

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

MAELY NOGUEIRA DE ARAÚJO

**A SUBMISSÃO DO PRESO À SITUAÇÃO DEGRADANTE E A
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM FACE DO ESTADO**

SOUSA – PB

2018

MAELY NOGUEIRA DE ARAÚJO

A SUBMISSÃO DO PRESO À SITUAÇÃO DEGRADANTE E A INDENIZAÇÃO
POR DANO MORAL EM FACE DO ESTADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande-UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade

SOUSA – PB

2018

MAELY NOGUEIRA DE ARAÚJO

A SUBMISSÃO DO PRESO À SITUAÇÃO DEGRADANTE E A INDENIZAÇÃO
POR DANO MORAL EM FACE DO ESTADO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina
Grande-UFCG, como exigência parcial
para obtenção do título de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo
Pereira de Andrade

Banca examinadora:

Data da aprovação: ____/____/____.

Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade

Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico:
Aos meus pais,
presentes que o Senhor me deu
e que são luz na minha caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu Senhor e salvador Jesus Cristo, a quem dedico esse trabalho, por ser tão fiel para comigo. Ele plantou em mim o sonho de cursar Direito, pois era o sonho do coração dEle. Nunca serei grata o suficiente para agradecer tudo que o meu Deus fez e tem feito pela minha vida. Obrigada, Mestre!

Aos meus pais amados, Marcos e Margarida, por serem rocha na nossa casa, apoiarem meus sonhos e me darem forças pra seguir sempre firme na caminhada. Essa conquista é de vocês! Amo-os!

Ao meu irmão Filipe, por ser meu companheiro fiel de vida e me ensinar a correr atrás dos meus objetivos até alcança-los. Obrigada por sem acreditar em mim. Amo-te, Pepinho!

Às minhas avós, que mesmo não estando aqui, foram incentivadoras na minha vida. Jamais me esquecerei dos ensinamentos a mim ministrados. Vocês serão lembradas eternamente com muito amor.

À toda minha família, que torceu por mim em todos os momentos e compartilhou dos meus medos alegrias.

Às melhores amigas desse mundo, Raissa, Sara e Mayara, cada uma à sua maneira. Vocês nem imaginam a importância que têm na minha vida. Estão comigo quando estou sorrindo, me seguram quando estou chorando (quase o tempo todo), sem esperar nada em troca. Não sei o que seria da minha vida sem vocês. Obrigada, lindas! Amo vocês!

Ao meu grupo Kikas, meus companheiros de curso e de vida. A caminhada na universidade não seria a mesma sem vocês, sem a alegria contagiante que emanam diariamente.

Aos meus companheiros de luta estudantil, em especial meu amigo do coração Daniel Franco. Nós sabemos como é lutar pelo bem dos estudantes, acreditando que tudo aquilo que vivemos valeria a pena no final, realmente valeu. Avante, amigo!

Ao meu tão amado Grupo Azul! Foi nele que descobri o verdadeiro significado de altruísmo, quando abri mão do que era cômodo pra mim, em prol

do meu companheiro. Trabalhamos incansavelmente pelo bem daqueles que precisavam de nós, tudo por um bem maior. “O Azul é a cor da alegria!”.

Aos meus professores queridos, muitos deles se tornaram amigos que levarei para vida. À professora Carla Pedrosa (diva do Processo Penal), que mesmo não sendo minha orientadora nesse trabalho, não mediu esforços para me ajudar. Serei eternamente grata.

Ao meu orientador, grande mestre Guerrison Araújo. Minha admiração por você surgiu no primeiro dia de aula de sua disciplina (Processo Penal), minha favorita, diga-se de passagem, quando, com seu jeito irreverente, envolveu à todos nós. Obrigada pela paciência, presteza e cuidado para conosco. O senhor se tornou meu amigo, de quem tenho muito a aprender.

A todos aqueles que torceram direta ou indiretamente pela minha vitória. Que o Senhor recompense a cada um conforme o desejo do seu coração.

A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça
à justiça em todo lugar.
(Martin Luther King Jr.)

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo demonstrar a responsabilidade civil do Estado ante o colapso em que se apresenta o sistema carcerário no Brasil, identificando o tipo de responsabilidade estatal ao caso concreto, seja ele omissivo ou comissivo. Faz referência, também, a efetiva ou não aplicabilidade dos direitos à assistência legal voltada ao preso e o seu egresso. Objetiva mostrar a realidade de quem vive sob a custódia do Estado nas unidades prisionais e as repetidas violações dos direitos humanos fundamentais naqueles estabelecimentos. O trabalho aponta a falta obediência do Estado brasileiro no cumprimento do que ordena a Lei de Execução Penal, como instituto que regulamenta as formas como devem proceder ao processo de encarceramento no país. Descreve o que entendem o Supremo Tribunal Federal e do Superior de Justiça no tocante à indenização por dano moral dos submetidos a situações degradantes ou seus familiares, em caso de morte. Delimita-se o problema na reparação de danos pelo Estado, direito do submetido a condições degradantes. Tem como problematização o estudo do direito dos custodiados em unidades prisionais frente à inércia do Estado e, como objetivo geral, analisar a responsabilização estatal pelo danos causados. As técnicas de pesquisa basearam-se nas bibliografias coletadas na doutrina brasileira, em estudo de artigos científicos e jurisprudências específicas. Outrossim, utiliza-se como métodos de procedimentos o histórico-evolutivo e de abordagem o dedutivo, e, como técnica de pesquisa, a bibliográfica. Conclui-se pela imprescindibilidade do poder estatal reparar o dano causado ao custodiado, por submetê-lo à situação degradante no cárcere.

Palavras-chave: Responsabilidade estatal. Preso. Indenização.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the civil responsibility of the State before the collapse of the prison system in Brazil, identifying the type of state responsibility to the concrete case, be it omissive or commissive. It also refers to the effectiveness or non-applicability of rights to legal assistance to the prisoner and his or her removal. It aims to show the reality of those who live in the custody of the State in prisons and the repeated violations of fundamental human rights in those establishments. The paper points to the lack of obedience of the Brazilian State in complying with the provisions of the Criminal Enforcement Law, as an institute that regulates the ways in which the process of incarceration in the country should proceed. It describes what the Federal Supreme Court and the Superior of Justice understand regarding the compensation for moral damages of those subjected to degrading situations or their relatives, in case of death. It delimits the problem in the reparation of damages by the State, right of the one submitted to degrading conditions. It has as problematization the study of the right of the custodians in prison units in front of the inertia of the State and, as a general objective, to analyze the state responsibility for the damages caused. The techniques of research were based on the bibliographies collected in the Brazilian doctrine, in the study of scientific articles and specific jurisprudence. In addition, the historical-evolutionary and deductive approaches are used as methods of procedures, and as a bibliographical research technique. It is concluded that it is essential for the State to repair the damage caused to the custodian by subjecting him to the degrading situation in the prison.

Keywords: State responsibility. Stuck. Indemnity.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART - Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPB – Código Penal Brasileiro

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPP – Código de Processo Penal

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

LEP – Lei de Execuções Penais

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ENTE ESTATAL	16
2.1 Aspectos Gerais.....	16
2.2 A evolução do instituto da Responsabilidade Civil do Estado	18
2.2.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado	18
2.2.2 Responsabilidade com previsão legal	19
2.2.3 Teoria da Responsabilidade Subjetiva	19
2.2.4 Teoria da Culpa do Serviço.....	20
2.2.5 Teoria da Responsabilidade Objetiva	21
2.2.6 Responsabilidade Civil do Estado na Constituição Federal de 1988.....	21
2.2.7 Agentes da Responsabilidade Civil	22
2.3 Responsabilidade Civil Objetiva	23
2.3.1 Conduta	23
2.3.2 Dano.....	24
2.3.3 Nexo de causalidade	24
2.4 Responsabilidade Civil do Estado pela omissão	25
3 AS CONDIÇÕES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	27
3.1 Considerações iniciais	27
3.2 Direitos dos presos à luz dos Tratados de Direitos Humanos, da Constituição Federal e da LEP	29
3.2.1 Assistência.....	31
3.3 As condições do sistema penitenciário brasileiro.....	33
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO TRATAMENTO DEGRADANTE DISPERSADO AOS PRESOS.....	37
4.1 A omissão do ente estatal em obedecer aos ditames da LEP	37
4.2 Os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema	40
4.3 A obrigação do ente estatal reparar os danos morais causados aos presos	42

REFERÊNCIAS.....	46
ANEXO	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a responsabilidade civil do Estado em reparar o dano causado ao preso sob sua custódia que esteja submetido a um tratamento degradante ou, em alguns casos, morto dentro de unidades prisionais. A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XLIX, diz que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, expressando, assim, que as pessoas recolhidas em ambientes tutelados pelo Estado, neste caso em estabelecimentos prisionais, têm o direito à proteção dos órgãos públicos, sendo este responsável por manter a ordem, exercendo seu poder de polícia para a proteção de qualquer forma de violação à vida, seja dos companheiros, da polícia ou de outrem. A redação do artigo 38 o Código Penal é análogo ao mencionado acima, trazendo, em seu texto: que preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

A realidade do sistema prisional brasileiro, no entanto, tem demonstrado a ocorrência da incessante violação desses direitos e a total negligência das garantias legais previstas no cumprimento das penas privativas de liberdade. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) população carcerária dos que cumprem pena no país é maior que a população total de Aracajú (SE), fazendo do Brasil o país com a terceira maior, em termos absolutos.

Com as unidades prisionais superlotadas, a quantidade de encarcerados chega a ser o dobro da quantidade de vagas disponibilizadas, e nessas circunstâncias, a condição de sobrevivência humana é quase que inexistente. A inobservância dessas garantias é algo real, que fere violentamente o direito à vida do apenado.

O Estado é responsável por manter o funcionamento adequado dos órgãos prisionais e tem o dever de oferecer a essa parcela da população as condições básicas para a garantia do cumprimento dos seus direitos fundamentais. A doutrina majoritária entende que a omissão do ente estatal no que diz respeito à tutela dos presos é objeto de responsabilidade subjetiva, quando há necessidade de comprovação de culpa do agente omissor. O Supremo Tribunal Federal se posiciona de maneira diversa, por entender que não há necessidade de comprovação de culpa, apenas que o interessado comprove o nexo causal

entre o fato e o dano, caracterizando a responsabilidade objetiva. Por assim achar, vem concedendo indenização na forma de pecúnia a presos que, de acordo com o caso concreto, estejam em condições sub-humanas dentro das unidades prisionais. Nesse sentido, deve-se fixar a problematização do presente estudo no direito que o custodiado em unidades prisionais tem de ser reparado pelo Estado, em decorrência da inobservância de seus direitos e garantias fundamentais.

Far-se-á uma análise das decisões atuais dos tribunais superiores acerca do tema, bem como a aplicação real das sanções por eles aplicadas em face do Estado Brasileiro.

Percebe-se, pois, que esse estudo terá como objetivo geral analisar da responsabilização do Estado diante da situação de falência em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, identificando a aplicabilidade de garantia de direitos e assistência aos presos no país e ao egresso.

Por sua vez, tem como objetivos específicos: identificar o tipo de responsabilidade estatal no tocante ao tema; avaliar os problemas existentes nas unidades prisionais do Brasil; discutir sobre a aplicação da Lei de Execuções Penais pelo Estado; considerar o direito do preso em situação degradante em ser indenizado pelo ente estatal.

No que se refere às técnicas de pesquisa, é necessário enfatizar a opção pela pesquisa bibliográfica. Assim, por meio desta, se fará uso de artigos publicados em revistas especializadas, doutrinas, legislação e jurisprudência correspondentes ao tema.

No que tange aos métodos de procedimento, será utilizado o histórico evolutivo, a partir do qual será mostrado como o instituto da responsabilidade civil do Estado tem sido aplicado com o decorrer do tempo.

Com o intento de alcançar os objetivos supracitados, a pesquisa adotará como método de abordagem o dedutivo, segundo o qual há uma premissa geral, com princípios e lógicas considerados verdadeiros, que permite que se chegue a uma conclusão específica, uma análise particular de cada caso.

Cumprir registrar que a pesquisa será estruturada em três capítulos. O primeiro abordará a evolução da responsabilidade civil do Estado, bem como os tipos de responsabilidade e o tipo adotado para discorrer sobre a omissão estatal no caso concreto.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará especificamente sobre o cumprimento de pena no Brasil, assim como os direitos e garantias dos apenados e a situação em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

Já o terceiro capítulo é o responsável por abordar, detalhadamente, a responsabilização do Estado pela omissão dos direitos fundamentais e assistenciais aos encarcerados sob sua custódia, como se posicionam os tribunais superiores e a conseqüente indenização por tal omissão.

Por fim, busca-se atender a necessidade de um estudo constitucional minucioso, indo além da análise conceitual, organizando um apanhado da legislação específica, principalmente como ela é apresentada no ordenamento jurídico, fazendo-se questionamentos acerca dos problemas e deficiências vigentes, bem como quais soluções podem ser propostas.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ENTE ESTATAL

A noção de responsabilidade alude ao conceito de resposta. De fato, quando o Direito trata da responsabilidade, leva de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, tem o dever de responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente. O fato e a imputabilidade a alguém constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. Nesse capítulo, tratar-se-á sobre a responsabilidade civil do Estado em seus mais diversos aspectos, com destaque para responsabilidade objetiva do agente estatal.

2.1 Aspectos Gerais

A responsabilização do ente público pelos danos causados por seus agentes a particulares é, hodiernamente, pacífica no ordenamento jurídico, na jurisprudência e doutrina comparada. Evolutivamente, o Estado de Direito fez surgir à imagem de que a Administração Pública se sujeita ao direito posto, conforme os demais sujeitos de direito da sociedade.

A responsabilidade extracontratual é, manifestadamente, o dever de ressarcir particulares por danos causados, tendo em conta o fato de que não deriva de qualquer outro vínculo anterior ou contrato com o indivíduo indenizado.

A responsabilidade civil do Estado se refere às três funções em que se separam o poder estatal, sejam elas administrativas, legislativas e jurisdicional. Apesar da maioria dos comportamentos dos quais resultam a responsabilização emanem da função administrativa, excepcionalmente se verificam proposições em que o desempenho das outras duas funções também ocasiona reparação.

Inicialmente, vale destacar a inconveniência do uso da expressão “Responsabilidade da Administração Pública”, pois esta não possui personalidade jurídica, não sendo titular de direitos e obrigações. Como a

responsabilização civil exige capacidade, aparenta ser mais adequado afirmar-se que a responsabilidade é do Estado.

Nota-se ainda que a responsabilização é conferida tanto às pessoas jurídicas de direito público como às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, isso por força de autoridade constitucional.

É de suma importância orientar que o Estado goza de prerrogativas na sua atuação, decorrente da supremacia do interesse público em detrimento dos interesses privados. Todavia, a exigência da atuação imperativa do ente público diante do cidadão também enseja uma sucessão de limitações no exercício administrativo e um maior rigor no que se refere ao tratamento dos danos causados pelo Estado, em suas funções.

Tal responsabilização deriva, ainda, da execução do princípio da isonomia, próprio do ordenamento jurídico constitucional pátrio, visto que quando, para beneficiar toda a sociedade, o Estado causa um dano específico a alguém ou a um grupo de pessoas, nada mais justo que as pessoas prejudicadas sejam indenizadas, de modo a reparar a desigualdade causada pelo comportamento estatal. Por essa razão, inclusive, a responsabilização do Estado abarca condutas lícitas praticadas por seus agentes, provocando danos específicos a particulares.

Instrui Edmir Netto de Araújo (2015):

O Estado também, em suas relações com a comunidade que o institui, executa serviços e atividades por meio de agentes e por meio de órgãos públicos. Esses agentes, geralmente servidores públicos, são pessoas humanas que, como representantes do Estado, desenvolverão intensa atividade com esse objetivo. A ação ou omissão humanas, contrariamente aos assim chamados “fatos do mundo”, estarão sujeitas a regimes de responsabilidade, caso venham a ser causadoras de prejuízos ou lesões a pessoas, bens ou direitos, na forma disciplinada pela coletividade, através das normas legais editadas por seus representantes.

Dessa maneira, o ente público tem o dever de reparar os danos causados em seu exercício, independentemente denexo ou relação anterior com o sujeito prejudicado, de acordo com o que versa a Constituição Federal.

Destaca-se, ainda, que a responsabilidade do Estado ante a vítima não exclui, quando, ao contrário, possibilita a responsabilização posterior do agente

público, contanto que tenha concorrido de maneira culposa ou dolosa para o dano causado.

2.2 A evolução do instituto da Responsabilidade Civil do Estado

Uma das premissas do Direito Constitucional é a submissão de todas as pessoas à ordem jurídica, sejam elas públicas ou privadas, de forma que a lesão a um bem jurídico de terceiro acarreta a obrigação do agente causador à reparação do dano.

Entretanto, a responsabilidade do Estado é dirigida por princípios próprios, acomodados na singularidade de sua situação jurídica. A execução das funções estatais conduz, em regra, à produção de danos de maior magnitude do que os causados por particulares, e as condições em que ocorrem também são diferentes das destes últimos.

Por consequência é que as teorias acerca da responsabilidade do Poder Público por danos causados a terceiros avançaram junto com a própria noção de Estado. Na verdade, a probabilidade de responsabilização estatal tão-somente veio a tomar corpo com a origem do Estado de Direito, pois a partir de então é que se passou a aceitar a subordinação do Poder Público ao Direito.

De tal modo, o progresso se deu desde a teoria que negava inteiramente a responsabilidade do Estado por suas condutas até aquela que acoberta a inteira responsabilização, em qualquer conjectura, restando adotadas pela maioria da doutrina as teorias que não adotam posições tão extremas como as duas aludidas, todas abordadas nos subitens seguintes.

2.2.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado

Primariamente, o administrador público era quem definia o que era certo e o que era errado. O argumento de que “o rei nunca errava” (*the king can do not wrong*) fundamenta a primeira fase da responsabilidade civil que é justamente a fase da irresponsabilidade. As monarquias absolutistas se

estabeleciam numa ideia de soberania, enquanto autoridade, sem abrir chance ao súdito de contestação. O Estado não respondia por seus atos, era sujeito irresponsável. Era o que se habituava chamar de personificação divina do chefe de Estado. No Brasil, não tivemos fase da irresponsabilidade. Ainda nessa fase, alguns países já acolhiam a responsabilização do Estado se alguma lei específica a definisse.

Tal teoria não perdurou por muito tempo em vários países. A ideia de que o Estado era o ente todo-poderoso confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava incapaz de causar danos e ser responsável foi suprida pela do Estado de Direito, segundo o qual deveriam ser a ele aplicados os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas.

Atualmente, portanto, o direito positivo das nações civilizadas acolhe a responsabilização civil do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, sabendo diversificar questões específicas e de menor importância no tocante à responsabilidade do agente, à quantia da reparação, à forma processual de proteção do direito, entre outros.

2.2.2 Responsabilidade com previsão legal

A primeira situação de responsabilidade do Estado ocorreu na França e foi chamado de caso “Blanco”. Conta-se que uma garota foi atropelada por um vagão ferroviário e, causando comoção na sociedade francesa, embasou a responsabilização do ente público pelo dano causado. O Estado, que até esse momento agia sem responsabilidade, passou a ser responsável, em casos específicos, conforme houvesse específica previsão legal para a responsabilização. No Brasil, em 1873, surgiu com o a criação do Tribunal Conflitos.

2.2.3 Teoria da Responsabilidade Subjetiva

Firmado na intenção do agente, a Teoria da Responsabilidade do Estado floresceu e passou a admitir a sua responsabilidade sem a necessidade de expressa dicção legal.

Para a admissão dessa teoria, faz-se necessário a comprovação de alguns fatores, sejam eles; a conduta do Estado; o dano; o nexo de causalidade e o elemento subjetivo, sendo este a culpa ou dolo do agente. Tais elementos são substanciais para a personificação da responsabilidade, pois, quando não observados, pode ocasionar a exclusão desta responsabilidade. Dessa maneira, foi o nascimento da responsabilidade subjetiva. A fase é chamada de fase civilista, pois a responsabilização do ente público acontece nos termos do Direito Civil. No direito pátrio, a responsabilidade subjetiva (teoria civilista) tinha fundamento no Código Civil de 1916, ora revogado.

De acordo com o entendimento da doutrina cível, a culpa tem origem da demonstração de conduta praticada com imprudência, negligência ou imperícia pelo agente, até porque qualquer desempenho fora dos liames da lei já caracteriza negligente. Por outro lado, a comprovação do dolo está sujeito à intencionalidade do agente em provocar o dano ou, pelo menos, da assunção do risco conhecido pelo agente ao atuar.

2.2.4 Teoria da Culpa do Serviço

Almejando a proteção da vítima, surgiu a responsabilidade subjetiva baseada na culpa fundamentada na culpa do serviço. Neste caso, a vítima somente deve comprovar que o serviço não foi bem prestado ou prestado de forma ineficiente ou ainda com atraso, sem necessariamente apontar o agente causador. Não se apoia na culpa do agente, mas do serviço como um todo e, por isso, foi denominado de Culpa Anônima.

Apesar de facilitar o conteúdo probatório para a vítima, permanecia a difícil tarefa de provar que o serviço não era bem prestado pelo Estado que, com o passar do tempo, incisivamente aumentou sua atuação e os administrados, por sua vez, passaram a necessitar maior proteção.

Vale registrar que em inúmeros casos de responsabilidade pela falta de serviço admite-se a presunção de culpa de face da extrema dificuldade, às vezes intransponível, de se demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, casos em que transfere para o Estado o ônus de provar que o serviço funcionou regularmente, de forma normal e correta, sem o que não conseguirá elidir a presunção e afastar sua responsabilidade.

2.2.5 Teoria da Responsabilidade Objetiva

Tal forma de responsabilidade dispensa a verificação da culpa em relação ao fato danoso. Por essa razão, ela incide em decorrência dos fatos ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano.

A responsabilidade objetiva resultou de marcante processo evolutivo, passando a aferir maior benefício ao atingido, por estar dispensado de provar alguns meios que dificultam o surgimento do direito à reparação dos danos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta de serviço etc.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2009, p. 378) define:

A responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem.

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de o poder público recompor prejuízos causados a particulares, em dinheiro, em decorrência de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, quando imputados aos agentes públicos, no exercício de suas funções.

Os elementos que caracterizam a Teoria da Responsabilidade Objetiva são: conduta (lícita ou ilícita) praticada por um agente público, atuando nessa qualidade; dano causado a um bem protegido pelo ordenamento jurídico, ainda que exclusivamente moral; e nexo de causalidade, ou demonstração de que a conduta do agente foi preponderante e determinante para a ocorrência do evento danoso ensejador da responsabilidade.

2.2.6 Responsabilidade Civil do Estado na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal regulamenta a responsabilidade civil, em seu art. 37, §6º, que determina:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesse sentido estabelece, também, o art. 43 do Código Civil que a responsabilidade do ente público se configura objetiva.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Destaca-se que a responsabilidade do Estado, estampada no texto constitucional, é objetiva, mas a responsabilização do agente, perante o Estado, é subjetiva, decorrendo de comprovação de dolo ou de culpa. Nesse sentido, se faz necessária a análise dos elementos caracterizadores da responsabilização pública.

2.2.7 Agentes da Responsabilidade Civil

A Constituição Federal abarca todos aqueles que atuam na prestação de serviços públicos, não é apenas o Estado que responde. Incluem-se nessa teoria, as pessoas jurídicas de Direito Público da Administração Direta, além das fundações públicas de Direito Público e autarquias que serão responsabilizadas objetivamente. Ressalva-se as pessoas da administração indireta, pois, nem todas podem ser incluídas nesse conceito. As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista somente se incluem neste dispositivo, quando criadas para a prestação de serviços públicos. Dessa maneira, vale salientar que a responsabilidade civil do Estado não inclui as empresas estatais que exploram atividade econômica. A responsabilidade, neste caso, será regulamentada pelo direito privado, variando de acordo com a natureza da atividade econômica explorada pela entidade. É possível, por exemplo, que um determinado banco público tenha responsabilização objetiva pelos atos de agentes que causarem danos aos clientes da empresa, haja vista a configuração de relação de consumo. Nesse caso, o Código de Defesa do

Consumidor embasará a responsabilização objetiva da entidade, não se aplicando as normas de Direito Administrativo.

A responsabilidade subsidiária se dá quando o Estado responde pelos danos causados por outra pessoa jurídica. Neste caso, a obrigação de reparar o dano é da pessoa jurídica prestadora do serviço e, caso seja inviável esse pagamento, o Estado é chamado à responsabilidade. É oportuno mencionar que a responsabilidade subsidiária não pode ser confundida com a responsabilidade solidária. Nesta, ambos responderiam, ao mesmo tempo, solidariamente, enquanto na subsidiária o Estado só é chamado se o prestador de serviços não tiver condições financeiras.

2.3 Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das prestadoras de serviços públicos não depende da comprovação de elementos subjetivos ou ilicitude, baseando-se, somente em três elementos, quais sejam conduta do agente público, dano e nexo de causalidade.

2.3.1 Conduta

A conduta deve ser determinada pelo agente público que atue nessa qualidade ou, ao menos, se aproveitando da qualidade de agente para causar o dano. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2008, p.356) define:

O ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos” e, ainda, “que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada.

Dessa maneira, ainda que o agente público não esteja em seu horário de trabalho, caso ele se aproveite da qualidade de agente para ensejar o dano, está caracterizada hipótese de responsabilização do ente público. A situação é corolário da teoria da imputação (ou teoria do órgão) que define que a conduta do agente público deve ser imputada ao ente estatal que ele representa.

Exemplo clássico da situação exposta ocorre quando um determinado policial militar que, mesmo estando fora do horário de serviço e sem farda, atira em alguém com a arma da corporação, com a intenção de separar uma briga na rua, gerando sua conduta responsabilização do ente estatal.

Vale ressaltar, ainda, que o entendimento majoritário da doutrina é que a conduta que enseja a responsabilidade objetiva do ente público é a conduta comissiva. Em casos de omissão dos agentes, a responsabilidade se configura subjetiva.

2.3.2 Dano

Para que se reconheça o dever de indenizar, é imprescindível que haja dano. Os danos que geram responsabilidade do Estado são os danos jurídicos, ou seja, o dano a um bem tutelado pelo direito, ainda que exclusivamente moral. O dano moral significa prejuízos experimentados na esfera íntima do indivíduo, atacando diretamente sua reputação perante o corpo social e sua honra e trata-se de inovação trazida pela CF/88. Vale salientar que a doutrina é pacífica no sentido de que o mero desconforto causado a um particular não configura dano moral sujeito à indenização. O dano moral pode se caracterizar pela dor da perda de um familiar ou por agressões verbais vexatórias, por exemplo. A indenização pelo dano moral visa garantir uma diminuição na dor e sofrimento causado ao cidadão lesado. Além disso, para que haja a responsabilização do ente público, não basta provar a existência de prejuízos, uma vez que é indispensável que se trate de dano jurídico.

Nos casos de danos decorrentes de atos lícitos, a responsabilização do ente estatal depende da comprovação de que estes danos são anormais e específicos. Isso porque o dano deve ser certo, valorado economicamente e de possível demonstração. Nos atos ilícitos não ocorre esse aditivo porque a conduta por si só já gera o dever de indenizar, haja vista a violação direta ao princípio da legalidade.

2.3.3 Nexo de causalidade

O Brasil adotou a teoria da causalidade adequada, por meio da qual o Estado responde, desde que sua conduta tenha sido determinante para o dano causado ao agente. Assim, se condutas posteriores, alheias à vontade do Estado, causam o dano a um terceiro, ocorre o que denomina, na doutrina, de teoria da interrupção do nexo causal a excluir a responsabilidade estatal.

Interrompendo o nexo de causalidade se exclui a responsabilidade do Estado todas as vezes que a atuação do agente público não for suficiente, por si só, a ensejar o dano ora reivindicado.

2.4 Responsabilidade Civil do Estado pela omissão

Nos casos em que há responsabilidade civil do Estado pela omissão, a doutrina majoritária e o STJ diferem de uma doutrina minoritária e do STF. Estes defendem uma responsabilidade objetiva, em que as pessoas jurídicas de direito público respondem de forma objetiva pelos danos causados à terceiros, com fulcro no art. 37, § 6º da Constituição Federal, pelos atos omissivos ou comissivos, desde que demonstrem o nexo de causalidade entre o dano e a omissão do ente público, enquanto que aquele defende que a responsabilidade é subjetiva.

Em discordância à doutrina majoritária, relata José dos Santos Carvalho Filho (2013, p 568):

Na verdade, nenhuma novidade existe nesse tipo de responsabilidade. Quer-nos parecer, assim, que o Estado se sujeita à responsabilidade objetiva, mas, quando se trata de conduta omissiva, estará ele na posição comum de todos, vale dizer, sua responsabilização se dará por culpa. Acresce notar, por fim, que, mesmo quando presentes os elementos da responsabilidade subjetiva, estarão fatalmente presentes os elementos da responsabilidade objetiva, por ser mais abrangente que aquela. De fato, sempre estarão presentes o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade. A única peculiaridade é que, nas condutas omissivas, se exigirá, além do fato administrativo em si, que seja ele calcado de culpa.

De acordo com Matheus Carvalho (2016, p 331), a responsabilidade por omissão será sempre subjetiva decorrente da Culpa Anônima, não a adotada pela teoria civilista:

Existem situações fáticas em que o dano é causado a um particular em virtude de uma não atuação do agente público. Nesses casos, analisamos o regramento aplicado à responsabilização do Estado decorrente da omissão dos seus agentes, ou seja, da ausência de conduta do agente, em situações nas quais teria o dever de atuar previsto em lei. A maioria da doutrina entende que a conduta omissiva não está abarcada pelo art. 37, § 6º da CRFB. O não fazer do Estado, a falta de atuação do Estado não geraria responsabilidade objetiva nos moldes do texto constitucional, que traz implícita, em seus termos, a existência de uma conduta como elemento da responsabilidade pública. A doutrina e jurisprudência dominantes reconhecem que, em casos de omissão, aplica-se a Teoria da responsabilidade subjetiva, onde o elemento subjetivo está condicionando o dever de indenizar. Há divergência doutrinária a respeito, contudo, nesta obra, é o entendimento que prevalece, por assim o ser em provas objetivas de concursos. Então, nas omissões a regra é a aplicação da Teoria Subjetiva.

A doutrinadora Fernanda Marinela (2012, p. 231), dispõe que:

Apresenta-se mais uma exigência da responsabilidade por omissão a questão do dano evitável, quando era possível para o ente público impedir o prejuízo, mas não o fez. Aqui também cabe a discussão sobre assaltos em vias públicas, nos quais normalmente não há o dever de indenizar, por ser ato de terceiro, mas se os guardas assistiam à ação do bandido e tinham como impedi-lo, mas não o fizeram, há descumprimento do dever legal e, por ser um dano evitável, reconhece-se a responsabilidade.

A Responsabilidade Civil do Estado constitui em um mecanismo de defesa do indivíduo indispensável, em face do Estado. É explícito que há uma discordância no que se refere à omissão nos casos de responsabilidade civil estatal, se objetiva ou subjetiva.

Apesar da divergência, o que se tem percebido é a crescente ideia de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos causados a outrem nos atos omissivos ou comissivos, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a omissão.

3 AS CONDIÇÕES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Inicialmente, é importante salientar que o país sofre de uma doença que se espalha e parece não ter cura. A falta de condições de abrigar os presos no Brasil, a inércia do ente estatal e o repetido descumprimento da Constituição Federal, LEP e acordos internacionais de direitos humanos serão transcritos no decorrer do capítulo, com ênfase na situação em que se encontra o sistema prisional brasileiro.

3.1 Considerações iniciais

O direito penal no Brasil rege as formas de cumprimento de pena em que o condenado deverá ser submetido. As penas se dividem em: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e multa. Na maioria das vezes, quando se fala em pena, vem à mente de quem ouve a pena privativa de liberdade, porém, se observado o Código Penal em seu art. 32, tem-se que esse tipo de sanção é apenas uma das espécies:

Art. 32 – As penas são:
I – privativas de liberdade;
II – restritivas de direito;
III – de multa.

Dentro da aplicação da pena, o Código Penal seguiu critério trifásico de dosimetria da pena.

Na parte especial do Código Penal são analisados os crimes em espécie, e percebe-se que os tipos penais incriminadores são divididos em duas partes, a que descreve a conduta e a que comina a pena. O preceito primário é a parte do tipo penal que descreve a conduta. Já o preceito secundário é aquele comina a pena. Em regra, o preceito secundário traz a pena privativa de liberdade e/ou a multa.

O preceito secundário é chamado de pena principal. Assim sendo, pode-se afirmar que a pena privativa de liberdade e a pena de multa são penas principais, e as penas restritivas de direito, as secundárias ou substitutas.

A pena privativa de liberdade se divide em espécies, podendo ser de reclusão ou detenção. A distinção entre a reclusão e a detenção acontece quanto ao regime inicial de cumprimento de pena. A reclusão admite o regime inicial fechado, enquanto que a detenção somente admite os regimes semiaberto e aberto.

Alude o art. 33 do Código Penal:

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto à execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

No parágrafo 1º do art. 33, percebe-se que há uma diferença na forma de cumprimento de pena, conforme o regime fixado pela sentença. Vale destacar que, embora a pena de detenção não abarque o regime inicial fechado, é possível o cumprimento de pena dessa espécie nesse regime caso haja a regressão de regime. Isso ocorre, pois o sistema penitenciário brasileiro ser progressivo e regressivo. A progressão de regime acontece do fechado para o semiaberto e do semiaberto para o aberto. A regressão ocorre de qualquer regime para um mais gravoso. Não é possível admitir a progressão por saltos (progressão *per saltum*), pois o condenado deve, aos poucos, retornar ao convívio social.

Conforme a Súmula Vinculante 56 A falta de vagas em estabelecimento prisional não autoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, o Recurso Extraordinário 641.320.

Súmula 491 do STJ afirma que “É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional”.

Pode-se destacar, ainda, que a progressão também será cabível antes do trânsito em julgado, no momento da execução provisória da pena, de acordo com o enunciado 716 do STF “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

A natureza jurídica da execução da pena é híbrida, pois o juiz da execução penal pratica atos eminentemente administrativos, como a emissão de ordens à direção do estabelecimento prisional e expedição de guia de execução penal, mas também exerce jurisdição, a exemplo da prolação de atos jurisdicionais com natureza decisória, podendo ser decisões sobre progressão de regime, livramento condicional, indultos, anistia, extinção de punibilidade, entre outros.

O principal objetivo da execução penal é concretizar o que dispõe a sentença ou decisão criminal e, conseqüentemente, fornecer condições para uma inclusão social do condenado e do internado, além da reintegração do apenado ou do submetido à medida de segurança.

Nucci assevera que a pena tem caráter multifacetado, envolvendo, necessariamente, os aspectos retributivo e preventivo, este último nos prismas positivo geral e individual, bem como negativo geral e individual.

Já a medida de segurança tem o objetivo de prevenir que novos delitos sejam cometidos e a garantia de que o autor do fato não volte a praticá-los.

3.2 Direitos dos presos à luz dos Tratados de Direitos Humanos, da Constituição Federal e da LEP

As pessoas que cumprem pena no Brasil têm as garantias de sua integridade física e moral previstas em legislações nacionais e internacionais, a

exemplo das Regras Mínimas para o tratamento de reclusos, estabelecidas em 1955, em Genebra – Suíça, por ocasião do I Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes.

No Brasil, entra em vigor a Lei de Execuções Penais (1984), que traz as regras de tratamento dos encarcerados, condições de cumprimento de pena, trabalho e remissão destes. O Art. 1º diz que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou internado”.

A Constituição Federal, assim como os demais, da mesma maneira, em seu art. 5º, XLIX, alude que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

A Carta Magna traz, ainda, que, “ninguém será submetida à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III).

Os direitos não tolhidos pela sentença condenatória ou pela lei são assegurados ao interno ou condenado, não podendo haver a distinção de cunho racial, social, religiosa ou política. As autoridades tem o dever de garantir o respeito à integridade física e moral dos encarcerados. Constituem direitos da pessoa com liberdade cerceada.

Segundo o art. 41 da LEP:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada e pessoal com o advogado;
- X - visita ao cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quando às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa do direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

XVI - atestado de pena ao cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

A LEP garante no Art. 43 que “é garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento”.

Ao apenado e ao interno é assegurado o direito à assistência. O Estado tem o dever de prestá-lo, com a finalidade de precaver o crime e orientar o retorno ao convívio social, sendo extensiva ao egresso. Serão das seguintes espécies, descrita da Lei de Execuções Penais:

Art. 11. A assistência será:
I – material;
II – à saúde;
III – jurídica;
IV – educacional;
V – social;
VI – religiosa.

É importante compreender o conceito de assistência e de seu complemento social. A junção desses termos permite uma maior compreensão de como deve ser realizado o atendimento às necessidades básicas dos apenados, com maior atenção às pessoas pelo Estado tuteladas.

3.2.1 Assistência

A assistência material fundamentar-se-á no abastecimento de alimentos e vestuário e instalações higiênicas, tendo o estabelecimento o dever de dispor de instalações e serviços que atendam às necessidades pessoais de seus destinatários, assim como de locais destinados à venda de produtos e objetivos permitidos a que não foram disponibilizados pela Administração.

O direito à assistência à saúde compreende o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, todas as vezes que a instalação penal não contar com esses recursos necessários, sendo esta prestada fora do local, com a permissão da direção do estabelecimento. Quando à mulher grávida, é garantido o acompanhamento médico no pré-natal e no pós-parto, sendo

extensivo ao recém-nascido, de acordo com o § 3º, do art. 14, da LEP, com redação incluída pela Lei nº 11.942/2009.

A assistência jurídica é destinada aos presos e internados que não tem recursos financeiros para contratar advogado, pelo que os estados deverão conter esses serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, fornecidos pela Defensoria Pública, dentro ou fora das instalações prisionais, conforme o art. 15, caput, da LEP, com redação dada pela Lei nº12.313/2010. Os estados devem prestar auxílio estrutural, material e pessoal à Defensoria Pública, dentro de suas funções, fora e dentro das instalações prisionais, devendo conter em todos os estabelecimentos penais, local próprio para o atendimento pelo Defensor Público, além de ser implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública fora das instalações prisionais.

A assistência educacional consistirá na instrução escolar e formação profissional do apenado e do internado. Será obrigatório o ensino do 1º grau (fundamental), com integração no sistema escolar do estado e o ensino profissional deverá ser ministrado em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico. Convênios poderão ser celebrados com entidades públicas ou particulares, que ofereçam cursos especializados ou instalem escolas, assim como os estabelecimentos penais deverão ser dotados de bibliotecas para serem usadas por todas as categorias de reclusos, contendo livros instrutivos, didáticos e recreativos.

Com o surgimento da Lei nº 13.163/2015, a LEP passou a dispor da implantação do ensino médio nas penitenciárias, com o objetivo de conceder maior abrangência à assistência educacional dos submetidos à privação de liberdade.

Nos termos do art. 18-A, da Lei de Execuções Penais:

O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização.

A lei foi ao encontro do disposto da Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça que enfatiza que a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob o regime fechado ou semiaberto.

A assistência social Tem por escopo de amparar o apenado e o interno e prepara-los para retornar à liberdade, com o compromisso de levar ao conhecimento da direção da instituição prisional as dificuldades enfrentadas pelo e os problemas vividos pelo assistido, trazendo orientação para a obtenção de direitos de seguro por acidente de trabalho e previdenciários, assim como na última fase do cumprimento de pena, com finalidade de retorno ao convívio social.

A assistência religiosa consiste na garantia que os presos têm à liberdade de culto, lhes sendo permitida a participação nos serviços organizados na instituição prisional, assim como a posse de livros de ensinamento religioso, devendo haver nas instituições local adequado para a celebração de cultos religiosos. Entretanto, nenhum apenado ou internado será obrigado a participar de atividade religiosa.

A assistência ao egresso constitui-se no apoio e orientação para reintegrar o egresso (pessoa liberada definitivamente, no período de 1 ano a contar de sua saída da instituição ou em liberdade condicional, durante o período de prova) à vida em liberdade, assim como na permissão, caso seja necessário, de alimentação e alojamento, em instituição adequada, por um período de 2 meses, ínterim este que poderá ser prorrogado uma vez, corroborado, por declaração de assistente social, disposição na obtenção de emprego.

3.3 As condições do sistema penitenciário brasileiro

O sistema prisional no Brasil tem como guia a Lei de Execução Penal, cuja finalidade é recuperar o indivíduo que cometeu algum crime, assim como fornecer dignidade deste, mediante a privação da liberdade. Apesar de toda essa utopia, a realidade é que o sistema carcerário brasileiro padece de uma enfermidade que parece não ter cura. As condições a que são submetidos os encarcerados nos estabelecimentos penais demonstram a total falta de humanidade com que o Estado os trata.

No país que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) em junho de 2016, abriga 726.712 presos, mas conta

com uma estrutura para cerca de 368.049, a debilidade do sistema é gritante, pois, são quase dois presos para cada vaga nos presídios, sendo o déficit é de 358.663 vagas.

Rogério Greco disciplina (2015, p.76):

O sistema prisional agoniza, enquanto a sociedade, de forma geral, não se importa com isso, pois crê que aqueles que ali se encontram recolhidos merecem esse sofrimento. Esquecem-se, contudo, que aquelas pessoas, que estão sendo tratadas como seres irracionais, sairão um dia da prisão e voltarão ao convívio em sociedade. Assim, cabe a nós decidir se voltarão melhores ou piores.

A crise no sistema penitenciário ocasiona, de certa forma, no crescimento da violência no país, visto que o indivíduo que saiu da unidade carcerária, sai sem a devida estrutura e não é bem aceito pela sociedade. Isso ocorre em decorrência das superlotações e péssimo tratamento dispensado pelos dirigentes dos presídios, descumprindo o que versa a Lei de Execução Penal.

Celas destinada a presos com capacidade para 30 pessoas, mas que na realidade abrigam cerca de 300, como o que ocorreu na cidade de Vila Velha/ES, é apenas um dos milhares de exemplos que demonstram a total falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais.

O Código Penal diferencia o cumprimento de pena em regimes:

Art. 33. §º 1. Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A realidade é que com um sistema tão falho, penas que deveriam ser cumpridas em estabelecimentos diferenciados, são cumpridas em conjunto, por exemplo: um condenado há 15 anos por um crime, cumprindo pena em regime fechado em uma penitenciária de segurança máxima divide cela com outro preso condenado há 6 anos, que deveria estar cumprindo pena em uma colônia penal, mas, como na jurisdição a qual está situado o Estado não conta com essa unidade prisional, ou, havendo tal unidade, já ocorra uma

superlotação, cumpre em um estabelecimento destinada a um regime mais gravoso. O resultado é um colapso total.

Na obra “Carcereiros”, o médico Dr. Drauzio Varella, narra acontecimentos na visão dos agentes penitenciários, trazendo, com riqueza de detalhes, os horrores vividos pelos encarcerados e os que fazem a guarda destes.

Em um dos relatos de seu livro, Varella descreve o que foi dito por um dos agentes:

Uma tarde, quando se preparava para sair do plantão, trouxeram à sua presença um rapaz de olhos aterrorizados, preso alguns dias antes por fazer parte de uma quadrilha de adolescentes que roubava toca-fitas nas adjacências da PUC, em Perdizes. Tinha o rosto inchado e o corpo coberto de manchas roxas, queimaduras com ponta de cigarro e cortes de faca, sequelas de luta travada com os quatro companheiros de xadrez, na tentativa infrutífera de evitar o estupro coletivo. O sangue que manchava a camisa e escorria pelas pernas da calça formou uma poça no chão. Quando a ambulância chegou, já estava a ponto de perder os sentidos.

O indivíduo, ao submeter-se a privação de liberdade, permanecerá com seus direitos e garantias fundamentais individuais, obrigatoriamente fornecidos pelo Estado e assegurados pela Constituição Federal de 1988. É essa necessária dignidade ao preso que deve ser oferecida, não a título de favor, mas porque a Constituição Federal assim estabelece, no momento em que lhe assegura o direito à integridade física e moral – Art. 5º, XLIX.

Rebeliões ocorrem rotineiramente em presídios que vivem no extremo descumprimento da Lei de Execução Penal, um exemplo é a Casa de Detenção do Maranhão ou Complexo Penitenciário de Pedrinhas, o qual resultou em uma CPI em 2008, todavia, mesmo após a realização da Comissão Parlamentar de Inquérito, as regulares fugas e rebeliões continuaram, até que no de 2013 o Presídio foi destaque nacional e internacional, relacionado a esses acontecimentos e os mais diversos confrontos realizados entre membros de facções.

O problema dos presídios não se restringe ao Maranhão. Em janeiro de 2017, no estado de Amazonas, 56 detentos foram mortos após um motim que durou 17 horas. Na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, Rio Grande do Norte, 26

presos foram mortos durante uma rebelião. Entre os dias 1º e 16 de janeiro de 2017, 134 mortes dentro de unidades prisionais foram registradas no Brasil, constatando o caos em que se encontra o sistema carcerário nacional.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO TRATAMENTO DEGRADANTE DISPERSADO AOS PRESOS

Neste capítulo, busca-se trazer uma abordagem quanto à forma com que o Estado se posiciona quanto ao que ordena a Lei de Execuções Penais e demais textos normativos, além de analisar os parâmetros adotados pelos tribunais superiores e a obrigação estatal de reparar o dano ao detento submetido à situação degradante e desumana.

4.1 A omissão do ente estatal em obedecer aos ditames da LEP

Tanto o sistema penitenciário quanto à administração devem estar profundamente ligados, completando-se, sendo que, na ausência de um, constituir-se-á o mal do outro. E esse círculo vicioso se desenvolve não tão somente pela falta competência de muitos, mas por sua disposição à corrupção, que, por sua vez, está profundamente ligada à violência. Isso implica no caos social e contribui para deterioração da estrutura prisional.

A falta de espaço físico apropriado e a deficiência na assistência do apenado e do egresso fazem com que o Brasil se envergonhe de si mesmo. Faltam vagas e sobra desordem. As condições que passam os presos são humilhantes e fazem com que os brasileiros fiquem enojados com essa situação de descaso.

O conflito nacional no que concerne o tema em discussão é manifesto, principalmente ao se constatar que os presos brasileiros são constrangidos a se amontoarem em espaços minúsculos e superlotados (o que é ilegal e imoral), tendo sua segurança e suas chances de recuperação enfraquecidas, visto que não são apenas eles que sofrem com essa situação, mas também suas famílias. Conseqüentemente, um caso torna-se vários, e o tormento e a amotinação se multiplicam.

O estado dos servidores do sistema prisional não difere: ausência de apoio do Estado em investir na capacitação dos servidores deste sistema, além, certamente, da contratação, seja por seleção ou concurso público, de agentes que possam suprir a demanda imposta. Mais do que isso, o

patriotismo decadente de outrora é cada vez mais ressaltado, tirando do país seu brilho natural e sua beleza exuberante, que tantos estrangeiros insistem em grifar, o credenciando entre os piores nas relações de humanização.

A decadência do sistema carcerário é demonstrada nesse caos vivido atualmente. Nessa lógica, ressaltam-se as palavras de Leal (2001, p. 58):

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno de maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigoram o código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes; prisões onde os detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso sorteado é morto, a pretexto de chamarem atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para triagem, os recém ingressos que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigos ao lado de presos extremamente perigosos.

Destarte, evidencia-se a precariedade do sistema prisional, suprimindo as normas contidas na Lei de Execução Penal, além dos dispositivos elencados nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil.

Tal situação nada mais é do que a ausência do poder do Estado em resguardar os direitos do preso (em especial os direitos humanos), além de investir na infraestrutura necessária para respaldar o cumprimento da Lei nº. 7.210/84, e demais normas correlatas. A respeito, a questão prisional notoriamente não se inscreve no índice de prioridades das políticas públicas de nosso país e está a exigir que nos detenhamos em suas chagas, em suas antinomias.

Ante a realidade carcerária no país, pode-se considerar que a Lei de Execuções Penais conserva-se satisfatória no campo da teoria e forma, entretanto, se o fim é a ressocialização do condenado, o tratamento penal individualizado recebido pelo preso transforma em totalmente contrariado e sem eficácia o seu cumprimento pelo ente público. Tal realidade devasta o

sistema teórico, inverte papéis, transformando o algoz em vítima e não transmite à sociedade a paz necessária.

Mesmo após mais 30 anos de vigência da LEP e quase três décadas da Constituição Federal conhecida como a “Constituição Cidadã”, permanecem os antigos e mesmos problemas relacionados à efetiva prática da execução da pena, demonstrando afronta tanto aos dispositivos da LEP quanto à reincidência e impunidade em matéria ao desrespeito às garantias constitucionais.

A leitura do art. 88 da Lei 7.210/84 demonstra como é distante a realidade do legislador ante a realidade.

Art.88. 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 de fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados)

Com a crescente população carcerária, tendendo sempre à superlotação, trazendo como consequência rebeliões, o sistema carcerário está fadado à manter os níveis de insegurança e ineficácia contínua.

O alarmante crescimento da violência no Brasil e a falta de prestação de serviços pelo Estado nesse campo andam em sentidos opostos. A falta de controle no sistema prisional, as constantes falhas em políticas eficientes que busquem o equilíbrio do sistema são o atestado da ineficiência do Estado. Essa constatação produz a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil e moral estatal em via judicial.

Na realidade pátria, conclui-se que existem garantias e que poderiam ser de efetiva aplicabilidade, porém, a sua funcionalidade é totalmente precária, devido ao sistema penitenciário e suas mazelas. Portanto, tem-se uma legislação digna de ordenamento de primeiro mundo, contudo, inserida em uma realidade social e econômica de um país em desenvolvimento, o que torna sua aplicação efetivamente inviável.

Assim sendo, podendo considerar que a LEP como norma jurídica mandatária que tem por finalidade os dispositivos da sentença e proporcionar

condições para o egresso, há um descompasso entre teoria e realidade, com a ausência do Estado.

4.2 Os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema

O Supremo Tribunal Federal, na decisão do Recurso Extraordinário 580572, que versa sobre a responsabilidade civil do Estado em indenizar o preso em situação degradante, decidiu em favor de um condenado a 20 anos de reclusão, que cumpre pena no presídio de Corumbá (MS), acompanhando o voto do ministro Teori Zavascki, proferido em dezembro de 2014, que estabelecia indenização no valor de R\$ 2.000,00.

Parte do voto do relator:

[...]

Portanto, repita-se, os fatos da causa são incontroversos: o recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida.

Sendo incontroversos os fatos da causa e a ocorrência do dano, a questão jurídica desenvolvida no presente recurso ficou restrita à sua indenizabilidade, ou seja, à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas. É nesses limites e sob esse enfoque que o recurso extraordinário deve ser examinado.

[...]

Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição. Conforme antes afirmado, trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. (Anexo)

O Plenário acompanhou o voto proferido pelo relator, ministro Teori Zavascki, em dezembro de 2014, no sentido do provimento do recurso. O ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto, em maio de 2015,

concordou com o relator Zavascki no que tange à responsabilidade civil estatal e o dever de indenizar.

Devo dizer, desde já, que adoto integralmente as premissas fixadas no voto do Ministro relator. O Estado tem o dever de indenizar os danos morais causados pelo encarceramento em condições atentatórias aos mínimos padrões de dignidade. Não se pode invocar a teoria da reserva do possível ou outros subterfúgios teóricos para afastar a responsabilidade civil do Estado na hipótese. Isso implicaria negar a uma minoria estigmatizada a titularidade de seus direitos mais elementares à integridade física e moral, à não submissão a tratamento desumano ou degradante e a penas cruéis, em frontal violação à Constituição. Seria, portanto, legitimar uma concepção desigualitária a respeito da dignidade humana, que nega aos presos o seu valor intrínseco, como se não se tratasse de seres humanos. Essa compreensão deve ser amplamente rejeitada por este Supremo Tribunal Federal.

Porém, ao invés de indenizar em forma pecuniária, quando for cabível ao preso em tal situação, fosse concedida a remissão em dias de pena:

No entanto, considero que a tese fixada na repercussão geral não confere a devida importância a um fator subjacente à responsabilização civil no caso: a natureza estrutural e sistêmica das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa. Nesse contexto, me parece que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. O dinheiro que lhe será entregue terá pouca serventia para minorar as lesões existenciais sofridas. Ao lado disso, a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, esta solução, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais agiria como mais um estímulo para que tudo continue como está, já que as violações aos direitos dos presos permaneceriam impunes.

Ante a essa realidade, o Supremo Tribunal Federal, no dia 16 de fevereiro de 2017, definiu que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais.

O plenário do STF aprovou a seguinte tese:

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

Diferentes foram às posições acerca do tema, sobre indenização em forma de pecúnia ou remissão de pena, sendo aprovada a indenização como forma de responsabilização estatal pelo dano.

Quanto à responsabilidade civil do Estado na morte de detentos, o Superior Tribunal Superior de Justiça divulgou o entendimento da turma.

No que diz respeito ao Direito Administrativo, o STJ entendeu que o Estado tem responsabilidade objetiva no falecimento desses detentos, pois se considera que é dever do Estado prestar segurança aos presos sob sua custódia.

No âmbito da jurisdição e da ação, o STJ adota jurisprudência no sentido de que o processamento da ação perante o juizado especial é de escolha do autor, que pode preferir ajuizar demanda na justiça comum.

4.3 A obrigação do ente estatal reparar os danos morais causados aos presos

O ente público é responsável pela segurança e guarda das pessoas submetidas ao cárcere, enquanto ali permanecem cumprindo pena. Portanto, é dever do Estado mantê-las com o mínimo padrão legal estabelecido, assim como, se necessário, ressarcir os danos que daí decorre.

Destaca-se que o Estado deve garantir a segurança física, pessoal e psicológica dos detentos não apenas pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas também por assumidos compromissos internacionais.

O ente estatal tem o dever de manter as unidades prisionais com o mínimo padrão previsto em lei, e, caso descumprido esses padrões legais,

surge para o Estado à obrigação de reparar os danos causados, inclusive morais, comprovadamente causados aos apenados em consequência da falta ou insuficiência das condições de encarceramento.

O STF reconheceu que o sistema carcerário do Brasil vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos apenados. Assim sendo, ocorrido o dano e comprovado o nexo causal com a atuação da Administração ou seus agentes, surge a responsabilidade civil do Estado.

A falta de medidas administrativas e legislativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que acarreta ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

O Supremo também decidiu que não se aplica o princípio da reserva do possível, ou seja, não pode o Estado alegar que os recursos públicos são limitados e as necessidades ilimitadas. Acresceu que negar a indenização aos detentos pela violação de sua integridade física e moral acarretaria na violação do princípio da jurisdição.

O Estado não pode se escusar de suas responsabilidades sob alegação de falta de recursos para indenizar àquele que está sob sua tutela. O problema é de gestão. O Estado necessita se adequar às normas a ele impostas, e caso não as cumpra, responder por seus atos, pois a lei é para todos, sem distinção.

A remissão sugerida pelo Ministro Barroso, transcrita no ponto acima, data vênua sua interpretação, não implica em sua inacumulabilidade com a indenização em forma de pecúnia pelos danos morais sofridos pelos detentos, pois, a pena cumprida em condições de degradação, ainda que remida, não deixa de caracterizar o dano moral. Apenas um dia de cárcere para que o dano esteja configurado.

Acertadamente, o Órgão da Cúpula do Judiciário brasileiro não aceita, até o momento, a remissão como forma de indenização por dano moral aos detentos submetidos a situações degradantes e desumanas, mesmo diante dos argumentos judiciosos favoráveis de membros da corte.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a temática abordada, não restam dúvidas que no atual cenário penitenciário brasileiro é totalmente inapropriado para cumprir a função que foi a ele destinado. As normas atreladas ao dispositivo constitucional, a Lei de Execução Penal ou as regras internacionais para o tratamento de reclusos, quando desrespeitadas, gera uma crise no sistema carcerário, não existindo outra saída senão, responsabilizar o Estado por essa situação, apesar de não haver um remédio imediato para sanar a crise. Lamentavelmente, o controle de certas unidades prisionais já está sob o domínio dos próprios presos, impetrando o poder paralelo perante a força estatal.

Há uma necessidade de maior atenção por parte da Administração Pública para as mazelas do sistema prisional, pois, as penas aplicadas não estão cumprindo seu real intuito, que é a ressocialização com programas de incentivo ao estudo e trabalho dentro das prisões. Atualmente, ao invés de recuperar os detentos, a maioria das unidades prisionais reforça a criminalidade.

O ente estatal é responsável em pôr em prática o que está elencado na Constituição Federal: proporcionar a todo e qualquer cidadão o direito de ter sua dignidade respeitada, incluindo os presos, zelando pelo bem-estar.

A pena a eles imposta é de privação de liberdade, não está incluída a privação de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. No contexto social, a questão é de grande valia, pois a população arcará com as consequências da falta de estrutura carcerária.

A ineficiência da atividade do Estado é motivo pelo qual surge o dever de indenizar o indivíduo por eventuais danos, pelo desrespeito a um direito fundamental inerente a todos: Dignidade da Pessoa Humana. Permitir que os encarcerados permaneçam em condições desumanas certamente acarreta danos por parte da Administração Pública, desde que estejam presentes os requisitos para a responsabilidade civil, sejam eles o dano e o nexos causal entre aquele e a ação ou omissão estatal, aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva.

Dessa forma, o trabalho buscou demonstrar que o Estado é o responsável pela situação degradante nas unidades prisionais e pela total

falência na função de ressocializar e de receber o egresso de volta à sociedade. Fica claro que, após análise do tema, a responsabilidade civil do Estado é omissiva, visto que o Estado conhece os problemas, tem o dever de cumprir o que regem as legislações e tratados mas, apesar de tudo, se omite em cumprir seu papel de administrador.

Sendo assim, nada mais justo que arcar com as consequências de sua omissão. Condenado a pagar pelos danos causados aos seus tutelados, atingindo onde mais lhe chama atenção: o cofre público.

Efetivar a responsabilidade via indenização de danos sofridos por tutelados pelo Estado que convivem com a superlotação carcerária, torna-se uma forma de limitar o poder do Estado, plasmando, por conseguinte, pela prestação pecuniária que será gerada, o clamor social ante a contínua omissão estatal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 580572**. Relator: Min. Teori Zavascki. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 16/02/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 29 jan. 18.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. In : BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal. São Paulo : Saraiva.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 3.ed, Salvador: Jus Podivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. Ed. São Paulo, Atlas, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte geral, Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5ª Edição. Editora Impetus. Niterói, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

VARELLA, Drauzio Varella. Estação **Carcereiros**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ANEXO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. Registre-se, inicialmente, que não há, aqui, qualquer controvérsia a respeito dos fatos da causa, nem quanto à configuração do dano moral, cuja existência é reconhecida. O próprio acórdão recorrido deixa expresso que *“é notório que a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica”* (fl. 11). Realmente, em todos os atos decisórios do processo, sem exceção, está reconhecida a absoluta precariedade das condições carcerárias do estabelecimento penal de Corumbá/MS. O voto vencedor proferido na apelação registrou que *“no caso dos autos, é público e notório que a Vigilância Sanitária do Município de Corumbá-MS, em diligência, ocorrida no ano de 2003, constatou que efetivamente há superlotação, além de outros inúmeros problemas de higiene, havendo, outrossim, até o risco de transmissão de doenças, tendo determinado a adoção de providência para sanar tais deficiências”* (fl. 332 dos apensos). O acórdão dos infringentes, por sua vez, salientou que *“(...) são notórias as condições precárias dos estabelecimentos penitenciários do país, nos quais, em sua grande maioria, não têm o mínimo de higiene ou salubridade, passam pelo problema da superlotação e da falta de agentes, que conseqüentemente, trazem danos aos presos”* (fl. 405 dos apensos). A realidade também está traduzida em documento encaminhado aos autos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Ofício 3.679/2004-DEPEN/GAB, fls. 247/248 dos apensos) e, ainda, em ato do próprio Governador do Estado do Mato Grosso, o Decreto “E” n. 41, de 18 de maio de 2006, publicado no Diário Oficial 6.731, de 19 de maio de 2006. Portanto, repita-se, os fatos da causa são incontroversos: o recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo

de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida. Sendo incontroversos os fatos da causa e a ocorrência do dano, a questão jurídica desenvolvida no presente recurso ficou restrita à sua indenizabilidade, ou seja, à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas. É nesses limites e sob esse enfoque que o recurso extraordinário deve ser examinado.

2. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável, não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos, se for o caso, na forma do artigo 100 da Constituição.

3. Sendo assim, e considerando que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o "princípio da reserva do possível", nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições. Mas não é disso que aqui se cuida. Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da

responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição. Conforme antes afirmado, trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

4. Não há dúvida de que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas. É dever do Estado mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, deixou assentada a responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia. No ARE 662.563 AgR/GO, DJe de 02/04/2012, o Min. GILMAR MENDES, relator, afirmou em seu voto que “ (...) *a jurisprudência dominante desta Corte que se firmou no sentido de que a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados (...)*”. Esse dever de proteção, assentou a Segunda Turma, abrange, inclusive, o de protegê-los contra eles próprios, impedindo que causem danos uns aos outros ou a si mesmos (RE 466.322 AgR/MT, Segunda Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 27/04/07). No mesmo sentido: RE 272.839, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 08/04/05).

5. Não se nega que a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos dependem da adoção de políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tais resultados. Disso não decorre, porém, que as violações causadoras de danos pessoais, mesmo morais, aos detentos, ainda ocorrentes, devam ser mantidas impunes ou não passíveis de indenização, ainda mais nas circunstâncias fáticas descritas na presente causa, em que o próprio acórdão recorrido admite

que *“é notório que a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica”* (fl. 11). Porque juridicamente bem diferenciadas e inconfundíveis, merecem tratamento diferenciado as seguintes situações: uma, a de instituir políticas públicas de melhoria das condições carcerárias, que aqui não está em discussão; e a outra, juridicamente bem distinta, a do dever do Estado de indenizar danos individuais – seja de natureza material, seja de natureza moral – causados a detentos. É dessa última que aqui se trata. A obrigação de ressarcir danos, que é imposta pelas leis civis a qualquer pessoa que os cause (Código Civil, arts. 186 e 927), é também do Estado, que, mais que decorrer de norma civil (Código Civil, art. 43), tem previsão em superior norma constitucional específica, o art. 37, § 6º, dispositivo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo.

6. É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. Ainda que se admita não haver direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular e implantar política pública determinada, inclusive em relação à questão carcerária, certamente não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial, assim consideradas aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. E ninguém pode duvidar de que, em qualquer circunstância, jamais se poderia excluir das obrigações estatais em matéria carcerária a de indenizar danos individuais de qualquer natureza

causados por ação ou omissão do Estado a quem está, por seu comando, submetido a encarceramento.

7. Não custa recordar que a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (*Constituição Federal*, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; *Lei 7.210/84 (LEP)*, arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; *Lei 9.455/97 - crime de tortura*; *Lei 12.874/13 - Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura*), como também em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (*Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas*, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; *Convenção Americana de Direitos Humanos*, de 1969, arts. 5º; 11; 25; *Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08*, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; *Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, de 1984; e *Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes*, de 1955). Sob esse aspecto, pode-se afirmar, como o fez Fernanda Mathias de Souza Garcia em notável estudo doutrinário a respeito, que, “no que tange ao direito do presidiário à saúde, ao bem estar, à proteção, à vida, cabe reconhecer um verdadeiro direito público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição (...)” (GARCIA, Fernanda Mathias de Souza. “O dever de indenização e a superlotação carcerária no Brasil”, in *Temas Contemporâneos do Direito – Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*, obra coletiva, Coord. Luiz Guerra, Brasília: Guerra Editora, 2011, p. 201). A despeito do alto grau de positivação jurídica, a efetivação desse direito básico ainda constitui um desafio mundial inacabado, cuja superação é especialmente deficitária em muitos países de desenvolvimento tardio, como nas nações da América Latina em geral e no Brasil em especial, uma das cinco nações com maior população carcerária no mundo. Não por outra razão, o Brasil, nos últimos 10 anos, foi seguidamente notificado pela Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) para tomar medidas emergenciais em relação a pelo menos três presídios específicos, por conta de

suas condições intoleráveis (Urso Branco, em Porto Velho/RO; Pedrinhas/MA; e Presídio Central, em Porto Alegre/RS). É significativa, ainda, a menção a excerto do Relatório Final produzido em 2009 por Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, no qual se conclui que *“a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”* (fl. 247). São evidentemente atuais, nesse sentido, as palavras de Heleno Fragoso:

12. Embora as leis digam que tem de ser preservada a dignidade humana dos presos, em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis. Aos defeitos comuns em todas as prisões, acrescentam-se, nas nossas, a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. Os presos não têm direitos. A prisão reflete, em última análise, condições estruturais da sociedade, que a mantém, como realidade violenta e totalizante e que dela se serve. A prisão também cumpre uma função ideológica importante, como expressão do castigo, no esquema da repressão, formando falsamente a imagem do criminoso. Sabemos hoje muito bem que não é possível, através da prisão, alcançar a ressocialização ou a readaptação social do condenado. (...)

14. Os direitos humanos estão interligados. Não é possível suprimir os direitos civis e políticos, para realizar os direitos econômicos, sociais e culturais, ao contrário do que têm afirmado os ditadores. Do mesmo modo, só com reformas sociais importantes, que acabem com a miséria e proporcionem melhor nível de vida, será possível estabelecer regimes de liberdade. Os povos do Terceiro Mundo já compreenderam que o crescimento econômico, por si só, não resolve o problema da pobreza, antes o agrava, como o exemplo do Brasil demonstrou tão bem, quando se adota um modelo de desenvolvimento que só beneficia os que possuem. Daí o crescimento da criminalidade, que se procura inutilmente combater endurecendo o sistema repressivo e desrespeitando, cada vez mais, os direitos humanos. (...)

16. A realização dos direitos humanos na justiça criminal está, pois, em função de um problema essencialmente político. É preciso compreender que aqui está o fundo da questão. Esses direitos só serão observados na justiça criminal de uma sociedade autenticamente democrática, onde se afirme como valor fundamental, verdadeiramente, o respeito à dignidade da pessoa humana, na luta permanente do povo contra a opressão, pela liberdade, pela justiça e pela paz.” (FRAGOSO, Heleno. Boletim 150, maio de 2005, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_sumario/179-150---Maio---2005>)

8. Não se pode deixar de reconhecer – pelo contrário, é preciso que isso seja também enfatizado – que a indigência carcerária representa apenas uma parte – importante, mas uma parte apenas – de um todo maior, que é o sistema de segurança pública oferecido pelo Estado brasileiro. É sabido que a disfuncionalidade desse sistema percorre todos os seus níveis, e dele se constata, claramente: (a) baixa eficiência das ações de polícia preventiva; (b) ínfimo percentual de elucidação de crimes violentos; (c) demora na formação da culpa pelo aparelho de persecução penal; (d) desumanização no cumprimento da pena; e (e) recidiva do comportamento criminoso. Segundo relatório divulgado em abril de 2014 pelo escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC (http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/GSH2013/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf), durante o ano de 2012, o Brasil contabilizou 50.108 homicídios em seu território (25,1 homicídios para cada 100 mil habitantes), o que representou cerca de 11% de todos os assassinatos cometidos no planeta no mesmo período. O dado, alarmante por si só, fica ainda mais perturbador quando analisado conjuntamente com as estatísticas reunidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2012 (http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf) que estimam em algo em torno de 5% o número de inquéritos que resultam na elucidação da autoria de homicídios. E, como todos sabemos, desses, apenas uma parcela irrisória resulta em condenação judicial.

9. Há, ademais, o lado ainda mais sombrio: as vítimas de crimes violentos, ou seus herdeiros, além de ultrajados pela ação de criminosos que raramente serão submetidos às penalidades da lei, ficam muitas vezes desamparadas de qualquer compensação ou ressarcimento dos prejuízos morais e materiais que a violência lhes infligiu. Tem-se, aqui, o fenômeno da vitimização secundária, ainda não aplacado pelo legislador ordinário, que até hoje não regulamentou o art. 245 da Constituição, segundo o qual *“A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”*.

10. Embora sejam de suma importância todas as questões relacionadas ao sistema de segurança pública e aos direitos que devem ser assegurados às vítimas de crimes e aos seus herdeiros, cumpre renovar a observação de que a presente demanda diz respeito apenas a uma parte restrita dessa problemática: a da lesão à pessoa do detento. A reparabilidade civil a que fazem jus pelos danos que venham a sofrer em função das ilegais e desumanas condições de encarceramento a que se acham submetidos não fica comprometida nem limitada pelo deficiente funcionamento dos demais elos do sistema de segurança pública. Havendo a transgressão dos limites normativos de aplicação da pena, deve o Poder Judiciário agir para restabelecer prontamente a ordem jurídica, inclusive por meio da tutela repressiva de natureza cível. A responsabilidade do Judiciário não se esgota no controle do processo penal, nem tampouco na fiscalização administrativa das condições dos estabelecimentos penitenciários, mas alcança, igualmente, o aspecto civil decorrente de eventuais violações aos direitos de personalidade dos detentos. Essa tutela chega a ser explicitamente garantida pela Constituição Federal em caso de erro judiciário (art. 5º, LXXV), compreende, naturalmente, outras dimensões de violações aos direitos humanos dos custodiados. Caracterizada a atitude opressiva do Estado, a ocorrência do dano material ou moral e o nexo causal, deve ser imposta a condenação correspondente. A criação de subterfúgios teóricos (tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos) para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem de Corumbá/MS, afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais antes citadas, transformando o seu descumprimento reiterado em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado. Convém enfatizar que a invocação seletiva de razões de estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição, já que, acolhidas essas razões, estar-se-ia recusando aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os a descoberto de qualquer proteção estatal, numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Trata-se de uma dupla

negativa, do direito e da jurisdição. Não pode a decisão judicial, que é o subproduto mais decantado da experiência jurídica, desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer a sua própria legitimidade.

11. Em suma, a tese de repercussão geral que proponho seja afirmada é a seguinte: considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

12. Diante do exposto, conheço do recurso extraordinário e a ele dou provimento, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação. É o voto.