



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**LUANA OHANA ANDRADE COSTA FONSECA**

**REMIÇÃO DE PENA COMO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL A PRESOS EM  
CONDIÇÕES CARCERÁRIAS DEGRADANTES E SUA VIABILIDADE NA  
EXECUÇÃO PENAL**

**SOUSA | PB**

**2016**

**LUANA OHANA ANDRADE COSTA FONSECA**

**REMIÇÃO DE PENA COMO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL A PRESOS EM  
CONDIÇÕES CARCERÁRIAS DEGRADANTES E SUA VIABILIDADE NA  
EXECUÇÃO PENAL**

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

**Orientador:** Professor Dr. Iranilton Trajano da Silva.

**SOUSA | PB**

**2016**

Ficha Catalográfica

XXXX Fonseca, Luana Ohana Andrade Costa.  
Remição de pena como indenização por dano moral a presos em condições carcerárias degradantes e sua viabilidade na execução penal/Luana Ohana Andrade Costa Fonseca. – Sousa, 2016.  
56 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, Sousa: UFCG, 2016.  
Curso: Direito.  
Orientador: Iranilton Trajano da Silva

Sistema carcerário. Indenização. Remição de pena. Recurso Extraordinário.

CDD: XXXX

**LUANA OHANA ANDRADE COSTA FONSECA**

**REMIÇÃO DE PENA COMO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL A PRESOS EM  
CONDIÇÕES CARCERÁRIAS DEGRADANTES E SUA VIABILIDADE NA  
EXECUÇÃO PENAL**

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

Aprovado em:

**BANCA EXAMINADORA**

Dr. Iranilton Trajano da Silva - **Orientador**  
CCJS/UFCG

Examinador (a)  
Instituição

Examinador (a)  
Instituição

## **AGRADECIMENTOS**

Sou grata àquele que por quem tudo faço e almejo, por quem tudo tenho e agradeço, por quem senão fosse, não estaria aqui. Ao meu Senhor e salvador, Jesus Cristo, a Ele toda honra e glória.

À minha família, principalmente meus pais Marcos e Eliane, que ao seu jeito único e sincero de ser, demonstram a mim o amor e apoio no mais simples gesto de carinho, respeito e torcida por uma linda jornada.

Aos meus irmãos em Cristo, Anyelle, Victória e Leandro que levarei por toda a vida como demonstração do cuidado e provisão de Deus em minha vida. Com eles aprendi que o sangue não é o limite de laços, ao contrário, a fronteira é eterna, apesar dos caminhos estreitos.

A todos que intercederam de forma especial por meio de oração, especialmente a acolhedora família Lins, cujo lar proporcionou momentos de alegria e zelo.

Aos meus amigos de faculdade, Ruth, Gessyka e Emerson que de um todo contribuíram com incentivos, planos e dicas de estudo, buscando isso sempre com harmonia, companheirismo e alegria.

Aos docentes que me ajudaram no desenvolvimento do saber Direito e, em especial, meu orientador Dr. Trajano, o qual de imediato confiou e se dispôs na elaboração dessa pesquisa, sempre mostrando presteza e atenção.

A todos, meu muito obrigada!

## RESUMO

Como o problema das mazelas carcerárias é crescente, demonstra-se ser relevante entender em que cabe ao Estado criar e zelar pelo cumprimento dos serviços e qualidade da infraestrutura, além de como proceder perante o mal que atinge a grande maioria dos presos destituídos de um efetivo modelo de encarceramento digno. Com o crescimento da criminalidade, aumentou a pressão por prisão e, conseqüentemente, por mais penitenciárias. A prisão passou a ser decretada dentro de critérios que podem considerar automatizados. O problema que nasce é justamente a necessidade de espaço para abrigar os presos *versus* a necessidade de prender. Faz-se necessário, assim, buscar um mecanismo de reparação específica das lesões existenciais causadas aos detentos que seja capaz de recuperar, tanto quanto possível, as condições mínimas de dignidade que lhes foram subtraídas. Nessa linha, a solução trazida pelo ministro Luís Roberto Barroso, no RE nº 580252 é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao artigo 126 da Lei de Execução Penal. No âmbito deste trabalho, será utilizado o método de pesquisa raciocínio dedutivo e o método de procedimento histórico-evolutivo. Já no que diz respeito a técnica de pesquisa, o trabalho alicerçar-se-á na documentação direta, notadamente na pesquisa bibliográfica, realizada em livros especializados e doutrina correlata, periódicos, artigos científicos, monografias, bem como o julgamento (RE 580252) ainda em andamento no Supremo Tribunal Federal. Ademais, a presente pesquisa busca analisar, sob todos os aspectos possíveis e pertinentes, as nuances da indenização por dano moral a presos por condições carcerárias degradantes e sua viabilidade na Execução Penal.

**Palavras-chave:** Sistema carcerário. Indenização. Remição de pena. Recurso Extraordinário.

## ABSTRACT

As the problem of prison ills is ascending, it demonstrates to be relevant to understand in that it is the responsibility of the State to create and ensure compliance with the quality of infrastructure and services, as well as how to proceed in the face of evil that affects the vast majority of prisoners deprived of an effective incarceration model worthy. With the growth of crime, it has increased the pressure for prison and, consequently, more penitentiaries. The prison began to be enacted within criteria that can be automated. The problem that arises is the need for space to house prisoners versus the need to jail. It is necessary, therefore, to seek a specific repair mechanism of existential damage caused to prison inmates to be able to recover, as much as possible, the minimum conditions of dignity to them subtracted. In this line, the solution proposed by the Minister Luís Roberto Barroso, in extraordinary appeal paragraph 580252, is that the moral damage caused to the prisoners according to the overcrowding and degrading conditions to be repair, preferably by the mechanism of redemption of part of the runtime, in analogy to article 126 of the Law of Criminal Enforcement. In this monograph work, it will be used deductive reasoning research method and the method of historical and evolutionary procedure. In what concerns the search technique, the work will be underpinned in direct documentation, especially in literature, held in specialized books and related doctrine, periodicals, journals, scientific papers, monographs, as well as the trial (extraordinary appeal 580252) yet underway in the Federal Supreme Court. Furthermore, this research seeks to analyze, under all possible and relevant respects, the nuances of the compensation for moral damage to prisoners by degrading prison conditions and its viability in the Penal Execution.

**Keywords:** Prison system. Indemnity. Redemption penalty. Extraordinary appeal.

## SUMÁRIO

	Pág.
<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 BREVE ANÁLISE SOBRE OS ASPECTOS DA PENA DE PRISÃO .....</b>	<b>11</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	11
2.1.1 Origem da pena no cenário histórico penal .....	11
2.1.2 Evolução Histórica das Penas.....	12
2.1.2.1 <i>Como a pena era tratada na antiguidade</i> .....	13
2.1.2.2 <i>O Contexto de pena na idade média</i> .....	14
2.1.2.3 <i>O instituto da pena na idade moderna</i> .....	16
2.2 ORIGEM DA PENA DE PRISÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO .....	17
2.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	19
2.4 A PENA DE PRISÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.....	21
<b>3 O SISTEMA CARCERÁRIO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>25</b>
<b>4 A MAZELA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL: A REALIDADE BRASILEIRA.....</b>	<b>29</b>
<b>5 RESPONSABILIDADE DO ESTADO AOS DANOS DO SISTEMA CARCERÁRIO .....</b>	<b>33</b>
<b>6 JULGAMENTO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA (RE 580252) .....</b>	<b>37</b>
6.1 O CASO CONCRETO E SEU TRÂMITE PROCESSUAL .....	37
6.2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) Nº 580252.....	39
<b>7 VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 580252 .....</b>	<b>41</b>
7.1 A DIVERGÊNCIA COM O VOTO DO RELATOR TEORI ZAVASCKI .....	41
7.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO DANO MORAL SEGUNDO O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO .....	43

7.3 A SOLUÇÃO PROPOSTA PELO MINISTRO: REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DO DANO MORAL.....	46
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As evidências atuais, no que diz respeito ao sistema carcerário brasileiro, contribuíram para a elaboração da presente pesquisa monográfica, uma vez que se propõe expor e analisar as discussões mais recentes, comandadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sobre o sistema prisional, mediante o crivo da real decadência dos presídios brasileiros.

A pesquisa propôs-se em analisar o respaldo das degradantes condições carcerárias e suas implicações frente à responsabilidade civil objetiva do Estado em indenizar os presos, tendo em vista o dano moral sofrido por estes, visando defender seus direitos de humanização e, no que tange a aplicabilidade da indenização, sua difusão e eficácia na Execução Penal.

Com o fulcro de alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á como pesquisa a de cunho bibliográfico e acadêmico, mediante fontes de pesquisa e embasamento doutrinários, no intuito de realizar a mais eficaz análise sobre a realidade do sistema prisional brasileiro e a viabilidade de aplicação do instituto da remição da pena com efeito indenizatório aos presos, e, por meio disso, esmiuçar esta proposta de indenização, e sua viabilidade.

Com fulcro de esclarecimento, o sistema penitenciário brasileiro é regido pela Lei de Execução Penal (LEP) nº 7.210/84, que infelizmente denota a norma escrita em contraponto com a realidade. Isto é, o abismo entre o Brasil legal e o Brasil real evidencia o intuito de reger normas versus a vontade de por prática, ou melhor dizendo, a ausência de vontade de fazer acontecer.

A LEP aponta o caminho traçado para a criminalidade: a pena. Essa em sua maioria, pena privativa de liberdade. Assim, onde se tem falta de segurança, há crimes, e conseqüentemente presídios lotados sem qualquer tipo de infraestrutura para abranger o contingente demandado, não efetivando aos presos as obrigações impostas pela lei.

Neste íterim, para se executar um trabalho monográfico desvelado, tendo em vista sua importância social e acadêmica, será necessário organizá-lo em três capítulos, os quais se estruturam da seguinte maneira:

O primeiro capítulo será composto por quatro setores, e todos eles abordando o aspecto geral sobre o instituto da pena de prisão. O primeiro trará pontos sobre a

origem e evolução histórica das penas. O segundo traz uma nuance sobre a origem da pena de prisão no Brasil. O terceiro setor aborda conceitos e características da pena no ordenamento jurídico brasileiro e por último o quarto setor, o qual manifesta a pena de prisão à luz da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal.

O segundo capítulo faz um estudo sobre o sistema penitenciário brasileiro de forma criteriosa, desenvolvendo-o sob três setores. O primeiro analisa o sistema carcerário e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O segundo, as mazelas dos estabelecimentos prisionais, enfatizando a amarga realidade brasileira. Por fim, o terceiro setor, cujo dispêndio está na responsabilidade do Estado frente aos danos do sistema carcerário.

O terceiro e último capítulo dividido em duas sessões, enseja trazer o cerne da pesquisa, analisando o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Assim, a primeira sessão refere-se ao julgamento da ação de responsabilidade civil do Estado por superlotação carcerária, trazendo, portanto, o estudo sobre o caso concreto, seu trâmite processual, bem como o Recurso Extraordinário nº 580252. A segunda, por fim, aponta de forma expositiva o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 580251, origem e alicerce dessa pesquisa.

## 2 BREVE ANÁLISE SOBRE OS ASPECTOS DA PENA DE PRISÃO

Num país de extensão continental, com contradições e iniquidades sociais de proporções maiúsculas, convivem sistemas penitenciários heterogêneos. A realidade brasileira não se distancia da realidade de tantos outros países quando se trata de sistema carcerário. O que se verifica é que o cárcere serve unicamente para retribuir o mal causado pelo delito, sem qualquer estrutura hábil, na medida em que submete seres humanos a condições de vida degradantes e promove todas as espécies de violações de direitos.

### 2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Não poderia, entretanto, desenvolver este trabalho acerca do sistema carcerário, sem antes discorrer primeiramente sobre de onde deriva a palavra “pena” e suas anuências, uma vez que ela é imposta ao transgressor da norma jurídica, como forma de punição e reparação do dano causado à sociedade, estando diretamente ligada à existência do sistema carcerário.

#### 2.1.1 Origem da pena no cenário histórico penal

Diante dos estudos apurados não se tem uma premissa certa da palavra “pena”. Para alguns, varia do latim *poena* a qual significa castigo, expiação, suplício, ou ainda do latim *punere* e *pondos*, ambas no sentido de contrabalancear, pesar. Para outros estudiosos, a palavra deriva do grego *ponos*, *poiné*, de *penomai*, significando trabalho, fadiga, sofrimento.

Outra parte dos doutrinadores alega que “pena” deriva da palavra *ultio* empregada na Lei das XII Tábuas para representar castigo como retribuição pelo mal praticado a quem desrespeitar a norma. Por fim, ainda ressaltam como origem o fato de que na antiguidade, o juiz, ao sentenciar utilizava-se de uma pena de pavão,

a qual era molhada na tinta e usada no papel para determinar a pena (castigo), concluindo advir o nome do instrumento utilizado (pena de pavão).

Corroborando o instituto geral de pena, e partindo para o âmbito da pena de prisão, o homem moderno utiliza a pena privativa de liberdade como forma de punir os delitos cometidos, todavia, antigamente não era assim. Na realidade, a implantação dessa pena marcou uma verdadeira evolução humanista na forma de punição. Com o seu advento foi posto um freio no comportamento humano, ocasionando no homem o receio de cometer delitos, os quais, de agora em diante passariam a ser “castigados”, diminuindo a ideia de impunidade até então existente, fazendo surtir os efeitos da política criminal.

Independentemente do teor da sua origem, a pena é instrumento primordial para o transgressor ingressar no recinto do cárcere, uma vez que a prisão é uma das formas pela qual o mal, que o Estado, por intermédio de apuração verídica da justiça criminal, pune o infrator em razão de um delito.

Além de todo o quesito estrutural da pena, abarcando sua origem e constituição, é relevante, por outro lado, se fazer uma abordagem de como surgiu a ideia do castigo da pena em sentido lato, conforme revela os registros históricos. O intuito é que se monte um contexto sólido acerca da pena, principalmente na espécie de prisão, para que assim seja possível um maior embasamento no tema do presente trabalho.

### 2.1.2 Evolução Histórica das Penas

Perfazendo o caminho até então trilhado, torna-se imperioso analisar de forma breve, a evolução histórica das penas.

Desde já se ressalta a complexa determinação da linhagem das penas, já que a sua existência é muito remota, sendo tão antiga que se confunde com a própria história da humanidade. Todavia, a história mostra que diante da necessidade de manter a ordem nas sociedades, o homem passou a adotar certas normas disciplinadoras.

### 2.1.2.1 *Como a pena era tratada na antiguidade*

Nos tempos antigos, seguramente, não existiu a privação de liberdade como sanção penal, uma vez que um dos intuitos de tal privação visava apenas aguardar o julgamento. Portanto, até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, no intuito de preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados.

Nesse longo período da história, consta-se que as penas eram, basicamente, destinadas a castigar fisicamente o infrator, como por exemplo, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Entende-se por penas infamantes aquelas com a finalidade de desonrar, onde o acusado era exposto a uma vergonha extrema ao ponto da sociedade rejeitá-lo, tendo como exemplo a pena de morte por enforcamento em praça pública.

Segundo Bitencourt (2011, p. 28) o “Código de Hamurabi é um exemplo que facilmente comprova que os meios de sanções utilizadas nessa época eram os castigos físicos”, onde as maiorias de suas penas eram de morte e mutilações, baseado no princípio “Olho por olho, dente por dente”.

A Lei de Talião que compunha o Código de Hamurabi estabeleceu como parâmetro para a imposição das penas, uma justa compensação do mal praticado, assim, a pena seria proporcional ao dano.

O mencionado autor entende que Platão, ao diferenciar as sanções dos crimes conforme a gravidade dos fatos apontava duas ideias históricas da privação de liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, sendo essa a última forma efetivamente empregada na Antiguidade.

Acerca do meio pelos quais os réus aguardavam suas prováveis condenações, Bitencourt (2011, p. 30), argumenta que:

Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que naquela época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.

Constata-se, então, que de forma alguma a prisão, nessa época retratada, tinha como fim a pena propriamente dita, uma vez que na maioria dos julgamentos todas as sanções resumiam-se a morte, penas corporais ou suplícios e infamantes. Portanto, a finalidade da prisão restringia-se apenas à custódia dos réus até a execução das condenações. A pena de privação de liberdade ainda não vigorava como sanção principal e oficial.

### 2.1.2.2 *O Contexto de pena na idade média*

No período medieval, as penas ainda mantiveram o mesmo ideal da antiguidade, uma vez que findavam em verdadeiras atrocidades contra os que cometiam crimes, como pena de morte na fogueira, por soterramento, afogamento, o confisco e a mutilação. As sanções visavam intimidação, mas dependiam da condição social e política do réu.

Bitencourt (2011, p. 31), ressalta acerca dos parâmetros da sociedade sobre dignidade, respeito, e honra, alegando serem “totalmente deturpados”, visto que eram classificados como “povo ávido por distrações bárbaras e sangrentas”. Amputações, mutilações diversas, incendiar pessoas, corpos vivos devorados por felinos e a morte tornavam-se espetáculos para o povo. As leis criminais submetidas aos julgamentos dos governantes eram consideradas como Código da crueldade legal, pois toda essa atrocidade humana era intentada pelo governo e apoiada pela população em suas carnificinas em formato de espetáculos, revelando a inexistência do respeito à vida e principalmente a liberdade.

Nesse período os soberanos enxergavam na pena mais do que um meio de punir, simplesmente. Ela representava o próprio poder, uma forma de atemorizar todos aqueles que se opusessem a tais interesses dos governantes. As atrocidades das execuções realizadas em praça pública são fielmente descritas por Michael Foucault (2013, p. 9) em sua obra “Vigiar e Punir”:

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris, aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa, de duas libras; em seguida, na dita carroça, na Praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado [flagelado]

nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (...) Finalmente foi esquartejado (...). Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: “Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me.

Essa truculência na execução das penas perdurou até meados do século XVIII. A História conheceu inúmeras outras penas, cuja principal característica era a barbárie e a crueldade com que eram aplicadas, sempre infligindo um grande sofrimento ao condenado, sendo o fim da pena, o castigo e a intimidação.

Ainda nesse estágio da civilização, surgem a Prisão de Estado e a Prisão Eclesiástica. A primeira era designada ao recolhimento dos inimigos do poder real ou senhorial, que cometessem crimes de traição política e subdividia-se em duas modalidades: a da prisão custódia, que tinha por finalidade manter o réu sobre a guarda do Estado até que fosse determinada a sua condenação e a detenção temporal ou perpétua, para onde os presos eram enviados em caráter definitivo para lugares como a Torre de Londres, a Bastilha de Paris, porões e lugares funestos dos palácios.

Conforme constatado por Bitencourt (2011, p. 34):

A prisão eclesiástica, como a própria nomenclatura ressalta, era destinada aos reverendos rebeldes, mas tal pena possuía uma finalidade diferenciada da prisão de Estado, pois destinava ao reverendo um sentido de penitência e meditação, sendo assim não eram impostas as populares penas cruéis de suplício e mutilações.

Essa forma de atuação evidencia a forte influência da religião por considerar as penas como testes divinos, pois os infratores eram destinados a provas com água, fogo, etc., e se Deus não os ajudassem ou livrassem da prova, significaria que Deus os tinham abandonado.

Somente com o Iluminismo, com a Revolução Francesa e com o surgimento de um Estado liberal, é que as penas sofreram uma positiva transformação, onde foram inseridas normas jurídicas dando prevalência à dignidade do homem.

### 2.1.2.3 *O instituto da pena na idade moderna*

O intuito da pena, até então, era a intimidação pura, o que terminou saturando muitos filósofos e juristas, propiciando, com a obra “Dos delitos e das penas” de Cesare Boscana, o nascimento da corrente de pensamento denominada escola clássica. Contrário à pena de morte e às penas cruéis pregou o marquês de Beccaria o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade.

O caráter humanitário foi um marco para o Direito Penal, até porque contrapôs ao arbítrio e à prepotência dos juízes, pois somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tais como postas. Ademais, surgiram ainda fatores contra a pena de morte e tortura, os quais evidenciavam as finalidades da pena tais como intimidação e a recuperação do delinquente.

Conforme aduz Nucci (2007, p. 60) “as ideias difundidas por Beccaria repercutiram bastante no universo jurídico”. Não se poderia mais admitir que o corpo dos condenados sofresse as crueldades da imposição de uma pena desumana. Diante disso, aos poucos as penas de morte, corporais e infamantes foram cedendo lugar para as penas privativas de liberdade.

E é nesse ínterim e com o objetivo de conter a população marginalizada advinda do crescimento desenfreado das cidades, sem utilizar-se das penas anteriormente aplicadas, que, entre os séculos XVI e XVII surgiram as primeiras casas de correção holandesas e inglesas, com a finalidade de reforma dos criminosos por meio do trabalho e da disciplina, trazendo por consequência, uma nova modalidade de sanção penal – a pena privativa de liberdade.

Nesse mesmo sentido, Segundo Melossi e Pavarini (1985 apud BITENCOURT, 2011, p. 45):

A prisão surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de possuir um instrumento que permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalista).

A prisão, antes concebida como meio de conter o criminoso até que ocorresse a execução de uma pena corporal ou infamante, nesse período, assume a posição de uma pena mais humanitária, passando, pois, a ser vista como um remédio que deve ser ministrado conforme a periculosidade do delinquente.

Com a situação social e econômica arrasadas por muitas guerras, o homem passou a ser o centro do Direito penal, buscando-se alcançar a ressocialização do infrator, surgindo assim o conceito de que as penas privativas de liberdade não tinham apenas uma finalidade de castigo e sim reinserção social. Posteriormente, surgem os sistemas penitenciários.

## 2.2 ORIGEM DA PENA DE PRISÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Constata-se que no Período Colonial, existia a incidência da pena de prisão com um caráter meramente provisório e preventivo, muito embora expressassem crueldade e desproporcionalidade. O objetivo era impedir que o crime se tornasse impune e que o condenado privasse de cumprir com a sua obrigação ou de pagar a pena pecuniária correspondente.

As transformações ocorridas no decorrer do tempo permitiu a construção de uma ideia de Pena Privativa de Liberdade. Durante o Governo-Geral, os escravos fugitivos, arruaceiros e os criminosos que esperavam julgamento eram colocados em uma espécie de modelo penitenciário primitivo. Assevera Regina Célia Pedroso (2004 apud NUNES, Adeildo, 2005, p. 41):

A prisão, símbolo do direito de punição do Estado, teve, quando de sua implantação no Brasil, utilização variada: foi alojamento de escravos e ex-escravos, serviu como asilo para menores e crianças de rua, foi confundida com hospício ou casa para abrigar doentes mentais e finalmente fortaleza para encerrar os inimigos políticos.

A partir de então surgiram as Ordenações Filipinas, consideradas formalmente como o primeiro estatuto brasileiro. De antemão, não se notou diferença no quesito das penas comparado aos estatutos anteriores, o que acarretou num retrocesso das leis, uma vez que não houve inovação jurídica no texto legal, pelo contrário, encontrou-se nele espaço para contradições e obscuridades.

Nesse diapasão a respeito das Ordenações Filipinas, imperioso mencionar o que aduz Prado (2008, p. 140/142):

Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização e de severas punições. Predominava, entre as penas, a de morte. Outras espécies eram: as penas vis (açoite, corte de membro, galés); degredo; multa e a pena-crime arbitrária que ficava, a critério do julgador, já que inexistente o princípio de legalidade.

Advindo a revogação das Ordenações Filipinas, foi promulgado em 1830 o Código Criminal do Império, elaborado por Bernardo Pereira Vasconcelos e sancionado por D. Pedro I. Diferentemente das Ordenanças, o Código seguia um posicionamento humanitário da pena, fomentado pelos reformadores Beccaria, Howard e Bentham, inspirados pelas ideias iluministas e baseando-se nos Códigos vigentes da época que vinham ganhando força, tais como o da França, da Baviera e o Código Napolitano.

Neste período já não mais incidia a pena como preventiva e provisória, mas sim uma pena com caráter sancionatório que se formalizava através de uma Sentença Condenatória, sendo considerada e reconhecida a pena de prisão como meio coercitivo.

Em se tratando do Código Criminal do Império, este também abordou a pena de prisão na forma de trabalho realizado nas próprias Penitenciárias em que o apenado estava recluso, bem como se referiu à prisão simples, em que o apenado ficava isolado para cumprir sua condenação. Nesta, existia dois tipos de penalidades, uma era a de desempenhar trabalhos públicos, onde houvesse praticado o delito, estando o apenado à disposição do Governo, a outra se referia à condenação em que o recluso ficaria preso a corrente de ferro nos pés.

Não obstante, algumas práticas foram motivos de grandes preocupações e discussões devido à exposição dos presos às condições subumanas; com isso, procurou-se concretizar a execução das penas privativas de liberdade, para, assim, assegurar aplicação da pena, bem como se pronunciar quanto às condições mínimas de higiene e comodidade nos estabelecimentos prisionais.

Após o Código Imperial, adveio no período da República, o Código Penal, o qual buscava suprir as necessidades que não foram abordadas nas legislações passadas. Tipificou novos delitos, que incidia a pena privativa de liberdade, cominada em reclusão ou detenção. Ademais, definiu a prisão simples pelas

Contravenções Penais, a prisão celular em que o detento ficava segregado, a prisão disciplinar imposta aos menores de vinte e um anos, e ainda acolheu um Sistema Penitenciário de forma correccional. Todavia, este diploma penal não obteve êxito, tendo em vista não enquadrar-se com a realidade das prisões da época.

No ano de 1937, Alcântara Machado elaborou o projeto do Código Criminal que foi consagrado por Decreto e posto como Código Penal de 1940, o qual iniciou sua eficácia somente em 1942, trazendo consigo certas particularidades, tais como as sanções pecuniárias, a responsabilidade penal, a liberdade condicional e as penas principais e acessórias. E, apesar de algumas reformas, ainda continua em vigor.

Diante do exposto, tem-se que embora sejam apresentados regulamentos e inúmeras reformas em torno do Direito Penal, o que se tem visto é que falta muito para se alcançar o modelo ideal de sistema prisional, e é, em virtude disto, que muitos direitos fundamentais são violados ou subjugados dentro do sistema carcerário, cuja finalidade mostra-se usurpada para grande parte dos doutrinadores e juristas, podendo-se dizer até falida, pautando-se uma luta que visa resguardar a dignidade da pessoa humana frente à realidade dos cárceres brasileiros.

### 2.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A pena, como principal consequência jurídica da prática de um delito trata-se de sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.

Mediante tal definição certamente já se faz uma abordagem dos seus fundamentos e finalidades, ao indicá-la como sanção penal voltada a retribuição e prevenção de crimes. Entretanto, há autores que preferem conceitua-la à margem diferente, como é o caso de Lozano (2003, apud NUCCI, 2007, p. 52):

É a consequência jurídica, característica do Direito Penal, consistente na privação ou restrição dos mais relevantes direitos individuais e que se impõe a uma pessoa física que tenha cometido ou participado do cometimento de um fato que a lei penal tipifique como delito ou

contravenção, e cuja responsabilidade criminal não tenha sido excluída pela ocorrência de alguma causa legal de justificação, exculpação ou absolvição.

Apesar de a ideia supramencionada resvalar em aspectos poucos esclarecedores e redundantes, pode-se concluir que a pena é a consequência jurídica, sendo o mal que se impõe ao transgressor da norma, que tem como implicação a diminuição de bens jurídicos, ao autor imputável de fatos descritos na norma jurídica como crimes.

Para tudo isso se faz necessário que a pena aplicada seja justa e adequada ao fim a que se destina, devendo apresentar caráter legal, individual, humanitário, proporcional, anterior e inderrogável, características estas advindas dos princípios que regem o ordenamento jurídico penal.

A legalidade é prevista em lei e não se admite sua cominação em regulamento ou ato normativo infra legal, conforme aduz o artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e o artigo. 1º do Código Penal, dispositivos legais que também fundamentam a característica da anterioridade, a qual defende que a lei penal já deve estar vigendo no tempo da infração.

No que diz respeito à inderrogabilidade é possível auferir que, uma vez praticado o delito, a pena deve ser efetivamente aplicada e executada. Ademais, a pena deve ser proporcional ao delito (proporcionalidade), conforme preceitua o artigo 5º, XLVI da nossa Carta Política.

Quanto à característica da personalidade, prevista no artigo 5º, LXV da Carta Magna, entende-se que a pena não pode ultrapassar da pessoa do condenado, devendo ser aplicada e executada em consonância com a culpabilidade e o mérito do sentenciado (individualidade). É o que preconiza o artigo 5º, XLVI da Constituição Federal.

Por fim, mas não menos importante, a pena ainda apresenta a característica da humanidade, a qual busca repelir todo tipo de crueldade, eliminando qualquer situação que desconsidere o homem como pessoa, violando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nota-se que essa característica tem ficado apenas na letra fria do papel das leis, quando se trata da pena de prisão.

É sabido que a República Federativa do Brasil, estruturada como Estado Democrático de Direito, tem como princípio fundamental à dignidade humana, isto é, a consideração de que o ser humano, independente de quaisquer especificações de credo, raça ou condição social, deve ser tratado como um fim em si mesmo,

merecedor do respeito e consideração de seus semelhantes e principalmente do Estado, devendo estar livre de quaisquer arbitrariedades que restrinjam de modo desnecessário sua liberdade, como prevê o artigo 4º, da Constituição.

Sobre o fato em questão Nucci (2007, p. 41), esclarece que:

A individualização da pena encontra vínculo com o princípio da humanidade, especialmente no que concerne à individualização executória da sanção penal, pois não é segredo que as condições carcerárias no Brasil são, em grande parte, deixadas ao abandono, gerando estabelecimentos infectos e lotados, sem qualquer salubridade. Cabe, pois, ao juiz da execução penal zelar para que o cumprimento da pena se faça de modo humanizado, podendo os excessos causados pelas indevidas medidas tomadas por ocupantes de cargos no Poder Executivo, cuja atribuição é a construção e administração dos presídios.

Nesse diapasão tem-se que enquanto houver a necessidade da pena privativa de liberdade, algo que é inquestionável nos dias atuais, deve-se buscar, no mínimo, garantir as condições de um estabelecimento adequado e digno de sobrevivência, não abordando um quadro em que o encarcerado pressupõe de um padrão de vida superior àquele cidadão honesto, mas que, todavia, possua um padrão mínimo auferido por uma pessoa humana, merecedora de respeito e consideração pelo Estado.

#### 2.4 A PENA DE PRISÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Como se sabe, o Estado Brasileiro adota o modelo de Estado Democrático de Direito, haja vista prezar pela proteção da liberdade e pela igualdade de todos os indivíduos. Assim sendo, no Estado Democrático de Direito busca-se um tratamento em que as leis se adequam às necessidades e especialidades de cada indivíduo. Dessa forma, ao cometer algum delito o agente receberá a sanção do Poder Público, o que poderá prejudicar a sua liberdade de ir e vir.

Imperioso ressaltar que a prisão é uma consequência amarga, uma vez que priva o indivíduo de sua liberdade, porém é indispensável diante das imperfeições dos homens quando se trata de satisfazer suas vontades. Por isso, grande parte dos

doutrinadores, e dentre eles Greco (2010, p. 530) tem por pena privativa de liberdade como um “mal necessário para sanar as impunidades praticadas”.

A Constituição Brasileira de 1988 preceitua pelo artigo 5º, XLIX e o Código Penal pelo artigo 38, que o sentenciado deve conservar todos os direitos não afetados pela sentença condenatória, isto é, na pena privativa de liberdade, o que se restringe é apenas seu direito de ir e vir e os direitos a ele correlacionados, no entanto, pra o preso, todos os demais direitos individuais, como a integridade física, a honra, entre outros, devem ser garantidos. Ademais, antes de considerar alguém como culpado, deve existir respeito há uma série de garantias do indivíduo.

Em que pese à gravidade da pena privativa de liberdade, a Constituição Federal impõe a observância de inúmeros preceitos com vistas à execução de uma pena mais humana, atendendo ao princípio da humanização das penas, segundo o qual o condenado é sujeito de direitos e deveres que devem ser respeitados.

Assim, nenhuma pena de privação à liberdade deve atentar contra a dignidade do condenado, por isso há a vedação constitucional da prática de tortura e de tratamento desumano e degradante a qualquer pessoa (CF/88, art.5º, III), bem como é exaltado pela Constituição Federal no artigo 5º, XLVII, o escopo de velar pela integridade física e moral dos apenados, constituindo respeito à dignidade humana, a qual, segundo preleciona Capez (2011, p. 27):

É princípio genérico e reitor do Direito Penal e dela partem outros princípios específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo à categoria de Direito Penal Democrático.

Satisfazendo o que já foi observado, frisa-se que além da Constituição da República, a humanidade das penas vem prevista também na Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), a qual, em seu artigo. 3º, caput e parágrafo único, instituem que: “Ao condenado e ao internado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”. Logo, o princípio da humanidade, tendo em vista tudo o que foi explanado, deve garantir ao detento ou qualquer pessoa custodiada pelo Estado, que seja recebido um tratamento digno de ser humano, contrapondo qualquer tipo de ato fruto de repúdio e crueldade.

O intuito principal da LEP é o de conferir dispositivos legais que assegurem os direitos sociais ao condenado, bem como permita que este arque pelos atos criminais cometidos mediante o seu isolamento, uma vez que foi autor de um mal causado. Mas também é significativa a preservação de uma parcela mínima de sua dignidade e a manutenção de indispensáveis relações sociais com o mundo extramuros.

O artigo 41 da LEP apresenta um rol exemplificativo dos direitos do indivíduo sujeito à pena privativa de liberdade:

Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Em que pese a Lei de Execução Penal garantir uma vastidão de direitos ao apenado, o que se busca é a efetivação integral dessa norma e a melhoria louvável para a grande parcela da população carcerária hoje existente no Brasil.

Contudo, o que ocorre é a falta de eficácia das leis vigentes em nosso país, não se podendo excluir a LEP desse rol degradante, visto que sua permanência satisfatória apenas encontra-se no plano teórico e formal, possuindo vultosa dificuldade para seu cumprimento prático por meio das autoridades públicas.

Em sede de execução da pena, não se verifica a aplicação dos princípios que a regem, pelo fato de a mesma ser cumprida em estabelecimentos penitenciários totalmente abandonados, com infraestrutura minguada e dotação orçamentária demasiadamente baixa. Ao evidenciar as atuais condições do sistema penitenciário brasileiro, demonstra-se que tal sistemática está fadada ao insucesso e, da forma que se encontra atualmente, beirando o caos. É de conhecimento de todos a problemática em estudo, que, ao decorrer das décadas, se agrava cada vez mais.

São diversos os motivos que causam a desestruturação do sistema penitenciário brasileiro, e com isso não se consegue melhorar a vida de qualquer detento, pelo contrário, cada vez mais ele corrompe a personalidade do indivíduo. Tais problemas são retratados de forma interessante pela advogada Fernanda Magalhães Marcial (2003) em artigo que cujo trecho é citado abaixo:

Neste contexto, são fatos modernos e recentes da realidade do Sistema Penitenciário: Cadeias Públicas segregam presos a serem condenados e com condenações definitivas, em virtude da inexistência de vagas nas poucas penitenciárias em atividade; A superlotação dos estabelecimentos penais em atividade, acarreta a violência sexual entre os presos, a presença de tóxico, a falta de higiene que ocasionam epidemias gastrointestinais etc; Presos condenados a regime semiaberto recolhem-se a Cadeia pública para repouso noturno, gerando revolta entre os demais que não gozam de tal benefício, pela inexistência de um grande número de Colônias Agrícolas; Doentes mentais, mantidos nas cadeias, contribuem para o aumento da revolta dos presos, os quais têm que suportar a perturbação durante o dia e no repouso noturno, de tais doentes; As condições em que se encontram os estabelecimentos penais em atividade (superlotação, falta de higiene, tóxico, violências sexuais, conforme supra mencionado) não fazem mais do que incentivarem ao crime.

Não raramente depara-se com notícias de um sistema carcerário que maltrata os apenados das mais variadas formas, que vão desde ofensas verbais até os castigos físicos mais cruéis e desumanos; um sistema carcerário que priva o ser humano de suas necessidades mais básicas como higiene e alimentação adequada; um ambiente desordenado e que corrompe. Tudo isso aos olhos do Estado, que prefere colocar uma venda e clamar por um país justo. Grande hipocrisia.

### **3 O SISTEMA CARCERÁRIO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Em meados do século XX, as prisões brasileiras de certo já apresentavam precariedade de condições, bem como de superlotação. No ano de 1940, é publicado o atual Código Penal Brasileiro, cujo teor trazia várias inovações e tinha por princípio a moderação por parte do poder punitivo do Estado.

No entanto, apesar da sua implantação a situação prisional permanecia à margem das pautas governamentais, sendo tratada com descaso pelo Poder Público, muito embora fosse notável o problema das superlotações das prisões, da promiscuidade entre os detentos, do desrespeito aos princípios de relacionamento humano e da falta de aconselhamento e orientação ao preso.

Habita, de fato, uma cegueira proposital quando se fala de sistema prisional e o princípio da dignidade da pessoa humana. Não se pode olvidar que a partir do momento em que se priva o ser humano de sua liberdade, como forma de punição pela prática de crimes, nasce os estabelecimentos destinados a guardar esses indivíduos, cujo mantenedor, o Estado, é o responsável por estruturar as unidades já existentes desta natureza, para que estas recebam os apenados de forma condizente com o princípio ora tratado.

O tema dos estabelecimentos prisionais tem como origem a criminalidade, e esta deve ser tida como uma questão de segurança pública, cuja administração dos cárceres e o tratamento direcionado aos presos também devem estar embasados em uma política de segurança que valorize a dignidade humana, a fim de constituir medida preventiva de combate e controle da criminalidade.

A própria estrutura do Estado é voltada para a proteção e promoção dos direitos humanos em todas as suas concepções. A Constituição Federal que fundamenta o Estado Democrático de Direito abrange tais direitos, ao estabelecer os direitos sociais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, conforme artigo 6º da Carta Magna.

Nesse caso, seria garantista demais discutir a existência de um cidadão aprisionado? Será que esse cidadão aprisionado não é abrangido por uma visão de humanização?

Na verdade, presídio não deve ser equiparado a um lugar percursor de privilégios; não é isso que se aborda e defende. Preconiza-se apenas como o local onde a pena será cumprida, e deve ser cumprida com o rigor que a pena privativa de liberdade determina e sem as regalias que o dinheiro compra, todavia com dignidade e com o propósito maior de reinserir o apenado na sociedade. Um ambiente no qual se respeitem os direitos basilares do ser humano. Tratamento humanitário não é favor nem privilégio: é dever indeclinável do Estado assegurá-lo a tantos quantos mantém sob sua custódia, privados da liberdade de ir e vir.

A dignidade da pessoa humana é um atributo intrínseco, inseparável de todo e qualquer ser humano, pois o define como tal. Tão somente sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado. É, pois, uma característica tida como própria a todo homem, configurando como um valor que o identifica. Para NOVELINO (2010, p. 340):

A dignidade da pessoa humana não é um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação.

Diante desse entendimento, a partir do momento em que há a ausência de dignidade, logo ocorre a identificação do ser humano como instrumento, coisa – pois viola aquilo que seria algo delineador da própria natureza humana. Todo ato que promova a desonra da dignidade atinge o núcleo da condição humana, promove a desqualificação do ser humano e fere também o princípio da igualdade, uma vez que é inadmissível a existência de maior dignidade em uns do que em outros.

Nessa monta a dignidade da pessoa humana é princípio que conforma, orienta e limita de forma crítica a interpretação de todo o ordenamento jurídico, funcionando como um verdadeiro operador especial, tendo em vista que na medida e nas possibilidades do caso concreto deve orientar o intérprete.

Não obstante, ressalta-se que não se deve ter esse princípio como absoluto (embora seja superior) e, por isso, correr o risco de relativizar em demasia os demais princípios constitucionais, retirando-lhes a importância normativa que também lhes são intrínsecas. A essência nele contida sem dúvida alguma é relevante e irrenunciável, mas o princípio em si é relativo.

Nesse ponto da discussão, faz-se preciso salientar a grande importância que tem a sociedade civil como ponto de controle das ações do Estado, de crescimento do exercício da cidadania, inclusive em favor dos direitos dos prisioneiros, redefinindo o papel da comunidade, acompanhamento as atividades realizadas pelo executivo e com potencial de denúncia quanto ao desrespeito dos critérios de decisão e desrespeito aos princípios constitucionais.

Todavia, o que se nota ao falar de cidadania no sistema Penitenciário são reações antagônicas (compreensíveis até certo ponto) na sociedade, o que ocasiona um retrocesso, tendo em vista o insistente endurecimento no tratamento com os presidiários do país.

Construir mais prisões pode melhorar o problema da superlotação, mas manter o modelo de administração inalterado não irá resolver a crise de gerenciamento das unidades. É preciso alterar nosso sistema de justiça criminal, enfrentar a questão carcerária como um problema de vontade política.

Compreendendo o problema carcerário como problema político que necessita ser debatido no espaço público, com uma ampla participação da sociedade, fica claro que não basta apenas enjaular os criminosos e alimentá-los, precisamos educá-los, tratá-los com respeito e dignidade.

A prisão necessita ser discutida como espaço de resgate da dignidade e não do aprofundamento da marginalidade. Arendt preconiza que (apud FEDOZZI, 2000, p. 49):

Ao rejeitar o totalitarismo, a cidadania se constitui em direito a ter direito, a ação política institui a pluralidade humana e um mundo comum, espaço público possível de ser construído somente pela ação e pela palavra. Nesse sentido a opção pela democratização das relações prisionais passa pelo diálogo com toda a sociedade.

A partir do momento em que a sociedade tomar conhecimento de fato sobre a realidade do Sistema Penitenciário brasileiro, entendendo-o como desrespeitoso e desumano, pode-se haver transformação das concepções sociais.

No entanto o que se tem visto é que, apesar de ouvir sobre os defeitos das penitenciárias, a sociedade crê que os detentos merecem punições severas e sofrimento, como tortura, pena de morte, isolamento carcerário e não necessitam de qualquer tipo de humanização. Porém, no instante em que houver a conscientização popular, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana haverá uma nova

visão em que os presos são pessoas e não devem ser tratados com desprezo. Tendo isso como novo pensamento, a população colocará em prática um julgamento pertinente com a Constituição Federal.

O fato é que tudo dito e contraposto não servirá como alento na vida dos detentos da noite para o dia. A mudança requer vontade política, técnica e financeira necessárias, visando objetivos a curto, médio e longo prazo, mas em caráter de absoluta urgência. Se o ser humano é a essência de todas as instituições, o aperfeiçoamento do aparelho penitenciário exige uma abordagem humanista, que vise desenvolver e dignificar o presidiário.

#### 4 A MAZELA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL: A REALIDADE BRASILEIRA

Não é nova a chamada questão penitenciária. Com o crescimento da criminalidade, aumentou a pressão por prisão e, conseqüentemente, por mais penitenciárias. A prisão passou a ser decretada dentro de critérios que podem considerar automatizados. O problema que nasce é justamente a necessidade de espaço para abrigar os presos *versus* a necessidade de prender.

O sistema penitenciário brasileiro é regido pela Lei de Execução Penal (LEP) nº 7.210/84, que se apresenta sob dois aspectos: um legal e um real. Ou seja, a distância entre o Brasil legal e o Brasil real denota o abismo que separa a vontade do legislador da vontade estatal de fazer acontecer, ou melhor, da falta de vontade política de agir.

A falta de dignidade dentro dos presídios, conforme demonstrado anteriormente, apenas confirma o abandono do sistema prisional que o Brasil enfrenta, bem como o desvio de sua finalidade, funcionando como verdadeira escola do crime, tendo em vista a forma como é tratado pelo Estado e pela própria sociedade.

Neste sentido, corrobora o pensamento de Albor (apud, BITTENCOURT, p. 198):

O ambiente penitenciário perturba ou impossibilita o funcionamento dos mecanismos compensadores da psique, que são os que permitem conservar o equilíbrio psíquico e a saúde mental. Tal ambiente exerce uma influência tão negativa que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicopática momentânea até um intenso e duradouro quadro psicótico, segundo a capacidade de adaptação que o sujeito tenha.

Portanto, aquilo que deveria ser papel do Estado está longe de ser cumprido pelos diversos diplomas legais estabelecidos, como a Lei de Execuções Penais, Constituição Federal, Código Penal, além das regras internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.

A dissonância com a realidade que requer ênfase, todavia, padece no fato de que o sistema prisional do país, mesmo não possuindo presídios suficientes para a proporção de condenados, demanda inicialmente, não seu aprimoramento na quantidade, mas sim em qualidade, pois, dos já existentes, grande parcela não efetiva aos presos as obrigações impostas pela lei.

Durante o cumprimento de sua pena Henry David Thoreau (1817-1862), preso americano, escreveu um texto, que posteriormente repercutiu no clássico “*A desobediência civil*”, cujo teor de suas palavras pode ser reduzida na ideia de uma execução penal falha e sem qualquer bom senso e assim, escreveu (1997, p. 8):

Enquanto contemplava as sólidas paredes de pedra, com dois ou três pés de espessura, a porta de madeira e ferro, com um pé de espessura, e a grade de ferro que filtrava a luz, não pude deixar de ficar impressionado com a insensatez daquela instituição que me tratava como se eu fosse um mero amontoado de carne, sangue e ossos, pronto para ser aprisionado. Estranhei que ela tenha concluído, por fim, que aquele fosse o melhor uso que poderia fazer de mim e que não tenha pensado em aproveitar-se de meus serviços de algum modo.

Das palavras contextualizadas no ano de 1949, é possível aferir que o atual ambiente carcerário brasileiro, bem como sua política criminal em pleno século XXI continua em desencontro com o respeito aos direitos fundamentais e a feição humanizadora da pena. A humanização da execução da pena é fator que contribui para a socialização e para a harmônica integração do condenado à comunidade, e isso é base necessária para uma autêntica execução.

Conforme reza o artigo 87 da Lei de Execução Penal (LEP), a penitenciária destina-se à pena de reclusão, em regime fechado. Nelas devem ser asseguradas as garantias mínimas de salubridade do ambiente e área física de cada aposento.

Todavia, é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da referida lei. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social.

A LEP acatou inúmeras regras de trato para com os presos, e nessa linha de análise, Renato Marcão (2013, p. 135), assim, leciona:

As disposições da Lei de Execução Penal estão em consonância com as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, e com as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, Resolução n. 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), 11 de novembro de 1994.

Assim, as regras estabelecidas na LEP consistem em não permitir que se instale um cenário de exceção, pelo descumprimento dos direitos fundamentais da população prisional, ante a impossibilidade material para efetivá-los.

Salienta-se neste ponto a realidade conhecida no Brasil, o qual possui atualmente, segundo o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), 607.731 mil presos, ocupando a quarta posição no ranque mundial, com uma média de 300 presos para cada cem mil habitantes e um déficit que atinge a casa de 231.062 de vagas, atingindo uma taxa de 161% de ocupação nos estabelecimentos penais. No mais, o que se vê cada vez mais é uma instituição derramar sobre a outra, obrigações que são de cada uma delas e que, se fossem cumpridas, os efeitos seriam revertidos em benefício dos seus próprios destinatários.

Nas palavras de Nucci (2015, p. 942):

Na prática, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

O sistema então vigente, ao que parece se limita apenas a trancafiar, sendo utilizada como instrumento de satisfação para a mídia e para a sociedade, e para o juiz como uma falsa ideia de dever cumprido.

Há, contudo, que se analisar que toda penitenciária pública deveria ser fiscalizada pelo Poder Público, e atendidas todas as recomendações de saúde, segurança, higiene, etc. O conceito da dignidade do preso deveria ser de fato, um elemento inalienável e irrenunciável, que reconhecesse, respeitasse e os protegesse, pois é inerente a todo e qualquer ser humano. Logo, o Estado tem a função de guiar os indivíduos para preservá-la e deve criar condições para seu pleno exercício.

A Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, reza que: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de tais direitos, permitindo a sua realização, inclusive a integridade física e moral dos presos, presente no artigo 5º, inciso XLIX da CF/88.

Faz-se necessário a compreensão, portanto, que não cabe ao Estado uma punição arbitrária, pois sua atuação é limitada pelos direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico, e que o preso, como cidadão, detém os demais direitos que não sejam incompatíveis com a “liberdade de ir e vir”.

Não se deve omitir o fato de que existem pessoas voltadas a pratica de atos criminosos cheios de dolo e prazer, a estes, principalmente, devem ser instituídas penalidades proporcionais aos seus atos de crueldade, contudo, mesmo diante de casos assim, essas pessoas têm direitos de dignidade que não podem ser esquecidos. A premissa de devolver a maldade com indiferença e descaso apenas aumenta o anseio por vingança, incentivando rebelar-se contra o sistema, cuja situação já encontra por si só bastante defasada.

## 5 RESPONSABILIDADE DO ESTADO AOS DANOS DO SISTEMA CARCERÁRIO

Quando se aborda a questão da segurança pública é nítido o dever do Estado, uma vez que cabe a ele desempenhar seu papel de agente protetor e garantidor do direito fundamental através dos órgãos de segurança nacional e estadual visando evitar alterações de ordem social, e, ainda evadir que a criminalidade tome lugar de destaque no país.

No entanto, afunilando o tema da segurança pública para a seara do sistema prisional, tem-se que a cada medida ou ação tomada pelos órgãos de segurança, com efeito de evitar danos às pessoas e ao patrimônio, uma das ferramentas utilizadas é a retirada do convívio social do indivíduo que infringiu uma norma de ordem pública.

Diante disso, depois de efetuada a prisão, o indivíduo passa a pertencer ao sistema carcerário e a responsabilidade de garantir sua segurança e dignidade dentro do sistema carcerário passa a ser do Estado, cujo cuidado abrange desde os presos com alta periculosidade de comprometer a ordem e a segurança do Estado, até aqueles que numa visão normativa cometeram crime de menor potencial ofensivo.

O grande problema está no fato de que este ambiente é hostil, e muitas vezes insalubre e com superlotação nas celas, fatores que implicam diretamente na integridade física e moral dos presos.

Nesse sentido se posiciona Greco (2010, p. 492):

Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. As leis surgem e desaparecem com a mesma facilidade. Direitos são outorgados, mas não cumpridos. O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso, que sofre as consequências pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa que se pensa dentro daquele ambiente imundo, fétido promiscuo, enfim, desumano, é em fugir e voltar a delinquir.

Sendo assim, se não há possibilidade de abolir a pena de prisão, torna-se imperioso a busca por soluções que atinjam minimamente o delinquente, refletindo numa pena mais humana, evitando assim que o indivíduo seja corrompido pelo falho

sistema carcerário. Ademais, é de total responsabilidade do Estado qualquer dano que o indivíduo sofra dentro dos presídios, pois é ele quem possui a figura de prestador de serviços, conforme preconiza a Constituição Federal, Art. 37, § 6º, *in verbis*: “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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A partir do momento em que sobrevém um dano dentro dos presídios há uma violação de cuidar por parte do Estado, mesmo que o dano seja enquadrado como o menor possível, pertencendo a ele a obrigação de assegurar a dignidade dos detentos, caracterizando assim um ato ilícito e de infringência conforme disposição em nosso Código Civil.

Nesse viés, não seria absurdo constituir como causa de indenização, a degradante situação carcerária, uma vez que afeta diretamente a dignidade e integridade do preso, sendo, portanto, motivo plausível para indenização.

Existe responsabilidade civil do Estado e, conseqüentemente, o dever de uma reparação a este preso. A caracterização da responsabilização civil por condições degradantes dos presídios, todavia, não pode se dar apenas pela alegação genérica de que os presídios estão em más condições. É preciso fazer uma prova concreta de que aquele preso estava em condições degradantes em um específico presídio mediante prova adequada.

Sabe-se que a indenização como forma de reparação foi adotada pela Itália e na Corte Europeia de Direitos Humanos, e que, ao haver indenização, esta deverá se dar inicialmente de forma pecuniária. A trama, e por isso, o tema aqui abordado surge no intuito de trazer à tona e ressaltar a realidade dos presídios brasileiros, bem como entender a viabilidade da devida indenização ao preso, ponderando a tudo isso o contexto político, social e financeiro que o Brasil está inserido.

Nesse contexto, o Conselho Federal da OAB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI Nº 5170) no STF pedindo que a Corte dê interpretação conforme a CF aos artigos 43, 186 e 927 (caput e parágrafo), do Código Civil, de modo a declarar a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação.

Para a Ordem, somente com a interpretação conforme a Constituição será estabelecida a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a detentos em razão das condições a que estão submetidos nos presídios (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2014).

O autor Arnaldo Quirino (1999, p. 78) evidencia essa busca explanada pela Ordem ao afirmar que:

A elaboração dos dispositivos infraconstitucionais não pode deixar de lado os conceitos utilizados expressamente pela Constituição. Admitir-se que o legislador pudesse modificá-los seria permitir ao legislador alterar a própria Constituição Federal. Em suma, não pode a busca pelo dito "bem comum" ou "bem maior" justificar tamanha discriminação com uma determinada categoria, a qual fere, em última instância, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da atual Constituição, que impede que determinadas pessoas sejam vistas como um meio e não como um fim em si mesmas, ou seja, ainda que bastante louvável o propósito de punir pessoas pelo mal que fizeram, não pode o preso ser visto como um simples meio para este fim, como se tivesse que abrir mão de todas as suas garantias individuais em prol da "supremacia do interesse público".

Portanto, ao se falar em indenização civil objetiva do Estado, sendo esta também expressa nos dispositivos infraconstitucionais do Código Civil, a comprovação de atos do Estado praticados com ilegalidade ou abuso de poder devem ensejar direito à reparação pelos danos materiais e morais eventualmente sofridos em decorrência destes, conforme os ensinamentos e basilares da Magna Carta.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, 1014-1015) esclarece que:

No que atina às condições para engajar responsabilidade do Estado, seu posto mais evoluído é a responsabilidade objetiva, a dizer, independentemente de culpa ou procedimento contrário ao Direito. Essa fronteira também já é território incorporado, em largo trecho, ao Direito contemporâneo. Aliás, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art. 194), passando pela Carta de 1967 (art. 105), pela Carta de 1969, dita Emenda 1 à Constituição de 1967 (art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concerne, equivalem ao atual art. 37, § 6º.

Assim, as últimas Constituições já demonstravam a obrigação do Estado em restaurar o dano sofrido ilegalmente pelo particular. Depreende-se ainda do texto legal a expressa adoção da teoria do risco administrativo como fundamento da

responsabilidade do Estado, ao condicionar a responsabilidade objetiva ao dano decorrente da sua atividade administrativa.

Reforçando o que já foi citado, dispõe o art. 37, §6º, da CF que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Sendo assim, *a indenização é devida, uma vez que o preso está sob custódia do Estado, e por isso, submetido aos efeitos da atividade administrativa do sistema carcerário. Se prejudicial a sua dignidade, o dano moral sofrido deve ser revertido em forma de indenização.*

Ora, se a incolumidade do preso se constitui como princípio de direito individual fundamental no texto constitucional, e se a responsabilidade do Estado surge como fator de proteção a custódia do prisioneiro, a interpretação da norma constitucional não pode ser outra, afastando-se as construções da responsabilidade pelo risco administrativo e a culpa do agente, que, se podem aplicar a outras hipóteses, mas, na que se propõe o presente estudo definitivamente não, ensejando tão-só a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

## **6 JULGAMENTO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR SUPERPOPLAÇÃO CARCERÁRIA (RE 580252)**

Conforme se observa, por todos os argumentos lançados tem-se a contraposição de que diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a responsabilidade civil a título de dano moral é possivelmente certa e devida, e por isso, é causa geradora de grande repercussão.

O Recurso Extraordinário é fruto de um caso concreto na cidade de Corumbá-MS e possui até o momento – uma vez que ainda encontra-se em andamento, a confirmação dessa responsabilidade, porém tendo como discussão a forma de implantação da indenização. Diante disso, temos o voto do Ministro Luís Roberto Barroso trazendo a indenização no formato de remição de pena como proposta de solucionar o tempo de prisão, bem como o dispêndio de recursos com indenização que o Estado teria que arcar. Todavia, sua implantação também é fruto de implicações.

### **6.1 O CASO CONCRETO E SEU TRÂMITE PROCESSUAL**

A lide em comento envolve ação ordinária de reparação de danos morais ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, em favor do recorrente Anderson Nunes da Silva, que, condenado a 20 anos de reclusão, cumpria pena no estabelecimento penal de Corumbá- MS.

O condenado ajuizou ação na 2ª Vara Cível de Corumbá, pedindo indenização para reparação de danos morais em razão das condições do local onde estava recolhido. Inconformado com a decisão negativa do magistrado recorreu ao Tribunal de Justiça na tentativa de ver reformada a decisão. A Defensoria alegou, em síntese, que o preso teria direito a indenização, por estar submetido a tratamento degradante, decorrente da excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio, como condições precárias de habitabilidade, insalubridade e ausência de espaço.

O relator da apelação, Desembargador Hamilton Carli (TJ-MS. Apelação Cível. Proc. 2006.003179-7/0000-00), em seu voto, lembrou que o juiz de Corumbá sustentou sua decisão quanto à impossibilidade de fixação da indenização pleiteada porque o Estado deve se utilizar dos meios disponíveis, agindo, na medida do possível, para assegurar a existência e o funcionamento do sistema penitenciário.

Assim expressou o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá-MS:

É de conhecimento público que os presídios, não só os do Estado de MS, mas de todo o Brasil, encontram-se em situação de superlotação. (...) Não estamos, com isso, negando o direito do autor de ver ressarcido seu sofrimento. Apenas entendo que se o objetivo principal da ação é obrigar o Estado a dar melhores condições de vida e dignidade aos detentos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais sul-mato-grossenses, não obterá êxito intentando ação indenizatória de danos morais. (...) o Estado vem buscando soluções a fim de sanar os problemas enfrentados pela população carcerária. Estas ações são insuficientes para a solução dos problemas decorrentes da superpopulação carcerária, mas indicam a movimentação do Estado nesta direção. (...) O valor destinado ao pagamento das indenizações poderia ser utilizado para ampliação e melhoria do sistema, em benefício de todos os demais apenados, bem como da própria sociedade, que se sentiria mais protegida. (TJ-MS. Ação Ordinária de Reparação de Danos Morais. Proc. n. 001.04.014765-8. J. 10/11/2003).

O Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo (TJ-MS. Apelação Cível. Proc. 2006.003179-7/0000-00), revisor da apelação, entendeu que o Estado “é responsável pela construção e administração do sistema penitenciário, especialmente pela boa manutenção e regular funcionamento dos estabelecimentos prisionais”, cabendo, portanto, observar que, ao exercer o direito de punir e de restringir a liberdade dos indivíduos que transgridam as leis, passa a ter o dever de custódia sobre eles.

Assim, o revisor votou no sentido de dar provimento parcial à apelação condenando o Estado a pagar a título de indenização por danos morais, a importância de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). O Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli, vogal no recurso de apelação, acompanhou o voto do revisor.

Todavia, a decisão recorrida, proferida em sede de embargos infringentes, reformou o acórdão da apelação para julgar o pedido improcedente.

Os desembargadores da 1ª Seção Cível deram provimento aos Embargos Infringentes nº 2006.001470-8/0001-01, propostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o qual pleiteava a prevalência do voto minoritário proferido na apelação, a fim de julgar improcedente o pedido indenizatório.

A decisão dos embargos infringentes afastou o dever de reparação, embora tenha reconhecido a superlotação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos.

O Tribunal concluiu pela aplicação da reserva do possível, sob o argumento de que para cessar o dano causado e repará-lo, é necessário realizar a implementação de políticas públicas, o que exigiria disposição de verba orçamentária. Ademais, os julgadores concordaram com a tese de que os direitos individuais não podem se sobrepor ao interesse público.

Contra essa decisão o recorrente ofertou Recurso Extraordinário com fulcro no artigo 102, 111, letra “a”, da Constituição Federal, sob o fundamento de que o acórdão contrariou os incisos III, X e XLIX, do artigo 5º e § 6º, do artigo 37, da Lei Fundamental.

## 6.2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) Nº 580252

O recurso extraordinário é um recurso excepcional, ou seja, é admissível somente em hipóteses restritas, uma vez que o STF não pode ser considerado de pronto como uma 3ª instância, mas sim uma instância extraordinária.

As hipóteses de cabimento continuam dispostas no artigo 102, inciso III, da CF/88. A novidade quanto ao cabimento é que, também caberá a interposição de recurso extraordinário em face da decisão de mérito dos Tribunais referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no capítulo VIII (artigo 976 e ss.) do Código de Processo Civil de 2015.

No que diz respeito aos pressupostos de admissibilidade, desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, existe a previsão da necessidade de demonstração em preliminar da existência da repercussão geral em todos os recursos extraordinários, conforme preceitua o enunciado do artigo 102, § 3º, da Carta Magna.

José Miguel Garcia Medina (1999, p. 132), ao analisar as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial após o advento da Emenda Constitucional nº 45, e com o objetivo de dar maior ênfase no entendimento de tais recursos, assim ministrou:

O art. 102, § 3º, da Constituição Federal, por sua vez, estabelece que “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Assim, precisará o recorrente demonstrar que o tema constitucional discutido no recurso extraordinário tem uma relevância que transcende aquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral. Pode-se dizer, desse modo, que, para admissibilidade do recurso extraordinário, a questão constitucional deverá ser qualificada pela característica indicada no art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

O Tribunal de Mato Grosso do Sul reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, uma vez que no presente caso trata-se do direito à indenização moral que o recorrente tem em razão de ser submetido a tratamento desumano e degradante em face da excessiva população carcerária verificada nos presídios estaduais.

Tal ato por si só já indica a repercussão da decisão aos demais encarcerados, não só deste Estado, mas também dos demais da federação, o que autoriza a interposição do extraordinário, por está devidamente prequestionada a matéria, bem como, por determinar a decisão de ao menos 70 casos anômalos em todo o país.

O julgamento foi iniciado em dezembro de 2014 e foi retomado com voto-vista em 09 de maio de 2015 pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Na época, o relator, o Ministro Teori Zavascki (RE 58025, 2014, p. 4), entendeu que o “Estado tem responsabilidade civil, portanto, existe o dever de indenizar”. O ministro por conduzir a tese em repercussão geral, considerou o dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, em manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, sendo de sua responsabilidade, nos termos do artigo 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.

Para Zavascki a ideia é indenizar, inicialmente por meio de pecúnia, ou seja, dinheiro. Sabe-se, todavia, que frente a isso, existem inúmeras questões a serem debatidas e votadas. Ademais, o julgamento encontra-se ainda em fase de julgamento, tendo a ministra Rosa Weber pedido vista dos autos em maio de 2015, e até o momento não proferiu seu voto.

## **7 VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 580252**

Mediante a explanação acerca da repercussão geral, ressalta-se nesse momento o prosseguindo dos feitos do Recurso Extraordinário, sendo que após o voto do Ministro Teori Zavascki, deu-se oportunidade ao Ministro Gilmar Mendes no intuito de proferir sua tese, bem como defender, aprimorar ou discordar da ideia até então exposta por Zavascki. Findou que o voto do relator foi acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes.

Em seguida os autos foram analisados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual abordou em seu voto essencialmente, do problema da reparação de danos. Porém, por inevitável, os argumentos expostos procuraram também lidar com o sistema carcerário como um todo, tangenciando as situações versadas nos outros processos referidos, fazendo-se necessário, pois, analisá-lo detalhadamente.

### **7.1 A DIVERGÊNCIA COM O VOTO DO RELATOR TEORI ZAVASCKI**

Exposto os dados, o ministro de logo se apoderou em trazer o caso prático à tona, bem como todo seu percurso até a instância extraordinária, ressaltando também o voto do Ministro Teori Zavascki, cujo voto, de imediato e de forma integral adotou as premissas fixadas no voto do Ministro relator, destacando o dever do Estado de indenizar os danos morais causados pelo encarceramento em condições atentatórias aos mínimos padrões de dignidade, desarcando qualquer invocação da teoria da reserva do possível ou outros subterfúgios teóricos para afastar a responsabilidade civil do Estado na hipótese.

Todavia, para Barroso de toda a tese desenvolvida por Zavascki, há um fator subjacente à responsabilização civil no caso: a natureza estrutural e sistêmica das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro.

De fato, 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, e por isso, deve ser analisada calmamente sob um aspecto político-social-econômico.

Desse modo, os dispêndios utilizados nas indenizações não solucionariam o problema dos cárceres, pois serviria apenas como um paliativo custoso e de pouca efetividade, afirma Barroso em trecho do seu voto-vista (RE 580252, 2015, p. 8):

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.

Mais do que ineficaz, a medida de indenizar pecuniariamente estaria totalmente fora da órbita orçamentária do país, uma vez que se tornaria inapropriado a exorbitante soma dos valores de inúmeras demandas de indenizações frente à realidade do cofre público brasileiro, cuja administração sofre precária soma de uma moeda mais valorizada que o Real, a honestidade.

Além do mais, o dispêndio de recursos não se limitaria a um único montante, na medida em que cada novo preso seria potencialmente merecedor da indenização, uma vez que não há no horizonte perspectiva de contenção da crise prisional.

Entende-se que os efeitos financeiros da medida podem ser levados em consideração na definição da melhor forma de reparação dos danos sofridos. É que uma boa solução para o caso deve encontrar uma rota alternativa e mais eficaz que o dinheiro. De um lado, é preciso reconhecer que o Estado é responsável pelas violações à dignidade dos presos que causar. Decisão diversa representaria a atribuição aos detentos do status de seres humanos de segunda categoria.

De outro lado, deve-se ir além da resposta pecuniária, a fim de garantir que os direitos dos presos sejam efetivamente “levados a sério”. Nesse caminho, não se pode tratar com indiferença as preocupações com o erário, principalmente porque, em última instância, a disponibilidade de recursos é essencial para que os Estados

sejam capazes de implementar uma solução sistêmica para remediar a atual crise prisional.

## 7.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO DANO MORAL SEGUNDO O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Em se tratando de sistema carcerário, não se poderia compor um conceito em busca de uma solução sem antes haver um estudo, bem como uma análise real e sistemática sobre os fatores que correspondem aos problemas estruturais, de grande complexidade e magnitude, que resultam na deficiência do sistema prisional brasileiro.

Para isso, Barroso traz em seu voto, diversos dados estatísticos e documentos oficiais que comprovam a natureza estrutural da questão carcerária, evidenciando a precariedade das estruturas e instalações prisionais, e ainda a desestruturação do sistema de justiça, com a falta de pessoal, graves deficiências de funcionamento nas varas de execução penal e carências no acesso à assistência jurídica pelos presos.

Todos esses aspectos são frutos de uma política de segurança defasada e que necessita de soluções urgentes. É preciso entender o problema do ponto de vista humanitário, social e financeiro, para que tão somente encontre-se um sistema jurídico prisional coerente com a legislação vigente.

Inúmeros casos são registrados, não somente no Brasil, mas em toda parte do mundo. Diversos países enfrentam problemas de superlotação e graves deficiências em seus sistemas carcerários.

Sobre esse fato, aduz Barroso (RE 580252, 2015, p. 25):

As experiências da União Europeia, dos Estados Unidos e da Colômbia, apresentadas brevemente acima, não evidenciam apenas que a crise prisional é um fenômeno global e generalizado. Mais do que isso. Elas demonstram, em primeiro lugar, que se trata de um problema complexo, cujo enfrentamento demanda uma atuação conjunta e coordenada de diversos poderes e órgãos estatais. Em segundo lugar, evidenciam a necessidade de se conferir primazia a soluções que atuem verdadeiramente sobre as causas das situações que deram origem às demandas. Por fim, apontam os papéis que a jurisdição constitucional tem a desempenhar no processo, seja para impor diretamente o respeito aos direitos mais básicos

da população carcerária, seja para provocar os demais Poderes a adotarem medidas concretas para erradicar as violações constatadas.

Diante das experiências registradas em itens anteriores, há na verdade, em sua maioria, a busca coordenada de uma amenização, ou melhor, dizendo, de medidas e reformas capazes de produzir resultados efetivos na melhoria das condições carcerárias, além de trazer novas perspectivas sobre os papéis que a jurisdição constitucional pode desempenhar no processo.

Não havendo qualquer medida de melhoramento ou mudança quanto aos problemas que envolvem o sistema carcerário, os detentos utilizarão esse fato como pressuposto argumentativo nas ações por indenização moral, ajuizadas nos mais diversos locais do país.

Ante o retrato do sistema carcerário brasileiro, antes revelado, até o presente momento a violação à dignidade humana e os danos morais suportados pelo recorrente no caso concreto do Recurso Extraordinário são incontroversos. A violação a direitos fundamentais do recorrente é igualmente reconhecida em todas as decisões proferidas no processo, mesmo naquelas que afastaram o dever estatal de indenizar.

Assim sendo, há a existência do dano moral. No entanto, como o processo teve classificação de repercussão geral, é importante registrar que os danos morais devem ser efetivamente comprovados para que sejam indenizáveis. Pois, segundo Barroso (RE 580252, 2015. p. 36), para esse fim, “não bastam afirmações genéricas a respeito da crise do sistema prisional no país”. Apesar de ser minoria, ainda existem cárceres em condições salubres e exemplares no país, os quais sequer há o que indenizar.

Esclarecendo e defendendo sua posição, veiculando o papel de objetividade do Estado quanto a sua responsabilidade e o dever indenizatório, profere Barroso (RE 580252, 2015 p.39):

Considero que o Estado é objetivamente responsável pela reparação dos danos morais causados ao recorrente em decorrência do encarceramento em condições de indignidade. Portanto, comprovado o dano moral e estabelecido o nexo de causalidade entre a insuficiência das políticas públicas prisionais adotadas e a violação à dignidade do recorrente, surge o dever de indenizar.

Portanto, independentemente de haver ação ou omissão por parte do Estado, há, efetivamente, uma indenização que deverá ser cumprida, pois o ente público assume uma posição de guardião em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação de liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida.

Frente a essa proposta de indenizar é preciso, ainda, enfrentar uma segunda questão que diz respeito à possibilidade de se invocar a cláusula da reserva do possível para afastar a obrigação do poder público de indenizar os danos causados ao recorrente.

O Estado do Mato Grosso do Sul, configurando no caso como devedor da indenização, alega a falta de verba pública suficiente para conceder aos presos à indenização assegurada, todavia, isso não se torna argumento plausível e digno de ser sustentado, haja vista, tratar-se de um dever contido na Carta Política, conforme preconiza Barroso (RE 580252, 2015, p. 41):

O dever de indenizar os danos causados é, porém, norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, que independe da execução de políticas públicas ou de qualquer outra providência estatal para sua efetivação. É por isso que a teoria da reserva do possível deve ter uma aplicação restrita no âmbito da responsabilidade civil do Estado. Em regra, o reconhecimento da escassez de recursos não deve conduzir à improcedência do pedido, mas deve atuar como vetor interpretativo, a aconselhar aos juízes a devida parcimônia na fixação do montante indenizatório a ser suportado pelo ente público. Apenas em situações muito excepcionais, em que a prestação exigida for irrazoável e o ente público comprovadamente não tenha meios para custeá-la, poderá servir para afastar o direito à indenização. Não se tratando dessas situações, o Estado deve prover os recursos financeiros para a satisfação da indenização por meio da expedição de precatórios (art. 100, CF) ou das requisições de pequeno valor, conforme o caso.

Em virtude dessa abordagem, faz-se relevante abrir um parêntese sobre um aspecto influenciador frente a tese ora levantada, conforme visto.

É evidente, para a população brasileira atual, o descaso do governo com a administração financeira do país. A realidade desmorona em corrupção, lavagem de dinheiro e crimes de responsabilidade. A crise financeira é alarmante e esse é o quadro onde o povo convive com altos impostos, altas inflações e políticas públicas desorganizadas ou até mesmo inexistentes, como por exemplo, a segurança nacional.

E mediante esse quadro, onde o povo está inserido, cresce uma constante sensação de impunidade frente aos atos criminosos de qualquer natureza. Discutir e dar provimento a indenização por dano moral ao detento, principalmente no contexto financeiro atual, seria como lançar à população a ideia de que a democracia e a prioridade das políticas sociais vão de encontro com a honestidade e integridade de cidadãos de bem.

A questão toda perfaz no sentido de que não é incorporada ao cidadão a noção de dignidade como um atributo inerente ao ser humano, mas como um atributo que pode ou não lhe ser reconhecido, dependendo do que o indivíduo faz ou deixa de fazer.

Conforme esclarece o ministro Barroso (RE 580252, 2015, p. 43):

Não ignoro a situação ultrajante das vítimas de crimes e de seus herdeiros, que muitas vezes têm sua vida e sua família destruídas e raramente são indenizadas pelos danos materiais e morais que suportaram. O sofrimento dessas pessoas é uma situação da maior gravidade, que deve ser levado em consideração pelo Direito. No entanto, os crimes cometidos pelos presos não conferem ao Estado a prerrogativa de tratá-los como menos que gente. A pena admitida pela lei e pela Constituição é a de privação da liberdade, e não a de perda da dignidade.

A dignidade humana possui em seu núcleo essencial o valor intrínseco de cada pessoa, valor esse que independe de qualquer evento ou experiência e, portanto, não pode ser perdido ou visto a “torto e a direita”, e nem tratado por uma cultura autoritária e preconceituosa, corroendo os valores democráticos, mas, ao contrário, catalisando forças para que haja uma verdadeira mudança no cerne do problema.

### 7.3 A SOLUÇÃO PROPOSTA PELO MINISTRO: REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DO DANO MORAL

De forma igualitária, o ministro Luís Roberto Barroso, adotou a mesma tese levantada pelo ministro relator quanto aos seus aspectos gerais, todavia, como já explícito em momento anterior, a indenização por dano moral dada de forma pecuniária, para Barroso, não seria a solução mais inteligente levantada por Teori

Zavascki, tendo em vista, o risco de abalo no setor financeiro estatal, e nesses termos, explica o ministro (RE 580252, 2015, p. 44):

Diante do estado de inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro, entendo que a fixação de uma compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser empregados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

Além desses pontos levantados por Barroso, deve acompanhar o raciocínio o fato de que diversamente do que ocorre com os danos materiais, no que diz respeito aos danos à personalidade, o pagamento de uma quantia monetária jamais será suficiente para restituir a pessoa à situação anterior ao dano ou aproximar-se disso: são bens essencialmente diversos em sua natureza e valor. Seria um custo desnecessário, tendo em vista, a sua ineficácia a médio e longo prazo.

Sendo assim, em face do cenário de violação aos direitos fundamentais da população carcerária, não se pode negar que a indenização em dinheiro é um remédio insuficiente para compensar os danos sofridos pelos presos, além de ser algo impensável financeiramente.

É, preciso, assim, buscar um mecanismo de reparação específica das lesões existenciais causadas aos detentos que seja capaz de recuperar, tanto quanto possível, as condições mínimas de dignidade que lhes foram subtraídas, tendo em vista as condições desumanas a que estejam submetidos dentro do cárcere.

A solução então proposta e causa do presente trabalho, trazida pelo ministro Barroso, segue a seguinte linha (RE 580252, 2015, p. 46):

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a indenização mede-se pela extensão do dano, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.

Ressalta-se que a proposta não tem o condão de afastar por completo a indenização pecuniária, mas sim, dar-lhe um caráter subsidiário, ou seja, situações em que não for possível a utilização da forma de remição de pena como indenização, aplicar-se-á a pecúnia como maneira substituta, quando, por exemplo, detentos já tiverem cumprido integralmente a pena, bem como preso provisório que tiver se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas já se encontrar absolvido.

Esse tipo de indenização teve como embasamento o sistema adotado pela Itália no cenário da Corte Europeia de Direitos Humanos. O ministro utilizou-se da fonte doutrinária, considerando a interpretação constitucional a partir da lógica de uma integração discursiva entre as ideias, argumentos e soluções empregados nos fatos anômalos que existiram naquele lugar, trazendo o mecanismo utilizado lá, para o sistema normativo vigente, uma vez que se trata do mesmo problema que o Brasil vem vivenciando.

A partir desse novo mecanismo, Luís Roberto Barroso, traça como o sistema normativo brasileiro é capaz de receber essa nova forma de indenização por remição de pena, tanto pela sua lógica estruturante, quanto em sua forma e modo de execução.

Quanto ao primeiro aspecto, aduz Barroso (RE 580252, 2015, p. 48):

*Sua lógica estruturante* corresponde à ideia de que o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral.

Nesse sentido, o que na verdade ocorre, é o reajuste entre o delito, a pena e as condições vivenciadas pelo detento. Essa maneira já é adotada de forma similar, senão idêntica no campo do Direito do Trabalho, pois na concessão de aposentadoria especial, o tempo para quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde física ou mental, bem como, a integridade física, é auferido de forma menor e, por isso, mais rápida do que àqueles que laboram em condições normais.

Para tratar sobre a forma como a indenização por remição é conduzida no sistema normativo, Barroso traz a seguinte ideia (RE 580252, 2015, p. 49):

Essa espécie de reparação é plenamente compatível com a Constituição, que assegura a indenização pelos danos morais (art. 5º, V e X, CF), mas não elege um meio determinado para seu ressarcimento. Mais do que isso, a busca de mecanismos que assegurem a tutela específica dos interesses extrapatrimoniais constitui um imperativo constitucional, que decorre do princípio da reparação integral dos danos sofridos e da prioridade conferida pela Carta de 88 à dignidade da pessoa humana. Afinal, os mecanismos de reparação *in natura* permitem a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais, impedindo que sua satisfação fique exclusivamente a cargo da pecúnia.

Explicando a ideia mencionada, é que a remição da pena é tida como um dos mecanismos possíveis de reparação de lesões existenciais. Assim sendo, o preso que estiver experimentando uma vida insalubre dentro do cárcere, está sujeito a uma corrosão mais acelerada em sua integridade física e moral. Assim, ao abreviar a duração da pena pela remição, àquilo que estaria sendo causa de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumprirá o papel de restituir ao detento o exato bem da vida então lesionado.

O tempo de liberdade com dignidade e respeito fora das condições degradantes das prisões, no ponto de vista teórico, portanto, é uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro.

Por fim, levando em consideração o mecanismo de reparação, Barroso se manifesta acerca do *modus operandi* do instituto da remição de pena da seguinte forma (RE 580252, 2015, p. 51):

Não se diga que o mecanismo de reparação apresentado equivaleria à concessão da remição em hipótese não prevista em lei. Como já se disse, trata-se de instituto diverso, que se insere no campo da responsabilidade civil. Ainda assim, o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais. A própria remição penal pelo estudo foi concedida durante muitos anos por decisões judiciais (há julgados do STJ que datam de 2003 e até uma súmula sobre o tema), mas apenas em 2011 ganhou previsão legal. Atualmente, também a remição pela leitura é aplicada, no âmbito federal, sem que haja autorização em lei. A hipótese é regulada pela Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276, de 2012, que prevê a possibilidade de redução de 4 dias de pena por obra lida por mês pelo detento, no limite de 48 dias de remição de pena por ano, e foi objeto da Recomendação nº 44/2013, do CNJ, que orientou os Tribunais estaduais a reconhecerem a remição pela leitura de acordo com os mesmos critérios.

De todo os argumentos levantados beneficiando a implantação dessa espécie de remição de pena, o estudo e análise do seu modo de execução na verdade, é o mais esperado, pois, é preciso entender como irá agir esse tipo de remição na prática, e por isso, encontrar respaldo positivo e eficácia a partir de sua vigência.

Dessa forma, é preciso ressaltar que, apesar de haver a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, há a necessidade de que, para ser executada, tem-se que ser instituído a partir do mesmo *modus operandi* da referida Lei de Execução Penal. Ou seja, de um lado, em linha com o artigo 126 da LEP, a remição será executada por meio de redução proporcional da pena. De outro, conforme previsto no artigo 128 da lei, o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os fins, inclusive para a progressão de regime.

As implicações dessa nova modalidade de remição de pena na execução penal podem ser vista desde o momento do Juízo de Execução, onde é possível averiguar a ampla atribuição administrativa e jurisdicional para a garantia de condições adequadas nos cárceres. A competência do juiz acompanha o trajeto desde a inspeção dos locais até mesmo a verificação de insalubridade que venha a existir, conforme se observa no artigo 66 da LEP e seus incisos.

Deste modo, é possível, portanto, extrair dessas competências a autorização para que o juiz da execução promova a remição da pena como meio de responsabilização do Estado por condições degradantes advindas do funcionamento impróprio dos estabelecimentos prisionais, sendo no mais, vítimas de danos morais.

Além disso, muito longe do que parece ser essa possibilidade não constitui uma anormalidade no sistema jurídico, uma vez que ocorre frequentemente a estipulação e fixação de indenizações cíveis na esfera criminal, nos termos do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

A partir do entendimento quanto a competência do Juízo de Execução, o ministro Barroso ainda complementa (RE 580252, 2015, p. 55):

Deverão postular a remição da pena como meio de reparação dos danos morais causados pelo encarceramento em condições desumanas e degradantes os detentos que ainda estejam cumprindo pena, independentemente do atual regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto) e da eventual concessão de livramento condicional ou de prisão domiciliar. Também os presos provisórios que forem posteriormente condenados deverão requerer a redução de parte do tempo de execução da pena, a título de indenização de danos, de acordo com a lógica da detração, prevista no art. 42 do Código Penal.

Diante desse entendimento extrai-se que esse tipo de remição irá conferir um benefício maior àqueles presos que ainda estiverem cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, porque reduzirá o tempo de encarceramento. Muito embora, mesmo para aqueles que não se achem dentro dos estabelecimentos, existam

vantagens consideráveis na abreviação do tempo para que alcancem o término da execução da pena com a sua conseqüente extinção. Afinal, seja qual for a modalidade da pena, o regime brasileiro confere a ela caráter punitivo, sendo acompanhado a isso diversas obrigações e restrições que sofrerão os efeitos da remição.

O procedimento judicial, segundo as considerações da LEP, deverão se dar, nos seguintes termos, conforme antecipa Barroso (RE 580252, 2015, 56):

O procedimento judicial para a concessão da remição de parte do tempo de execução da pena seguirá o disposto no art. 196, da Lei de Execução Penal<sup>66</sup>. O apenado, por meio de seu representante, deverá requerer a remição da pena como reparação dos danos morais causados pela superlotação e pelas condições degradantes de detenção. O Juízo da Execução deverá, então, *a*) verificar concretamente se as condições a que o preso foi submetido no presídio são causadoras de dano moral (como já se disse, apesar de o problema prisional ser generalizado, há diversas unidades que possuem condições dignas de detenção) e *b*) aferir a existência de nexo de causalidade com a atuação da Administração.

Após comprovada a existência do dano moral, caberá ao juiz de execução a razão entre dias cumpridos em condições degradantes e dias remidos, de acordo com a extensão dos danos suportados pelo preso.

Assim sendo, Barroso propõe os quocientes máximo e mínimo para ser empregado (RE 580252, 2015, p. 58):

Proponho, assim, que a contagem do tempo de remição seja feita à razão de 1 dia de pena a cada 3 a 7 dias de encarceramento em condições degradantes, a depender da gravidade dos danos morais sofridos nessas circunstâncias. Eventual dificuldade no arbitramento do quociente de remição da pena em cada caso concreto não será, por evidente, uma peculiaridade deste mecanismo de reparação de danos. Na verdade, a dificuldade está na própria mensuração dos atributos humanos, ou seja, na necessidade de “*quantificar o inquantificável*” que é inerente ao dano moral e está presente de igual modo (e mesmo de forma mais grave) na reparação pecuniária.

Conforme se observa nos dados mencionados, o quociente máximo (3) foi tomado por analogia ao artigo 126 da LEP. Porém, com relação ao mínimo (7) esse teve por referência a remição da pena pela leitura, por não encontrar parâmetro por analogia. Quanto a esse último o ministro Barroso utiliza como expressão a impossibilidade de “barateamento da dignidade do preso”, uma vez que seria incongruente admitir que a compensação a que o preso faz jus pela submissão a condições desumanas de detenção seja menor do que a que ele obteria pela leitura

de um livro, a qual é 1 (um) dia de pena remido a cada 7 (sete) dias de cumprimento de pena sob leitura.

Como toda essa nova formulação teve como origem o caso concreto exposto anteriormente, ressalta-se que, destarte não haver mais cumprimento de pena em regime fechado pelo recorrente, é possível, como já dito, uma redução do tempo do livramento condicional que o réu esteja cumprindo, claro, tomando por embasamento a estipulação levantada pelo ministro, cuja proporção teve como base a razão mínima nos casos de violações de menor e maior intensidade à dignidade humana dos presos.

De todo o voto do ministro, é imperioso ter em mente que a proposta nasceu tendo por contexto o caráter estrutural e sistêmico do sistema prisional, o qual se encontra defasado. É dever do Estado fornecer e garantir condições humanas dentro do cárcere, todavia, a deficiência que se vê está diretamente ligada a falha de políticas públicas prisionais eficazes. Existe lei e normas, falta prática e cumprimento.

A superação desse problema requer um esforço complexo e custoso, acompanhado a um amplo conjunto de medidas, articulado por todas as esferas de poder. A implantação da indenização pecuniária, por si só, já é causa de um incômodo forte para a sociedade. A indenização no formato de remição de pena vem como proposta de solucionar o tempo de prisão, bem como o dispêndio de recursos com indenização que o Estado teria que arcar. Todavia, o fato é que sua implantação também será fruto de implicações.

## 8 CONCLUSÃO

A presente pesquisa monográfica buscou analisar, sob todos os aspectos possíveis e pertinentes, as nuances da indenização por dano moral a presos por condições carcerárias degradantes e sua viabilidade na Execução Penal. Além disso, delineou demonstrar a realidade carcerária brasileira, os direitos de humanização dos presos, bem como correlacionar a Execução Penal com os princípios constitucionais, penais e processuais penais conexos.

É importante ter em conta que ao encontrar um ambiente onde as concepções de condições dignas regidas pelo Estado não estão sendo efetivadas um acompanhamento pelo Direito se faz relevante, principalmente por permitir que o conhecimento dessa realidade seja também conhecida e discutida por seus operadores, proporcionando contribuição não apenas teórica, mas principalmente na própria aplicação prática da execução penal brasileira, que tanto brilha no papel.

Diante disso, a legislação Penal, bem como a de Execução Penal, vem aumentando os debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a situação em que se encontra o sistema carcerário. A necessidade urgente de encontrar uma solução para a superlotação e condições degradantes de encarceramento, tornou propenso o estudo sobre o tema e suas devidas influências e implicações nas legislações vigentes.

Assim, a partir dessa ideia, o julgamento que ainda está em andamento e trazido para estudo, com relação ao voto-vista do ministro Barroso, concluiu-se causa relevante e plausível, uma vez que encontrou amplo respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, pois, a remição de parte do tempo de execução da pena como meio prioritário de compensação de danos extrapatrimoniais suportados pelos presos, possui incontáveis vantagens em relação à indenização em dinheiro.

A ideia de Barroso fundamentou-se, na verdade, em uma nova interpretação do que seria a remição das penas ao se aduzir que, por meio dessa analogia, e, portanto, aplicação da remição como indenização, ganha o preso, por reduzir o tempo de prisão, bem como o Estado, que se desobriga de despender recursos com inúmeras indenizações pecuniárias.

Com efeito, do ponto de vista do preso, a medida atende de forma mais plena os seus interesses na mitigação do dano e na proteção dos direitos da

personalidade. Afinal, uma compensação financeira seria de pouca valia para a pessoa que está presa, pois o detento continuaria a se submeter às mesmas condições degradantes de vida.

Nessa mesma linha, a medida traz também benefícios do ponto de vista do sistema prisional. Primeiramente, no sentido de que a remição da pena reduz a superlotação dos presídios, ao permitir que os detentos sujeitos a tratamento desumano conquistem a liberdade de forma mais acelerada. Atua, assim, diretamente sobre uma das principais causas do problema. Em segundo lugar, o remédio possibilita a efetiva responsabilização dos Estados pelos danos que causarem aos reclusos, sem, contudo, comprometer a sua capacidade de investimento na melhoria do sistema prisional.

Por fim, trata-se de uma solução que, do ponto de vista da responsabilidade fiscal, está mais atenta ao particular momento vivido pelo Estado brasileiro, de redução dos gastos públicos e ajuste fiscal. De fato, ao conferir ao remédio pecuniário um caráter meramente subsidiário, o remédio proposto vai ao encontro da manutenção do equilíbrio das contas públicas.

O fato é que por base na pesquisa que tão embora sejam evidenciadas suas inegáveis virtudes, a solução alvitrada pode, à primeira vista, produzir inquietações.

O que surgiu foi um disparate ao se permitir que pela má gestão do Estado no sistema carcerário, a sociedade sofra duas vezes, qual seja, primeiramente sendo vítima da prática do crime que levou a condenação do preso, e posteriormente, pela insuficiência temporal da pena frente ao crime que assolou bem jurídico relevante, gerando na própria sociedade uma sensação de impunidade.

Por derradeiro, pode-se afirmar, portanto, que no Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua lógica estruturante, quanto em sua forma e modo de execução, e isso, é o que se demonstra e defende.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do, Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Departamento Penitenciário Nacional, **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN): Ministério da Justiça**, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. DOU Brasília, DF, 05 out 1988, LEP (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580252-MS**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrida: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 25 de maio de 2015. Data de Publicação: DJ 03 dez. 2014, p. 01-10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580252-MS**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrida: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 25 de maio de 2015. Data de Publicação: DJ 06 mai. 2015, p. 01-62. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível nº 2003.010954-4**. Apelante: Anderson Nunes da Silva. Apelado: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Des. Hamilton Carli. Mato Grosso do Sul, 10 de abril de 2006. Data de Publicação: 11 de abril de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=922547&ad=s>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FEDOZZI, Luciano. **Orçamento Participativo (org)**. FISHER, Nilton B. e MOLL, Jacqueline. Por Uma Nova Esfera pública. São Paulo: Cortez, 2000, p. 49.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução Raquel Ramalheite. 41. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. ver. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.654/2012. São Paulo: Saraiva, 2013

MARCIAL, Fernanda Magalhães. Os direitos humanos e a ética aplicada ao sistema penitenciário. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 132, 15 nov. 2003. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/4458>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**, 2. ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com a Lei 9.756/98 e a Súmula 211 do STJ. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1014-1015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza, in **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 942.

\_\_\_\_\_. **Individualização da Pena**. 2. ed. re., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB Notícias: Ministro do STF reconhece direito de preso à indenização**, dez. 2014. Disponível em:<<http://www.jornaldaordem.com.br/noticia-ler/oab-vai-ao-stf-para-responsabilizar-poder-publico-por-caos-prisonal-pais/35419>>. Acesso em: 15 abr. 2016

PEDROSO, Regina Célia (2004 apud NUNES, Adeildo, 2005, p.41).

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 140/141.

QUIRINO. Arnaldo. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Ed. Atlas. 1999, p.78.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997. p. 8.