio das decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC)⁹⁶:

[...] diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.

Segundo a Corte Constitucional Colombiana, o ECI é caracterizado por:

(a) é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta a ocorrência de uma proteção insuficiente); (b) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas (isto é, não basta, para caracterizar o ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade); (c) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e (d) há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação de recursos, etc.).⁹⁷

No caso do Brasil, incube ao Supremo Tribunal Federal, impor aos Entes Públicos que tomem as devidas providências para afastar as violações aos direitos fundamentais do preso. Assim, a corte protege os direitos fundamentais da coletividade.

Importante salientar que o STF ainda não julgou definitivamente o mérito. Em 01/07/2020 foi publicado acórdão referente ao pedido de medida cautelar incidental, pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD, com o objetivo de preservar a vida e a saúde dos presos e, por extensão, da sociedade.

No relatório do Ministro Alexandre de Moraes, quanto à liminar⁹⁸:

⁹⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Estado de Coisas Inconstitucional. **Jus Brasil**, 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, [199-] apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/DF**. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado em: 09/09/2015. p. 5-7. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/DF**. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado em: 09/09/2015. p. 5-7. Disponível em:

Reportando-se ao decreto da Organização Mundial de Saúde – OMS por meio do qual declarada pandemia em virtude da expansão das infecções pelo vírus COVID- 19, articula com a condição favorável à proliferação de doenças infectocontagiosas nas instalações prisionais brasileiras. Frisa o reduzido número de médicos, leitos, enfermarias e unidades de terapia intensiva disponíveis. Segundo narra, dados de relatório de gestão publicado pelo Conselho Nacional de Justiça revelam que apenas 37% dos estabelecimentos prisionais possuem módulo ou unidade de saúde aparelhados para atendimento básico. Discorre sobre a potencialização da letalidade ante o quadro de doenças como tuberculose e aids e contato frequente com público externo. Assevera tratar-se de questão de saúde pública, aludindo aos fatos ocorridos na Itália, onde a proibição de visitas a custodiados resultou em rebeliões, fugas e mortes. Notícia a liberação temporária de presos, no Irã, como medida contra a proliferação da doença. Apresenta, mediante a petição/STF no 14.245/2020, parecer do médico Marcos Boulos, Professor de Doenças Infecciosas e Parasitárias da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e Assessor Especial de Doenças Infecciosas e Parasitárias da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. O infectologista diz da vulnerabilidade da população prisional, particularmente considerados os inseridos no denominado grupo de risco, ante a condição das instalações, apontando a redução como medida eficaz de contenção da disseminação da enfermidade.

Também, pede o deferimento da liberdade condicional dos encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, conforme art. 1º da Lei 10.741; regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei no 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.⁹⁹

Da apreciação desta ADPF, extrai-se avanços em relação a posição da Suprema Corte, com o reconhecimento de violações aos direitos fundamentais e legislações nacionais e internacionais.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁹⁹ Ibid., p. 12.

6 CONCLUSÃO

Da análise de todos os pontos abordados, vê-se que há diversas violações aos direitos e garantias dos detentos do sistema penitenciário brasileiro.

O Estado, como possuidor do direito de encarceramento, tem o dever de fornecer a esses indivíduos o mínimo da dignidade da pessoa humana.

Conquanto, a realidade do sistema penitenciário brasileiro é oposta ao modelo ideal garantista, desrespeitando grande parte dos direitos previstos.

Perante isso, se fez necessária a análise da responsabilidade estatal das violações ocorridas.

Extrai-se do art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, que foi adotada a teoria do risco administrativo, ou seja, a possibilidade do Estado gerar danos impõe uma indenização à vítima, independentemente da demonstração de culpa ou dolo.

Assim, a partir da prisão do indivíduo, sua guarda e responsabilidade passa a ser do Estado, que assume o dever de garantir a preservação de sua integridade física e moral.

Desse modo, qualquer malefício que o preso sofra, seja por sua ação ou de outros, leva à responsabilização do Estado. Isso é demonstrado pela doutrina majoritária.

Passando às situações aqui tratadas, tem-se que, segundo o entendimento jurisprudencial e doutrinário, a saúde do preso deve ser responsabilidade do Estado.

Da análise do Estado de Coisas Inconstitucional, nota-se que a reponsabilidade por essa situação caótica deve ser atribuída aos três Poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo), União, Estados e Distrito Federal.

O STJ, já aplicou a teoria do risco administrativo aliada ao princípio da precaução, os quais, independentemente da existência de certeza sobre o vírus transmissor da doença, obrigam a administração pública a adotar medidas na tentativa de mitigação do dano.

A falta de medidas administrativas e legislativas representa uma falha estrutural do sistema, o que provoca ofensa aos direitos dos encarcerados, além do agravamento e permanência da situação.

REFERÊNCIAS

BAYERL, Moniqui Vassoler. FIORAVANTE, Karina Eugenia. “Nos negamos a morrer na prisão”: A pandemia de covid-19 e a (in)visibilidade dos espaços carcerários. **Revista Ensaios de Geografia**, Niterói, v. 5, n. 9, p. 124-129, maio de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 2 mai. 2021.

_____. Conselho Nacional De Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 14, de 1994**. Fixa as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em: <<http://www.crpasp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mai. 2021.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Medidas de combate à COVID-19. **Departamento Penitenciário Nacional**, 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. Ministério Da Saúde. População carcerária é foco de projeto contra tuberculose. **Agência Saúde**, 2018. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43456-populacao-carceraria-e-foco-de-projeto-contr-a-tuberculose-2>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Muito além do novo coronavírus: a jurisprudência do STJ em tempos de epidemia. **STJ Notícias**, 19 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Muito-alem-do-novo-coronavirus-a-jurisprudencia-do-STJ-em-tempos-de-epidemia.aspx>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.299.900/RJ**. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em: 01/03/2015. Publicado em: 13/03/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44455555&num_registro=201103028118&data=20150313&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 2 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 2.227-2/MG**. 6ª Turma. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Publicado em: 29/03/93. p. 5.268. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/coluna/2953/a-definio-de-maus-antecedentes-vista-dos-votos-j-proferidos-no-re-593818-em-repercurso-geral-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/5223/5348>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592581/RS**. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 22/10/2009. Publicado em: 20/11/2009. p. 125-128. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 365**: responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. RE 580252. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 592**: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento. RE 841526. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4645403>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BURKI, Talha. COVID-19 in Latin America. **Newdesk**, v. 20, n. 5, 2020. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099\(20\)30303-0/fulltext#articleInformation](https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099(20)30303-0/fulltext#articleInformation)>. Acesso em: 28 abr. 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. Livro Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 737, mar. 1997.

COSTA, Jaqueline Sérgio da. et. al. COVID-19 no sistema prisional brasileiro: Da indiferença como política à política de morte. **Revista Psicologia e Sociologia**, v. 32, 2020. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822020000100412&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 abr. 2021.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Estado de Coisas Inconstitucional. **Jus Brasil**, 2015. Disponível em:

<<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

FERNANDES, Maria Nilvane Fernandes et. al. Combate ao COVID-19 no sistema penitenciário e socioeducativo: impossibilidades no Estado Penal. **Revista Observatório**, Palmas-TO, v. 6, n. 2, abr. 2020.

FILIPPIN, Natalia. Desde o início da pandemia no Paraná, 471 presos testaram positivo para Covid-19: 'Não é alarmante', diz diretor do Depen. **G1**, 06 ago. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/08/06/desde-o-inicio-da-pandemia-no-parana-471-presos-testaram-positivo-para-covid-19-nao-e-alarmante-diz-diretor-do-depen.ghtml>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

IGLESIAS-OSORES, Sebastian. *Transmission and prevention of SARS-CoV-2 (COVID-19) in prisons*. **Revista española de sanidad penitenciaria**, v. 22, 2020. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7537360/pdf/2013-6463-sanipe-22-02-87.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PAULUZE, Thaiza. Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quántuplo da registrada na população geral. **Folha de São Paulo**, 5 mai. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos-brasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SÁNCHEZ, Alexandra et. al. COVID-19 nas prisões: Um desafio impossível para a saúde pública? **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, n. 5. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00083520>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.