

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FACE À PRECARIEDADE DAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS¹

Luiz Gustavo Fujiwara Leitão²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO; 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA; 2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA; 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DA PRECARIEDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO; 3.1 O SISTEMA PENAL CONFORME A LEGISLAÇÃO; 3.2 A ATUAL REALIDADE DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS PARA EXECUÇÃO DE PENA EM REGIME FECHADO; 3.3 A DISCREPÂNCIA ENTRE A LEGISLAÇÃO E A REALIDADE COMO CONFIGURAÇÃO DE UM ATO ILÍCITO. 3.3.1 Conduta Comissiva. 3.3.2 Conduta Omissiva. 3.4 A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL; 4 A REMIÇÃO DA PENA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é demonstrar o quanto a realidade do cumprimento da pena em regime fechado se distancia da forma estabelecida pela legislação. Demonstrará, ainda, que o Estado deve ser civilmente responsável de forma objetiva na variante do risco administrativo pelos danos causados ao preso, tanto por condutas comissivas quanto omissivas, desde que comprovado concretamente que sofreu danos em decorrência do encarceramento em condições desumanas e degradantes. O presente artigo demonstrará, ainda, que é incabível a invocação da cláusula da reserva do possível como forma de excluir o dever de indenizar. Apontará, por fim, a remição da pena como medida alternativa à indenização pecuniária. A pesquisa do presente artigo realizar-se-á através do juspositivismo como referencial teórico, considerando, contudo, as jurisprudências e os princípios contidos em nosso ordenamento jurídico, bem como que, ao final, utilizando do método de pesquisa hipotético dedutivo, procurar-se-á uma alternativa ao problema apresentado.

PALAVRAS-CHAVES: regime fechado; condições precárias; responsabilidade civil do estado; cláusula da reserva do possível; remição da pena.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to demonstrate how the reality of the sentence in closed conditions distances itself from the manner established by law. Demonstrate further that the state should be civilly liable in an objective way in the variant of the administrative risk, by the damage caused to the inmate, whether because of commissive or omissive conduct, since it is are specifically proven that suffering damage as a result of incarceration in inhuman and degrading conditions.*

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Esp. Oswaldo Soares Neto.

² Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2012. luizgustavo.fujiwara@gmail.com.

This article also demonstrates that the invocation of the reserve for contingencies clause is unacceptable as a way to exclude the obligation to indemnify. Appoint, finally, the redemption of the penalty as an alternative to monetary compensation. The research of this article shall take place through the juspositivismo as theoretical, whereas, however, the case law and the principles contained in our legal system, and that at the end, using the deductive hypothetical research method, will seek an alternative of the problem presented.

KEY-WORDS: *closed conditions; substandard conditions; state civil liability; reserve for contingencies clause; redemption of the penalty.*

1 INTRODUÇÃO

O Estado possui o poder e o dever de punir o agente que cometeu uma conduta típica, antijurídica e culpável, ou seja, uma infração penal. Todavia, para exercer tal poder e dever, o Estado deve obedecer alguns limites, pois não pode tolher tal cidadão das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, na Lei de Execuções Penais e nos tratados internacionais dos quais seja subscritor.

De acordo com a atual legislação brasileira, existem três tipos de estabelecimentos penais para cumprimento da pena, quais sejam: as penitenciárias, as colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares; e, as casas de albergado ou estabelecimentos adequados. O presente trabalho analisará tão somente os estabelecimentos penais destinados ao cumprimento da pena em regime fechado.

Ao traçar um comparativo entre a forma com que deveria ocorrer o cumprimento da pena nas penitenciárias com a realidade existente em tais estabelecimentos, o presente artigo demonstrará o quão a realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro se distancia da forma estabelecida pela legislação, especialmente, no que se refere às garantias e direitos que deveriam ser concedidos aos apenados.

Diante deste cenário, surgem indagações quanto à responsabilidade civil do Estado que pune o condenado tolhendo-o de muitos de seus direitos aquém do que permite a legislação, implicando em uma verdadeira afronta ao disposto na Constituição Federal de 1988, nos tratados internacionais adotados pelo país e, também, na Lei de Execução Penal.

Assim, o presente artigo, utilizando-se do juspositivismo como

referencial teórico, tendo em vista as normas positivadas, bem como que, através do método de pesquisa hipotético dedutivo, estudar-se-á a responsabilidade civil do Estado, sua evolução histórica, sua aplicabilidade na legislação brasileira, demonstrando se as condições às quais os presos são expostos tratam-se de uma conduta estatal – positiva ou negativa – que é passível de gerar danos indenizáveis.

Por fim, buscar-se-á conciliar a necessidade de indenizar o preso com a impossibilidade de onerar demaziadamente o Estado, propondo que a indenização ocorra em pecúnia apenas de forma subsidiária à indenização pela aplicação do instituto da remição da pena.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A responsabilidade civil do Estado adveio de uma longa evolução histórica, a qual situou-se progressivamente em três fases, sendo estas, a fase da irresponsabilidade estatal, a fase da responsabilidade subjetiva e por fim, a fase da responsabilidade objetiva do Estado.

A primeira fase refere-se à época dos Estados Absolutistas, tendo vigência até o ano de 1873. Tal fase é marcada pela total irresponsabilidade do Estado, pois o entendimento da época apontava que o Rei não errava nunca, sendo marcada pela frase “*the king can do no wrong*” (MARINELA, 2015, p. 679). Assim, ainda que houvesse a demonstração do dano, o Estado não teria obrigação de indenizar a vítima.

Esta fase foi superada após um histórico caso, conhecido como Aresto Blanco, no qual um pai ajuizou uma ação de indenização contra o Estado, em razão de sua filha ter sido atingida por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, enquanto brincava nas ruas da cidade de Bordeaux.

Nesta ação judicial foi exarado o primeiro posicionamento jurisdicional favorável à condenação do Estado por danos advindos do exercício das atividades administrativas, podendo ser considerado historicamente, como o divisor de águas entre a primeira fase (irresponsabilidade estatal) e a fase da responsabilidade subjetiva. (MELLO, 2009, p. 992)

A segunda fase da responsabilidade estatal teve sua vigência entre os anos de 1874 até 1946 e ficou conhecida como a fase civilística ou como teoria da responsabilidade fundada na culpa.

Esta teoria estava apoiada na “lógica do direito civil na medida em que o fundamento da responsabilidade é a noção de culpa. Daí a necessidade de a vítima comprovar, [...], a ocorrência simultânea de quatro requisitos: a) ato; b) dano; c) nexos causal; d) culpa ou dolo.” (MAZZA, 2015, p. 368)

Vislumbra-se, assim, que a primeira fase possuía uma essência absolutista, ao passo que a segunda fase, possuía uma essência mais individualista.

Com o passar dos anos, o Estado invocou para si uma posição peculiar, eis que ao possuir o direito ao uso legítimo da força, acabou por assumir o risco de violar direitos fundamentais.

Assim, passou-se, ainda mais, a exigir que o Estado atuasse a fim de evitar lesões a tais direitos fundamentais, até porque, incabível com o passar dos anos, a postura estatal no sentido de que não causaria danos.

Diante deste cenário, surgiu a terceira fase, denominada como teoria objetiva. Esta fase iniciou-se em 1946, e adota como seu principal fundamento, o dever de indenizar na noção de risco, eis que “quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo. Assim, a responsabilidade prescinde de qualquer investigação quanto ao elemento subjetivo.” (MAZZA, 2015, p. 368)

O doutrinador Alexandre Mazza complementa que a terceira fase da responsabilidade civil baseia-se na “ideia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes de prejuízos especiais que oneram determinados particulares. É por isso, que a doutrina associa tal teoria às noções de partilha de encargos e justiça distributiva.” (2015, p. 367)

A terceira fase da responsabilidade civil do Estado é dividida em duas teorias, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral. A teoria do risco integral sustenta que se o Estado causar prejuízo a um particular, deverá indenizá-lo, sem que o Estado tenha a seu favor, qualquer excludente que ocorrendo, afastaria o dever estatal de indenizar, o que torna tal teoria muito favorável à vítima por possuir um caráter totalmente absoluto.

Por outro lado, a teoria do risco administrativo acaba sendo menos vantajosa para a vítima, devido ao fato desta teoria reconhecer excludentes da responsabilidade estatal.

Portanto, a principal diferença entre as duas teorias acima, está no fato de ser reconhecida ou não, as excludentes de responsabilidade estatal, quais sejam, caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima.

Por fim, insta salientar as principais diferenças entre a segunda e terceira fase da responsabilidade estatal, quais sejam, responsabilidade subjetiva (culpa) e responsabilidade objetiva (risco).

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia tais modalidades da seguinte forma:

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo. (2009, p. 996)

Complementando, o doutrinador Helly Lopes Meirelles afirma que “na teoria da culpa administrativa exige-se a falta de serviço; na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.” (2001, p. 611)

Para uma melhor exposição acerca da diferença entre a segunda e terceira fase, quais seja, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva importante a análise do seguinte quadro comparativo:

Quadro 1:

Quadro comparativo entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva		
	Teoria Subjetiva	Teoria Objetiva
Vigência	1873 a 1946	1946 até hoje
Fundamento	Culpa	Risco
Noção central	Falta do Serviço	Fato do Serviço
Requisitos	Ato, dano, nexa e culpa ou dolo	Ato, dano e nexa causal

Fonte: MAZZA, 2015. p.369.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira norteia-se pela terceira fase da responsabilidade civil do Estado, segundo a qual a responsabilidade é objetiva, na variante do risco administrativo.

Neste sentido, a Constituição Federal da República, em seu artigo 37, § 6º, afastou o elemento culpa, tornando objetiva a responsabilidade civil do Estado. (ARAGÃO, 2013, p. 1059)

A teoria do risco administrativo dispõe que ao Estado é atribuído toda a responsabilidade criada pelo risco de sua atividade administrativa. Assim, determina-se o dever de indenizar do Estado quando demonstrada a conduta, o dano injusto e o nexo causal, sendo excluída a responsabilidade civil estatal quando demonstrada a culpa exclusiva da vítima, os casos fortuitos, de força maior e fatos praticados por terceiros.

Neste diapasão, o Código Civil em seu artigo 927, parágrafo único, estabelece que: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002)

Observe-se que não há exigência no sentido de que o ato deve ser ilícito. Assim, um ato lícito que implique à vítima, um dano injusto, é passível de indenização bastando, assim, que exceda aos limites convencionais da sociedade.

Neste sentido, ensina o doutrinador Alexandre Mazza que:

Para configuração da responsabilidade estatal é irrelevante a licitude ou ilicitude do ato lesivo, bastando que haja um prejuízo anormal e específico decorrente de ação ou omissão de agente público para que surja o dever de indenizar. Em regra, os danos indenizáveis derivam de condutas contrárias ao ordenamento. Porém, há situações em que a Administração Pública atua em conformidade com o direito e, ainda assim, causa prejuízo indenizável. São danos decorrentes de atos lícitos e que também produzem dever de indenizar. Exemplo: obras para asfaltamento de rua diminuindo a clientela de estabelecimento comercial. (2015, p. 379)

Finda a análise histórica e da responsabilidade civil conforme a legislação brasileira, passa-se à análise da responsabilidade civil do Estado no que tange à precariedade do Sistema Prisional, especialmente no que se refere ao Regime Fechado.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DA PRECARIEDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Conforme explanado no tópico anterior, atualmente a responsabilidade civil do Estado é determinada pela teoria objetiva na variante do risco administrativo. Deste modo, basta a demonstração de um ato lícito ou ilícito, decorrente de comportamentos comissivos ou omissivos do Estado, bem como do nexo causal entre o ato e o dano, para que seja possível a responsabilização do Estado pelo dano injusto sofrido pela vítima. (MELLO, 2009, p. 983)

Extraíndo-se tal conceito para a temática “Sistema Penitenciário”, implica concluir que a responsabilidade civil do Estado, suportada por aqueles que se encontram em sua custódia, estará presente sempre que a vítima venha a sofrer um dano injusto decorrente de uma conduta omissiva ou comissiva do Estado no exercício de sua função de executar a pena.

No entanto, ainda que a responsabilidade civil do Estado possa decorrer de um ato lícito, ao estudar a temática verifica-se que os danos sofridos em razão da precariedade do sistema penitenciário decorrem de uma conduta ilícita do Estado, ao passo que contraria a legislação.

Assim, passa-se à realização de um confronto entre o Sistema Penitenciário conforme estabelece a legislação e como é realmente efetivado na realidade brasileira.

3.1 O SISTEMA PENAL CONFORME A LEGISLAÇÃO

Ao cometer um fato típico, ilícito e culpável, o Estado impõe como uma consequência natural, a pena. Em síntese, a pena possui tríplice finalidade, retributiva (retribuindo o mal por ela causado), preventiva (prevenindo futuras ações delituosas) e reeducativa (sem desconsiderar a ressocialização do criminoso).

Neste sentido, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci analisa que:

É a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a prevenção a novos delitos, objetivando reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado. (2014, p. 316)

Contudo, embora o Estado tenha o poder/dever de aplicar a reprimenda àquele que violou o ordenamento penal, a aplicação da pena deverá obedecer aos seguintes princípios: a) da legalidade: a pena deve ser cominada por lei anterior ao fato (artigo 5º, XXXIX, da CF); b) da individualização: a pena deve ser individualizada em cada caso concreto, segundo a culpabilidade do infrator (artigo 5º, XLVI, da CF); c) da personalidade: nenhuma pena poderá passar da pessoa do acusado (artigo 5º, XLV, da CF); d) da proporcionalidade: proporcional ao crime e nos limites da culpabilidade; e) da humanidade: o Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou lesionem a constituição físico-psíquica do condenado. (BRASIL, 1988)

A aplicação da pena deverá ainda, obedecer aos limites previstos na Constituição da República, a qual prevê em seu artigo 5º, inciso XLVII (BRASIL, 1988), a proibição das penas de: a) morte, salvo no caso de guerra declarada; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. Todas com o intuito de evitar que a aplicação de sanções penais atinja a dignidade da pessoa humana (princípio da humanidade).

Eugênio Raúl Zaffaroni entende que:

O princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. A república pode ter homens submetidos à pena, "pagando suas culpas", mas não pode ter "cidadãos de segunda", sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminuto* para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito — seja ou não uma pena — deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão. (2011, p. 161)

Neste mesmo sentido, a Lei de Execuções Penais, em seu primeiro artigo, prevê que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (BRASIL, 1984)

O artigo 33, §2º, do Código Penal Brasileiro dispõe que são modalidades de pena: privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e multa. (BRASIL, 1940)

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 33, caput, dispõe que a execução da pena privativa de liberdade deve ocorrer em três regimes: fechado, semiaberto e aberto, dividindo-se em pena de reclusão, a qual deverá ser cumprida nos três regimes e em pena de detenção, a qual deverá ser cumprida apenas no regime semiaberto e aberto. (BRASIL, 1940)

Conforme as alíneas “a, b e c”, do artigo 33, §2º, do Código Penal Brasileiro, o condenado a pena superior a oito anos deverá começar o cumprimento de sua pena em regime fechado. Já o condenado não reincidente, com pena não superior a quatro anos, poderá começar o cumprimento de sua pena em regime aberto. Quanto ao condenado a pena superior a quatro anos e não superior a oito, se não for reincidente, poderá iniciar o cumprimento de sua pena em regime semiaberto, indicando assim, que o condenado reincidente iniciará o cumprimento de sua pena no regime fechado. (BRASIL, 1940)

A legislação brasileira, visando a reinserção gradativa do condenado ao convívio social, adotou o sistema progressivo de regime. Tal sistema possui um caráter reeducativo, possibilitando ao condenado, de acordo com seu comportamento carcerário durante a execução, a progressão ao regime menos rigoroso até atingir a efetiva liberdade, conforme previsto no artigo 112 da Lei de Execuções Penais. (BRASIL, 1984)

O regime aberto deve ser cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado, conforme o artigo 33, §1º, alínea “c”, do Código Penal. A casa de albergado deve-se localizar em centro urbano, caracterizando-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, conforme prevê os artigos 93 e 94 da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 1940; BRASIL, 1984)

Quanto ao regime semiaberto, deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, local onde serão alojados coletivamente, conforme o artigo 33, §1º, alínea “b”, do Código Penal e os artigos 91 e 92 da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 1940; BRASIL, 1984)

Por último, o regime fechado deve ser cumprido em Penitenciárias, que são estabelecimentos de segurança máxima ou média localizadas em locais afastados do centro urbano, no qual o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo respeitar condições mínimas adequadas à existência humana, com área mínima de 6,00m² (seis metros

quadrados), tudo conforme os artigos 87, 88 e 90 da Lei de Execuções Penais. (BRASIL, 1984)

O Código Penal estabelece em seus artigos 34 e 35, que nos regimes fechado e semiaberto, o condenado é obrigado ao trabalho renumerado durante o dia, com repouso noturno isolado no primeiro e comum no segundo. É admissível, no regime fechado, o trabalho externo desde que em obras públicas. Já no regime semiaberto, laborar é totalmente autorizado, inclusive frequentar cursos profissionalizantes. (BRASIL, 1984)

Ao laborar ou estudar, o condenado possui direito à remição, prevista no artigo 126 da Lei de Execuções Penais, que constitui no “resgate da pena pelo trabalho ou estudo, abatendo-se do montante da condenação os dias trabalhados ou de frequência escolar, na proporção de três dias de labor ou estudo por um dia de pena.” (BRASIL, 1984; NUCCI, 2014, p. 341)

Reza o artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, que é assegurado aos presos, o respeito à integridade física e moral. Complementando tal artigo, a legislação estabelece tipos de assistências a serem prestadas aos presos, visando a reinserção do mesmo ao convívio social, de modo a evitar tratamento discriminatório e resguardar a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, tem-se o artigo 10 da Lei de Execução Penal, afirmando que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.” (BRASIL, 1988; BRASIL, 1984)

As assistências a serem prestadas, encontram-se elencadas no artigo 11 da Lei de Execução Penal, quais sejam: a) material; b) à saúde; c) jurídica; d) educacional; e) social; f) religiosa. (BRASIL, 1984)

A assistência material, consiste no fornecimento de alimentação, instalações higiênicas e vestuário. O artigo 13 da Lei de Execução Penal dispõe que “o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.” (BRASIL, 1984)

O artigo 14, caput, e §2º, da Lei de Execução Penal, determina no que consiste a assistência à saúde, atendimento médico, farmacêutico e odontológico possuindo caráter preventivo e curativo. (BRASIL, 1984)

O artigo 16 da Lei de Execução Penal prevê que as unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, através da Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (BRASIL, 1984) A assistência jurídica é destinada aos presos pobres na acepção jurídica do termo, que são aqueles que não reúnem condições de contratar um advogado sem prejuízo de seu sustento ou no sustento de sua família.

No que se refere à assistência educacional, esta compreende a formação profissional do preso e a instrução escolar, conforme o artigo 17 da Lei de Execução Penal. O ensino de 1º grau obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa. É possível, ainda, ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, desde que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados. (BRASIL, 1984)

A assistência religiosa está prevista no artigo 24 da Lei de Execuções Penais, segundo a qual deve ser garantida aos presos, ressaltando-se a liberdade de culto, permitindo-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal e a livre posse de livros religiosos. (BRASIL, 1984)

Quanto à assistência social, esta possui o objetivo de amparar o preso e o internado, preparando-os para o retorno à liberdade. Tal assistência está na mesma direção de uma das principais finalidades da execução penal, qual seja, a ressocialização do condenado.

Além dos dispositivos acima citados, há de se ressaltar aqueles em que o Brasil assumiu internacionalmente, no que se refere à manutenção dos presos em condições de dignidade.

As Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros assinada no âmbito da ONU – documento acolhido no Brasil pela Resolução no 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de 1994 – dispõe diversas normas para acondicionamento digno dos presos, entre elas está a obrigatoriedade de separação dos presos por espécie de delito, tipo de prisão, provisórios e definitivos (regra 8); os estabelecimentos devem apresentar condições mínimas de higiene (regra 10); instalações sanitárias devem ser adequadas (regra 12); a alimentação do preso deve ser de boa qualidade (regra 20); os estabelecimentos devem manter serviço médico a disposição (regra 22), entre outras. (ONU, 1955).

Por fim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 10 dispõe que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.” (BRASIL, 1992)

3.2. A ATUAL REALIDADE DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS PARA EXECUÇÃO DE PENA EM REGIME FECHADO

Não é preciso realizar um estudo individualizado de todos os estabelecimentos penais existentes no Brasil, para perceber o quão precário encontram-se as estruturas penais brasileiras. Deste modo, o presente artigo abordará de uma maneira ampla, mas baseado em estatísticas recentes, que apontarão de forma clara, a atual realidade dos estabelecimentos penais.

O Diagnóstico de Pessoas Presas divulgado em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça, aponta que existem 563.526 (quinhentos e sessenta e três mil, quinhentos e vinte e seis) presos provisórios e em regime fechado. Aponta ainda, que as prisões brasileiras registram capacidade total para 357.219 (trezentos e cinquenta e sete mil, duzentos e dezenove) presos. Assim, verifica-se que o déficit de vagas é de 206.307 (duzentos e seis mil, trezentos e sete) (p. 17).

Por meio do referido diagnóstico verifica-se, ainda, que existem 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e sete) pessoas em prisão domiciliar, sendo que na maioria dos casos, deveriam estar recolhidos em penitenciárias e que, existem 373.991 (trezentos e setenta e três mil, novecentos e noventa e um) mandados de prisão expedidos sem o devido cumprimento.

Desta forma, somando o total de presos provisórios ou em regime fechado com o número de mandados de prisão expedidos sem o devido cumprimento, tem-se um total de 1.085.454 (um milhão, oitenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e quatro) pessoas.

Outrossim, levando em consideração tão somente o número de presos provisórios ou em regime fechado, o Brasil ocupa a quarta posição do Ranking dos 10 (dez) países com maior população prisional, permanecendo atrás de países como o Estados Unidos da América (2.228.424), a China (1.701.344) e a Rússia (676.400). (CNJ, 2014, p. 16)

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário apresentado pela Câmara dos Deputados em 2009, relata que em grande

parte das penitenciárias, existem celas superlotadas, com pessoas amontoadas, dormindo em esquema de revezamento, em cima do vaso sanitário ou no chão, alojadas inclusive em corredores ou pátios. Vejamos:

Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas (...), assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade. (p. 247)

A frase exposta à mão, vista pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados, em uma porta na Penitenciária Lemos de Brito, localizada em Salvador, retrata a precariedade das condições vividas pelos sentenciados: “Dez graçado, Dez humano, Dez truidor, Dez ligado, Dez figurado, Dez engonçado, Dez agregador, Dez temperado, Dez trambelhado, Dez informado.” (2009, p. 13)

Vislumbra-se assim, uma imensa precariedade estrutural, visto que existem celas em péssimo estado de conservação, insalubres, sem ventilação e iluminação adequada e por fim, sem sistema de esgoto básico.

De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

A superlotação [...] gera fricções entre os reclusos e incrementa os níveis de violência dos cárceres; dificulta que os presos disponham de um mínimo de privacidade; reduz os espaços de acesso aos chuveiros, banheiros, pátio etc; facilita a propagação de enfermidades; cria um ambiente em que as condições de salubridade, sanitárias e de higiene são deploráveis; e impede o acesso às – geralmente escassas – oportunidades de estudo e trabalho, constituindo uma verdadeira barreira para o cumprimento dos fins da pena privativa de liberdade. (2011, p. 175, *apud*, PSOL, 2015, p. 27)

A precariedade estrutural, decorrente tanto da falta de manutenção como da superlotação, implica, entre outros, em gravíssimas deficiências em relação às assistências previstas na Lei de Execução Penal (LEP).

Quanto à assistência material, verifica-se na maioria dos casos, que os presos não recebem uniformes adequados, devendo usar roupas próprias levadas por familiares, companheiros ou amigos.

Em se tratando de higiene básica, são pouquíssimos os estabelecimentos penais que fornecem papel higiênico, toalha, escova de dente e sabonete.

Neste sentido, a revista UOL, em 2013, constatou uma chocante realidade no sentido de que mulheres que necessitam de absorventes íntimos, estão sendo forçadas a “utilizar miolos de pão para conter a menstruação.” (UOL, 2013)

O Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário revela o caos quanto à assistência material ao revelar que:

[...] em diversos estabelecimentos, os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre. Em outros, os presos armazenam água em garrafas de refrigerantes, em face da falta constante do líquido precioso. Em vários presídios, presos em celas superlotadas passam dias sem tomar banho por falta de água. Em outros, a água é controlada e disponibilizada 2 ou 3 vezes ao dia. (CPI, 2009)

No que tange a assistência à saúde, vislumbra-se que a falta de profissionais, atendimentos médicos e principalmente, de medicamentos, obrigam os presos a conviver com dores, doenças e feridas, induzindo em muitos casos à morte, tornando tal assistência uma das referidas deficiências.

Quanto à assistência laboral e educacional, a falta de oportunidades faz com que apenas 20% do total de presos no Brasil estejam envolvidos em atividades laborais e cerca de 10% do total dos presos estudem, ou seja, os presos além de condenados à prisão, são condenados a desocupação e a ociosidade, tornando os estabelecimentos prisionais, cada vez mais, um lugar propício a conflitos e revoltas. (CPI, 2009)

Existem ainda muitos casos de tortura, sanções arbitrárias e uso da força por parte de agentes que estão próximos ao convívio com o apenado dentro dos estabelecimentos penais. Vários são os casos vivenciados no Brasil, como no Presídio Regional de Joinville, em Santa Catarina, onde presos teriam sido colocados nus no pátio, sendo alvos de balas de borracha, gás de pimenta e bombas de efeito moral por parte dos agentes penitenciários. (CONJUR, 2013)

Diante desta realidade apresentada, vislumbra-se que a mesma constitui um grave insulto aos princípios norteadores da execução penal e à Constituição Federal, violando diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a

proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação e trabalho (art. 6º). (BRASIL, 1988)

Tal estado de coisas ofende, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

A corroborar o exposto neste capítulo, necessário se faz mencionar a indignação da Defensoria Pública do Estado do Paraná, que em ato inédito, requereu o relaxamento de prisão coletivo, tendo em vista a precariedade do sistema penitenciário deste Estado, no qual um conjunto de Defensores Públicos concluíram a atual realidade do sistema penitenciário da seguinte forma:

A parte que lhes cabe no latifúndio dos recursos públicos é tão reduzida, que é suficiente apenas para retirar a liberdade, excluindo-se, muitas vezes, os demais direitos previstos em lei: banho de sol, visita, inclusive íntima, recebimento de produtos externos em “sacolas”, trabalho remunerado, espaço mínima de 6 m² etc. O sistema carcerário brasileiro encontra-se em situação sensivelmente trágica. Essa tragédia é evidente e, inexplicavelmente, invisível. O sistema carcerário, encontrando-se no modo descrito, representa forma de punição vingativa, desproporcional e ilegal, como as punições inquisitórias medievais. O nível de encarceramento aumenta a taxas muito superiores ao aumento demográfico, o que evidencia o equívoco de uma política criminal eminentemente punitiva. O que se está fazendo, a manter um sistema como este, é relegar séculos de evolução da ciência jurídico-penal e estabelecer um sistema de punição retributivo, vingando-se dos já miseráveis. Atualmente, entretanto, o que era absolutamente invisível passou a chamar atenção: com a organização faccionada dos presos e explosões de revolta em penitenciárias do Brasil, evidenciaram-se algumas mazelas desse sistema aos olhos da mídia, da opinião pública [...]. (2013, p. 7)

Considerando esse lamentável quadro fático vivenciado pelo Sistema Prisional Brasileiro, faz-se necessário analisar qual a responsabilidade civil do Estado perante tal realidade, estudando seus desdobramentos e por fim, apresentar soluções e medidas para minimizar os danos sofridos pelos recolhidos e a forma como indenizá-los.

3.3. A DISCREPÂNCIA ENTRE A LEGISLAÇÃO E A REALIDADE COMO CONFIGURAÇÃO DE DANOS INDENIZÁVEIS

Conforme explanado no item anterior, a atual realidade do sistema penitenciário não condiz com aquilo que é estabelecido pela legislação.

Diante desse contexto, tem-se que o Estado está a praticar um ato ilícito, eis que realiza um ato em desconformidade com a legislação, ao submeter ou manter o preso em encarceramento com condições desumanas ou degradantes, bem como superlotadas, violando o princípio da legalidade. (MAZZA, 2015, p. 375)

A responsabilidade civil estatal, conforme analisado acima, encontra guarida na Constituição Federal de 1988. Nessa linha, a Carta Magna em seu artigo 5º, incisos V e X, assegura a indenização por danos materiais ou morais a uma ampla gama de interesses, quando violados. Em síntese, podemos concluir que, há que se reparar o dano injusto sofrido, quando houver a configuração do mesmo.

Nesse sentido, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, no que se refere ao dano indenizável, leciona que quem fere direito alheio tem o dever de indenizar. Melhor dizendo, quem sofreu gravame em um direito tem título jurídico para postular indenização. (2009, p. 1010)

Considerando a precariedade presente na grande maioria das penitenciárias e presídios brasileiros, é evidente que diariamente, grande parte dos presos sofrem danos, como por exemplo, danos à saúde decorrente da precariedade da assistência à saúde, bem como danos morais resultantes da situação insalubre e desumana a que são diariamente expostos.

Em 1972, o Promotor Público José Francisco Rudge Bastos, em artigo publicado na Revista *Justitia*, sob o título *Da Responsabilidade Civil do Estado pelos Danos Causados ao Sentenciado*, já mencionava que o preso cumpre pena diversa da que foi condenado, não prevista na lei, uma vez que “a poluição do cárcere com seus sectários inúmeros, determinando traumas e doenças mentais no sentenciado, constituem o dano moral, ofensa ao preceito constitucional, também indenizável desde que devidamente comprovado.” (p. 145)

Outro exemplo de danos normalmente experimentados pelos detentos, decorre do fato de a desestruturação do sistema penitenciário, implicar na perda do direito de obter benefícios como a progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena.

Isto porque, a Lei de Execuções Penais em seu artigo 126 prevê que a cada 3 (três) dias trabalhados, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir 1 (um) dia de pena, bem como que, a cada 12

(doze) horas de frequência escolar divididas, no mínimo em 3 (três) dias, 1 (um) dia de pena a remir. (BRASIL, 1984)

O Promotor Público José Francisco Rudge Bastos, afirmava que “a falta de trabalho, remunerado, nas Cadeias Públicas, aos sentenciados, dá ensanchas, pela teoria do risco administrativo, à responsabilidade civil do Estado. Está aí o dano material sofrido pelo sentenciado ao longo do cumprimento da pena.” (1972, p. 145)

Deste modo, sendo o detento tolhido de seu direito ao estudo ou ao trabalho, o mesmo é também tolhido de seu direito à remição, o que, conseqüentemente, faz com que o mesmo fique encarcerado durante um lapso temporal maior do que se lhe fosse concedido tal direito.

Assim, tendo o detento sofrido um dano indenizável, verifica-se a responsabilidade do Estado em indenizá-lo. Entretanto, neste diapasão, cumpre esclarecer que a responsabilidade civil do estado não pode decorrer da existência de um dano presumido, fazendo-se necessária a configuração de um dano concreto, ou seja, deve ser demonstrado a partir de elementos concretos da realidade do detento, tais como o “espaço físico individual disponível na cela, a salubridade do ambiente, as condições estruturais do presídio e as deficiências na prestação das assistências material, de saúde, laboral e educacional.” (BARROSO, 2015, p. 36)

Destarte, diante da realidade vivenciada pelo detento enquanto recolhido nos estabelecimentos penais, deve ser comprovado o dano sofrido pelo mesmo.

Conforme explanado no segundo capítulo, um dos elementos determinantes da responsabilidade civil é a existência de uma conduta do agente causador, seja ela omissiva ou comissiva. Deste modo, passa-se à análise da conduta estatal ensejadora do dano moral indenizável ao detento.

A conduta estatal ensejadora dos referidos danos pode ser analisada sob dois aspectos, sendo sob o aspecto positivo: conduta comissiva (colocar o indivíduo no estabelecimento prisional inadequado); ou, sob o aspecto negativo: conduta omissiva (deixar de dispor recursos materiais para a construção e melhorias dos estabelecimentos prisionais).

3.3.1. Conduta Comissiva

Analisando-se sob o aspecto positivo, não há controvérsias em relação à responsabilidade estatal, tendo em vista que ao praticar-se uma ação que venha resultar um dano, o Estado responderá objetivamente na variante do risco administrativo, independentemente da análise da culpa (negligência, imperícia e imprudência).

Extraindo a referida premissa para a presente temática, a ação estatal causadora de danos indenizáveis ocorreria no momento em que o Estado encaminha o apenado ou o preso cautelar, ao estabelecimento penal que se encontra em más condições. Portanto, há de se deixar claro que a ação do Estado que caracteriza a responsabilidade civil, não consiste na decretação da prisão cautelar ou da prisão definitiva, mas sim do encaminhamento de presos a determinado estabelecimento em condições precárias.

Neste sentido o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, no julgamento do Recurso Especial nº 580/252 do Mato Grosso do Sul, ao proferir seu voto, entendeu que a responsabilidade civil sofrida pelo detento exposto à condições insalubres nos estabelecimentos prisionais decorre de uma conduta comissiva do Estado, sustentando que: “a responsabilidade civil do poder público é por ação, e não por omissão. Afinal, o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres.” (STF, 2015, p. 38)

Destarte, partindo-se de uma premissa de que os danos indenizáveis decorrem de uma ação estatal, caracterizar-se-á a responsabilidade estatal objetiva na variante do risco administrativo, ao passo que conforme já explanado no capítulo 2.2 deste artigo, atualmente a responsabilidade civil do Estado é regida pela teoria da responsabilidade objetiva na variante do risco administrativo, conforme dispõe o artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

3.3.2. Conduta Omissiva

Por outro lado, no que se refere aos danos causados por uma conduta omissiva, sendo aquela em que o Estado deixa de agir, ou seja, não consegue impedir um resultado lesivo, a doutrina e a jurisprudência divergem em relação a qual teoria da responsabilidade deve ser aplicada, a teoria objetiva ou a teoria subjetiva, eis que a legislação brasileira não possui qualquer solução expressa para as hipóteses de condutas negativas.

Primeiramente, insta salientar que não é qualquer conduta omissiva praticada pelo Estado que faz surgir o dever de indenizar, fazendo-se necessário que tal omissão seja relevante juridicamente.

Portanto, não deve o Estado responder por omissões genéricas, eis que o mesmo não se trata de um segurador universal, o qual responde por todo e qualquer dano. Variavelmente, em casos de omissão específica, onde se pode precisar, concretizar, delimitar o nexos causal entre a omissão estatal e o dano, o Estado possui o dever de indenizar.

O doutrinador Felipe Peixoto Braga Netto, em sua obra intitulada Manual da Responsabilidade Civil do Estado, leciona que “estando patente a inação estatal, é possível que o dever de indenizar se faça presente. Quanto mais específica for a omissão, diante do dever de agir, concreto e palpável, que se impõe ao Estado, mais claro será o seu dever não cumprido. (2015, p. 191)

Por sua vez, o autor Amaro Cavalcanti complementa que “a omissão apontada é causa eficiente do dano, de maneira tão manifesta e irrecusável, como se ele proviesse de um ato realmente positivo, ilegal ou culposos, do representante do Estado.” (1957, *apud*, Netto, 2015, p. 191)

As divergências doutrinárias e jurisprudenciais começam a surgir, eis que uma primeira corrente entende que, se o dano resulta de uma omissão estatal, faz-se necessário a demonstração do elemento subjetivo, a culpa. Ou seja, no caso de uma conduta omissiva, faz-se necessário a demonstração da efetiva negligência, imprudência ou imperícia.

Neste sentido, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo, ensina que quando o dano decorre de uma conduta omissiva a responsabilidade seria subjetiva, ou seja, “quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficiente) é que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva.” (2009, p.1002/1003)

Na mesma linha, há entendimento jurisprudencial no sentido de que, quando o dano decorrer de uma omissão estatal, deve-se aplicar a teoria subjetiva. Neste diapasão, o Ministro Carlos Velloso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº179.147, entendeu que “em se tratando de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade passa a ser subjetiva, exigindo dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imprudência ou imperícia, não sendo, entretanto, necessário individualiza-la.” (STF, 1997)

Por outro lado, uma segunda corrente entende que a conduta negativa do Estado, deve ser apreciada através da responsabilidade objetiva na variante do risco administrativo. Nesse sentido, o Ministro Joaquim Barbosa já proferiu entendimento, contrariando o exposto acima, no Recurso Especial nº 409.203, veja-se:

Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constitui, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. (STF, 2007)

Portanto, se o Estado se mantém inerte à determinada atividade e tal atividade é causadora imediata e direta do dano, no entendimento desta segunda corrente, o Estado deveria ser responsabilizado objetivamente, independente da comprovação do dolo ou da culpa.

Para esta corrente, no entanto, para que a responsabilidade seja objetiva em se tratando de conduta omissiva, faz-se necessário que tenha sido o próprio Estado quem constituiu os fatores que propiciaram decisivamente a ocorrência do dano, melhor dizendo, quando embora a ação danosa, propriamente dita, não tenha sido ocasionada pelo Estado, a omissão do poder público foi determinante para que o dano ocorresse.

Tal entendimento doutrinário se encaixa perfeitamente à temática estudada neste artigo, uma vez que os atuais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, caminham no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva nos casos de omissão estatal, ainda mais quando os danos indenizáveis ocorrem no interior de Penitenciárias.

Nesse sentido, a Suprema Corte fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento.” (STF, 2016, RE 841.526)

A tese de repercussão geral fixada pelo STF corrobora o entendimento do doutrinador Alexandre Mazza, o qual se posiciona no sentido de

que ao privar determinada pessoa de sua liberdade, a responsabilidade do Estado acaba se tornando mais acentuada do que aquela que rege as relações gerais. Assim, inicia-se uma relação de sujeição especial, denominada pelo doutrinador como relações de custódia. (2015, p. 383)

Na mesma linha, o Ministro Luís Roberto Barroso em recente voto proferido no Recurso Especial nº 580.252 aduziu que:

[...] a definição da natureza da responsabilidade civil no caso deve considerar a particularidade de que os presos encontram-se sob a custódia do Estado. Nessa situação, estão inseridos em uma instituição total, na qual se submetem inteiramente ao controle do poder público e dependem de agentes estatais para quase todos os aspectos de sua vida, inclusive para o atendimento de suas necessidades mais básicas e para sua autoproteção. Como contrapartida, o Estado assume uma posição especial de garante 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 da liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida. (STF, 2015, p. 38)

O referido Ministro ainda complementa que quando: “[...]o dano moral causado decorra de uma omissão estatal, tratando-se do descumprimento do dever constitucional de guarda, o poder público é obrigado a repará-lo.” (BARROSO, 2015, p. 39)

Deste modo, conclui-se que, quando o Estado possui uma relação de sujeição especial, ou seja, posição de garante e causar um dano por uma conduta omissiva, a responsabilidade será objetiva na variante do risco administrativo.

Corroborando todo o exposto acima, temos diversos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à sujeição especial de garante do Estado, como nos casos de dano causado a aluno por outro aluno em escola da rede pública conforme Recurso Extraordinário nº 109.615 (1996), de morte de detento por colegas de carceragem, conforme Recurso Extraordinário nº 272.839 (2005), de lesões corporais sofridas por menores internados em centro socioeducativo em decorrência de incêndio, conforme Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 669.001(2012) e de suicídio de detento, conforme Recurso Extraordinário com Agravo nº700.927. (2012)

Portanto, quando o Estado propicia uma situação favorável à ocorrência de um dano, este responde de forma objetiva na variante do risco administrativo. Vale dizer, ao prender (conduta comissiva) uma pessoa pela prática

de um crime e o colocar sob sua guarda, mantendo-se inerte às situações precárias e insalubres (conduta omissiva), o Estado constitui fatores que propiciarão decisivamente a emergência de um dano ao preso.

3.4. A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.

No que se refere à responsabilização pelos danos causados às pessoas presas em condições precárias e insalubres, o Estado fundamenta sua defesa, alegando que tal responsabilidade estatal encontra óbice na teoria da reserva do possível, argumentando que:

[...] as atuais condições carcerárias e a superlotação seriam o reflexo da incapacidade material do Estado de destinar mais recursos para a melhoria das condições do sistema penitenciário. Ou seja, o Estado não poderia ser responsabilizado diante de uma opção política legítima levada a cabo pelos representantes eleitos na elaboração da lei orçamentária, no sentido de priorizar a destinação de recursos para outras demandas sociais. (STF, 2015)

Ao tratar do assunto, o autor Alexandre Mazza afirma que “tornou-se comum a utilização, pela Fazenda Pública, da chamada tese da reserva do possível, como excludente da responsabilidade estatal na implementação de direitos sociais e políticas públicas.” (2015, p. 382)

Segundo o doutrinador Silas da Rocha Furtado:

A regra é de que limitações orçamentárias não podem legitimar a não atuação do Estado no cumprimento das tarefas relacionadas ao cumprimento dos deveres fundamentais. A exceção, em que se aplica a teoria da reserva do possível, é admitida em situações em que seja demonstrada a impossibilidade real de atuação do Estado em razão das limitações orçamentárias. Assim, se existem recursos públicos, mas se optou pela utilização em outros fins, não voltados à realização dos direitos fundamentais, não é legítima a arguição da teoria da reserva do possível. (2010 *apud* MAZZA, 2015, p. 382)

Impossível se eximir de tal responsabilidade recorrendo-se à cláusula da reserva do possível, ao argumento de que não haveria recursos financeiros do Estado suficientes para manter condições mínimas de dignidade aos presos. Isso porque o condicionar os presos nas condições citadas viola o núcleo essencial do direito fundamental à dignidade humana, não sendo passível de ser afastado: se não há recursos estatais para prender de modo digno, deve-se então adotar punição alternativa, como exemplo, a prisão domiciliar (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ, 2013, p. 18)

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já proferiu entendimento no sentido de que é impossível o emprego da cláusula da reserva do possível nos casos em que pretende-se anular direitos fundamentais conferidos pela Constituição, tal como ocorre em relação aos presos. Em decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45, reconheceu que a cláusula da reserva do possível:

[...]não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. (STF, 2004)

Interpretando-se a *contrarium sensu*, o Estado estaria negando a uma minoria, no caso aos presos, a titularidade de direitos, afrontando assim, o princípio da dignidade da pessoa humana. É alarmante que o Estado tenha que indenizar o particular em situações de menor potencial ofensivo à dignidade, mas se negue a indenização àqueles que estão jogados a triste realidade do Sistema Carcerário (BARROSO, 2015, p. 42)

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, o princípio da reserva do possível não pode ser considerado no âmbito da responsabilidade civil do Estado, “mas apenas em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas” (STF, 2015)

Em seu artigo Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana, a autora Ana Paula de Barcellos, afirma que a explicação para esta situação está no fato de a sociedade brasileira “não ter incorporado 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” (2010, p. 1)

Nesse sentido, a doutrinadora Fernanda Marinela afirma que “o Poder Público não pode se eximir de suas obrigações com fundamento no princípio da reserva do possível; e mais, o mínimo existencial, condição de sobrevivência para qualquer ser humano, tem que ser prestado, não tendo o ente como escapar” (2015, p. 965)

Finalizando, Barroso afirma que “os crimes cometidos pelos presos não conferem ao Estado a prerrogativa de trata-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” (STF, 2015, p. 44)

Assim, ao entender de modo diverso, ou seja, ao negar-se indenização aos presos que se encontram em situações precárias devidamente comprovadas, apenas pela invocação da reserva do possível, o Poder Judiciário estaria se contrariando, uma vez que diversas indenizações são conferidas à pessoas que, por exemplo, permanecem em filas de banco ou que tem seus voos atrasados. Portanto, o judiciário entraria em uma linha totalmente incompatível com a Constituição Federal, especialmente com o princípio básico da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, a conclusão é que o Estado possui o dever de indenizar os danos causados àqueles que encontram-se em sua guarda, através da responsabilidade objetiva na variante do risco administrativo, independentemente de ser a conduta comissiva ou omissiva, sendo totalmente indevida a aplicação da teoria da reserva do possível com a finalidade de afastar a responsabilidade civil do Estado.

4. A REMIÇÃO DA PENA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA

Não há controvérsias de que o sistema prisional brasileiro e encontra falido. Igualmente, não há como se negar que a conduta estatal, seja comissiva ou omissiva, está gerando danos àqueles que encontram-se custodiados em penitenciárias insalubres e indignas, bem como que o Estado deve ser civilmente responsabilizado em razão de sua conduta causadora de danos.

Diariamente, diversas alternativas à prisão são apresentadas a fim de evitar que sejam os detentos vítimas de danos decorrentes das péssimas estruturas das penitenciárias brasileiras, sendo exemplos: a harmonização da prisão em prisão domiciliar e a colocação em liberdade mediante a utilização de tornozeleiras eletrônicas.

Entretanto, o presente capítulo tratará da forma em que o Estado deverá indenizar o preso após o mesmo já ter experimentado danos decorrentes da

falibilidade do sistema penitenciário, ou seja, não cuidará o presente capítulo acerca de formas para evitar a ocorrência do dano, mas, sim, da forma de indenização após a efetiva ocorrência do evento danoso.

Assim, surge a indagação acerca da forma que o Estado deve indenizar o detento, ou seja, se deveria ser, necessariamente, de forma pecuniária ou se deveria buscar outras alternativas à referida indenização.

Em pesquisas e estudos realizados, a alternativa que melhor se encaixa à presente temática, é apresentada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que em voto proferido recentemente, apontou como solução, “a remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao artigo 126 da Lei de Execução Penal, que prevê: ‘o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, [...], parte do tempo de execução da pena.’” (2015, p. 46)

Acrescenta que “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.” (BARROSO, STF, 2015, p. 47)

Portanto, se fosse reconhecida a referida alternativa apresentada pelo Ministro Barroso e que a quantidade de dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes a ser considerado para fins de remição, fosse o equivalente à 10 dias, o preso que permanecesse em determinadas condições, possuiria direito à remir 1 dia de pena a cada 10 dias de prisão.

Tal alternativa, inclusive, é admitida na Itália e aprovada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual entende se tratar de “uma reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção, com a vantagem inegável de contribuir para o problema da superlotação.” (2014, *apud*, BARROSO, STF, 2015, p. 47)

Insta salientar que, a alternativa da remição possuiria um caráter subsidiário, tendo em vista que, se a remição não fosse cabível, o Estado deveria indenizar pecuniariamente. Barroso exemplifica que, “nos casos de detentos que já tivessem cumprido integralmente a pena ou de preso provisório que tivesse se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido”, não haveria como aplicar a remição, portanto, a indenização pecuniária seria a solução a estes casos. (STF, 2015, p. 47)

Deste modo, analisando o exposto acima, tem-se que a remição seria a melhor alternativa à indenização pecuniária. Isso porque, a fixação de uma reparação pecuniária não é uma resposta efetiva ao dano sofrido pelo preso, tendo em vista tratar-se de uma solução de pouca valia, compensar financeiramente uma pessoa que se encontra presa, sendo que este continuaria recluso nas mesmas condições precárias e ainda, sequer poderia fazer uso do valor indenizatório.

Por outro lado, “a solução alvitrada, ao revés, efetivamente minora as violações à dignidade, pois permite que o detento cumpra um menor tempo de prisão, aplacando o prejuízo moral a que é submetido diariamente.” (BARROSO, STF, 2015, p. 52)

Outro fator importante a ser mencionado, está relacionado ao sistema prisional, uma vez que a remição acelera o cumprimento da pena, fazendo com que o recluso, que comprovasse as condições precárias e fizesse jus à indenização, conquistasse sua liberdade de maneira mais rápida.

Além disso, Barroso aponta que tal solução encontra-se guarida ao particular momento vivido pelo Estado brasileiro, afirmando que seria uma ótima solução do ponto de vista da responsabilidade 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. A concessão da remição da pena como meio prioritário de reparação não apenas permite que os governos estaduais apliquem verbas no sistema prisional, sem prejuízo da sua situação fiscal, mas também pode produzir, no médio prazo, a diminuição de custos suportados pelos Estados com a manutenção de presos nos cárceres. E isso tudo sem negar à população carcerária o direito à reparação das lesões morais comprovadamente suportadas. (STF, 2015, p. 53)

Portanto, a solução apontada pelo Ministro Luís Roberto Barroso se encaixa perfeitamente ao tema contido neste artigo, bem como que, nas palavras do referido Ministro, tal solução “é melhor em termos de responsabilidade fiscal, é melhor para o sistema prisional e é melhor para o preso.” (STF, 2015, p. 51)

5. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado adveio de uma longa evolução histórica, a qual situou-se progressivamente em três fases, sendo estas, a fase da irresponsabilidade estatal, a fase da responsabilidade subjetiva e por fim, a fase da responsabilidade objetiva do Estado.

Atualmente, no Brasil, a responsabilidade civil do Estado situa-se nesta terceira fase da responsabilidade estatal, de modo que a responsabilidade será objetiva na variante do risco administrativo. Ou seja, não há necessidade da comprovação da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), entretanto a responsabilidade do Estado pode ser reduzida ou excluída se houver a demonstração de culpa da vítima, culpa de terceiro ou caso fortuito ou de força maior.

O Estado possui o poder e dever de aplicar a reprimenda àquele que violou o ordenamento penal. Entretanto, a aplicação da pena deve obedecer a alguns princípios constitucionais, dentre eles o princípio da legalidade, segundo o qual a pena deve ser cominada por lei anterior ao fato e executada conforme determina a legislação, e ainda, ao princípio da humanidade, segundo o qual o Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou lesionem a constituição físico-psíquica do condenado.

Contudo, diante da atual realidade do sistema penitenciário, verifica-se que além de a pena não ser executada conforme dispõe a legislação, já que os parâmetros descritos na Lei de Execuções Penais não são obedecidos, os presos frequentemente são tolhidos não apenas de sua liberdade, mas também de sua dignidade, ao passo que são expostos à uma condição degradável e desumana. Não bastasse, os presos ainda são restringidos de seu direito à saúde, trabalho, estudo, entre outros.

Tais restrições impostas aos detentos, podem causar ao mesmo danos indenizáveis, eis que uma vez descumpridas as legislações penais e que tratam sobre o modo como os presos devem ser recolhidos, tem-se o Estado praticando uma conduta ilícita. A conduta estatal causadora de tais danos, pode ser vista sob um aspecto positivo – conduta comissiva – e sob um aspecto negativo – conduta omissiva.

Neste primeiro aspecto, a conduta estatal causadora do dano se revela no momento em que o preso é encaminhado ao estabelecimento prisional, enquanto no segundo aspecto, a conduta estatal causadora do dano se revela na inércia do estado ao investir em estruturas para o cumprimento de uma pena ou de uma medida cautelar de prisão em um estabelecimento adequado.

Independentemente do viés a analisar a conduta estatal (positiva ou negativa), da elaboração do presente artigo, vislumbrou-se que deve o Estado

responder de forma objetiva na variante do risco administrativo. Ou seja, não haverá a necessidade da demonstração da culpa estatal, não cabendo ao Estado alegar em sua defesa a cláusula da reserva do possível.

Diante do dever de indenizar, já que presentes os requisitos para configuração da responsabilidade civil estatal, quais sejam, conduta, nexo causal e dano, observa-se a necessidade de se pensar em uma outra forma de indenização que não a pecuniária.

Assim, sugere-se a indenização mediante remição da pena, uma vez que o Estado não possuiria condições, do ponto de vista fiscal, para sanar todos os danos causados e ainda, tal alternativa contribui muito para o cumprimento de pena do apenado, que ao comprovar ter experimentado o dano cometido pelo estado, teria sua pena remida, ou seja, teria sua pena diminuída.

Portanto, conclui-se que a precariedade do sistema penitenciário, a qual tende apenas a aumentar, tendo em vista a inexistência de ações concretas do Poder Público visando a adequação da realidade existente nos presídios à legislação pertinente, seja a curto ou a médio prazo, somado à conduta danosa que o Estado pratica diariamente ao encaminhar (conduta comissiva) ou deixar (conduta omissiva) o preso nas condições precárias de encarceramento, necessário se faz buscar alternativas para a indenização pecuniária, qual seja, a remição de pena.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos De. **Curso de direito administrativo**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula De. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, mai./ago. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

BASTOS, José Francisco Rudge. **Da Responsabilidade civil do estado pelos danos causados ao sentenciado**. Revista Justitia, v. 34, n. 78, p. 127-147, set. 1. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/7x6z8y.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

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

_____. **Decreto-Lei nº 592, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execuções Penais.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45-9**, Voto Ministro Celso de Mello. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Autor: Partido da Social Democracia Brasileira. Arguido: Presidente da República. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347**, Voto Ministro Celso de Mello. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Autor: Partido da Social Democracia Brasileira. Arguido: Presidente da República. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 179.147**, Ato omissivo do poder público: morte de presidiário por outro presidiário: responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: faute de service. C.F., art. 37, § 6º. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Analia Vieira dos Santos. Relator: Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+179147%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+179147%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8ugrnp>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 409.203**, Responsabilidade civil do estado. art. 37, § 6º da constituição federal. Faute du service public caracterizada. Estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei. Configuração do nexó de causalidade. Recurso extraordinário desprovido. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lucia Terezinha Pereira Lorio. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28409203%2EENUME%2E+OU+409203%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovbdoq9>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 580.252**, Voto Ministro Luís Roberto Barroso, Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580252%2EENUME%2E+OU+580252%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q8fqdf3>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 841.526**, Se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do Estado. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Simone Jardim. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4645403>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

CAVALCANTI, Amaro. 1957, *apud*. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do estado**: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. **Polícia investigará tortura em presídio de Joinville**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/policia-civil-investigara-tortura-presidio-regional-joinville>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

DEPUTADOS, Câmara Dos. **Comissão parlamentar de inquérito do sistema carcerário**. Brasília, 2009.

FURTADO, Silas da Rocha. 1957, *apud*. MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HUMANOS, Comisión Interamericana de Derechos. **Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**, 2011, p. 175. *apud*. LIBERDADE, Partido Socialismo e. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 347**. Rio de Janeiro, 2015.

_____, Corte Europeia de Direitos. 2014, *apud*. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n° 580.252**, Voto Ministro Luis Roberto Barroso, Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580252%2E+OU+580252%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q8fqdf3>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

JUSTIÇA, Conselho Nacional De. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**: Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF. Brasília, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MINORIAS, Comissão de Direitos Humanos e. **Regras mínimas para o tratamento dos reclusos**. Genebra, 1955.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da responsabilidade civil do estado**: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUCCI, Guilherme De Souza. **Código penal comentado**. 14ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

PARANÁ, Defensoria Pública do Estado do. **Pedido de relaxamento de prisão**

ilegal. 2013. 48 f.. Petição, Vara Criminal do Foro de Pinhais da Comarca da região metropolitana de Curitiba, 2013.

UOL. Por falta de material higiênico, presas improvisam miolo de pão como absorvente no interior de sp. Disponível em:

<<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/01/24/por-falta-de-material-higienico-presas-improvisam-miolo-de-pao-como-absorvente-no-interior-de-sp.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.