



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

MARIA VERUSKA DA SILVA

A ESTRUTURA CARCERÁRIA BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: POSSIBILIDADE DE
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

SOUSA-PB
2018

MARIA VERUSKA DA SILVA

A ESTRUTURA CARCERÁRIA BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: POSSIBILIDADES DE
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande,
como requisito parcial a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Esp. Carla Pedrosa de
Figueiredo _____

SOUSA-PB
2018

MARIA VERUSKA DA SILVA

A ESTRUTURA CARCERÁRIA BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: POSSIBILIDADES DE
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande,
como requisito parcial a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Esp. Carla Pedrosa de
Figueiredo_____

DATA DE APROVAÇÃO: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Profa. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

À Deus, pela sabedoria e coragem que me premiaste.

À minha filha Maria Luiza, minha maior fonte de inspiração e determinação.

Ao meu companheiro Sebastião, por toda a força que sempre me deste.

Aos meus pais pelo incentivo e força que me deram para que eu pudesse vencer mais essa etapa na minha vida.

E a toda minha família pelos momentos felizes proporcionados.

DEDICO

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida e pela coragem de vencer os obstáculos, sempre.

A minha filha, Maria Luiza, o maior e melhor presente que eu poderia ganhar.

Ao meu companheiro Sebastião, fonte inesgotável de força, me suportando sempre nos momentos de cansaço e estando ao meu lado em todos os momentos.

Aos meus pais Rozilda e Valmir, pelas suas existências, pelo grande amor que me deram sempre, pelo aprendizado proporcionado, pelos momentos difíceis nos quais sempre pude contar com eles.

Às minhas irmãs e aos meus irmãos por estarem sempre presentes em todos os momentos da minha vida e principalmente pelo incentivo para a subida de mais este degrau.

A todos os meus sobrinhos e sobrinhas que me serviram de inspiração para vencer muitos obstáculos.

Aos meus tios, pelas palavras divinas ditas sempre para o meu fortalecimento e por toda dedicação.

A minha Professora e Orientadora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo pela disponibilidade, dedicação, contribuição e auxílio em todos os momentos da construção deste trabalho.

A todos os professores do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da UFCG, pela sua participação na construção dos conhecimentos e pela contribuição nos dada.

Aos amigos feitos da universidade para a vida! Davi, Ayane, Paula, Raissa, João Pedro. Vocês foram um presente que a UFCG me deu e jamais os esquecerei. Muito obrigada por tudo!!

A toda minha turma de Direito 2013.1- Manhã, pelos momentos bons que passamos juntos!

À Coordenação da Unidade Acadêmica de Direito, em nome da Professora Jacyara Farias, pela disponibilidade e carinho em sempre nos atender.

À Coordenação do Curso de Direito do CCJS, em nome do Professor Eduardo Jorge, através do qual estendo os agradecimentos aos demais coordenadores, pela paciência e dedicação.

E, finalmente, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a subida de mais esse degrau na minha vida.

Muito obrigada!

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana e esta (pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2006, p.59)

RESUMO

O presente trabalho buscou elucidar a situação atual do sistema penitenciário brasileiro e apresentar os seus principais problemas, apontando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o problema da superlotação carcerária, os direitos dos presos que não estão sendo aplicados, e se é possível a indenização em virtude disso. Partindo de uma análise dos direitos dos apenados que estão sendo cerceados devido a essa condição, discutiu-se sobre os direitos fundamentais enfatizando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, até chegar ao terceiro capítulo que trata da responsabilidade civil do Estado, em face do apenado, quando este pleitear indenização moral e material devido às condições desumanas que ficam expostos enquanto estão sob custódia do Estado nos estabelecimentos carcerários, fazendo uma análise do Recurso Extraordinário do STF (580.252) e o posicionamento dos Tribunais à respeito da matéria do citado recurso. Dessa forma a presente pesquisa se utilizou do método de pesquisa teórica, feita através de material bibliográfico e dados oficiais. Pôde-se concluir que é indiscutível a responsabilização do Estado quanto às mazelas apresentadas pelo sistema carcerário brasileiro, e que o mesmo é omissivo quanto aos seus deveres, dando espaço ao campo das indenizações aos presos em situação indignas. Conclui-se ainda, que a tese apresentada pela maioria dos Ministros do STF, mesmo apresentando-se como majoritária não resolve o problema no seu núcleo, bem como a tese de remissão apresentada pelo ministro Barroso, embora seja, dentre as duas, a mais viável. Ao fim do estudo constatou-se que a solução mais eficaz para sanar o problema apresentado na pesquisa seria o cumprimento de todos os direitos e garantias positivados na Constituição Federal e legislação infraconstitucional bem como os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Palavras-chaves: Dignidade da Pessoa Humana. Indenização. Sistema Penitenciário Brasileiro.

ABSTRACT

The present work sought to elucidate the current situation of the Brazilian prison system and to present its main problems, thus pointing to the principle of human dignity, as well as the problem of prison overcrowding, prisoners' rights that are not being applied, and compensation is possible as a result. Starting from an analysis of the rights of the victims who are being curtailed due to this condition, fundamental rights were discussed emphasizing the Principle of the Dignity of the Human Person, until arriving at the third chapter that deals with the civil responsibility of the State, in face of the distressed, when the latter seeks moral and material compensation due to the inhuman conditions that are exposed while in the custody of the State in prisons, analyzing the Extraordinary Appeal of the STF (580252) and the position of the Courts regarding the matter of the said appeal. In this way, the present research was based on the theoretical research method, made through bibliographic material and official data. It could be concluded that the responsibility of the State regarding the maladies presented by the Brazilian prison system is indisputable, and that the same is silent about its duties, giving space to the field of compensation to prisoners in an unworthy situation. It is also concluded that the thesis presented by the majority of the Ministers of the STF, even presenting itself as majority does not resolve the problem at its core, as well as the thesis of remission presented by Minister Barroso, although it is, among the two, the most viable. At the end of the study it was found that the most effective solution to solve the problem presented in the research would be the fulfillment of all the rights and guarantees guaranteed in the Federal Constitution and infraconstitutional legislation as well as the International Human Rights Treaties.

Key-words: Dignity of the Human Person. Indemnity. Brazilian Penitentiary System.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CONJUR – Consultor Jurídico

CPC – Código de Processo Civil

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça

LEP – Lei de Execução Penal

MS – Mato Grosso do Sul

PCPA – Presídio Central de Porto Alegre

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJMS – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	15
2.1 Evolução Histórica.....	15
2.2 Sistema Penitenciário Brasileiro.....	19
2.3 A Situação do Cárcere no Brasil.....	23
3 REFLEXOS DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO PRESO SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	27
3.1 Considerações sobre os direitos do preso.....	27
3.2 A violação dos direitos do preso pelo Estado.....	33
3.3 Análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	36
4 POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CAUSADOS AOS PRESOS SUBMETIDOS A TRATAMENTO DEGRADANTE PELO ESTADO.....	41
4.1 Aspectos gerais acerca da Responsabilidade Civil do Estado.....	41
4.2 Análise do Recurso Extraordinário 580.252 do STF e o posicionamento dos Tribunais.....	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Penitenciário é um assunto recorrente no Brasil, por causa de todos os seus problemas. Os assuntos discorridos são a superlotação, a falta de higiene e de condições mínimas de sobrevivência. As penitenciárias brasileiras se transformaram em verdadeiros depósitos humanos, dessa forma, afrontando a dignidade humana dos que lá estão e descaracterizando assim o verdadeiro sentido para o qual foram criadas.

É notória a existência de variados obstáculos para uma execução da pena otimizada e humana. Entre eles sobressaem: a falta de vontade pública; a superlotação; a ênfase na ordem e na disciplina; e a tendência à severidade na execução. A decadência do sistema prisional é uma das consequências mais graves da falta de políticas públicas no campo da prevenção criminal e da execução da pena.

A pesquisa tratar-se-á de uma revisão de literatura, para a qual será necessária a realização de um levantamento prévio do material à luz dos escritos que versam sobre o objeto de estudo.

Para a análise do objeto de estudo será adotado o método de pesquisa bibliográfica, ou seja, um estudo baseado na literatura já existente em livros, revistas, periódicos, revistas eletrônicas, publicações em sites, anais, etc. A pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações e teses. Ela pode ser realizada independentemente ou pode constituir parte de uma pesquisa descritiva ou experimental.

O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo, partindo de uma idéia geral aceita como satisfatória, deduzindo suposições que logo se contrastam com os dados obtidos da realidade.

Para o desenvolvimento do presente trabalho far-se-á necessária a propositura de alguns objetivos. De maneira geral buscar-se-á analisar a estrutura carcerária brasileira seus reflexos na dignidade da pessoa humana e a possibilidade de indenização por dano moral pelo Estado. De forma mais específica, conhecer a realidade do sistema carcerário brasileiro; verificar até que ponto a atual situação estrutural dos presídios brasileiros refletem na dignidade da pessoa humana; discutir

a possibilidade de uma indenização por danos morais; analisar as incoerências entre a realidade carcerária brasileira e os princípios e garantias constitucionais.

Diante da atual situação do sistema carcerário brasileiro, o qual reflete diretamente na dignidade da pessoa humana, seria possível uma indenização por danos morais pelo ente estatal, por não cumprir os preceitos da Lei de Execução Penal? Sendo tal questão, a hipótese suscitada para a feitura da presente pesquisa científica.

É importante salientar que o objetivo da pena privativa de liberdade não é a retribuição do mal causado, mas a ressocialização do apenado para que o mesmo possa retornar ao convívio social. Neste sentido, é de suma importância destacar as garantias constitucionais dos detentos, pois o cumprimento de pena não pode implicar em desconsideração ou diminuição de direitos fundamentais. Sendo assim, perceptível a preocupação do legislador em direcionar os direitos fundamentais, também àqueles que cumprem pena privativa de liberdade no Brasil.

A escolha do tema deve-se à sua enorme repercussão e amplitude em virtude do ambiente de perplexidade, descaso, condições desumanas e insalubres, etc, dos presídios brasileiros. Obviamente que tais condições desrespeitam os princípios do direito constitucional, pois ferem, além da integridade física e moral, a dignidade da pessoa humana, o que está garantido pela Carta Magna e deveria ser fielmente aplicado. Para tanto, serão conjugados vários ramos do Direito, como: o Direito Constitucional e Internacional, no âmbito dos Direitos Humanos e o Direito Penal e Processual Penal no que concerne ao Sistema Penitenciário, na tentativa de conhecer, entender, e propor soluções para os inúmeros problemas identificados.

O presente trabalho dividir-se-á em três capítulos.

O primeiro capítulo trará um panorama histórico do sistema penitenciário de maneira geral e, especificamente, no Brasil enfatizando a origem do sistema carcerário brasileiro, revelando sua atual situação, enfatizando os fatores que o levaram ao estado de precariedade que se encontra, ressaltando, ainda, a ineficiência do sistema prisional no processo de ressocialização e os danos causados aos encarcerados. Fará menção ao artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, bem como a Lei de Execução Penal em seu artigo 88 que trata dos direitos do preso à condições dignas de permanência dentro do cárcere.

O segundo capítulo traduzirá algumas considerações acerca dos direitos do preso sob o viés do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana elencados na

Constituição Federal de 1988, na Lei de Execução Penal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos traçando uma discussão sobre a violação destes direitos pelo Estado. O capítulo trará, ainda, uma análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a sua demasiada importância na garantia da aplicabilidade dos demais direitos humanos fundamentais.

O terceiro capítulo tratará da possibilidade de indenização por danos morais por parte do Estado aos encarcerados que sentirem a sua dignidade atingida no âmbito do sistema carcerário brasileiro fazendo menção ao instituto da responsabilidade civil. Posteriormente, trará uma análise do Recurso Extraordinário 580.252 do STF e o posicionamento mais recente dos Tribunais de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria contida no recurso.

2 ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

No decorrer deste capítulo analisar-se-á o sistema carcerário brasileiro, o qual vem sofrendo diversas transformações ao longo do tempo que acarretaram a sua progressiva evolução.

O primeiro tópico traz um panorama histórico do sistema penitenciário de maneira geral e, especificamente, no Brasil enfatizando a origem do sistema carcerário brasileiro, as formas antigas e atuais de punição do Estado no decorrer do tempo bem como o surgimento dos novos modelos de instituições carcerárias.

O segundo tópico revela a atual situação do cárcere brasileiro, tratando do seu objetivo. Traz ainda, dados atualizados de quantos encarcerados e de quantas instituições carcerárias existem no Brasil, classificando-as quanto aos tipos de regimes de cumprimento de pena estabelecidos pelo Código Penal Brasileiro, trazendo as características inerentes a cada tipo de regime.

O terceiro tópico deste capítulo trata da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, enfatizando os fatores que o levaram ao estado de precariedade que se encontra, ressaltando, ainda, a ineficiência do sistema prisional no processo de ressocialização e os danos causados aos encarcerados. Faz menção ao artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, que assegura ao preso, o respeito e a integridade física e moral; bem como a Lei de Execução Penal em seu artigo 88 que trata dos direitos do preso à condições dignas de permanência dentro do cárcere.

2.1 Evolução Histórica

O Sistema carcerário brasileiro vem sofrendo diversas transformações ao longo do tempo que acarretaram a sua progressiva evolução. Desse modo, o conceito atual de prisão é recente, datando do século XVII com a reforma do Direito Penal e a conseqüente “humanização” das penas. Até então a forma de punição do Estado contra aquele que cometia crimes consistia em punições cruéis “carnais”, era comum a pena de morte, desmembramento, tortura e outros tipos de violência

contra o corpo do criminoso. Com a reforma, esse tipo de pena deixa de ser a forma principal de punição e a restrição da liberdade passa a ocupar lugar de destaque (BEZERRA, 2015).

O direito de punir do Estado emanou da vida comunitária. Pois para que a paz e o interesse da maioria fossem preservados criaram-se as regras comuns de convivência e a conseqüente punição ao agente infrator. Não obstante o conceito de pena nunca tenha gerado grandes discussões, sua finalidade foi uma preocupação constante na história do Direito Penal, provocando o estudo de juristas e filósofos em seu tempo. Em suma, em seu percurso histórico a pena sofreu um processo de evolução simultâneo às modificações das relações humanas e, constatando que a punição com a pretensão exclusiva de castigar o infrator e vingar o mal por ele praticado sempre culminou em crise modificando-se a tendência penal estritamente repressiva, dando espaço às penas alternativas à prisão (BEZERRA, 2015).

Na Antiguidade a pena impunha sacrifícios e castigos desumanos ao condenado e, via de regra, não guardava proporção entre a conduta delitiva e a punição, prevalecendo sempre o interesse do mais forte.

Com a Lei de Talião, registrada pelo Código de Hamurabi, em 1680 a.C., mesmo que de forma insuficiente, estabeleceu-se a proporcionalidade entre a conduta do infrator e a punição, consagrando a disciplina de dar vida por vida, olho por olho e dente por dente. Surgiu assim a equivalência entre a ofensa e o castigo penal, porém as penas continuavam avassaladoras, públicas e degradantes, prevalecendo a infâmia, as agressões corporais e a pena de morte (SANTIS; ENGBRUCH, 2016).

Superado este momento histórico, a pena que inicialmente era de ordem privada foi remetida à esfera pública, com o ensejo de garantir a segurança e os interesses do próprio Estado. A privação da liberdade começou a ser utilizada, para preservar os réus até os julgamentos definitivos, sem conotá-la como sanção penal autônoma, permanecendo a punição com intenso teor vingativo, impondo-se de maneira severa e capital ao acusado (BEZERRA, 2015). Neste sentido castigos como amputação de membros, guilhotina, forca, eram exibidos à população na forma de espetáculo, para servir de exemplo intimidativo. Porém, esta situação nunca gerou aceitação entre os homens, como destaca Foucault (*apud* Dotti, 1977, p. 58):

...assim, não havia aceitação pública, pelo caráter de espetáculo da execução das penas, sendo que as pessoas eram estimuladas e compelidas a seguir o cortejo até o local do sacrifício, e o preso era obrigado a proclamar sua culpa, atestar seu crime e a justiça de sua condenação.

Posteriormente, a punição ganhou uma conotação de vingança e de castigo espiritual, acreditando-se que através dela poderia se aplicar a ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinquente, cometendo-se todas as atrocidades e violências em nome de Deus (BEZERRA, 2015).

Durante a Idade Média, a punição foi inspirada pelos Tribunais de Inquisição, período em que a pena ensejava o arrependimento do infrator. Assim, criou-se a oportunidade para que a Igreja massacrasse seus hereges com suplícios cruéis, como a fogueira, estrangulamento e outras variadas formas de tortura. A única e isolada progressão da pena neste momento histórico deve-se ao fato de que os Tribunais Inquisitórios instituíram um processo sumário para proferir o julgamento, embora não fosse permitido o princípio do contraditório e o direito de ampla defesa (SILVA, 2012).

De acordo com a autora supracitada, a crueldade e os absurdos do direito penal somente foram contrariados com o movimento Humanitário, liderado por ideais de pensadores como John Haward, Jeremias Bentham e Cesare Bonesana "Marquês de Beccaria", que tornou-se um símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente, constituindo o pilar desta vertente. Os ideais revolucionários deram base ao direito penal moderno e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa.

Assevere-se, porém que, além dos ideais liberais que norteavam o período, outros motivos estimularam a aplicação da prisão como pena autônoma, suprimindo a pena de morte e os suplícios à integridade física do homem. O aumento da criminalidade por toda Europa em razão das guerras e do aumento da urbanidade, geraram um vulto de pobreza e violência e, com o conseqüente aumento da delinquência, a pena de morte tornou-se insuficiente e inadequada, ocasionando a conveniência da aplicação de penas privativas de liberdade. Assim, a pena de prisão solidificou-se como principal modalidade punitiva, embora a sua execução permanecesse primária e desumana (BEZERRA, 2015).

Ainda, segundo Bezerra (2015), no início do século XIX, a pena de prisão mostrou-se como um meio adequado para reformar o delinquente, constituindo uma evolução para época, mas nas últimas décadas sua eficiência não tem proporcionado resultados tão otimistas. Aliás, este panorama negativo já era esperado, pois o cárcere é a antítese da sociedade livre, atua de forma antinatural conduzindo à criminalidade. Em virtude disso, assim como ocorreu com a pena de morte e outros suplícios, a falência da pena de prisão foi inevitável, uma vez que além de não frear a delinquência dá oportunidade a desumanidades e estimula a reincidência delitiva.

Diante disso, a história mais recente registra uma nova reflexão em torno da punição, exurgindo uma manifesta preocupação dos pensadores do direito penal em associar a punição à efetiva reabilitação do ser humano, através de sanções que não privem a liberdade do condenado. Esse objetivo encontra-se respaldado na constatação de que o cárcere proporciona a perda das referências de uma vida saudável em coletividade, por impor um cotidiano monótono, estático e privado dos estímulos positivos. Assim, as preocupações dos dias atuais visam adequar as modalidades punitivas à tendência moderna do direito penal, priorizando a reabilitação intrínseca do delinquente e a preservação de sua dignidade, uma vez que as punições que agiram extrinsecamente, agredindo e castigando os condenados, trouxeram apenas resultados negativos (BEZERRA, 2015).

No Brasil, o sistema prisional é compreendido pelo seu sistema penitenciário, em que estão envolvidas as cadeias públicas e as carceragens dos distritos policiais existentes. A história do sistema penitenciário brasileiro baseia-se na exclusão social.

Foi a partir do século XIX, que começaram a surgir prisões com celas individuais e oficinas de trabalho e uma arquitetura própria para a pena de prisão. O Código Penal de 1890 possibilitou estabelecer novas modalidades de prisão, considerando que não haveria mais penas perpétuas e coletivas, limitando-se as penas restritivas de liberdade individual, uma penalidade de no máximo trinta anos, com a prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar (OLIVEIRA, 2009).

Segundo Oliveira (2009) a base do sistema brasileiro é a do sistema progressivo ou irlandês, em que são considerados os seguintes estágios: o de isolamento, o de trabalho em conjunto e o de livramento condicional. E o Código de

1890 trouxe uma grande novidade, a prisão celular, considerada uma punição moderna e, portanto, base para a arquitetura penitenciária. Não obstante, o aumento gradativo da população carcerária confrontou-se com a limitação espacial das prisões, inviabilizando a cela individual.

Entretanto, no Brasil, começou a surgir construção de pavilhões isolados, com limite máximo de presos por unidade carcerária. E, ao invés de muros ou muralhas, passasse a admitir o alambrado, para o estabelecimento de segurança média ou mínima, o que revela um elemento arquitetônico importante, pois o preso passa a partir daí a ter um maior contato visual com o exterior, ampliando o seu raio de visão, na tentativa de ampliar seu próprio horizonte. E hoje, o Brasil tem uma arquitetura prisional própria, a qual teve suas origens a partir da década de 60 (OLIVEIRA, 2009).

Diante disso, a história mais recente registra uma nova reflexão em torno da punição, exurgindo uma manifesta preocupação dos pensadores do direito penal em associar a punição à efetiva reabilitação do ser humano, através de sanções que não privem a liberdade do condenado. Esse objetivo encontra-se respaldado na constatação de que o cárcere proporciona a perda das referências de uma vida saudável em coletividade, por impor um cotidiano monótono, estático e privado dos estímulos positivos. Assim, as preocupações dos dias atuais visam adequar as modalidades punitivas à tendência moderna do direito penal, priorizando a reabilitação intrínseca do delinquente e a preservação de sua dignidade, uma vez que as punições que agiram extrinsecamente, agredindo e castigando os condenados, trouxeram apenas resultados negativos (BEZERRA, 2015).

2.2 Sistema Penitenciário Brasileiro

O sistema penitenciário brasileiro tem como objetivo a ressocialização, educação e a referente punição ao seu delito. É uma forma de vingança social, pois uma vez que a autotutela é proibida, o Estado assume a responsabilidade de retaliação dos crimes, isolando o criminoso para que ele possa refletir sobre os seus atos, alheio a influências externas. Através da prisão, o infrator é privado da sua liberdade, deixando de ser um risco para a sociedade.

O Sistema Prisional Brasileiro tal como hoje é estruturado não atende plenamente às finalidades da teoria da pena consagrada no Ordenamento Jurídico Pátrio. Ao contrário, o que se observa nas penitenciárias brasileiras são afrontas aos direitos humanos e a ausência de políticas públicas que atendam a finalidade da norma e, por consequência, da própria sociedade.

Conforme os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen - 2015) tem-se que o Brasil tem 1.424 unidades prisionais. A Lei de Execução Penal (LEP) determina que nesses estabelecimentos penais as pessoas que compõem a população carcerária brasileira devem cumprir suas normas (CNJ, 2015).

De acordo com o (CNJ, 2015) o que define os tipos de estabelecimentos penais basicamente é a finalidade original das unidades. De acordo com a LEP, penitenciária é a unidade prisional destinada aos condenados a cumprir pena no regime fechado, enquanto as colônias agrícolas, industriais ou similares são destinadas aos presos do regime semiaberto e a casa do albergado, aqueles em regime aberto. Detentos provisórios devem aguardar o julgamento em cadeia pública. Há ainda os hospitais de custódia, onde deve cumprir medida de segurança quem cometeu crime por algum problema mental e foi, por isso, considerado inimputável ou semi-imputável.

O Brasil tem 260 estabelecimentos penais destinados ao regime fechado, 95 ao regime semiaberto, 23 ao regime aberto, 725 a presos provisórios e 20 hospitais de custódia, além de 125 estabelecimentos criados para abrigar presos dos diversos tipos de regime, de acordo com os últimos números do Depen, referentes a junho de 2014. O levantamento revela, no entanto, que a separação dos presos por tipo de regime de pena prevista em lei não está sendo cumprida. Das 260 penitenciárias, por exemplo, que deveriam abrigar exclusivamente condenados ao regime fechado, somente 52 seguem a LEP (CNJ, 2015).

Segundo o artigo 83 da LEP, toda unidade deve ter “áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva”, de acordo com a natureza de cada uma. Mas, desde que foi criada, a LEP vem sendo alterada para criar critérios específicos de atendimento à população carcerária.

Em pesquisa realizada pelo CNJ em fevereiro de 2017, a população carcerária no Brasil chega a 654.372 encarcerados. Já em dezembro do mesmo ano o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça concluiu que o total

de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712. Cerca de 40% dos presos hoje são provisórios, ou seja, ainda não têm condenação judicial. Mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros. Os dados são do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias divulgado no dia 08 de dezembro de 2017, em Brasília, pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça. Sendo o Brasil o terceiro país com maior número de pessoas presas, atrás dos Estados Unidos e da China, sendo seguido na quarta colocação pela Rússia. A taxa de presos para cada 100 mil habitantes subiu para 352,6 indivíduos em junho de 2016. Em 2014, era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes (CONJUR, 2017).

No Brasil, os regimes penais são classificados em: fechado, semi-aberto e aberto. Eles foram instituídos como lei para cumprimento da pena na lei de Execução Penal de nº 6416 do ano de 1977, em que a questão da periculosidade era tratada como fator decisivo. Entretanto, esta lei é modificada posteriormente; recebendo o nº 7.209 do ano de 1984, uma vez que a periculosidade já não é mais considerada como preponderante (OLIVEIRA, 2009).

Segundo Nascimento (2003), o regime fechado se caracteriza por ser um regime de segurança máxima ou média, em que os sentenciados recebem um maior controle, vigilância e as atividades desenvolvidas são limitadas. Sendo este regime denominado de “penitenciária”. Neste tipo de regime, geralmente, ficam os condenados à 08 anos de prisão e os reincidentes, independente da pena de reclusão aplicada segundo o art. 33 do Código Penal.

Já o regime semi-aberto, é um espaço entre o regime fechado e o aberto, que se caracteriza por sua finalidade de reintegrar gradativamente os sentenciados à sociedade e prevenir que estes reincidem em ações criminosas. Este regime é denominado de “Colônia Agrícola, Industrial ou Similar”, em que o condenado poderá ficar alojado em pavilhões coletivos; tendo direito de freqüentar cursos profissionalizantes ou educacionais for do estabelecimento em que a pena é cumprida (CNJ, 2015).

Enquanto que o regime aberto caracteriza-se como o último estágio do regime progressivo, e ele é uma das diversas formas de tratamento em semi-liberdade, no qual o sentenciado durante o período diurno pode trabalhar fora do estabelecimento, sem que para a realização de sua atividade seja escoltado. No entanto, no período noturno o mesmo tem que retornar para o albergue. O objetivo do cumprimento da

pena fora do estabelecimento penal é de reintegrar socialmente e produzir a transformação do sentenciado, para que assim ela possa fazer uma reflexão sobre seus valores e atos e retornar à sociedade. Porém, para a transformação do sentenciado e sua reintegração é necessário que o trabalho em relação ao sentenciado não aconteça apenas dentro dos regimes, mas na sociedade integral (OLIVEIRA, 2009).

Segundo o Código Penal Brasileiro existem duas espécies de pena privativa de liberdade: a de reclusão e a de detenção, as quais se divergem formalmente, pois a reclusão é um tipo de pena para os crimes mais graves, enquanto que a detenção ocorre para os crimes mais brandos.

O Sistema Penal Brasileiro consagrou, através do artigo 59 do Código Penal, a teoria mista da finalidade da pena. Assim, a pena apresenta um duplo aspecto: a reprovação e a prevenção do crime. No entanto, a quase totalidade de presídios no Brasil apresenta uma realidade que põe em questionamento o alcance dessas duas finalidades da pena. O que se observa, nas penitenciárias brasileiras, de forma quase absoluta, são violações aos direitos humanos, ao direito penal e à própria Constituição Federal, na medida em que direitos fundamentais positivados por estes ramos do direito são constantemente transgredidos. Entre estes direitos vale mencionar em especial: os direitos ao trabalho, à higiene, à saúde e à educação (FERREIRA, 2013).

Já para Oliveira (2009) o sentido etimológico da palavra pena vem do latim “poena”, que significa espécie de imposição, de aflição ou castigo pelo fato cometido à ordem penal. Entretanto, segundo Nascimento (2003) pena é a sanção aflictiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, com a finalidade de evitar novos delitos, possuindo caráter retributivo de ameaça de um mal contra o autor que cometeu uma infração penal. Já seu caráter preventivo, visa evitar que ocorra a prática de novas infrações. Dentre as teorias que explicam o fundamento da pena, a teoria mais próxima do modelo prisional brasileiro é a ressocializadora.

Na teoria ressocializadora, a finalidade das penas privativas de liberdade era de instrumentalizar o apenado para um processo de “reeducação” e “reintegração social” através da ressocialização. Ela também foi adotada no Brasil, com o objetivo de promover a humanização do condenado. Sendo assim, o apenado além da punição recebia um tratamento de ressocialização para que conseguisse resolver os

seus próprios conflitos da vida em sociedade, sem precisar recorrer a prática de delitos para a solução destes conflitos (OLIVEIRA, 2009).

2.3 A Situação do Cárcere no Brasil

O Sistema Penitenciário Brasileiro, ou seja, a prisão é o local onde o condenado cumpre a pena imposta pela Lei e aplicada pelo Juiz e, é sabido que este é alvo de grandes discussões, críticas e muitos problemas, como a superlotação, a higiene e a saúde, as rebeliões, a não aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, os quais impossibilitam a ressocialização do detento ao convívio social, tendo em vista o descaso e a situação em que os mesmos estão submetidos dentro das prisões. O Estado através das penitenciárias materializa o direito de punir para todos aqueles que praticam um crime, porém, o sistema prisional não obtém êxito satisfatório no emprego de suas sanções, em virtude da falta de estrutura carcerária ofertada aos condenados, que na maioria das vezes são amontoados nas celas que não têm capacidade de suportar uma grande quantidade destes(FERNANDES; RIGUETTO, 2013).

São muitos os fatores que fizeram que o sistema carcerário brasileiro chegasse à precariedade em que se encontra atualmente. Os pontos mais graves são: o abandono, a falta de investimento e o descaso do Poder Público. Dessa forma, aquele sistema que tinha o intuito de se tornar um instrumento de substituição das penas desumanas, como as de morte e tortura, não tem desempenhado o seu papel e, muito ao contrário, tem se tornado um motivo para o aperfeiçoamento de criminosos, além de ter como principal atributo a insalubridade, já que se trata de atmosferas sujas, sem espaço suficiente para todos os detentos, sendo assim, impossível tratar da ressocialização de qualquer um deles (MACHADO; SOUZA, 2013).

As prisões, como instrumento das penas privativas de liberdade, deveriam servir para recuperação e punição do condenado, ressaltando-se, contudo, que neste último sentido, deve ser vista apenas como uma ausência parcial da liberdade do indivíduo. No entanto, o que se observa, na prática, é que o caráter punitivo da pena ultrapassa a esfera de liberdade do criminoso, alcançando também sua

dignidade, saúde, integridade, entre outros direitos assegurados na Constituição. Além disso, não se observa, de forma alguma, o caráter de recuperação do condenado nas penas privativas de liberdade, podendo inclusive atribuir a isso a punição exacerbada do indivíduo, que vai muito além da supressão de sua liberdade (FERREIRA, 2013).

A verdade é que as penitenciárias brasileiras não estão recuperando ninguém. Pelo contrário, estão fazendo com que pessoas que passam um tempo nessa situação, quando entram em liberdade, acabam voltando para a vida do crime. Esses presídios ou cadeias são verdadeiros depósitos humanos, na qual a quantidade só aumenta. Em um local na qual pessoas não conseguem dormir tranquilamente, viver dignamente, em condições mínimas de existência, passam grande parte do tempo sem fazer nada em um ambiente sem ventilação alguma, sem higiene, sem a luz natural; nessas condições a pessoa é levada ao definhamento físico e mental. Além dos fatos indicados, evidencia-se que esse sistema carcerário sofre com a quantidade de presos que podem arcar com benefícios e privilégios, desfrutando de uma “estadia” mais confortável que o restante, que não é abastado financeiramente, tudo fruto de uma aparelhagem penitenciária ineficaz e corrupta.

De acordo com Ferreira (2013), a situação de flagelo na área de segurança pública nos expõe o fato de que o aparato idealizado e instaurado pelo Estado para prevenir e reprimir os delitos não se mostra eficaz. É imprescindível então que seja feita uma análise acerca desse aparato – sistema prisional –, buscando encontrar e sanar os pontos de deficiência do mesmo para que seus objetivos sejam plenamente atingidos.

Importante evidenciar os principais danos causados aos presos, sendo que os mais perceptíveis são a superlotação, falta de estrutura e espaço físico, insalubridade, incidência de doenças infecto-contagiosas, ocorrência de mortes violentas e agressões, praticadas por outros detentos ou até mesmo por agentes do Estado, práticas sexuais violentas. É evidente que a atual realidade do Sistema Carcerário brasileiro é degradante e lastimável, sendo que as condições de existência humana atingem níveis mínimos, o que acarreta, muitas vezes, em danos inimagináveis a estes seres humanos (OLIVEIRA, 2015).

De acordo com o artigo 5.º, XLIX, da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. A visível superpopulação dos

presídios demonstra que está havendo ultraje por parte do sistema carcerário no que tange aos direitos fundamentais desses detentos, pois não existe respeito à integridade, tanto física quanto moral, dos mesmos (MACHADO; et al, 2013).

Vale destacar, ainda, o que diz a Lei de Execução Penal no artigo 88, parágrafo único, segundo o qual,

O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único – São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados).

Sendo assim, essa superlotação viola efetivamente as normas e os princípios constitucionais no que diz respeito aos detentos, e, conseqüentemente, além da pena que estes terão que cumprir, haverá ainda uma “sobrepêna”, uma vez que os mesmos sofrerão com esse desrespeito por todo o período em que ficarão encarcerados.

Nesse sentido, Oliveira (2015, p. 09) entende que:

O fato de alguém ter cometido um ilícito penal, descumprindo as regras estabelecidas pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, não autoriza que o Estado desrespeite as normas impostas. Nesse sentido, indaga-se qual é o limite da responsabilização da Administração Pública pelos prejuízos causados àqueles que estão sob sua tutela, aos quais o Estado deveria proteger os direitos.

E, corroborando, Nascimento (2011. p. 44) vem dizer que:

O preso conserva todos os direitos não atingidos pela condenação, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral, conforme está expresso no art. 38 do CP, artigos 3º e 40 da LEP e no art. 5º, XLIX, da CF.

Sendo o Estado o titular exclusivo do poder punitivo, cabe a ele zelar pela integridade do complexo prisional. Pode-se dizer, entretanto, que o Brasil, na verdade, não possui um único sistema prisional, mas vários, já que as prisões, as

cadeias e os centros de detenção no Brasil são administrados por cada governo estadual, bem como pelo governo distrital. Cada ente estatal regional gere, com independência, um conjunto separado de estabelecimentos penais com uma estrutura organizacional distinta, o que por via de consequência, conduz a uma diversidade, entre todos esses sistemas penais, dos mais variados assuntos, tais como nível de reincidência criminal, superlotação, morte e violência dentro dos presídios, evasão etc. Assim, apesar de ser visualizado, na maioria dos complexos prisionais, uma situação geral de abandono, ainda é possível assistir medidas individuais e pontuais no que concerne à preocupação na melhoria destes sistemas, especialmente em relação à recuperação do condenado (FERREIRA, 2013).

3 REFLEXOS DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO PRESO SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este capítulo traduz algumas considerações acerca dos direitos do preso sob o viés do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Esta discussão se dá em três momentos.

No primeiro momento traz a discussão sobre os direitos do preso elencados na Constituição Federal de 1988, na Lei de Execução Penal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Em um segundo momento o capítulo destaca a discussão sobre a violação dos direitos do preso pelo Estado, enfocando as questões das péssimas condições de cumprimento das penas, falta de higiene nas instituições carcerárias, falta de assistência à saúde aos encarcerados, superlotação e as demais mazelas vivenciadas pelo sistema carcerário brasileiro.

O último tópico do presente capítulo revela uma análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sua origem, conceito, características, seu espaço na Constituição Federal Brasileira e a sua demasiada importância na garantia da aplicabilidade dos demais direitos humanos fundamentais.

3.1 Considerações sobre os direitos do preso

A Constituição Federal de 1988 assegurou ao preso uma série de direitos e garantias individuais, dentre os quais se destacam o direito à individualização da pena, proibição de penas cruéis, vedação de tratamentos desumanos e degradantes, e cumprimento da sanção de acordo com critérios como idade, sexo e a natureza do delito (VASCONCELOS, 2015).

Além disso, a norma constitucional elencou diversos dispositivos para disciplinar o cumprimento das penas no Brasil, especificamente em relação à preservação e o respeito à dignidade do apenado. Logo, trouxe em seu artigo 5º diversos direitos fundamentais que devem ser observados e respeitados pelo Estado quando estiver exercendo o seu poder punitivo. Assim sendo, estabelece a

Constituição em seu artigo 5º, no inciso III, a vedação a tratamento desumano ou degradante; no inciso XLV, a impossibilidade das penas passarem da pessoa do condenado; no inciso XLVI, a individualização das penas; no inciso XLVII, a vedação a penas de morte, de banimento, cruéis, de trabalhos forçados e de caráter perpétuo; no inciso XLVIII, o cumprimento da pena em estabelecimentos diferenciados de acordo com o sexo, idade e natureza do delito; no inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral do preso; no inciso L, a possibilidade das mães presidiárias permanecerem com seus filhos durante o período da amamentação; no inciso LIII, que o julgamento do acusado seja realizado por autoridade competente; no inciso LIV, o devido processo legal e no inciso LVIII, a presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BERTONCINI; MARCONDES, 2013),

Enfim, a Carta Magna buscou garantir e preservar direitos fundamentais aos presos em geral, respeitando a sua condição humana e a sua dignidade, em conformidade com o texto dos tratados internacionais sobre a matéria, ratificados pelo Brasil.

É importante destacar a existência da Lei de Execução Penal, que é anterior a Constituição Federal. Expressa a Lei em seu artigo 1º, que a execução penal também tem por finalidade proporcionar meios para a integração social do apenado, fonte na ideia de ressocialização a partir do cumprimento da pena (RANGEL, 2014).

Assegura a referida Lei em seu artigo 10 a assistência como dever do Estado, tanto ao preso como ao internado, estendendo-se à figura do egresso, ao determinar que: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.”

Para que seja possível a ressocialização, é essencial que o preso seja assistido em suas necessidades. Por isso, o ente estatal está obrigado a fornecer, direta ou indiretamente, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Ou seja, a ele, o preso, deve ser fornecida estrutura, material e imaterial, para que volte a conviver em paz com a sociedade. Contudo, de nada adiantaria a assistência durante o cárcere se, no momento da soltura, houvesse o total desamparo (CASTRO, 2015).

Enumera no seu artigo 11 os tipos de assistência que devem ser fornecidas: material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Ao definir o que seria a

assistência material no artigo 12, a Lei determina que esta consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Ora, é de conhecimento geral que a maioria das instalações que abrigam presos são precárias e correspondem a ambientes totalmente insalubres, o que é um verdadeiro choque entre a letra da lei e a realidade.

Conforma Castro (2015) em respeito à dignidade da pessoa humana, o preso e o internado fazem jus à assistência material, consistente em fornecimento de alimentação, vestuário e objetos de higiene pessoal. Também integra a assistência material a manutenção de local apropriado para o cumprimento da pena. Nada impede, no entanto, que o Estado utilize a mão-de-obra do próprio preso para a prestação dessa assistência – por exemplo, o preso trabalhar na cozinha da unidade ou em serviço de conservação da estrutura do prédio -, evitando, assim, a terceirização de serviços da unidade prisional ou de internação. Contudo, a assistência material jamais poderá ser condicionada à prestação desses serviços. Caso o preso trabalhe, terá direito à remição – a cada três dias trabalhados, um dia de sua pena é descontado.

No artigo 14 trata a LEP da assistência à saúde do preso, sendo ela médica, odontológica ou farmacêutica, com caráter preventivo ou curativo. Infelizmente nesta área também há um confronto com a realidade, pois a maioria dos presos não tem um tratamento adequado no que se refere à saúde. Como já referido, há um número expressivo de presos com tuberculose e AIDS, doenças adquiridas nos estabelecimentos prisionais.

Ainda é garantida a assistência jurídica do preso no artigo 15 da LEP, ao determinar que esta seja prestada aos detentos sem condições econômicas de contratar um advogado, trabalho esse realizado por intermédio das defensorias públicas dos Estados, conforme estabelece o artigo 16.

O cidadão sem condições para custear a contratação de um advogado, não pode ficar à margem, sem assistência. O direito a defesa técnica é garantia constitucional (artigo 5º, LXXIV), reforçada pela LEP em seu artigo 15.

A Lei 12.313/10, alterando diversos artigos da LEP (em especial ao artigo 16) atribui à Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais, importante papel no processo executivo, garantindo efetiva assistência jurídica ao habitante prisional. Mas dar à Defensoria Pública esse importante mister não resolve. As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e

material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções. (parágrafo 1º). Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento por parte da Defensoria Pública (parágrafo 2º). Por fim, fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciado em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado (parágrafo 3º) (CUNHA, 2017).

Os artigos 17, 22 e 24 tratam do dever de assistência educacional, social e religiosa, com o intuito de fornecer meios para a ressocialização do preso.

Como meio de ressocialização, o preso tem direito à assistência educacional. De inegável importância para a formação de qualquer pessoa, e por ser direito de todos (CF, artigo 205), o estudo é utilizado, inclusive, para fins de remição de pena (artigo 126). Ademais, para estimular ainda mais o preso a estudar, além da remição, a LEP autoriza a sua saída temporária, quando em regime semiaberto, para frequentar curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do ensino médio ou superior (artigo 122, II). Embora não esteja obrigado a estudar, a frequência a cursos profissionalizantes pode pesar na concessão de benefícios (CASTRO, 2015).

A assistência social é mais um instrumento a ser utilizado na busca da ressocialização do preso. Deve ter como propósito criar no reeducando a vontade de levar uma vida correta após a sua soltura (CUNHA, 2017).

A Constituição, em seu art. 5º, VI, assegura o livre exercício de culto religioso como garantia fundamental. Ao preso ou internado, deve ser mantido o acesso à crença que quiser, devendo o estabelecimento prisional fornecer local apropriado para o exercício de práticas religiosas (artigo 24, § 1º). Da mesma forma, é garantido o direito de não possuir qualquer crença, escolha que não pode ser utilizada contra ele em exame criminológico (CASTRO, 2015).

Ainda, destaque-se o artigo 40 da Lei de Execução Penal, que disciplina que todas as autoridades devem respeitar a integridade física e moral dos presos.

É um direito garantido não somente pela LEP, mas também pela Constituição Federal (artigo 5º, XLIX) e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – artigo 5º, item 1).

Na luta contra os efeitos nocivos da prisionalização mostra-se de suma importância estabelecer a garantia jurídica dos direitos do condenado, configurando

o seu reconhecimento uma exigência fundamental nos métodos e meios de execução penal (CUNHA, 2017).

Os incisos VII e VIII do artigo 66, por sua vez, determinam que compete ao juiz da execução inspecionar os estabelecimentos penais, tomando medidas para o seu correto funcionamento; no caso de encontrar irregularidades, apurar as responsabilidades, interditando o local quando as condições forem inadequadas ou em discordância com os dispositivos da LEP.

Nesse sentido Cunha (2017) diz que a garantia da segurança e integridade física e mental dos presos custodiados em estabelecimentos prisionais é dever jurídico do Estado (artigo 5º, XLIV, CF/88). Atuando como verdadeiro garantidor, comprovada a sua omissão, impõe-se a responsabilidade civil do poder público.

Por fim, o artigo 67 dispõe que cabe ao Ministério Público fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, desempenhando as incumbências estabelecidas nos incisos do artigo 68. No parágrafo único do dispositivo, impõe-se à Promotoria de Justiça a realização de visitas mensais aos estabelecimentos prisionais, para aferir as condições de funcionamento.

Tratou-se aqui da Lei de Execuções Penais, no intuito de demonstrar que o texto legal trouxe em seu corpo meios e medidas para proporcionar um adequado tratamento aos presos e ainda promover a ressocialização.

Analisando os direitos do preso sob a égide dos Tratados Internacionais, primeiramente, surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, dando início a um processo de criação de instrumentos normativos aptos a conter e impedir que medidas atentatórias contra a humanidade fossem tomadas. Não seria mais concebível que por motivos religiosos, pela discriminação ou pela simples intolerância com o diferente, se cometessem barbáries e atos de violência injustificados, fato referido no preâmbulo da Declaração (BERTONCINI; MARCONDES, 2013).

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum. [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta, sua fé nos direitos

humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos de homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. [...]. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, Preâmbulo)

Percebe-se claramente a intenção de reconhecimento e de proteção à dignidade da pessoa humana e conseqüentemente aos direitos humanos decorrentes desta. Verifica-se o grande valor conferido ao homem, que possui dignidade e, portanto, “direitos humanos fundamentais” que lhe devem ser assegurados e cumpridos pela sociedade como um todo (BERTONCINI; MARCONDES, 2013).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de *San José da Costa Rica*, foi aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969. Ao Pacto, o Brasil aderiu em 09 de julho de 1992, ratificando-o em 25 de setembro de mesmo ano. A Convenção traz em seu conteúdo diversas garantias aos direitos fundamentais, e nasce “reafirmando seu propósito de consolidar, neste Continente, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”. Em seu artigo 11, o Pacto assegura a proteção da honra e da dignidade, afirmando que 'toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade' e ainda que toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas (RANGEL, 2014).

Garantiu ainda em seu artigo 5º o direito à integridade pessoal, assegurando a todas as pessoas o respeito a sua integridade física, moral e psíquica, bem como proibiu qualquer espécie de tratamento desumano e degradante, abolindo a tortura e as penas cruéis. Por fim, estabeleceu que todo aquele indivíduo privado da sua liberdade, deve ter um tratamento fundado no respeito, devido à dignidade que possui, e que é inerente a toda pessoa.

Outro instrumento importante é o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos, produzido pela Assembléia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966, e promulgado no Brasil pelo Decreto nº. 592, de 1992. O referido documento traz em seu preâmbulo referência expressa à dignidade da pessoa humana, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Em seu artigo 10, inciso 1º, estabelece que as pessoas que estejam privadas de sua liberdade devem ser

tratadas de forma a se respeitar a sua dignidade (BERTONCINI; MARCONDES, 2013).

O autor acima citado, ressalta ainda, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, adotada em dezembro de 1984 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e promulgado no Brasil pelo Decreto n°. 40, de 1991. Como as convenções anteriores, essa traz também em seu preâmbulo a concepção de que os direitos iguais e essenciais que pertencem a todos os seres humanos derivam da dignidade da pessoa humana.

A comunidade internacional preocupada com acontecimentos históricos que violaram assustadoramente os direitos humanos tem despendido esforços para promover o respeito e a valorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Isso tem influenciado o texto das Constituições dos países e suas respectivas legislações, de modo a colocar a dignidade da pessoa humana em posição privilegiada no sistema normativo. No caso brasileiro, a dignidade constitui fundamento da República e, portanto, serve de referência para todo o sistema jurídico brasileiro. Apesar de presente na Constituição Federal, na legislação interna e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, inúmeras vezes têm-se a violação dos direitos humanos e o aviltamento da dignidade da pessoa humana (RANGEL, 2014).

3.2 A violação dos direitos do preso pelo Estado

O sistema prisional brasileiro encontra-se em situação caótica. A defasagem no número de presídios e de celas para atender a população carcerária, que não para de aumentar, é fator preocupante para a manutenção de todo o sistema. A superlotação tornou-se, portanto, um problema comum, e é tratada com a naturalidade de um fato que se tornou costumeiro no sistema penitenciário brasileiro.

Os presos em um número muito maior do que o número de celas são amontoados em espaços ínfimos, sem condições de viver com um mínimo de dignidade. Tal situação limite acaba gerando motins e revoltas, e é comum o acontecimento de rebeliões nos presídios brasileiros, motivadas pelas precárias condições a que são submetidos os presos.

O problema da superlotação carcerária afeta o país todo, e apesar de algumas medidas serem tomadas, pode-se dizer que não chegam nem mesmo a amenizar a questão, que tomou proporções assustadoras. Este é o típico retrato do sistema prisional brasileiro, marcado pelo total desrespeito a dignidade da pessoa humana. Os presos têm sua dignidade aviltada das mais diferentes e tenebrosas formas.

Nesse sentido, Lemos (2014, p. 03) diz que:

O sistema prisional não está cumprindo com seus reais objetivos, que são sancionar as condutas delituosas e reeducar o preso, a fim de reintroduzi-lo a sociedade. Efeito disso são os elevados índices de reincidência criminal nos estados brasileiros, assim, o desafio para aqueles que saem da prisão, de se reintegrarem ao mercado de trabalho e ambiente comunitário tornam-se um desafio, visto a visão pejorativa que a maioria da sociedade brasileira ainda tem acerca dos presídios. A tutela que o Estado deve prestar aos detentos é ignorada, os direitos humanos básicos e princípios fundamentais que devem ser garantidos mesmo mediante restrição da liberdade são infringidos por aqueles agentes públicos que deveriam garantir tais benefícios. Na maioria dos centros de detenção do país não há acesso à saúde de qualidade, formação intelectual e incentivo ao trabalho, impossibilitando assim, que o ex-detento possa almejar um futuro melhor para si e para seus familiares.

De acordo com Pereira (2014) é do conhecimento que grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma nocividade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Neste ambiente de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade inevitável e profunda. É curioso saber que, essa situação caótica que perdura há muito tempo nas penitenciárias brasileiras é de grande conhecimento pelas autoridades competentes e que estas não se manifestam para a implantação de uma prisão bem mais humana.

Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos (MANDELA, Nelson, 2002, p.23).

Segundo Lemos (2014) no Brasil falta gerenciamento de qualidade dentro das penitenciárias, a precariedade das instalações físicas culmina com diversos processos judiciais acusando o Estado de ser displicente quanto aos direitos humanos. O sistema penal se apresenta sob a roupagem de instituição responsável promotora de avanços sociais que contribui para a plena socialização do indivíduo infrator. Mas o que se apresenta não condiz com a realidade. As prisões nem sempre cumprem os objetivos propostos teoricamente almejados em termos de discurso: “ressocializar aquele que cometeu o desvio social”. Daí, talvez, a origem da problemática da reinserção na sociedade do preso pós-sistema carcerário.

Neste sentido afirma Mirabete (2002, p. 145) que:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior. [...] A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação”.

A prisão está fazendo o papel inverso do objetivo para que ela foi criada. No lugar da reinserção social, a prisão está sendo uma verdadeira escola de crimes. Por causa da superlotação, um preso que efetuou crime de furto está numa cela com presos homicidas e estelionatários. E, se essa pessoa que furtou for uma pessoa de bem, que praticou tal crime apenas para não morrer de fome? Por causa da cela em que ele foi colocado, esse preso vai ser influenciado e muitas vezes obrigado a participar de facções criminosas existentes dentro das penitenciárias, para não ser morto, e vai aprender junto com os seus colegas de cela a praticar outros crimes de maior relevância penal.

Quando o Estado efetua a ação de enviar o infrator à prisão, ele o faz sobre a prerrogativa de privar o indivíduo de seu direito de ir e vir, para que o mesmo passe por um processo de regeneração, para que mais tarde seja ressocializado. No entanto, apesar de tal medida parecer demasiadamente racional, no Brasil ela não passa de uma grande hipocrisia estatal e social. Tendo em vista que os presídios brasileiros, em sua grande maioria, não proporcionam de forma alguma

as condições necessárias para a reabilitação do presidiário, o que se observa, na verdade, são condições que tornam o detento ainda pior do que quando entrou na penitenciária (LEMOS, 2014).

Sob este viés, Pereira (2014, p. 04) afirma que:

Se a prisão é, em si, um grande mal necessário por causa da privação da liberdade, mesmo quando bem estruturada, é muito mais desmoralizante quando estas são sujas, superlotadas, sem a iluminação adequada, impossibilitando aos presos uma condição digna de sobrevivência.

A Lei de Execução Penal prevê que o preso, tanto o que ainda está respondendo ao processo, quanto o condenado, continua tendo todos os direitos que não lhes foram retirados pela pena ou pela lei. Isto significa que o preso perde a liberdade, mas tem o direito a um tratamento digno, direito de não sofrer violência física e moral. Mas no Brasil esses direitos estão sendo diuturnamente violados (PEREIRA, 2014).

De acordo com o artigo 5.º, XLIX, da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. A visível superpopulação dos presídios demonstra que está havendo ultraje por parte do sistema carcerário no que tange aos direitos fundamentais desses detentos, pois não existe respeito à integridade, tanto física quanto moral, dos mesmos (MACHADO, SOUZA, 2013).

É dever do Estado e clamor da sociedade ver os criminosos detidos, para que assim, possam retornar à sociedade aptos a conviverem segundo o “contrato” social. Mas esta reclusão deve ser embasada sob uma forte política reeducadora, onde os presos possam ter direito também à saúde, lazer e segurança dos direitos humanos, só assim o fim último da restrição da liberdade poderá ser alcançado (LEMOS, 2014).

3.3 Análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Desde logo, é preciso saber que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, tal como é assegurado no artigo 1º da Constituição Federal

Brasileira. A República Federativa do Brasil, portanto, tem algumas características especiais, quais sejam: a) todos são submetidos ao império da lei; b) há separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário; c) há disposição no sentido de estabelecer as garantias individuais; d) todo o poder emana do povo, o que significa que o Estado existe em função das pessoas e não o contrário. Ademais, inerente ao Estado Democrático de Direito está o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (GHISLENI, 2014).

A Constituição Federal Brasileira é vista como uma norma jurídica, mas não uma norma qualquer, e sim a que está no topo do ordenamento jurídico e que todas as demais normas tem que ser compatíveis com a mesma, caso contrário será vista como inconstitucional. De acordo com Carvalho (2012), por ser tratar de uma constituição rígida, onde o processo legislativo para implementações de normas infraconstitucionais, é, todavia, mais complexo, salienta o legislador constituinte originário que algumas garantias não podem ser abolidas nem via emenda constitucional, são as chamadas Cláusulas Pétreas, artigo 60, § 4º, as quais os Direitos e Garantias Individuais também são arrolados, onde se tem: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:IV - os direitos e garantias individuais”.

Ao tratar dos Princípios Fundamentais, sobreleva ressaltar a Carta Magna Brasileira ao prever que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento

I – soberania

II – cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativaV- o pluralismo político

Nesta ótica, a dignidade da pessoa humana tem uma posição privilegiada na Constituição Federal Brasileira, pois possui um *status* de princípio fundamental, essencial, fonte de todo ordenamento jurídico brasileiro, estando no rol dos direitos fundamentais e soberanos elencados pela Carta Maior, e tratando-se de um princípio absoluto.

Podem ser mencionadas duas correntes responsáveis por tentar demonstrar a origem da dignidade da pessoa humana: a corrente da tradição cristã e a corrente de Kant. Para a primeira, os homens devem ser tratados de forma igualitária pelo simples fato de que foram “criados à imagem e semelhança de Deus”. Devemos atentar, contudo, para o fato de que nem sempre a dignidade da pessoa humana foi respeitada pelas instituições cristãs e seus integrantes, tendo em vista as atrocidades praticadas pela Santa Inquisição. De outro lado, para a corrente kantiana, a diferença entre o ser humano e os demais seres da natureza está justamente no fato de que o primeiro possui dignidade, o que significa que o ser humano não pode ser tratado como um objeto, como uma coisa. Isso porque o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio para se atingir determinado fim. Eis o motivo pelo qual o ser humano possui dignidade (GHISLENI, 2014).

Ainda segundo Ghisleni (2014, p. 182):

No que diz respeito à expressão dignidade da pessoa humana, podemos afirmar que o termo “dignidade” vem do latim, dignitas. A dignidade está ligada àquilo que merece respeito, estima, mérito ou consideração. Por isso, ser digno é merecer reconhecimento ético por ações fundadas na justiça, na honestidade e na honra.

Como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito Brasileiro, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana garante, com caráter obrigatório, o absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano, exige que todos sejam tratados com respeito, resguardados e tutelados; um atributo da pessoa, não podendo ser medido por um único fator, pois nela intervém a combinação de aspectos morais, econômicos, sociais e políticos, entre outros (SILVA; PEREIRA, 2015).

De acordo com Silva e Pereira (2015) o Estado tem como uma de suas finalidades oferecer condições para que as pessoas se tornem dignas. Dignidade é o respeito que merece qualquer pessoa, um ser que deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não para obtenção de algum resultado, como já dizia Kant. Representa o valor absoluto de cada ser humano; centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, o que lhe permite conformar-se a si mesmo e a sua vida, de acordo com o seu próprio projeto espiritual, cultural e

histórico. É um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana.

A dignidade humana pode ser conceituada como a garantia essencial de proteção e respeito ao ser humano, em seus aspectos físico, psíquico e social, tanto com relação ao Estado, como em relação aos particulares (PAIVA; BICHARA, 2013).

A dignidade da pessoa humana está prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, e tal dispositivo não comporta exceções. Ora, certamente queo Estado deve dar as condições aos indivíduos do Sistema Carcerário para que os mesmos exerçam tal dignidade, sem que seus direitos de ser humano sejam mitigados (OLIVEIRA, 2015).

O Princípio da Dignidade Humana, certamente é o maior, que rege a sociedade atual. É este princípio que serve como paradigma para a elaboração de normas. Tanto é assim, que a Constituição Federal Brasileira estabelece a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Destarte, para fazer jus a tal dignidade, basta ser humano, não havendo diferenciações referentes à liberdade do indivíduo. Diante do exposto, percebe-se que o criminoso não deixa de ser um ser humano, portanto a ele são devidas as mesmas garantias constitucionais destinadas à população em geral, a não ser as que perdeu em virtude de sua situação legal (OLIVEIRA, 2015).

A pena não pode atingir o corpo do indivíduo, sua dignidade existencial. Há um limite à execução das sanções penais pelo Estado, e esse limite é justamente o respeito à sua dignidade. Com efeito, as penas cruéis e degradantes, típicas da Idade Média, as quais incidiam sobre o corpo do condenado, mostram-se repugnantes à noção contemporânea de direitos humanos (GHISLENI, 2014).

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 60),

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nesse sentido, Jorge Miranda (1991, p. 169) sistematizou algumas importantes características acerca do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Pode-se dizer, portanto, que o princípio em destaque dá sustentação aos direitos humanos fundamentais, sendo a pessoa humana sujeito de direitos. Estes direitos apresentam uma espécie de hierarquia, na medida em que alguns são mais existenciais que outros. Ao passo em que a humanidade vai tendo consciência acerca da sua dignidade, vão surgindo novos direitos, todos com a ideia precípua de assegurar uma vida digna a todos (GHISLENI, 2014). No paradigma do Estado Democrático de Direito, portanto, este princípio reflete a importância e a necessidade da construção de uma ordem jurídica que esteja assentada na necessidade de proteção da pessoa humana, o que significa que bens juridicamente protegidos podem vir a ser sacrificados em prol da dignidade humana.

4 POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CAUSADOS AOS PRESOS SUBMETIDOS A TRATAMENTO DEGRADANTE PELO ESTADO

O presente capítulo trata da possibilidade de indenização por danos morais por parte do Estado aos encarcerados que sentirem a sua dignidade atingida no âmbito do sistema carcerário brasileiro.

Num primeiro momento, se faz necessária a discussão acerca da responsabilidade civil do Estado. Nesse sentido, o primeiro tópico faz menção a este assunto, trazendo uma breve exposição da sua evolução histórica, no que diz respeito à aplicabilidade no Brasil, os tipos de teorias existentes, suas características. Destaca, ainda, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, como sendo a adotada no Brasil, nos tempos atuais. Traz, ainda, a discussão da possibilidade de aplicabilidade da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado no caso da omissão de seus agentes, defendida pela doutrina e jurisprudência.

Posteriormente, no segundo tópico, trata da análise do Recurso Extraordinário 580.252 do STF e o posicionamento mais recente dos Tribunais de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria contida no recurso.

4.1 Aspectos gerais acerca da Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil tem sua origem no Direito Civil e consiste na obrigação de reparar os danos causados a terceiros, sejam eles de ordem patrimonial ou moral. Pode ser denominada, também, de responsabilidade extracontratual e requer a existência de alguns elementos para ser caracterizada, quais sejam: uma atuação lesiva culposa ou dolosa do agente; a ocorrência de um dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o dano havido e a conduta do agente, haja vista que o dano deve ter decorrido, de maneira efetiva, da ação do agente (SILVA; et al, 2016).

Com relação à responsabilidade civil do Estado pode-se dizer que, nos ensinamentos de Di Pietro (2007, p. 27):

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais

Desse modo, quando o Estado, com a sua conduta, descumpre o que foi determinado por lei, a penalidade é aplicada nas esferas administrativa, jurisdicional e legislativa do Poder Estatal. Tal responsabilidade é sempre civil, de ordem pecuniária e proveniente de atos praticados pelos agentes públicos, no exercício da função administrativa, que, ao gerarem danos aos administrados, originam a obrigação para o Estado de indenizar os particulares lesionados (SILVA, 2013).

Importante ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil é orientada pelo princípio da causalidade adequada ou princípio do dano direto e imediato, ou seja, para existir responsabilidade civil, é necessária a existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, além da respectiva prova dessa relação de causalidade (FERREIRA, 2014).

A questão da Responsabilidade Civil do Estado passou por longo período de evolução, e ainda hoje recebe elementos de adaptação ao desenvolvimento social.

Num primeiro momento da história, aplica-se a teoria da irresponsabilidade do Estado, onde o governante era quem dizia o que era certo ou errado. Logo, os agentes públicos, que representavam o próprio rei, não poderiam ser responsabilizados por seus atos no exercício de funções inerentes ao rei, já que os mesmos não poderiam ser considerados lesivos aos súditos (BORGES, 2013). Nas palavras de Di Pietro (2007), “qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania”.

Ocorre que as sociedades evoluíram, e passaram a não mais aceitar esse modelo de Estado. A teoria da responsabilização do Estado começa a ganhar força. O Estado passa a ser responsabilizado em situações pontuais. No Brasil esse reconhecimento ocorre com o surgimento do Tribunal de Conflitos, em 1.873 (BORGES, 2013).

Surge, então, teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, como o próprio nome diz, fundamenta-se no elemento subjetivo, na intenção do agente

representante do Estado, e causador do dano. Para o Estado ser chamado à responsabilidade era necessária a comprovação de quatro elementos: a conduta estatal; o dano; o nexo causal entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou o dolo do agente. A existência cumulativa dos quatro elementos era indispensável para não causar exclusão da responsabilidade. (FERREIRA, 2014)

Note que nesse momento a responsabilidade baseava-se na comprovação da culpa ou dolo do agente, o que para a vítima era um desafio enorme. Com o passar do tempo a atuação estatal se torna cada vez mais incisiva. Surge com isso a necessidade de aumentar a proteção em relação aos administrados, e para isso a responsabilidade evolui novamente.

Então, surge a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, embora já reconhecida como regra no Brasil, tornou-se constitucional com a Constituição Federal de 1.946, sendo adotada até hoje. A Constituição de 1.988 aperfeiçoou essa teoria utilizando a expressão “agente”. Mais ampla ao se referir àqueles que atuam em nome do Estado. E também reconhecendo a responsabilidade civil decorrente tanto do dano material quanto do dano moral, reconhecendo este último como figura autônoma (BORGES, 2013).

Nessa teoria, a caracterização se condiciona ao preenchimento de três requisitos: conduta estatal, dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Note que não se exige a comprovação do elemento subjetivo do agente que age em nome do Estado. Não há se falar em culpa ou dolo no dano causado. É importante ressaltar que na responsabilidade objetiva a obrigação de indenizar surge em razão de um procedimento lícito ou ilícito, que produza lesão na esfera juridicamente protegida de outrem (SILVA, 2013).

O Estado com fim de satisfazer um interesse público, pode causar um dano, lesando um bem jurídico de terceiro. Essa conduta lesiva, através de um ato comissivo, enseja a responsabilidade objetiva do Estado, a qual consiste na reparação do dano que atingiu direito tutelado pelo ordenamento jurídico.

A responsabilidade objetiva encontra sustentação no Princípio da Igualdade. Esse preceito indica que o cidadão lesado não deve suportar sozinho o dano causado pelo estado em prol da coletividade. Nesse caso, não é necessário demonstrar o elemento subjetivo, isto é, aferir culpa ou dolo, pois tais hipóteses fogem da noção de responsabilidade objetiva, refletindo na responsabilidade subjetiva que exige sempre um comportamento ilícito (SILVA, et al, 2016)

Nesse sentido, Melo (2014) afirma que é verdade que em muitos casos a conduta estatal geradora do dano não haverá sido legítima, mas, pelo contrário, ilegítima. Sem embargo, não haverá razão, ainda aqui, para variar as condições de engajamento da responsabilidade estatal. Deveras, se a conduta legítima produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, a fortiori deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão jurídica. É que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava. Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a perda da situação jurídica protegida. Este só fato já é bastante para postular a reparação patrimonial.

Apesar da teoria de responsabilidade civil do Estado adotada no Brasil ser a de caráter objetivo, há a possibilidade da aplicação da teoria subjetiva, quando o Estado não é o autor do dano, mas este acontece em virtude de sua omissão, isto é, quando obrigado a evitá-lo, se ausentou, é necessária a demonstração de culpa ou dolo para motivar a responsabilidade. Tal demonstração ocorre nas hipóteses em que o Estado, embora tenha o dever legal de agir, atua com negligência, imprudência ou imperícia, ou viola uma norma intencionalmente. Trata-se, portanto, de responsabilidade subjetiva (SILVA, et al, 2016).

Ainda de acordo com Silva; et al (2016), nesse caso, a omissão ou deficiência da atuação é causa do dano. Na primeira hipótese, admiti-se uma presunção de culpa do Poder Público, ocorrendo a inversão do ônus da prova, em que compete a ele provar que não houve omissão culposa ou dolosa. A doutrina de Bandeira de Melo (2014, p. 1034) ensina que:

Com efeito, nos casos de “falta de serviço” é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremante frágil ou até mesmo desprotegida ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. Ora, quem quer os fins não pode negar os necessários meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilização do Estado – o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção juris tantum de culpa do Poder Público, pois, como regra, seria notavelmente difícil para o lesado dispor dos meios que permitiriam colocá-lo em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova.

Algumas hipóteses de responsabilidade civil do Estado por omissão ocorrem quando um detento mata outro detento, quando o Estado deveria oferecer segurança suficiente; quando um preso vive em situação degradante, quando o Estado deveria oferecer condições mínimas de sobrevivência; em acidentes causados pelo não recapeamento de ruas, por animais soltos na estrada ou por falhas no semáforo. Nesse contexto, observa-se que a responsabilidade objetiva baseia-se na culpa administrativa, ocorrendo em três modalidades: quando o serviço público não funciona; quando funcionou atrasado; e, quando funciona de modo insuficiente.

Assim, observa-se que, tratando-se de conduta omissiva, é necessário analisar a questão pelo polo ativo da relação, neste caso, em face dos caracteres da omissão estatal que indicarão se há ou não responsabilidade (MELO, 2014).

Então, é possível afirmar que, no Brasil, predomina-se a tese da responsabilidade do Estado por atos lesivos. Tal responsabilidade, como regra, é objetiva, fundada no risco administrativo. A doutrina e jurisprudência, no entanto, admitem, em alguns casos, a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa administrativa.

4.2 Análise do Recurso Extraordinário 580.252 do STF e o posicionamento dos Tribunais

Não raro, se debate a questão do sistema penitenciário brasileiro, a situação degradante em que os apenados são obrigados a se alojar com o intuito de se ressocializar para voltar a viver sociedade. A situação é um afrontamento ao princípio da dignidade expresso explicitamente em nossa Constituição Federal, conhecida também como Lei Maior.

Em relação à temática da responsabilidade civil do Estado e a crise carcerária no Brasil, surgiu recentemente uma discussão doutrinária e jurisprudencial muito relevante. Com efeito, uma inovação no campo das indenizações surgiu, porquanto os presos estão pleiteando indenização em face do Estado, em virtude de, conforme já explanado, não serem tratados como humanos dentro dos estabelecimentos

carcerários. Impelidos pela ausência de seus diversos direitos e por suas garantias cerceadas, os reclusos buscam no mesmo sistema judiciário que os aprisionaram, uma indenização pelo ambiente a que foram e continuam expostos (SÁ, 2012).

É clara a responsabilidade do Estado em arcar com os danos físicos e psicológicos que os encarcerados sofrem naquele ambiente.

No entanto, apesar da evidente responsabilização estatal por suas omissões e atitudes inerciais ou mesmo comissivas, percebe-se que as decisões dos tribunais ainda são, até onde pode-se ver, na sua maioria, de negar provimentos aos pedidos desse gênero, conforme jurisprudências mais recentes a seguir transcritas, *in litteris*:

Nº 70074983933 (Nº CNJ: 0262508-95.2017.8.21.7000)2017/Cível
APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MÁIS CONDIÇÕES DE PRESÍDIO. ENCARCERAMENTO DA PARTE AUTORA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO DANO EXPERIMENTADO. DEVER DE INDENIZAR QUE NÃO SE RECONHECE.

- 1) Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de improcedência de ação de indenização por dano moral decorrente das condições precárias do presídio onde o autor encontra-se recolhido.
- 2) Consoante a exordial, a parte autora está recolhida no Presídio Central de Porto Alegre, o qual se encontra em péssimas condições, sendo os apenados submetidos a condições indignas e imposição de pena cruel, restringindo-lhes os direitos fundamentais. Relatou que as irregularidades do PCPA foram alvo de medida limitar da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Ação Civil Pública nº 001/1.07.0283822-9, além do expediente de interdição nº 131107/2008. Destacou a inércia do Estado em atender aos comandos judiciais. Em razão desses fatos, postula pela condenação do ente público ao pagamento de indenização por dano moral.
- 3) A presente ação está umbilicalmente relacionada à Ação Civil Pública nº 001/1.07.02838229, em que o Estado restou condenado à obrigação de criar três mil oitocentas e noventa e duas novas vagas para os regimes carcerários do sistema fechado, semi-aberto e aberto, no prazo fatal de cinquenta e quatro meses, com cominação de multa-diária para a hipótese de descumprimento. A referida demanda não contemplou pedido de indenização por dano moral em favor dos apenados. Assim, restando evidente a vinculação entre as ações, revela-se imperativo o reconhecimento de que a parte autora, agora apelante, detém legitimidade e interesse no resultado útil daquela ação, no que diz respeito ao cumprimento do julgado e à exigibilidade e destinação da multa-diária arbitrada para o caso de recalcitrância do demandado. Não parece que tenha direito, contudo, à indenização a título de dano moral em face do descumprimento por parte do Estado naquela ação.
- 4) A responsabilidade do Estado, no caso em tela, deve ser analisada sob o prisma da responsabilidade subjetiva, já que os danos alegados são atribuídos à omissão do Estado em velar pela integridade física e psíquica do detento no interior de suas instalações. Segundo jurisprudência considerável, a condenação do Estado à indenização por danos material e moral em favor de encarcerados tem como base o comportamento ilícito, omissivo ou comissivo, de seus agentes em situações casuisticamente

específicas. Não se pode estabelecer condenação por comportamento omissivo genérico. A improcedência da ação deve ser consolidada pelo fato de o autor não ter demonstrado, de forma específica, como tais condições afetaram sua integridade física e/ou moral, ônus que lhe incumbia a teor do artigo 373, inc. I, do CPC, consoante tese firmada no Recurso Extraordinário nº 580.252, julgado em sede de repercussão geral, a qual afasta o caráter *in re ipsa* nos casos envolvendo indenizações pleiteadas por detentos em face das más condições do encarceramento.

- 5) Ademais, a simples notoriedade acerca das condições precárias do superlotado Presídio Central não estava a dispensar o apelante da comprovação específica e pontual de evento capaz de lhe causar dano físico ou psíquico.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.586.004-7, DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA – 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. APELANTE: RAFAEL FERREIRA PINTO APELADO: ESTADO DO PARANÁ RELATOR: DES. MARCOS S. GALLIANO
DAROSAPELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO – INOBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 5º, § 1º E 3º, INCISO XII, DA RESOLUÇÃO Nº 137 DO CNJ – INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO – SUPERLOTAÇÃO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL – DANOS MORAIS NÃO DEMONSTRADOS (ARTIGO 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973) – RECURSO NÃO PROVIDO. 28/03/2017.

VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL ORIGEM: 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE TERESOPOLIS APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0026823-03.2012.8.19.0061 APELANTE: JACSON COSTA SOARES APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO RELATORA: DES. DENISE LEVY TREDLER AÇÃO. INDENIZATÓRIA. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. Rejeitada preliminar de cerceamento do direito de defesa. Ausência de prova, quanto o autor a ter sido efetivamente preso, haja vista a ausência de registro na POLINTER. Autor, que não pode ser beneficiado por decisão proferida em autos de outro processo. Observância do limite subjetivo da coisa julgada. Peça inicial, que se revela contraditória, considerado que a rebelião dos presos e a desativação da carceragem teriam ocorrido cerca de um ano antes da alegada prisão do autor. Demandante, que não se desincumbiu do ônus da prova. Aplicação do inciso I, do artigo 333, do precedente Código de Processo Civil (atual inciso I, do art. 373, do NCCPC). Sentença de improcedência, que não merece reforma. Precedentes. Fixação dos honorários recursais. Inteligência do § 11, do art. 85, do vigente Código de Processo Civil. Negado provimento ao recurso. 03/10/2017.

Nº 70075306928 (Nº CNJ: 0294807-28.2017.8.21.7000)2017/Cível
APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESO RECOLHIDO JUNTO AO PRESÍDIO CENTRAL. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Apelo desprovido.

Apelação Cível

Sexta Câmara Cível

Nº 70075306928 (Nº CNJ:
0294807-28.2017.8.21.7000)

Comarca de Porto Alegre

MARCELO AMARAL DE LIMA	APELANTE
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	APELADO

Os Tribunais de Justiça (TJ) não se posicionam de forma homogênea diante desses casos, mas a maioria dos julgados nega o pedido de condenação do Poder Público. Pelas negativas, as decisões apresentam variadas justificativas, como é o caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que entende que não se deve indenizar danos causados por omissões genéricas do Estado na prestação dos serviços públicos essenciais. O TJ do Mato Grosso do Sul entendeu, por sua vez, que a condenação do Estado por danos recorrentes da superlotação do estabelecimento penal encontra barreira no princípio da reserva do possível, além disso conclui que o caso seria regido pela responsabilidade subjetiva, e não comprovando o autor da culpa estatal, o pedido seria improcedente (ARAGÃO, 2014).

De acordo com Alcântara (2016) dentre as decisões proferidas pelo STJ a respeito da matéria, identificam-se duas nas quais o STJ, mantendo decisão proferida pelo TJMS, posicionou-se no sentido de que é devido o pagamento de indenização a título de danos morais a indivíduos que foram alocados em celas superlotadas. Ambas foram proferidas no ano de 2008 e são concernentes aos Recursos Especiais n. 870.673-MS (BRASIL, STJ, 2008a) e n. 873.039-MS (BRASIL, STJ, 2008b), exaradas pela Primeira Turma do Tribunal e relatadas pelo Ministro Luiz Fux. As duas decisões se assemelham bastante, o que torna possível uma análise conjunta.

No entanto, o STJ, apreciou novamente a questão em 2010, quando do julgamento do Recurso Especial nº 962-934 – MS, e em decisão muito mais política do que jurídica, resolveu que não é devida a indenização ao presidiário por danos experimentados em virtude da precariedade do sistema penitenciário. Na oportunidade, afastou a aplicação do princípio da reserva do possível. Em vez disso, concluiu pela inconveniência e ineficácia na condenação do Estado em indenizar danos morais individuais resultantes da precariedade do serviço penitenciário, pois a medida em nada contribuiria para a melhoria do sistema como um todo já que esta seria, na visão do tribunal, a verdadeira questão a ser resolvida (ARAGÃO, 2014).

[...] Não faz muito sentido tirar verbas do caixa do Estado para indenizar, individualmente, por dano moral, um ou só alguns presidiários, quando o desconforto do ambiente prisional afeta a todos. A compensação financeira da ofensa moral individual, em tais circunstâncias, só servirá para mascarar, nunca para reduzir, acabar ou solucionar, a dor coletiva, a vergonha que é o sistema prisional em todos os Estados do País. A permitir tal entendimento, estar-se-ia admitindo um papel absurdo do Estado como segurador universal: ou seja, sempre que algum serviço público essencial do Estado for falho – e isso é uma realidade nacional, não apenas "privilégio" do Estado recorrente –, em vez de uma solução global e racional, com medidas planejadas estrategicamente a médio e longo prazo, buscar-se-á uma saída "meia-sola" (de preferência financeira), sem a menor repercussão na melhoria do sistema como um todo. [...] A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Recurso Especial 962.934/MS, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011)

Defendendo, ainda, a tese do princípio da reserva do possível, o Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões mais recentes está se posicionando de forma contrária à concessão dos pedidos de indenização por parte dos encarcerados, em péssimas condições de encarceramento, em face do Estado.

Conforme julgados a seguir:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.818 - RO (2016/0329935-7) RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA RECORRENTE : EVERSON OLIVEIRA DE FRANCA ADVOGADOS : DANIELLE ROSAS GARCEZ E OUTRO(S) - RO002353 DIEGO FERNANDO FURTADO ANASTACIO - RO004302 RECORRIDO : ESTADO DE RONDÔNIA PROCURADOR : EVANIR ANTÔNIO DE BORBA E OUTRO(S) - RO000776 DECISÃO Trata-se de recurso especial manejado por Everson Oliveira de Franca, com fundamento no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado (fl. 442) : Apelação. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Superlotação carcerária. Ressarcimento individual por dano coletivo. Descabimento. Precedentes do STJ. Princípio da reserva do possível. 1. Não prospera argumento de julgamento extra petita quando a fundamentação que se diz fora do pedido foi expressamente tratada em contestação. 2. Estando a sentença nos contornos definidos pelas partes, não há falar em julgamento além do pedido. 3. Impossível reconhecer responsabilidade objetiva estatal para com os encarcerados com fundamento no art. 37, §6º, da CF, que supõe a prestação de algum tipo de serviço público, ou a realização de obra pública de que provenha alguma espécie de dano. 4. Não se pode, com base no

princípio da reserva do possível, impor ao Estado ônus superior à sua capacidade financeira. 5. Apelo não provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.598.064 - RO (2016/0114097-9) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN RECORRENTE : JOSIMAR DE SOUSA SILVA ADVOGADOS : DANIELLE ROSAS GARCEZ ALEXANDRE BISPO FERREIRA E OUTRO (S) RECORRIDO : ESTADO DE RONDÔNIA PROCURADOR : EVANIR ANTÔNIO DE BORBA DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia assim ementado (fl. 359, e-STJ): Apelação. Responsabilidade Civil. Ação Indenizatória. Superlotação carcerária. Ressarcimento individual por dano coletivo. Descabimento. Precedentes do STJ. Princípio da Reserva do Possível. 1. Não prospera argumento de julgamento extra petita quando o Juízo, após apreciar exaustivamente as teses suscitadas, se pronuncia no sentido de julgar improcedente a pretensão inicial. 2. Impossível reconhecer responsabilidade objetiva estatal para com os encarcerados, calcada no artigo 37, § 6º, da CF que supõe a prestação de algum tipo de serviço público, ou a realização de obra pública de que provenha alguma espécie de dano. 3. Não se pode, com base no princípio da reserva do possível, impor ao Estado ônus superior à sua capacidade financeira. 4. Apelo não provido.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a questão de superlotação de celas e condições desumanas já foram temas de várias ações movidas contra alguns estados, mas nunca havia se efetivado nenhuma ação promovendo o pagamento de indenização como foi o caso mais recente do estado do Mato Grosso do Sul (MS). No ano de 2017 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido de indenização por danos morais sofridos a Anderson Nunes da Silva, 41 anos, hoje em liberdade condicional, afirma que viveu sete anos em regime fechado em situação degradante e desumana no presídio de Corumbá, no município de Corumbá, MS, o apenado que foi condenado a vinte anos de reclusão pelo crime de latrocínio, alegava viver em condições desumanas de encarceramento onde dormia com a cabeça escorada em uma latrina devido a superlotação da cela sob condições péssimas de higiene e saúde, ventilação e iluminação, retrato comum das penitenciárias brasileiras, violando a dignidade humana (MARQUES; et al, 2017)

É, justamente, neste caso, que o presente estudo se debruça. Uma análise sobre este recente julgado (RE 580.252) no qual o Supremo Tribunal Federal julga procedente a possibilidade de indenização por danos morais em casos de condições subumanas vivenciadas pelos encarcerados nas penitenciárias brasileiras.

A ação foi movida em 2003, onde foi negado o provimento ao apelo no Tribunal de Justiça local (TJMS), reconhecendo a situação degradante em que vivia o apenado, mas não concordando que o mesmo teria direito a indenização por danos morais. A defensoria pública do estado recorreu para o STF em 2008, mas somente em 2014 o Ministro Teori Zavascki (falecido), relator do caso, proferiu seu voto reconhecendo danos morais e fixando a indenização pecuniária em dois mil reais, e no ano de 2017, o caso foi solucionado, obrigando o estado a pagar dois mil reais ao apenado (MARQUES; et al, 2017).

O Supremo Tribunal Federal (STF) definiu, no dia 16 de fevereiro de 2017, que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. No Recurso Extraordinário (RE) 580252, com repercussão geral reconhecida, os ministros restabeleceram decisão que havia fixado a indenização em R\$ 2 mil para um condenado (BRASIL, 2017. p. 02)

O Plenário acompanhou o voto proferido em dezembro de 2014 pelo relator, ministro Teori Zavascki (falecido), no sentido do provimento do recurso. Em seu voto, o ministro restabeleceu o dever de o Estado pagar a indenização, fixada em julgamento de apelação no valor de R\$ 2 mil. Ele lembrou que a jurisprudência do Supremo reconhece a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia. Ressaltou também, que é notória a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense, com déficit de vagas e lesão a direitos fundamentais dos presos (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, afirma o Brasil (2017, p. 03) que:

Houve diferentes posições entre os ministros quanto à reparação a ser adotada, ficando majoritária a indenização em dinheiro e parcela única. Cinco votos – ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia – mantiveram a indenização estipulada em instâncias anteriores, de R\$ 2 mil. Já os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio adotaram a linha proposta pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, com indenização de um salário mínimo por mês de detenção em situação degradante. Proposta feita pelo ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido em maio de 2015, substituíra a indenização em dinheiro pela remição da pena, com redução dos dias de prisão proporcionalmente ao tempo em situação degradante. A fórmula proposta por Barroso foi de um dia de redução da pena (remição) por 3 a 7 dias de prisão em situação degradante. Esse entendimento foi seguido pelos ministros Luiz Fux e Celso de Mello

Na votação os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Marco Aurélio Mello e a presidente do STF, Cármen Lúcia, concordaram com o voto de Teori, sendo a decisão majoritária e acatada para o provimento do recurso. Mas Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello propuseram em seus votos o desconto de pena (remissão) como sendo a melhor alternativa para o caso, pois segundo o ministro Luís Roberto Barroso “A indenização pecuniária não tem como funcionar bem” (BARROSO, 2017), pelo fato de que não adiantaria o apenado ganhar a indenização pecuniária e continuar preso vivendo sob a mesma situação, ficando esta como posição minoritária (MARQUES; et al, 2017).

Apesar de minoritária e não aceita, a proposta do Ministro Barroso parece apresentar-se como a mais apropriada para a aplicação no que diz respeito à indenização aos encarcerados ocupantes do sistema prisional brasileiro. Pois, é claro que a indenização pecuniária não é a solução do problema. Do que adianta o apenado ser indenizado por 2 mil reais e continuar vivendo em situação degradante dentro do cárcere? E, considerando ainda, que o Estado, não teria condições de indenizar pecuniariamente todos os encarcerados brasileiros que sintam a sua dignidade ferida. Já que o Estado brasileiro vive um verdadeiro colapso, e que o número de encarcerados no Brasil, que vivem em situações degradantes é exorbitante.

Nesse sentido, Maffini (2017) afirma que o voto exarado pelo ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 580.252 traz consigo uma inovação relevante em tema de responsabilidade civil por danos morais causados pelo Estado. Embora relacionado com uma das tantas situações em que o Estado causa danos de índole não patrimonial, suas premissas e, sobretudo, suas conclusões exorbitam os casos de danos morais causados àqueles custodiados em casas prisionais que lhes imponham condições degradantes, podendo ser subsumidas a outras formas de danos morais ressarcíveis pelo poder público.

Porém, olhando por outro viés, o Ministro Gilmar Mendes, aponta que a aplicação da remissão proposta, excluiria a responsabilidade civil do estado, culpado, por não cumprir suas determinações, submetendo apenados a tratamentos desumanos (MARQUES; et al, 2017).

No entanto, o ministro Luís Roberto Barroso afasta-se da solução proposta pelo ministro Teori Zavascki, não nos fundamentos da responsabilidade civil do Estado por danos morais causados em razão das situações degradantes a que se

submetem pessoas mantidas em prisões desumanas, mas no que tange às consequências de tal dever de reparação (MAFFINI, 2017).

A proposta consiste, eis a sua originalidade, na imposição de uma reparação estatal por danos morais por meio de instrumentos não pecuniários de ressarcimento, ou seja, de modo não pecuniário ou, ao menos, prioritariamente não pecuniário, elegendo a reparação por meio de indenização em dinheiro somente aos casos em que o ressarcimento *in natura* se mostra inviável ou imprestável.

Inúmeros motivos são invocados para tal preterição ao modelo pecuniário de ressarcimento. Afirmou-se, nesse sentido, que a reparação em dinheiro, além de não restituir a situação de flagrante violação à dignidade daquele que é mantido preso em condições degradantes, tende a contribuir pela sua perpetuação, na medida em que drenaria, em favor de reparações individuais, recursos estatais que deveriam ser utilizados justamente para a melhoria do sistema. Igualmente tratou-se de destacar a dificuldade — ou inviabilidade — de precificação dos direitos de personalidade e da própria dignidade da pessoa humana (MAFFINI, 2017).

É indiscutível que as condições vivenciadas nos presídios brasileiros violem o princípio da humanidade e dignidade do preso, mas não teria eficiência indenizar presos em regime fechado com indenização pecuniária e o preso continuar sofrendo pela problematização do sistema.

Não há dúvidas que a situação em que Anderson foi submetido era degradante quando ingressou com a ação, mas não deixa de ser situação comum no dia a dia das penitenciárias brasileiras, seja pela falta de investimentos ou pela normatividade constitucional que muitas vezes as leis não são aplicadas de maneira adequada, como é o caso de encarcerados que estão presos e aguardam julgamento, promovendo um aumento significativo de presos em uma cela com número limitado de apenados, resultando assim em uma superlotação no sistema. Pelo fato de que o caso é de repercussão geral, a análise de indenização por via de pagamento em dinheiro, a fixação de valores não é eficaz, pois se deve ressaltar que o caso em análise é uma das muitas ações movidas contra o Estado, e devido a tantas ações, como a decisão do Supremo pode vir a ser aplicada em todas as ações com as mesmas características desse caso, pode vir a causar um prejuízo maior em relação à parte orçamentária do Estado, pois o dinheiro aplicado em indenizações poderia ser aplicado a melhorias nos presídios brasileiros tanto nas condições de sobrevivência, preservação física e moral dos apenados e na

educação, para que assim possa efetivar a verdadeira sanção dos apenados, que seria a reeducação dos delituosos para voltar a conviver em sociedade.

Enfim, é indiscutível a responsabilização do Estado diante das mazelas proporcionadas pelo cárcere brasileiro, pois é visível a sua omissão no que concerne ao papel de proteção e garantias positivadas ao preso. E a possibilidade de indenização é um meio viável de sanar essas faltas diante deste cenário.

A tese apresentada pelo STF e considerada majoritária não configura a solução para a problemática, pois esta, de certa forma, não solucionará o real problema, ou seja, não acabará com as péssimas condições dentro dos presídios, uma indenização de 2 mil reais a cada preso, pois o preso receberá o dinheiro e continuará na mesma situação degradante de antes.

Então, diante das teses apresentadas pelo STF, a tese do Ministro Barroso se configura a mais próxima do possível, pois se houver a aplicação da remissão, reduzindo um dia da pena por 3 a 7 dias de prisão em situação degradante, não estará resolvendo seu problema como um todo, mas lhe proporcionará um tempo mais breve de saída daquele ambiente indesejado.

A solução mais acertada, talvez não possível, diante desse estado de coisas inconstitucionais, para a problemática apresentada, seria o cumprimento de todos os direitos e garantias positivados na Constituição, Lei de Execução Penal e Tratados Internacionais resguardados ao preso, como também o Estado se comportar de forma responsável diante das suas atribuições.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gravidade da situação prisional que assola o Brasil, bem como o seu estado de inconstitucionalidade é evidenciada pela clara e direta violação a uma série de direitos fundamentais. Nesse sentido, foi possível constatar que, ante a esta realidade, de um tratamento totalmente indigno aos encarcerados, que os mesmos não são tratados como pessoas detentoras de direitos e deveres, estes garantidos pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

Sendo que a norma constitucional declara que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e que o Estado deve permanecer em função de todos os cidadãos brasileiros. A vista disso é inconstitucional violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Lei de Execução Penal prevê claramente que o Estado é o responsável pela integridade física e moral do preso, no entanto, esse fator na prática não é cumprido em conformidade com esta lei. Enfatizando ainda, que sequer ocorre o cumprimento legal dos direitos e garantias resguardadas ao preso.

O estabelecimento carcerário que deveria acolher o criminoso e de alguma forma recuperá-lo e restaurá-lo, para que ele após a transformação retornasse à sociedade e tivesse mais uma chance de continuar sua vida dentro dos padrões da sociedade, opostamente, tem se revelado um meio em que a delinquência somente se acentua, pois estimula a desumanidade dos presos.

Foi neste cerne, que debruçou-se a discussão sobre a responsabilidade civil do Estado, pois restou comprovada a parcela de culpa dele no problema da superlotação carcerária e das péssimas condições do cumprimento de pena, e como em qualquer outra esfera do direito, quando um dano é causado a outrem o mesmo deve ser indenizado.

Ante essa problemática, o fluxo de ações judiciais versando sobre essa matéria torna-se cada vez mais numerosa. Embora os posicionamentos dos Tribunais de Justiça Estaduais sejam, em sua maioria, para o desprovimento das demandas, bem como o Superior Tribunal de Justiça que vem se pronunciando de forma negativa aos pedidos que versem sobre a matéria em discussão.

Por sua vez, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal, posicionando-se a favor apresentou suas teses divergentes. Uma seguindo a linha da indenização pecuniária, sendo esta a majoritária, e a outra proporcionando a remissão ao cumprimento da pena dos encarcerados, não sendo aceita esta tese, apesar de ser a mais viável entre as duas, considerando a atual conjuntura penitenciária brasileira, sendo capaz de apenas amenizar a situação. Porém, analisando o teor das teses apresentadas conclui-se que nenhuma seria eficaz para a solução da problemática. E que só poderia chegar a esse fim se o Estado cumprisse o seu real papel na proteção e na garantia dos direitos dos presos, bem como a aplicação destes direitos elencados na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional bem como nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Rafaela Cavalcanti de. **Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e o Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: Superlotação carcerária, mínimo existencial e reserva do possível.** 2016. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5881fccfa15a85aa>> Acesso em 15 de janeiro de 2018.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto De San José De Costa Rica.** San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ARAGÃO, Patrícia Nunes. **A responsabilidade estatal por omissão e os danos decorrentes da precariedade do Sistema Prisional Brasileiro: indenização justa ou “pedágio marmorra?”.** Monografia de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas. Campina Grande – PB, 2014.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARCONDES, Thais Caroline Anzowski. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro.** 2013. Disponível: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b Acesso em 15 de dezembro de 2017.

BEZERRA, Raphael Lopes Costa. **Breve histórico do sistema penitenciário brasileiro e a Constituição Federal de 1988.** 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35961/breve-historico-do-sistema-penitenciario-e-a-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BORGES, Loester Ramires. **Responsabilidade civil do Estado.** 2013. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8039/Responsabilidade-civil-do-Estado> Acesso em 12 de janeiro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul.** Brasília, Supremo Tribunal Federal: 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Entenda os diferentes regimes de cumprimento de pena.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62364-entenda-os-diferentes-regimes-de-cumprimento-de-pena>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei n. 7210, de 11-07-1984: Lei de Execução Penal. In : BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, República Federativa do. **Decreto Nº. 678/92. Promulga a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 DE novembro de 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Estado deve indenizar preso em situação degradante, decide STF**. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>> Acesso em 28 de janeiro de 2018.

CARVALHO, Victor Hugo Linhares De. **A dignidade da pessoa humana: análise sob uma perspectiva axiológica**. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-dignidade-da-pessoa-humana-analise-sob-uma-perspectiva-axiologica,37678.html> Acesso em: 13 de janeiro de 2018.

CASTRO, Leonardo. **Lei 7.210/84 - Resumo da Lei de Execução Penal. 2015**. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/310916668/lei-7210-84-resumo-da-lei-de-execucao-penal> Acesso em: 28 de janeiro de 2018.

CNJ. **Conheça os diferentes tipos de estabelecimentos penais**. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79914-conheca-os-diferentes-tipos-de-estabelecimentos-penais> Acesso em 20 de janeiro de 2018.

CNJ. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> Acesso em 20 de janeiro de 2018.

CONJUR. **Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>. Acesso em: Acesso em 15 de novembro de 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de Execução Penal para Concursos (2017)**.

Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/35479341/lei-de-execucao-penal-para-concursos-2017---rogerio-sanches-cunha> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

FERNANDES, Bruna Rafaela; RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. O sistema carcerário brasileiro. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 115-135, 3º Trimestre de 2013.

Disponível em: <www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044> Acesso em: 14 fev. 2017.

FERREIRA, Paula Guimarães. **A estrutura do sistema prisional brasileiro frente aos objetivos da teoria da pena**. 2013. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12093&revista_caderno=3 Acesso em 28 de novembro de 2017.

FERREIRA, Pablo Henrique de Abreu. **A responsabilidade civil do Estado**. 2014.

Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17634&revista_caderno=4)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17634&revista_caderno=4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17634&revista_caderno=4)> Acesso em 20 de janeiro de 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 27 ed. Petrópolis: Vozes, 2003

GHISLENI, Pâmela Copetti. **O sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2014. Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/.../3512> Acesso em 28 de dezembro de 2017.

LEMOS, Jordan Tomazelli. **A Violação dos Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro**. 2014. Disponível em:

<https://jordantomazelli.jusbrasil.com.br/artigos/155977254/a-violacao-dos-direitos-humanos-no-sistema-prisional-brasileiro> Acesso em: 25 de janeiro de 2018.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc- ISSN 2236-5044.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis. 2013. **Sistema Penitenciário Brasileiro – origem, atualidade e exemplos funcionais**. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/view/4789>> Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

MAFFINI, Rafael. Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação *in natura*. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 209-234, jan./abr. 2017

MANDELA, Nelson. **Conversas que tive comigo**/ Tradução de Ângela Lobo de Andrade, Nivaldo montingelli Jr. Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2002.

MARQUES, Emilli Zanfra. **Análise da decisão do recurso extraordinário do supremo tribunal federal de indenização ao preso**. 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/.../6870>> Acesso em 28 de janeiro de 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed. ver., atual. Até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013., São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRABETE, J.F. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-84.9ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, I.A. **Função Retributiva e educativa da pena**. 2003.70f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

NASCIMENTO, Sheila Silva. **Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário**. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,direitos-humanos-e-o-sistema-penitenciario,32713.html>> Acesso em 15 fev. 2017.

OLIVEIRA, Heloisa dos Santos Martins. **O caráter ressocializador da atividade laborativa**. 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1176>> Acesso em 15 de dezembro de 2017.

OLIVEIRA, Roberta Helfer. **A responsabilização do Estado perante os danos causados aos indivíduos no sistema penitenciário.** 2015. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/roberta_oliveira.pdf> Acesso em 15 fev. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em 29 de dezembro de 2017.

PAIVA, Uliana Lemos de; BICHARA, Jahyr-Philippe. **a violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário pátrio e a possibilidade de responsabilização interna e internacional do Estado brasileiro.** 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4351>> Acesso em 25 de janeiro de 2018.

PEREIRA, Amanda Cruz. **A violação dos direitos do preso.** 2014. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-violacao-dos-direitos-do-preso/> Acesso em 15 de janeiro de 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, 20ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007.

RANGEL, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais.** 2014. Disponível em: <https://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais> Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

SÁ, Pâmela de. **A superlotação carcerária, a eficácia dos direitos fundamentais e a responsabilidade civil do estado.** Monografia de Conclusão do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Criciúma, 2012.

SANTIS, Morais Di; ENGBRUCH, Werner. **A origem do sistema penitenciário.** 2016. Disponível em: <www.pre.univesp.br/sistema-prisional> Acesso em 15 de janeiro de 2018.

SILVA, Luzia Gomes da. **Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional.** 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-historica-do->

[sistema-penitenciario-subsidios-para-a-busca-de-alternativas-a-humanizacao-do-sistema-pri,40751.html](#) Acesso em 15 de dezembro de 2017.

SILVA, Galdiana dos Santos. **Responsabilidade civil do estado**. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12619> Acesso em 28 de dezembro de 2017.

SILVA, Silas Souza; PEREIRA, Wilson Rosendo. **Sistema prisional brasileiro, uma organização a ser revisada**. 2015. Disponível em: <https://sinfrons.jusbrasil.com.br/artigos/254556328/sistema-prisional-brasileiro-uma-organizacao-a-ser-revisada> Acesso em 10 de janeiro de 2015.

SILVA, Bruna Sousa Mendes; et al. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54662/responsabilidade-civil-do-estado/3> Acesso em 20 de janeiro de 2018.

VASCONCELOS, Adriano Resende de. **Direitos do preso e do executado: breves esclarecimentos**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 24 ago. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/direitosdopresoedoexecutado:brevesesclarecimentos> Acesso em 10 de janeiro de 2018.

Sites:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>