



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Graduação em Direito

ANA CLARA SOUSA E SILVA

**PRESOS EM CELAS SUPERLOTADAS: O PROBLEMA DO PAGAMENTO
INDENIZATÓRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS**

Brasília
2017

ANA CLARA SOUSA E SILVA

**PRESOS EM CELAS SUPERLOTADAS: O PROBLEMA DO PAGAMENTO
INDENIZATÓRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: José Carlos Veloso Filho

Brasília
2017

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar o direito do preso em cela superlotada a requerer do Estado reparação por dano moral resultado da omissão em relação ao seu dever de custódia e negligência do poder público em relação ao sistema carcerário, considerando a relevância da matéria no direito administrativo. De igual modo, inicialmente será apresentado o conceito de responsabilidade extracontratual do Estado, principais conceitos de danos morais, teoria e função social da pena e sua execução do Brasil. Será abordado ainda políticas públicas criadas para evitar a judicialização de matérias relativas a inércia do Estado. A diante, será tratado a controvérsia de caráter econômico-social que o possível pagamento desta indenização tende a gerar, bem como seus efeitos.

Palavras-chave: Responsabilidade Extracontratual do Estado – superlotação carcerária – indenização – danos morais

Sumário

INTRODUÇÃO	5
1 A Responsabilidade Extracontratual do Estado.....	8
1.1 A Responsabilidade e a Reparação	9
1.2 A Responsabilidade e a Indenização por Danos Morais	12
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO A ESTES DIREITOS.....	19
2.1 Teoria e Função social da Pena	19
2.2 A Pena e Sua Execução no Brasil.....	23
2.3 Políticas Públicas de Direitos dos Apenados	27
2.4 Alternativas para Reparar o Sistema Penitenciário Brasileiro.....	33
3 Danos Morais e a Emblemática acerca do Pagamento dessa “Indenização”	36
3.1 Redescobrimo a Vítima	40
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS:	45

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal diz no inciso X do artigo 5º, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O artigo 186, do Código Civil Brasileiro, concede o direito de exigir a reparação de danos (em geral), como segue; “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Por sua vez, o artigo 927, da mesma lei, complementa trazendo em seu texto a obrigação à reparação por aquele que causa dano a outrem.

Sob esse prisma, a fim de explanar o tema acerca da indenização a presos em celas superlotadas, não obstante a posituação desses direitos, tem-se como exemplo uma Ação de Danos Morais apresentada por detento, em 22/07/2003, sob o nº 0005157-18.2003.8.12.0008, em face do Estado do Mato Grosso do Sul tendo em vista a responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) havia entendido que o estado deveria compensar o detento, por danos morais, em R\$ 3 mil reais ao mês, até o fim do cumprimento da pena, por conta da omissão que levou às condições degradantes do presídio.

Segundo o acórdão do TJMS, o governo teve uma conduta culposa. Os desembargadores, por maioria, entenderam que “demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal não foram sanados, após o decurso de um lapso quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do estado (culpa administrativa).

Em semelhante caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o dever de indenizar danos morais decorrentes de superlotação em carceragem (Resp 873.039-MS, Relator: Ministro Luiz Fux). No caso, um preso, por meio da defensoria pública, interpôs ação ordinária de indenização, argumentando que sofrera profundos constrangimentos pelo fato de ter sido posto em cela na qual se encontravam 370 pessoas, quando na realidade, seu espaço só comportava 130 detentos.

O constrangimento, a vergonha, a angústia, são fatores considerados irreparáveis e, portanto faz jus a indenização tida por moral. Mas por esse motivo é importante lembrar que não são apenas os presos que sofrem. O povo, de um modo geral, sofre. A questão principal deste trabalho, não é apenas comprovar que o Estado tem ou não o dever de indenizar presos que se encontrem em situação de abandono em sua custódia, mas também trazer a luz o problema que isto tende a acarretar.

O Estado tem que prover meios para garantir os direitos fundamentais de todos, mas a falta de políticas públicas e investimentos dos governos para antecipar o problema acaba gerando um ciclo vicioso, onde o estado não investe em melhorias por falta de verba, acaba sendo sentenciado a reparar o dano que isso causa, usa o dinheiro que já é escasso para pagar a indenização e continua sem verba para a política pública preventiva. Isto acaba se repetindo em outros setores como saúde, educação, moradia, trabalho, que são escassos para uma pequena parte da população tida como livre, e, o Estado passa a ser apenas um “indenizador”.

Não se está dizendo que os presos não tenham o direito de querer mais e de cobrar do Estado. O interesse na presente discussão se sustenta no quão válido é falar em danos morais aqueles que evidentemente por um descuido moral acabaram presos. Certo é que não se pode desprezar os direitos constitucionalmente garantidos, porém, tal prestação deve respeitar os limites que derivam de fatos específicos.

Para a consecução da presente monografia, foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros, utilizados periódicos, tais como Revistas

Jurídicas, acompanhamento processual, Informativos Jurídicos por meio eletrônico, para entender as condições carcerárias e fazer análises sobre a necessidade do dano moral a quem é submetido a tal tratamento.

1 A Responsabilidade Extracontratual do Estado

O poder estatal está dividido em três tipos de papéis a serem por ele desempenhados; o administrativo, o jurisdicional e o legislativo. Quando se pensa em dano decorrente do comportamento de um desses poderes do Estado, executivo, legislativo e judiciário, vem em mente a responsabilidade da Administração Pública. Ocorre que responsabilidade, necessariamente, deriva-se do comportamento daquele com personalidade jurídica, nesse caso, o Estado, que é pessoa jurídica titular de direitos e obrigações, ou ainda, as pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam¹.

A responsabilidade extracontratual do Estado restringe-se a responsabilização do âmbito civil e de ordem pecuniária. É de natureza patrimonial decorrente de ato lícito ou ilícito que por ação ou omissão no dever do Estado provoca dano a terceiro. Observa-se que neste caso o ato danoso não precisa ser essencialmente ilícito, como acontece com o direito privado. A diferença se dá em razão de um ônus apenas a determinadas pessoas, quando é de sua responsabilidade zelar pela igualdade em suas razoáveis proporções².

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a responsabilidade extracontratual do Estado³ é tida por uma responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, o que implica em uma obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam atribuíveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Portanto, pode-se dizer que o Poder Público também participa do entendimento de que qualquer sujeito de direito poderá ser responsabilizado por

¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 642.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 642.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p 876.

eventual prejuízo causado a terceiro em razão de seu comportamento. Bandeira⁴ traz ainda que o dever estatal de ressarcir as vítimas de qualquer atitude danosa do Estado tem o entendimento unificado por todos os povos, legislações, doutrina e jurisprudência universais.

1.1 A Responsabilidade e a Reparação

A ideia de reparação por lesão causada aos bens jurídicos de terceiro de certa forma é uma ideia atual, embora a responsabilidade de reparar já existisse, essa responsabilidade pública⁵ é fruto de um direito mais moderno.

Ainda que haja um entendimento generalizado quanto ao dever de reparação do Estado por diversos países, diferentes teorias têm sido elaboradas, ramificadas de regimes normativos distintos, como a aplicação dos princípios de direito privado ou ainda o regime publicístico, que leva em consideração a culpa administrativa ou a culpa do serviço público.⁶ No entanto, é possível afirmar que de forma geral essa responsabilidade pública seguiu por três teorias principais, quais sejam; teoria da irresponsabilidade do Estado, teoria da responsabilidade subjetiva do Estado e teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Antes de explanar as teorias é cabível dizer que há contradição dos autores quanto a termos específicos, o que alguns nomeiam por culpa civil, outros entendem como culpa administrativa, da mesma forma quanto à divisão das próprias teorias, alguns entendem que a teoria da responsabilidade do estado é uma teoria distinta a outros que simplesmente a subdividem em teoria da culpa administrativa e teoria do risco administrativo.

Pode-se dizer que a teoria da irresponsabilidade nasceu com o regime das monarquias absolutistas, o Estado era a máxima autoridade, não existia, portanto, razão para ser contestado. Logo não era possível que o próprio Estado violasse a sua lei. A ideia que essencialmente a teoria da

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p 876.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 643

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 643.

responsabilidade remete traduz-se no princípio “The King can do not wrong”⁷, que corresponde a: o rei não pode errar⁸, em português.

Ou seja, quando se falava em irresponsabilidade do Estado ligava-se isto diretamente a ideia de soberania, o Estado estava acima de suas próprias imposições, logo não há que se falar em dever de reparar dano por ele causado. Apesar de sua autoridade incontestável, isso não significa uma total desproteção aos administrados. Mais tarde, já como uma visão menos absolutista, como tutores do direito, alguns países se preocuparam em criar normas específicas onde era previsível a culpa do Estado, por exemplo,⁹a França que detinha dispositivo legal sobre danos oriundos de obras públicas.

Quando passou-se a admitir a responsabilidade do Estado, vieram as teorias civilistas que trouxeram consigo a ideia de *culpa*, chamada responsabilidade subjetiva. O que corresponderia ao Estado ser responsabilizado somente pelos atos de gestão, que seriam aqueles atos praticados pela administração que não tem caráter exclusivo do poder público, ou seja, em situação de igualdade com os particulares. Enquanto que os chamados atos de império, compostos de atos com privilégios e prerrogativas de autoridade, seriam ainda regidos por um direito especial e, portanto não ensejam a reparação¹⁰.

Essa teoria, no entanto foi alvo de muita discussão, pois não é tarefa fácil dividir a personalidade do Estado de forma que sua aplicação também tornou-se dificultada pra não dizer impossível, visto que era fácil classificar todos os atos do Estado como sendo atos de gestão. Além disso, abandonando a distinção entre atos de império e atos de gestão, essa teoria evoluiu no que diz respeito à imputação de culpa ao serviço, e não ao agente público prestador deste serviço. Quando demonstrada a culpa, conforme Di Pietro¹¹, “procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos”.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p 884

⁸ Tradução livre do autor.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p 884

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 645.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 645.

A responsabilidade subjetiva do Estado resume-se bem em dizer que é a obrigação de ressarcir terceiro de ato danoso que por ele dado causa com culpa, ou ainda, quando, também por culpa deixou de evitar que ocorresse quando poderia fazê-lo. A culpa nesse caso é o elemento tipificador da responsabilidade subjetiva¹².

Já a responsabilidade objetiva do Estado, consiste na mera relação causal entre o comportamento e o dano. Ou seja, é a obrigação de reparar quando o Estado por meio de ato lícito ou ilícito provocou ou ajudou a provocar um prejuízo ao direito juridicamente protegido de terceiro.¹³ Não é o mesmo que dizer que o Estado tem dever de reparar lesão causada em razão da atividade da administração pública necessária, mas sim a reparação do prejuízo decorrente de um dever não cumprido de forma adequada, mesmo que esse ato seja lícito. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ esses comportamentos seriam diferenciados.

Os comportamentos estariam divididos entre comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, e ainda, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. No entanto, no contexto de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

Há de se falar também, no caso de comportamentos lícitos, que se enquadrariam nas hipóteses de danos ligados a situação criada pelo Poder Público, pode-se dizer que a base da responsabilidade estatal é garantir uma divisão equilibrada dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, decorrentes de atividades desempenhadas no interesse de todos.¹⁵ Logo, seu fundamento é o princípio da igualdade, uma característica essencial do Estado de Direito.

Ante ao apresentado começa-se a ter uma ideia de reparação pautada num contexto geral, sem a necessidade de fato termos os elementos

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 646.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p 889.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p 891.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p 891

subjetivos (culpa ou dolo). Essa reparação passa a ser fruto também da possibilidade da existência do dano, por isso também é chamada de teoria do risco¹⁶.

Isso quer dizer que se a atividade do Estado simplesmente indicar um risco ao direito de terceiro isso já dá ensejo a existência da reparação. Hely Lopes Meirelles¹⁷ subdivide essa teoria como sendo duas modalidades, a do risco integral e a do risco administrativo. A modalidade do risco integral não admite nenhum tipo de causa excludente da responsabilidade, enquanto a modalidade do risco administrativo admite.

Embora por muito tempo a doutrina tenha entendido as diferentes modalidades como um sinônimo, Meirelles¹⁸ explica que o risco administrativo admite a possibilidade da contraprova da excludente de responsabilidade ante aos efeitos do ato, enquanto que no risco integral implica averiguar somente se o dano teve como causa ato ou funcionamento de um serviço público.

Portanto, independente da qualificação dada ao risco – administrativo ou integral¹⁹ – o que acaba sendo observado são os fatores que deram causa ao ato lesivo, o que permite a atenuação ou exclusão da responsabilidade do Estado na verificação do que virá a ser ressarcido.

1.2 A Responsabilidade e a Indenização por Danos Morais

A responsabilidade deriva-se de uma atitude ou omissão em relação a uma norma de ordem jurídica ou não, mas que imputa um ato de reparação ou gera uma consequência peculiar em um contexto específico ou coletivo sobre o aspecto material ou moral²⁰.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ªed. São Paulo: Malheiros, 2016.p 622.

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem

¹⁹ Ibidem

²⁰ GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 2015. 15 f. Dissertação, Advocacia Geral da União, São Paulo, 2015.

Nessa circunstância segundo Marco Antônio Bazhuni toda norma jurídica é moral, mas nem toda norma moral é jurídica²¹, isso porque as regras traçadas pelo Direito são de cunho moral e a responsabilidade jurídica advém do descumprimento dessas normas comportamentais, morais. Diferentes da norma moral, onde essas regras de comportamento são individuais sobre o amparo da ética e não necessariamente são abrangidas pelo Direito, portanto, essas regras morais não são jurídicas. Ou seja, as normas jurídicas são provenientes de costumes morais respaldados em lei, mas coexistem condutas imorais que não sejam repudiadas pela norma jurídica.

Para Paulo Cesar Correa Borges a reparação civil conceitua devolver ao prejudicado a parcela do seu patrimônio que havia sido diminuída, pela ação de terceira pessoa, ao passo que a sanção penal tem por finalidade o restabelecimento da ordem pública, ao seu status a quo ante, restando patentes as duas espécies de responsabilidade: a penal e a civil²².

A responsabilidade do Estado também faz jus à análise dos meios para uma reparação de fato dos danos causados, pois sem essa reparação não faria sentido as teorias de responsabilidade estatal.

A divisão da responsabilidade jurídica gera espécies do gênero “responsabilidade jurídica”, e dentre elas encontra-se a responsabilidade civil, penal e administrativa. Ambas as espécies visam restabelecer a ordem jurídica violada, em face da sua natureza jurídica, direta ou indiretamente. A responsabilização civil, indiretamente, por exemplo, tem por objetivo ressarcir o particular lesado, já a penal de maneira direta, pois pune o infrator em razão da violação do bem jurídico penalmente protegido. Quanto à responsabilização

²¹BAZHUNI, Marco Antônio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de Sua Atividade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p 3.

²²BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p 18.

administrativa o objetivo é socorrer de forma imediata os interesses públicos e preservar a máquina administrativa²³.

Tendo em vista a existência dos dois tipos de reparação, civil e penal, e observada sua distinção, a que se falar ainda, da responsabilidade do Estado ante a um desses atos, sem esquecer-se da responsabilidade do autor, "quando crime for cometido por condenado, ou contra esse, durante a execução de sua pena" ²⁴.

Quando se fala em responsabilidade de reparar um dano, sempre tem-se em mente um criminoso, autor do crime, e uma vítima. O criminoso é aquele que merece ser punido como uma forma de reparar o ato delituoso que cometeu.²⁵ No entanto, cabe lembrar que a vítima muitas vezes é o próprio condenado, que deveria cumprir sua pena sob custódia do Estado, mas acaba vendo o dever de proteção do Estado ao presidiário ser violado sem ter condições de exigir ver seu direito garantido.

No contexto social, assim como o judicial o tempo trouxe uma evolução de diversos fatores, desde as necessidades básicas de um ser humano e os direitos do mesmo até a responsabilidade da Administração Pública, que se iniciou na fase da irresponsabilidade da Administração, seguiu pela responsabilização civilística, e hoje tem-se a responsabilidade pública²⁶.

E com a evolução da doutrina nesse contexto foi surgindo teses a cerca, também, da culpa administrativa, que são identificadas na responsabilidade objetiva. A primeira tese nesse sentido defende que administração pode impor a vítima o ônus de provar a falta do serviço para obter a indenização. Já a teoria do risco administrativo resguarda o direito da indenização apenas pela existência do dano, no entanto a Administração pode

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 962.934** - MS. Relator: Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8779290&num_registro=200701453286&data=20110504&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 6 jun. 2016.

²⁴ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p 18.

²⁵ GARCIA, Fernanda Mathias de Souza et al. **Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Guerra, 2011.

²⁶ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p 18.

provar a culpa da vítima e nesse caso se eximir da indenização. E por último a teoria do risco integral que prevê que a Administração é obrigada a indenizar o dano por ela causado independente da existência ou não de culpa da vítima.

As Constituições de alguns dos Estados já trazem em seu conteúdo que o sistema penitenciário faz parte das competências atinentes à segurança da ordem pública, logo o comprometimento com o mau funcionamento desse sistema, sendo de sua responsabilidade a omissão das autoridades responsáveis pela implementação de medidas saneadoras dos problemas existentes, assim como sobre as ações ilícitas do funcionário público²⁷.

Segundo Renan Miguel Saad o dano moral vem a ser a lesão de interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo e gerador de direito de reparação²⁸.

É importante destacar que da violação a um direito podem ocorrer lesões de natureza patrimonial e não patrimonial daí a necessidade de identificação e conceituação do dano moral, para que se possa promover a responsabilidade civil de maneira integral²⁹.

Em se tratando de dano moral Saad afirma que “[...] existirá dano moral quando houver violação à paz, à liberdade, à integridade física, à honra, à reputação, à segurança, à tranquilidade e a quaisquer outros valores ligados ao sentimento afetivo da vítima”³⁰.

Muito se discute sobre a impossibilidade de avaliar o dano moral, no entanto entende-se que essa indenização pecuniária existe apenas para atenuar em partes as consequências do prejuízo sofrido, melhorando o futuro e amenizando o trauma. É preciso lembrar, também, que não há impossibilidade

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ªed. São Paulo: Malheiros, 2016.p 546/7.

²⁸ SAAD, Renan Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p 91.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

jurídica do pedido desse ressarcimento moral, visto que os bens não patrimoniais também são jurídicos³¹.

Haja vista, portanto, que a responsabilidade do Estado de indenizar a lesão do direito alheio mediante uma reparação pecuniária é puramente civil e não se distingue da responsabilidade dessa natureza que é reputada a qualquer um que cometa um delito ou um crime. No entanto é preciso entender que para que exista essa indenização por parte do Estado é preciso um ato danoso causado a um administrado pela Administração Pública e o dano moral é a denominação dada a essa reparação³².

Hoje é possível visualizar uma mudança no foco quanto à responsabilidade civil, que passou a enfatizar a proteção a vítima de dano justo em lugar de considerar apenas a conduta culposa ou dolosa do agente. O princípio da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado garante proteção a qualquer falha na prevenção pelo dano causado³³, o que traz contradição aos pedidos de indenização por Danos Morais apresentados por detentos quando há de se pensar na proteção a vítima do dano causado por eles.

Diante das análises feitas até agora e tendo em vista a Ação de Danos Morais e os fatos anteriormente alegados, assim como as razões pelas quais o aprisionado não faria jus a reparação pelo Estado por danos causados a terceiros, pode-se dizer que o Estado, ao assumir a responsabilidade pela guarda do cidadão preso tem o dever de mantê-lo a salvo de agressões e violações a direitos inerentes às condições humanas de forma eficiente, sob pena de responsabilização por ação ou omissão no que concerne a proteção adequada ao preso, uma vez que o ordenamento constitucional vigente confere aos detentos sob sua custódia direito à integridade física e moral, conforme já demonstrado³⁴.

³¹ SAAD, Renan Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p 95.

³² Ibidem, p 92.

³³ GARCIA, Fernanda Mathias de Souza et al. **Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Guerra, 2011.

³⁴ Ibidem.

Observa-se no artigo 186 do Código Civil Brasileiro “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” E ainda o artigo 927, cabeça, do mesmo código prevê que “aquele que por ato ilícito (arts 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Sob esse aspecto a superlotação carcerária passa a ser um problema de cunho social que infringe o direito a incolumidade física e moral³⁵, cuja prestação é devida pelo Estado. A discussão em questão é se a omissão do Estado em oferecer essas condições mínimas, implicaria ou não na responsabilidade de o Estado indenizar o preso por danos morais, sobretudo quando se encontra recolhido em cela superlotada.

De acordo com Fernanda Mathias de Souza Garcia³⁶ o Supremo Tribunal Federal reconheceu à possibilidade de determinação pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo de realização de obras em estabelecimento prisional, sob o prisma dos limites da discricionariedade administrativa, de políticas públicas, da dignidade da pessoa humana e dos limites orçamentários.

É possível dizer que a omissão do Estado em construir novas unidades prisionais e evitar a superlotação carcerária enseja o aumento das tensões dos presos, eleva a violência, aumenta as tentativas de fugas e os ataques a agentes penitenciários, o suicídio do próprio preso, o que acarreta culpa do Estado sob a forma de negligência. No entanto, nem por isso, o cumprimento da pena privativa de liberdade deve transcorrer em condições precárias. E havendo conduta culposa do Estado caracterizada pela negligência no trato com os presos, vítimas da superlotação e da falta de condições mínimas de higiene e saúde comprova existente o dever do Estado de reparar os danos causados³⁷.

³⁵ GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 2015. 15 f. Dissertação, Advocacia Geral da União, São Paulo, 2015.

³⁶ GARCIA, Fernanda Mathias de Souza et al. **Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Guerra, 2011.

³⁷ Ibidem.

Discordando dessa premissa e apontando novo olhar ao tema o Desembargador Manoel Celeste dos Santos, em acórdão da segunda turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirmou³⁸:

“Destarte, não obstante toda a culpa, que desmerece de apreciação por ser de ordem objetiva, para que o Estado respondesse, necessário era que o ato causasse direta e necessariamente a morte do recolhido ao cárcere. E tal não sucede. O preso, de costume, não se mata. Suicida-se alguém que já possui em si o gérmen da doença e que pretende extinguir com a vida. E, nesse caso, o local, o ambiente, o tempo, não importa, influenciando, isto, sim, o resultado psíquico negativo limite, a carga enferma máxima psicológica do que atenta contra a vida. Não se pode atribuir ao Estado resultado que não causou, responsabilizando-o por ato exclusivo de carga psicoemocional, resultante de um contexto restrito do autocida.”

Os Danos Morais, as Garantias Fundamentais previstas na Constituição, a Responsabilidade Extracontratual do Estado, e a Teoria da Existência da Pena são problemáticas pertinentes a existência de um desequilíbrio entre as normas jurídicas sobre um mesmo tema. A ideia é alcançar um ponto de equilíbrio entre a identidade e a diferença que tais direitos guardam uns em relação aos outros, então, isso vem a ser uma necessidade pragmática para a existência de um Direito mais completo.³⁹ Para tanto é preciso delimitar o alcance das normas e a proporcionalidade delas em relação à matéria tratada, que é a responsabilidade do Estado de indenizar por danos morais presos em celas superlotadas em contrapartida a razão de existência da punibilidade por meio da pena restritiva de liberdade.

³⁸ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p 285.

³⁹ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.p.158.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO A ESTES DIREITOS

A constituição prevê o direito a integridade física e moral do ser humano, em seu art. 1º, inciso III, como uma garantia fundamental. E essa ideia de que todo ser humano deve ter atendidas suas necessidades essenciais à sobrevivência de forma digna encontra-se impregnada no contexto social e no princípio da isonomia. Os direitos próprios à personalidade garantem, sem distinção dos demais cidadãos, a tutela à dignidade da pessoa humana àquele que encontra-se cumprindo pena restritiva de liberdade.

O estudo desse tema prima pelos direitos humanos e fundamentais, especificamente no que diz respeito aos presos, tendo em vista que além do disposto na Constituição Federal para garantir a dignidade desses cidadãos apenados outros normativo jurídicos como princípios, leis e tratados internacionais direcionam a forma como deveria ser o tratamento dispensado a estes cidadãos. Assim como as Políticas Públicas relacionadas, também, a reinserção social.

2.1 Teoria e Função social da Pena

A questão posta até aqui mostra-se complexa, pois, onde, de um lado é perfeitamente compreensível a inquietação dos presos em situação degradante quando do cumprimento da pena, de outro, falar em indenização por danos morais a todo o preso que se encontrar em presídio superlotado não vai fazer sentido a existência da pena como caráter punitivo. Apenas como reflexão, vale ressaltar, a vítima também não teria o direito de receber indenização por danos morais pelo sofrimento causado pela infração penal?

Sobre esse prisma e em atenção à teoria da pena na visão de Norberto Flach, o “poder-dever de punir”, que cabe ao Estado, expande uma gama de ações que podem ser medidas em dinheiro ou em “quantidade de tempo”. A escolha desta mensuração que cabe ao Estado tem essência igual na

justiça penal, pois é necessário um critério gradativo para proporcionalizar as sanções cabíveis, dando a cada infrator exatamente o que ele merece⁴⁰.

O que traz à luz da reflexão a importância da pena atender a sua finalidade punitiva sem que isso se exceda aquilo que o preso realmente deva a sociedade⁴¹.

A pena pode ser tida como uma prevenção especial destinada a impedir a prática de novos delitos pelo condenado. Dessa forma a punição passa a ser também uma ação psicológica sobre todos os cidadãos, intimidando-os e coagindo a natureza criminosa daqueles que teriam essa tendência⁴².

O estudo da prisão prevista no decorrer do processo penal, principalmente quando pretende englobar/sistematizar a variada legislação relevante existente sobre o tema, é tratado de maneira ordinária e sobre linhas extremistas de contra e a favor⁴³.

A pena deve corresponder a uma sanção aquele que infringiu um mal, pôs em risco a paz social, causou dano a um bem jurídico e desrespeitou normas do convívio social, mas de uma forma educativa, preparando o indivíduo para voltar à sociedade e não reincidir em novos atos delitivos⁴⁴.

Tendo em vista essas ideias e em se tratando de Estado Democrático de Direito, existe uma justificativa plausível para existência e aplicação das penas, em meio a contextos como a dignidade da pessoa humana ou até mesmo o princípio da isonomia, que traz à luz a razão da aplicação de uma sanção a fim de alcançar um objetivo maior para a sociedade, que até mesmo o condenado pode entender sua necessidade e pertinência.

Mas existem teorias específicas para explicar melhor a necessidade da existência e aplicação das sanções penais e diante dessas

⁴⁰ FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal**: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.12.

⁴¹ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena**: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.p.103.

⁴² ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.13

⁴³ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena**: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.p.103.

⁴⁴ Ibidem.

considerações cabe observá-las, visto que a pena tem sua finalidade subdividida nas seguintes teorias:

A teoria retributiva onde crime é a negação do direito, e a pena, como negação do crime, seria a afirmação do direito. Retribui-se com um “mal” o “mal” causado. Daí nasceu o tema da proporcionalidade, com início na Lei de Talião que previa: “olho por olho, dente por dente”⁴⁵. Essa teoria não condiz com a ideia de Estado Democrático de Direito, tendo em vista que não respeita a dignidade da pessoa humana, pois é impensável que alguém possa pagar um mal cometido com um segundo mal. A pena não deve estar ligada a ideia de vingança que a teoria retributiva remete.

A teoria preventiva da pena tem que a sanção aplicada é um instrumento para combater o crime e em especial a reincidência de delitos. Pode ser considerada em seu aspecto geral como um meio de benefício social, no entanto, justamente por esse ideal social essa teoria não observa a proporcionalidade de cada delito por si só, já que essa teoria pretende intimidar os membros da sociedade de tal forma que o sentimento de medo pelos possíveis infratores seja capaz de impedir que novos crimes sejam cometidos, pois a ideia que gera é que quanto maior a pena, mais eficaz seria sua prevenção⁴⁶.

Analisada a fundo essa teoria também diverge da ideia de Estado Democrático de Direito já que vai contra ao princípio penal da individualização da pena, pois esta vai além da pessoa do condenado. A pena tem sua função social distorcida.

Tatiana Viggiane sugere através da ideia de Roxin, que essa teoria dá-se da seguinte forma: corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável e neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável⁴⁷.

⁴⁵ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por Que Punir?:** Teoria Geral da Pena. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.81.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

Já Flach acredita que os princípios da proporcionalidade e de uma renovada segurança jurídica, quando voltados à efetividade dos direitos fundamentais e ao controle do exercício do poder estatal, acabam podendo cumprir uma função integradora entre Estado de direito e o direito público como um todo. Servindo para criação de uma dogmática mais específica dos direitos fundamentais⁴⁸.

“A proporcionalidade de uma forma geral está relacionada à justiça, à razoabilidade, à moderação, à cautela e até a utilidade. No direito penal discerne-se a sanção penal entre o dolo e a culpa. Por esse motivo a teoria preventiva será válida quanto a sua finalidade.”

Entende-se que em conjunto com a pena é preciso lembrar também das leis, que nada mais são do que a expressão da vontade humana: convenções criadas para que os indivíduos possam viver em sociedade. Assume-se, portanto, também, um papel fundamental na Teoria Geral da Pena a concepção de que a lei é expressão da vontade humana do legislador, traduzida em comandos com caráter imperativo e a pena criada é uma forma de tentar alcançar a justiça⁴⁹.

Logo é possível perceber que tanto a retribuição e a prevenção, enquanto finalidades das penas privativas de liberdade, não se sustentam quando analisadas à luz da Constituição.

Existe em conjunto a problemática no fato de que existe juntamente a pena o dever de zelo ao apenado, isso em contrapartida da dificuldade de por em prática os princípios da Legalidade ou da Isonomia⁵⁰, fundamento jurídico para a responsabilidade estatal.

Essa responsabilidade pode ser também chamada de "Direito a Segurança", que, nesse contexto, significa uma categoria de direitos individuais previstos na Constituição Federal de 1988, no caput do artigo 5º, para assegurar

⁴⁸ FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 11.

⁴⁹ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por Que Punir?: Teoria Geral da Pena**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.82.

⁵⁰ Ibidem.

o exercício e gozo de algum direito individual fundamental⁵¹, que pode ser tanto para aquele que cumpre pena, tanto para aquele que foi vítima do apenado.

2.2 A Pena e Sua Execução no Brasil

O conflito de interesses que se apresenta está sediado entre o exercício de direitos individuais do preso e a possibilidade do Estado em garanti-los. Vale ressaltar o inciso X⁵² do artigo 5º da Constituição Federal que consagra o direito à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurando a todos o direito à indenização pelos danos sofridos. Já os incisos XLVII e XLIX⁵³ da mesma norma jurídica garantem ao preso uma pena justa.

Tendo em vista a pena e a sua execução no Brasil, é possível observar através de um caso concreto que além da objetividade da existência da pena de restrição de liberdade temos na Ação de Danos Morais, nº 0005157-18.2003.8.12.0008, por exemplo, a pretensão do autor, de ver-se indenizado em valor mensal pelo período em que permanecer recolhido, e ante aos fatos apresentados não se revela razoável a cominação de indenização, isso equivale a compelir o Estado a destinar mais recursos para o sistema prisional do que o determinado no orçamento, além de que em nada irá resolver o problema do preso, ou ainda amenizar o sofrimento de ter que conviver com excesso de companheiros de cela.

O governo sul-mato-grossense, réu da Ação acima citada, recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, alegando que o pagamento da indenização não iria “melhorar as condições do estabelecimento prisional ou contribuir para resolver o problema da superlotação carcerária”. O estado também argumentou que não dispõe de recursos públicos para ampliar os

⁵¹ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.20.

⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dispõe sobre Direitos Fundamentais, organização do Estado Democrático Brasileiro de Direito, regula as demais normas internas. Diário Oficial da União, Brasília, n. 191-A, de 5 de outubro de 1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁵³ Ibidem: “XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

presídios e que isso não pode ser caracterizado como “ilicitude ou negligência” (Apelação Cível 200.00.3179-7, TJMS).

Encontra no voto da Apelação Cível, vencida pelo autor de ação de danos morais em razão das condições da prisão, fundamento que trata que foi comprovado que não existe culpa por parte do Estado quando fornece o necessário para o cumprimento das necessidades mínimas dos apenados. Pois aos presos são garantidas todas as refeições do dia, um lugar para dormir, banho de sol, visitas, direito este que muitos brasileiros livres são privados de usufruir.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento a recurso especial interposto pelo estado do Mato Grosso do Sul contra decisão que obrigaria o governo a pagar indenização mensal a um preso encarcerado em uma cela superlotada. O relator da matéria no STJ, ministro Herman Benjamin, evocou o voto vencido no julgamento do TJMS para destacar que “há necessidade de se ter uma melhoria urgente no sistema prisional, o qual deverá ser feito por meio de construções e reformas, e não de pagamento pecuniário aos apenados”. Para o magistrado, a decisão da corte estadual partiu de duas premissas equivocadas: de que a indenização teria função pedagógica para as autoridades e de que é preciso compensar o preso por seu sofrimento.

É digno de atenção o fato de que a discussão principal não seja o fundamento da existência da pena e a sua relação ao direito aos danos morais e sim a escassez de recursos por parte do Estado. Não se pode admitir a aplicação da teoria da reserva do possível, ao argumento de que o orçamento do Estado não possui recursos suficientes para implementar uma política penitenciária que respeite o ser humano. É preciso, lembrar, também, das vítimas dos danos causados pelos presos, e o quão imoral e desumano é a conduta criminosa.

Para o ministro Herman Benjamin, é contraditório obrigar o estado a pagar pelo sofrimento de um preso. “os recursos estarão muito mais parcos do que já estão, comprometendo ainda mais a manutenção das condições atuais”⁵⁴. Benjamin entende que não cabe ao governo o papel de segurador

universal. “Não faz o menor sentido tirar verbas do caixa do estado para dar a cada presidiário que se sentir desconfortado em seu ambiente prisional”⁵⁵.

Não se está a averiguar se o dano moral é devido, pois, a tese que prevaleceu parte de dois pressupostos equivocados, que é a indenização com função pedagógica⁵⁶, para fins de melhoria do sistema carcerário, e há necessidade de apaziguar o sofrimento do recorrido de modo pecuniário.

No mesmo voto⁵⁷, o magistrado sugeriu o ajuizamento de uma ação civil pública para dar uma solução “global e definitiva” ao problema da superlotação carcerária.

O voto de Herman Benjamin foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais magistrados da Segunda Turma.

O processo seguiu para o Supremo Tribunal Federal em forma de Recurso Extraordinário, sob o nº 580252, Tema de Repercussão Geral 365, onde, por sete votos a três, foi julgado procedente em 16 de fevereiro deste ano.

Embora seja tema de repercussão geral, o que implica que os juízes de todo o Brasil devem aplicar o mesmo entendimento, o tema ainda é muito polêmico, Paulo César Corrêa Borges, demonstra através de Mirabete que a muito tempo já eram previsíveis dificuldades que seriam encontradas para

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 962.934** - MS. Relator: Herman Benjamin. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8779290&num_registro=200701453286&data=20110504&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 6 jun. 2016.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ O Globo. **Decisão do STF sobre indenização de presos pode repetir judicialização inócua da Saúde**. O Globo (Rio de Janeiro, Brazil). Feb. 18, 2017. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/decisao-do-stf-sobre-indenizacao-de-presos-pode-repetir-judicializacao-inocua-da-saude-20947277#ixzz4d7WG4Sms>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 962.934** - MS. Relator: Herman Benjamin. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8779290&num_registro=200701453286&data=20110504&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 6 jun. 2016.

implantar de forma adequada o direito penal no Brasil, e a Lei de execução Penal nos seguintes requisitos:⁵⁸

“(...) a instalação em todos os presídios da Comissão Técnica de classificação dos condenados; a instalação de órgãos destinados à assistência material, de saúde, jurídica, educacional e social aos presos e aos egressos; a possibilidade de trabalho externo e o cumprimento das obrigações de remuneração e previdência social aos condenados que trabalham; a instalação e funcionamento de patronatos e conselhos da comunidade; a fiel observância dos ditames referentes às condições dos estabelecimentos penais, em especial a de casas de albergado e de Centros de Observação; a fiscalização e mesmo a execução de penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos e etc.”

O problema efetivamente existe e todos esses precedentes só confirmam o direito do apenado a pleitear indenização por danos morais. O depoimento de um ex-detento que preferiu não se identificar e cumpriu 12 meses de pena em um presídio na cidade de São Paulo confirmam todos esses dados; “O inferno não é embaixo da terra, o inferno é o presídio” disse enaltecendo o total descaso com o sistema prisional brasileiro. Ele contou ainda que foi submetido a constantes agressões e humilhações⁵⁹:

Fiquei doente, porque aquele lugar é imundo, tem barata para tudo que é lado, tive muita tosse. O único remédio que eles dão é dipirona e laxante. Os medicamentos que tomei foram depositados pela minha mãe no dia de visita. Mas o pior de tudo é o que eles fazem com a gente durante as revistas. Eles batem em todo mundo com pedaços de pau, soltam bomba de gás, soltam cachorro, jogam nossas roupas no chão.

A superlotação também foi um grande problema, pois o ex-presidiário conta que passou os 12 meses de sua pena dividindo uma cela com capacidade para seis pessoas com outros 56 presos. “É horrível. Você não tem

⁵⁸ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.65.

⁵⁹ ALINE LAMAS (São Paulo). G1- Globo. **O inferno é o presídio', afirma ex-detento: Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro é de mais de 208 mil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/o-inferno-e-o-presidio-afirma-ex-detento.html>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

privacidade, não tem lugar para todo mundo dormir. Ficava todo mundo no chão, no banheiro. Às vezes, tinha que revezar, cada um dormia um pouco”, revela⁶⁰.

Logo, para falar em danos morais devidos aos presos em celas superlotadas é preciso pensar em vários fatores e levar em conta os diferentes aspectos apresentados, tanto quanto a pena, tanto quanto ao direito do preso violado, e, ainda estabelecer os limites de responsabilidade do Estado.

2.3 Políticas Públicas de Direitos dos Apenados

Política pública é definida aqui como o conjunto de ações desencadeadas pelo Estado, no caso brasileiro, nas escalas federal, estadual e municipal, com vistas ao atendimento a determinados setores da sociedade civil. Elas podem ser desenvolvidas em parcerias com organizações não governamentais e, como se verifica mais recentemente, com a iniciativa privada⁶¹.

O Pacto de San José, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) iniciaram no mundo uma forma de proteção aos direitos fundamentais no ser humano. Junto a isso eles visam à proteção ao tratamento degradante do preso.

Em ato mais recente, isso dentro da contextualização nacional do problema, o Supremo Tribunal Federal está representado na ONU na busca de soluções para a população carcerária. O ex-ministro Cezar Peluso, quando ocupava a vice-presidência do colendo tribunal foi eleito presidente e relator de uma comissão das Nações Unidas criada para estudar mudanças nas regras sobre tratamento de presos.

Essas ações representam o início da busca de soluções para a preservação da dignidade da pessoa humana independente do cidadão estar ou

⁶⁰ ALINE LAMAS (São Paulo). G1- Globo. **O inferno é o presídio', afirma ex-detento: Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro é de mais de 208 mil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/o-inferno-e-o-presidio-afirma-ex-detento.html>>. Acesso em: 18 nov. 2016

⁶¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 233

não privado do seu direito de ir e vir, procurando dessa forma garantir que sejam dadas condições dignas ao preso. E programas como o “Começar de Novo” e o “Mutirão Carcerário”, desenvolvidos pelo CNJ, exemplificam o começo desta busca por uma mudança na aplicação de penas justas.

Ainda dentro do contexto nacional do problema, em outro ponto de vista e referente a outros fatores, em declaração ao jornal online da rede Globo, no ano passado, a ministra da Secretaria de Direitos Humanos, Maria do Rosário, declarou que o Brasil vive uma "situação de emergência". Seu comentário foi a respeito da situação dos presídios brasileiros que são referência de violência e excesso de presos nas penitenciárias. Não obstante ao cenário dos presídios nacionais, que têm essa situação sendo arrastada há muito tempo, novas medidas estão sendo planejadas, dentre elas a elaboração de um projeto de lei que cria um comitê para inspecionar presídios e abrigos, com o objetivo de fiscalizar a ocorrência de torturas e agressões⁶².

Tendo em vista que a matéria é tema de repercussão geral do STF, juntamente ao direito dos presos de serem indenizados devido as condições degradantes as quais estão submetidos, o assunto agora vem sendo discutido com a devida importância. A ministra disse ainda que não é suficiente aumentar o número de vagas nos presídios. É necessário também ter uma ideia exata do número de presos que estão em condição provisória, aguardando julgamento 63:

A ideia vem de encontro ao argumento usado pelo sociólogo Ignácio Cano⁶⁴ em entrevista ao Jornal “O Globo”, é importante ações mais racionais em relação as prisões do que a simples punição por um serviço mal prestado. Em um cenário de superlotação, os responsáveis pelas sanções deveriam pensar em alternativas paralelas a prisão. No Brasil crimes sem violência são punidos com pena restritiva de liberdade, talvez fosse mais eficaz

⁶² NATHALIA PASSARINHO (Brasília). G1- Globo. **Ministra dos Direitos Humanos vê situação de emergência em presídios:** Rosário foi à Câmara pedir criação de grupo para monitorar torturas.. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/11/ministra-dos-direitos-humanos-ve-situacao-de-emergencia-em-presidios.html>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ OGlobo. **Decisão do STF sobre indenização de presos pode repetir judicialização inócua da Saúde.** O Globo (Rio de Janeiro, Brazil). Feb. 18, 2017. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/decisao-do-stf-sobre-indenizacao-de-presos-pode-repetir-judicializacao-inocua-da-saude-20947277#ixzz4d7WG4Sms>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

tribunais não pudessem mandar mais ninguém para a prisão. Prende-se muito por crimes sem violência. O Estado encarcerar apenas até o número de vagas existentes e para os casos menos graves aplicar outras medidas punitivas.

Em 2015 O Conselho Nacional de Justiça revelou dados de cenário bastante alarmante, que revelam um número elevado de detentos que ainda aguardam julgamento e o estado com percentual mais alto é o Sergipe (73%), Maranhão (66%), Bahia (65%), Piauí (64%), Pernambuco (59%), Amazonas (57%), Minas Gerais (53%), Mato Grosso (53%), Roraima (50%) e Ceará (50%). Nas prisões desses estados, 79,7 mil pessoas aguardam julgamento, esse número corresponde a quase 40% do total de detentos no Brasil⁶⁵.

Sabe-se, também, que os presos que deveriam cumprir suas pena em regime aberto acabam sendo reintegrados diretamente no meio social, ou não cumpre suas penas da maneira que seria adequada, pois não existem as Casas de Albergado previstas pela Lei de Execuções Penais, comprovando mais uma omissão do Estado. Segundo Borges; “Face à não construção das citadas casas de albergado, os presos cumprem a pena(regime aberto) em suas residências, sem qualquer controle ou vigilância”⁶⁶.

A Lei 12.403, que altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689 de 3 de outubro de 1941, versa sobre à prisão processual e visou dar novas providências em relação a prisão provisória pelo alto grau de presos por esse regime. A lei intencionava evitar mandar para a prisão alguém que não seria preso ainda que condenado, à exemplo uma pena de 2 anos, que pode ser substituída por prestação de serviço à comunidade. A realidade, porém é bem

⁶⁵ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Projeto interrompe aumento da superpopulação carcerária em 10 estados**. 2015. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80885-projeto-interrompe-aumento-da-superpopulacao-carceraria-em-10-estados>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

⁶⁶ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz Ed., 2003. p.18.

menos eficaz e a maioria dos réus acabam presos antes mesmo de serem julgados.⁶⁷

O objetivo era combater a banalização dessa espécie de prisão que tem caráter excepcional. Sempre que não forem configurados os requisitos para a prisão provisória é preciso permitir que o acusado responda em liberdade. Todavia o propósito principal da lei não foi atingido tendo em vista que desde sua entrada em vigor não houve não uma diminuição na população carcerária brasileira.

A ministra não foi a única a se manifestar sobre a péssima situação das penitenciárias no Brasil, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, gerou uma polêmica ao alegar que “preferia morrer” a ter que cumprir muitos anos de pena em algum presídio brasileiro⁶⁸.

De acordo com dados coletados de outubro de 2014 a maio de 2015 o Infopen, sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro constatou que a população carcerária brasileira saltou 575% entre 1990 e 2014 sem que isso refletisse na redução da criminalidade. A pesquisa revelou, ainda, o sistema penitenciário possui atualmente um déficit de 231 mil vagas e há 27.950 pessoas presas em carceragens de delegacias no país ⁶⁹.

Resultando demonstrada aquela responsabilidade do Estado pela reparação dos danos causados pelo crime praticado durante a execução criminal, espera-se estar contribuindo para o avanço da ciência jurídica, eis que esta não pode abstrair a atual realidade do Brasil, onde o sistema vigente de reparação do

⁶⁷ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Projeto interrompe aumento da superpopulação carcerária em 10 estados**. 2015. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80885-projeto-interrompe-aumento-da-superpopulacao-carceraria-em-10-estados>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

⁶⁸ ALINE LAMAS (São Paulo). G1- Globo. **O inferno é o presídio'**, afirma ex-detento: Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro é de mais de 208 mil.. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/o-inferno-e-o-presidio-afirma-ex-detento.html>>. Acesso em: 18 nov. 2016

⁶⁹ MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

dano causado pelo crime mostra-se insatisfatório, mormente quando se trata de condenado que não dispõe de recursos para tal ⁷⁰.

Atualmente a quarta maior população prisional do mundo em termos absolutos é a brasileira, perdendo apenas para os Estados Unidos da América, China e a Rússia. Contudo, de acordo com os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), do Ministério da Justiça, o Brasil foi o único entre os quatro com maior número de presos a aumentar, em 33%, a variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014. Esse aumento, não ocorreu nos outros países, ao contrário, ouve uma queda nesta taxa, variando negativamente em 8% nos Estados Unidos, 9% na China e 25% na Rússia. “Levando em consideração a média mundial, podemos dizer que o Brasil encarcera mais que o dobro do que o mundo” ⁷¹.

O governo tem consciência da realidade dos presídios e medidas para solucionar o problema já estão sendo implantadas há alguns anos. Visando solucionar o déficit de vagas, em 2011 foi lançado um plano que previa R\$ 1,1 bilhão para a criação de vagas em penitenciárias até 2014⁷².

O projeto Audiência de Custódia, iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ajudou os dez estados brasileiros onde há mais presos aguardando julgamento a enfrentar o déficit de vagas para os chamados detentos provisórios nas prisões brasileiras⁷³.

Conforme anteriormente mencionado o Conselho Nacional de Justiça criou outras duas propostas como alternativa para melhorar o sistema penitenciário nacional, “Começar de Novo” e “Mutirões Carcerários”.

⁷⁰ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz Ed., 2003. p.19.

⁷¹ FARIELLO, Luiza. “**Encarceramento não reduz criminalidade**”, diz diretor-geral do Depen. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81755-encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁷² ALINE LAMAS (São Paulo). G1- Globo. **O inferno é o presídio, afirma ex-detento: Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro é de mais de 208 mil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/o-inferno-e-o-presidio-afirma-ex-detento.html>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁷³ MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Projeto interrompe aumento da superpopulação carcerária em 10 estados**. 2015. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80885-projeto-interrompe-aumento-da-superpopulacao-carceraria-em-10-estados>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

O projeto “Começar de Novo” busca incentivar entidades públicas e privadas a oferecerem empregos a ex-detentos e egressos de forma que promovam a ressocialização dos presos, e reduza, dessa maneira, a taxa de reincidência para 20% a partir dos cursos profissionalizantes e oportunidades de trabalho.

De acordo com o juiz auxiliar da Presidência do CNJ Luciano Losekann, coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Medidas Socioeducativas, a oferta de trabalho ajuda a quebrar o ciclo de criminalidade. “Ao dar uma chance de trabalho, o risco de retornar à vida do crime é menor”, explica⁷⁴.

Já os mutirões carcerários tem o objetivo de diminuir o déficit carcerário que é de 208.085 mil vagas no Brasil. Desde setembro do ano passado, o CNJ tem realizado esses mutirões para identificar pessoas que já cumpriram pena ou que tenham direito à progressão de regime prisional e ainda continuam encarceradas. “As penitenciárias não podem ser depósitos de pessoas indesejáveis, mas um mecanismo de ressocialização”, defendeu o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes ao visitar um Complexo Penitenciário⁷⁵.

São parte do processo de ações para concretização das políticas sociais os atores públicos e privados. O Conselho Nacional de Justiça se mostrou bastante engajado na efetiva aplicação de uma política de mudança em respeito ao direito do preso, assim como o cumprimento efetivo de penas ressocializadoras que tem papel fundamental para criação de indivíduos diferentes.

⁷⁴ DETENTOS, Direito Dos (Org.). **Reinserção de presos**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/direito-dos-detentos>>. Acesso em: 27 mai. 2016.

⁷⁵ STF, Notícias (Org.). **Direitos humanos: ressocialização de presos e combate à reincidência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

2.4 Alternativas para Reparar o Sistema Penitenciário Brasileiro

Antes do país se ver obrigado a ter que indenizar cada preso é preciso pensar em alternativas para evitar a falência do sistema prisional nacional.⁷⁶ Isso porque é impensável manter a situação da forma como está. Os responsáveis conhecem a situação, mas nada é feito e segundo o ditame popular “cadeia não dá voto”.

A intenção não é apresentar uma solução definitiva, nem é o escopo da presente monografia. Ocorre que a forma como está o problema é indigna de qualquer ser humano, deixa de se punição e passa a ter um caráter quase de tortura. Compete aos agentes estatais estruturarem uma mudança, mas a intenção é destacar que isso já pode ser feito.⁷⁷

O remanejamento, também é uma possibilidade, de acordo com o artigo 102 da Lei de Execução Penal as cadeias públicas destinam-se apenas a acomodar presos do regime provisório, não é só uma questão de quantidade, uma vez que os presos provisórios estão numericamente bem próximos dos efetivamente condenados, e essa mudança já implicaria na observância a regra n.8b⁷⁸, das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros.

A construção de novos presídios também é uma solução, em 2012 o governo criou plano que previa R\$ 1,1 bilhão para a criação de vagas em penitenciárias até 2014, mas a inércia fica evidente, quando em mais de cinco anos da sua criação nada foi feito.

Borges, através de uma publicação que Vladimir Netto, expõe que a construção de cento e quarenta e cinco novos presídios, a um custo de um bilhão e setecentos mil reais, atenuaria o problema. Levando em consideração

⁷⁶ FRANCESCHINI, José Gaspar Gonzaga. **Liberdade X Cidadania. O futuro das Prisões ou as Prisões do Futuro.** In: Anais do Simpósio sobre Sistema Penitenciário, São Paulo: Imprensa Oficial, 1996. p. 113

⁷⁷ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado.** São Paulo: Lemos e Cruz Ed., 2003. p.23.

⁷⁸ A regra n.8.b versa: “As diferentes categorias de presos deverão ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, levando-se em consideração seu sexo e idade, seus antecedentes, as razões da detenção e o tratamento que lhes deve ser aplicado. Assim é que: a) (...); b) As pessoas presas preventivamente deverão ser mantidas separadas dos presos condenados;”

fatores como a valorização da moeda e atualização desse valor, o plano criado ainda assim surtiria um grande efeito na realidade das penitenciárias do país⁷⁹.

No entanto a conta não é tão simples, atualizando os dados, existe um déficit de 231 mil vagas no sistema penitenciário, o diretor-geral do Depen ressaltou que dificilmente seria possível zerar esse número, ainda que fosse considerada a obtenção de investimento para a construção de novos presídios, além das dificuldades em relação à obra, licitação e anuência das prefeituras. O diretor-geral apontou outro problema, o custo da manutenção dessa estrutura, tendo em vista que no Brasil hoje é gasto de R\$ 12 bilhões a R\$ 15 bilhões, em média, por ano, com o sistema prisional, o que equivale, por exemplo, a cerca de 5% do orçamento do estado de São Paulo⁸⁰.

Incentivar o trabalho do preso está dentro das medidas que amenizaria o problema⁸¹. A laborterapia é uma realidade distante dos presídios, são poucas unidades que disponibilizam as atividades e ainda assim, intramuros. As Colônias Agrícolas são uma lenda da realidade.

Vale lembrar que o trabalho é um direito inerente a pessoa humana, e está garantido na Constituição Federal⁸². É preciso observar, contudo, que nenhum homem, nem mesmo aquele que encontra-se cumprindo pena restritiva de liberdade pode ser forçado ao labor.

Não obstante José Gaspar Gonzaga Franceschini observa⁸³:

“Dentro dos presídios, o trabalho deveria ser obrigatório, para afastar o preso da perigosa ociosidade. O ideal seria buscar a profissionalização do homem através do ensino de algum ofício graças ao qual, ao ser posto em liberdade,

⁷⁹ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.77.

⁸⁰ FARIELLO, Luiza. “**Encarceramento não reduz criminalidade**”, diz diretor-geral do Depen. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81755-encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁸¹ SCHORSCHER, V. 5: As Apacs (Associações de proteção e assistência aos condenados) e os CRs (Centros de ressocialização): sua história e suas ideias. **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. 293-330, Jan. 1, 2011. ISSN: 978-85-352-4370-3.

⁸² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁸³ FRANCESCHINI, José Gaspar Gonzaga. **Liberdade X Cidadania. O futuro das Prisões ou as Prisões do Futuro**. In: Anais do Simpósio sobre Sistema Penitenciário, São Paulo: Imprensa Oficial, 1996. p. 113.

pudesse trabalhar de modo autônomo, sem depender de patrão. (...) O Estado deveria obrigatoriamente criar empregos para os ex-detentos, integrando-os de forma definitiva na sociedade e, dando, assim, exemplo aos particulares. Infelizmente, quando deixa o presídio, o sentenciado fica, em geral, relegado a própria sorte.”

O trabalho é um importante ponto da Lei de Execução Penal, Borges ressalta; “é essencial para a auto-estima, para o reconhecimento do homem livre, tanto mais o é para o preso, permitindo-lhe a manutenção da higidez mental”⁸⁴. A ocupação acaba por propiciar uma atividade que absorve a atenção e evita que o apenado fique a mercê da ociosidade que o dirija as alternativas para o fato de estar preso.

Conquanto a polêmica, não é possível descartar, também, a possibilidade da privatização dos presídios no Brasil, por meio de uma parceria público-privada seria cabível manter o Estado atuando como mantenedor da segurança pública enquanto o ente privado pode vir a receber com a exploração da mão-de-obra do preso.⁸⁵ Por mais que isso possa ser ainda mais polêmico é uma alternativa viável, pois nesse caso, embora o preso trabalhe isso lhe daria o direito a remissão, que vem a ser um instituto que permite, pelo trabalho, dar como cumprida parte da pena, o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá diminuir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. A contagem do tempo para o fim de remição é feita por equivalência, a cada três dias trabalhados será descontado um dia de pena.

Diante do que foi apresentado conclui-se, portanto, que a existência de medidas alternativas para garantia do direito do cidadão que está cumprindo pena restritiva de liberdade não implicaria em qualquer transferência da função jurisdicional do Estado ao ente privado, assim como não o isentaria de sua responsabilidade para com o preso, servindo apenas como novas soluções para sanar o problema.

⁸⁴ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.80.

⁸⁵ *Ibidem*. p.82.

3 Danos Morais e a Emblemática acerca do Pagamento dessa “Indenização”

Segundo o dicionário Houaiss⁸⁶ indenizar significa dar ou receber algum tipo de compensação, recompensar (se).

Para falar em indenização é preciso primeiro pensar nas ações anteriores que geram esta “responsabilidade”. Segundo Carlos Alberto Bittar⁸⁷, o comportamento humano lesivo a interesses alheios acarretam, no plano do Direito, a necessidade de reparação de danos havidos.

Viver em sociedade é adaptar-se a uma vida com regras, mas algumas questões têm, nesse campo, provocado infundáveis discussões, em especial a da indenizabilidade do dano moral e, uma vez admitida, a do dimensionamento do direito à reparação.⁸⁸ Pode-se dizer que a base deste direito encontra-se nas ações ou omissões lesivas que rompem o equilíbrio social de direitos e deveres, o que acaba onerando, física, moral ou pecuniariamente, os lesados, que, diante da respectiva injustiça, acabam portadores de poderes especiais para defesa dos interesses violados.

O direito à reparação a danos está ligado a índoles das mais diversas, o que implica em dizer que diferentes estímulos externos e internos podem gerar tal direito. Isso porque não é possível restringir atos danosos e originários desta reparação em razão da complexidade da vida social, da extensão dos relacionamentos e das infinitas potencialidades da inteligência humana, que pode se orientar para o respeito ou para o desrespeito⁸⁹.

Ainda no contexto de fatos geradores de danos, é preciso destacar, no entanto, que nem todo dano é reparável. Excluem-se, desse rol, os danos justos, tais como definidos no direito posto, e aqueles provenientes de forças da natureza ou do acaso, desde que não relacionados ou mesclados a

⁸⁶ ANTÔNIO HOUAISS. **Houaiss**: Dicionário da Língua Portuguesa. 1ª Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 481 p.

⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502223233>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem.

ações humanas lesivas, ou ainda, provenientes de ação autorizada pelo Direito, ou dano justo, como, por exemplo, nos atos de legítima defesa; de devolução de injúria; de desforço pessoal; de destruição de coisa para remoção de perigo e outras situações explicitadas no ordenamento jurídico positivado⁹⁰.

Tendo em vista o exposto é possível, então, destacar que são danos ressarcíveis aqueles materiais ou morais sofridos por certa pessoa, ou pela coletividade, em virtude de ações lesivas praticadas por entes personalizados⁹¹. Passam a fazer parte, assim, na categoria jurídica de danos reparáveis as lesões pecuniárias ou morais experimentadas por alguém, em razão de fato antijurídico de outrem, ou seja, é advindo da prática de ato ilícito, ou do exercício de atividades contrárias à lei.

Apresentado um panorama geral sobre a indenização e os atos que à ocasionam, é importante destacar, agora, a indenização no seu aspecto moral. O que implica em dizer que constituem desse modo, perdas, de ordem moral, que alteram a esfera jurídica do lesado, exigindo a respectiva resposta, traduzida, no plano do Direito, pela necessidade de restauração do equilíbrio afetado, ou compensação pelos traumas sofridos, que na teoria em questão se busca atender.⁹² É que de bens espirituais e materiais necessitam as pessoas para a consecução de seus objetivos, na integridade da vida humana, e a manutenção da preservação de tudo isso faz parte do direito material.

Determinados os direitos da personalidade, e enfatizados os aspectos pessoais da relação entre autor e obra intelectual estética (direitos denominados morais)⁹³, sobrevieram, com a evolução tecnológica, movimentos internacionais e nacionais de defesa dos direitos essenciais da pessoa humana. Convenções e acordos foram firmados, esse progresso, teve seu ápice em meados de século XX, com as Declarações Universal e Americana dos Direitos

⁹⁰ SARMENTO, George. **Danos morais**. São Paulo : Saraiva, 2008. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502138285>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁹¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502223233>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁹² SARMENTO, George. **Danos morais**. São Paulo : Saraiva, 2008. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502138285>>. Acesso em: 01 abr. 2017

⁹³ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502223233>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

Fundamentais do Homem, diante, principalmente, da triste herança deixada pelas guerras mundiais. Com este posicionamento histórico, começaram a serem concebidos em normas os direitos da personalidade e de autor, introduzindo-se, ademais, a regra da reparabilidade dos danos morais em textos expressos de leis. A intenção fundamental foi resguardar a individualidade, diante da ampliação constante do circuito de exposição pessoal, em especial com a inserção de inúmeros mecanismos de comunicação de imagens, fotos, sons, escritos, palavras, gestos e outras manifestações humanas em seu relacionamento social, e ainda hoje este direito encontra-se em constante construção.

Logo cabe ressaltar que, em suma, pode-se dizer que os danos se referem à integridade estrutural, ao patrimônio do indivíduo, ou a projeções dos aspectos da pessoa na sociedade. São suscetíveis de alcançar, portanto, a expressão física, psíquica, ou moral das pessoas físicas, além de patrimonial e moral das pessoas jurídicas⁹⁴.

Os fatos anteriormente expostos trazem à luz a problemática que envolve o pedido de uma restituição financeira em razão de um dano moral sofrido por um apenado. A ideia que prevalece acerca da indenização é, primeiramente, a noção do dano, pois sem ele não há o que ser indenizado. Logo, a indenização está diretamente ligada a existência de uma ação lesiva, ilícita e um agente causador do dano. A Indenização caracteriza, então, nada mais como uma recompensa. Clayton Reis⁹⁵ citando Daniel Pizarro acentua; “reparar importa restabelecer o equilíbrio preexistente alterado pelo dano; através da reparação se procurar repor à vítima a situação em que se encontrava antes de sofrer as consequências do ato.”

É preciso, contudo abandonar a ideia patrimonialista que assombra a palavra reparação, para isto basta lembrar que a prisão de um homicida não vai trazer à vida sua vítima, assim como a simples retratação do ofensor não poderá reconstituir a honra do ofendido. “A indenização pretende

⁹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502223233>>. Acesso em: 01 abr. 2017

⁹⁵ REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 2ª Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p.122 .

reprimir a ofensa, educar o ofensor, compensar o ofendido, criando assim um clima de satisfação para a vítima”⁹⁶.

Reis⁹⁷ ilustra bem a discussão deste trabalho:

“Como se vê, a lei estabelece, em proposição distintas, que a violação de um direito ou um dano causado por culpa ou dolo impõe ao responsável o dever de indenizar. Assim é, conseqüentemente, quem violar os chamados ‘direitos da personalidade’ – vida, saúde, honra, liberdade, etc. – obriga-se a uma indenização.”

Observa-se, todavia, que a indenização não é tão somente reparar, reconstituir ou compensar os danos sofridos pela vítima, é principalmente uma forma de constranger o autor do prejuízo de maneira que o mesmo sintá-se desestimulado a cometer novas ações ilícitas⁹⁸. Historicamente o castigo sempre exerceu uma função corretiva.

O cerne da questão é exatamente este, a conduta do agente está intimamente relacionada a uma responsabilidade, que nesse caso seria o convívio social, que impõe regras de natureza diversa e estabelece dessa forma consequências resultantes da responsabilidade individual do cidadão e a responsabilidade que cada ação individual tem pelo todo.

Não obstante os elementos que constituem a psique não possam vir a ser considerados patrimônio, podem, porém, ser integrados como fatores motivadores a vontade da pessoa. No entanto as pessoas concretizam suas ambições no campo jurídico que permite que elas manifestem a sua vontade relacionadas a realidade matéria ou imaterial. Ou seja, ao tutelar o patrimônio imaterial o direito protege na verdade o mais valioso dos bens, já que o corpo e a psique não são elementos patrimoniais, são, contudo, causas de produção e

⁹⁶ REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 2ª Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p.122.

⁹⁷ Ibidem. p.124.

⁹⁸ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por Que Punir?: Teoria Geral da Pena**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.90

crescimento de valores patrimoniais que definem por moral a indenização cabível.⁹⁹

3.1 Redescobrimdo a Vítima

O marco para o redescobrimento da vítima foi a Resolução número 40/34 da Assembléia Geral das Nações Unidas¹⁰⁰ que reconheceu que milhões de pessoas sofrem danos de diferentes naturezas, uma das razões pela qual aprovou a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder.

São vinte e um parágrafos voltados para a vítima, e dentre esses os seguintes parágrafos voltados a reparação¹⁰¹:

8. Infratores ou terceiros responsáveis por seus comportamentos devem, quando apropriado, fazer justa restituição às vítimas, a suas famílias ou a seus dependentes. Tal restituição deve incluir a devolução de propriedade ou o pagamento por dano ou perda sofrida, o reembolso de despesas ocorridas como resultado da vitimização, a disponibilização de serviços e a restauração de direitos.

11. Quando agentes públicos ou outros agentes agindo a título oficial ou semioficial tenham violado as leis criminais nacionais, as vítimas devem receber restituição do Estado cujos funcionários ou agentes tenham sido responsáveis pelos danos causados. Em casos em que o governo responsável pelo ato de vitimização ou de omissão não exista mais, o Estado ou o governo que o sucede deve restituir as vítimas.

12. Quando não puder ser totalmente paga pelo infrator ou por outras fontes, os Estados devem empenhar-se em prover a indenização financeira a: (a) Vítimas que tenham

⁹⁹ REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 2ª Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 155.

¹⁰⁰ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹⁰¹ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.

sofrido dano corporal significativo ou incapacitação de saúde física ou mental em decorrência de crimes graves; (b) Família, em especial aos dependentes de pessoas que tenham morrido ou se tornado física ou mentalmente incapacitados em decorrência de tal vitimização.

13. O estabelecimento, o fortalecimento e a expansão de fundos nacionais para indenização de vítimas devem ser encorajados. Quando apropriado, outros fundos também podem ser estabelecidos para esse fim, incluindo os casos em que o Estado ao qual pertence a vítima não esteja em posição de compensá-la pelo dano.

14. As vítimas devem receber assistência material, médica, psicológica e social necessária, por meio de medidas governamentais, voluntárias, comunitárias e autóctones.

O condenado, no atual contexto, passou a ser vítima quando cumpre sua pena. O sistema é precário, e os presos sofrem crimes praticados por outros condenados, por agentes e até pelas omissão do Estado, sofrendo por pouco espaço, pouquíssima ou nenhuma condições adequadas de higiene, assistências médica inexistente dentre outros fatores diversos.

A par do dever do Estado de zelar pela integridade física do preso, existe a responsabilidade e o dever de custódia do condenado, que implica na sua vigilância, bem como na sua proteção¹⁰².

Logo os delitos praticados contra o preso, enquanto sob a custódia estatal, ensejarão a responsabilidade estatal pela reparação dos danos causados, por aplicação das normas constitucionais que versam sobre isso.

Borges¹⁰³ ainda destaca que em se tratando de proteção dos custodiados pelo Estado, a polícia pode ou não agir e, assim, decorrendo daquela ação ou omissão danos aos recolhidos, surgirá a obrigação estatal de repará-los, uma vez que os presos têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos, cujo poder de polícia será exercido com tal finalidade.

O sistema Estatal de indenização apresenta-se como uma maneira de proteger as vítimas de crimes, mais como uma compensação

¹⁰² BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p.266/67.

¹⁰³ Ibidem.

econômica do que uma reparação de fato. O estado paga, em pecúnia, para compensar um crime que a vítima sofreu independente desse dano ser moral ou material. Esse dinheiro é devido em razão a omissão quanto à sua responsabilidade de proteção e segurança pública do Estado.

CONCLUSÃO

Ao analisar o direito do preso em cela superlotada a requerer do Estado reparação por dano moral resultado da omissão em relação ao seu dever de custódia, trazemos a luz da discussão o fato de 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 proteção destes detentos.

A discussão lançado no ordenamento jurídico é de que no Brasil é praxe a violação de direitos constitucionais resultante da omissão do poder público, com a desculpa da escassez de recursos. No entanto a negligência do Estado em relação ao sistema carcerário é uma clara violação ao direito constitucional do apenado, e, portanto, nada tem haver com investimento em ações preventivas, pois não discute aqui as razões da omissão do Estado; mas sim, uma circunstância posterior, que é a má, tardia ou falta de atuação no que concerne à proteção ao direito destes condenados ou processados pela Justiça.

Discutiu-se ao longo do trabalho a possibilidade ou não de indenizar por danos morais os presos em celas superlotadas, considerando a relevância da matéria no direito administrativo. Embora o tema já tenha sido votado pelo nosso Supremo Tribunal Federal, a discussão ainda é polêmica no que tange os atributos do ser humano, as virtudes que o adornam e dignificam, e como isso reflete em seu direito. Argumento de que o ser condenado deixou de cumprir seus deveres, infringindo a lei, pode ou não ser considerado para restrição de sua liberdade e um canal para a desconsideração dos seus direitos mais básicos.

Retratou-se a contemporaneidade da forma com que o Estado tem agido em relação à matéria; não com absoluta indiferença, pois é visível um pequeno esforço para amenizar a questão através de políticas públicas ainda pouco eficazes. Mas ao conceituar o que é responsabilidade extracontratual do

Estado, foi possível notar que o tratamento dado ao apenado condiz com seu direito de exigir uma reparação em razão da omissão do poder público para neutralizar esta situação.

No desenvolver do trabalho é possível, ainda, constatar que à responsabilidade objetiva do Estado foi também ampliada para suas omissões. No entanto, em um país com mais de 600 mil presos, e mais de metade deles cumprindo pena em celas superlotadas, a decisão que obriga a administração pública a indenizar apenados em presídios de condições insalubres acaba sendo ineficaz para resolver o problema carcerário do Brasil.

Processos caros e longos, dificilmente farão os governos investirem em estrutura dos presídios. A decisão é emblemática para possíveis consequências no ordenamento brasileiro, há necessidade de serem ponderados estes argumentos, sob o risco de se estender em demasia a responsabilidade do Estado e inviabilizar, na prática, a Administração.

REFERÊNCIAS:

ALINE LAMAS (São Paulo). G1- Globo. **O inferno é o presídio', afirma ex-detento: Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro é de mais de 208 mil.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/o-inferno-e-o-presidio-afirma-ex-detento.html>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

ANTÔNIO HOUAISS. **Houaiss:** Dicionário da Língua Portuguesa. 1ª Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 481 p.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder.** Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf >. Acesso em: 22 nov. 2016.

BAZHUNI, Marco Antonio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia de Sua Atividade Administrativa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 1998. 70 p.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por Que Punir?:** Teoria Geral da Pena. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 200 p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais.** São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502223233>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do Crime Pelo Estado.**São Paulo: Lemos e Cruz Ed., 2003. 330.p.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira.** Brasília: Brasil, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 962.934 - MS.** Relator: Herman Benjamin. Brasília, 3 de maio de 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8779290&num_registro=200701453286&data=20110504&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação.** 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. , 2004. 440p.

DETENTOS, Direito Dos (Org.). **Reinserção de presos.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/direito-dos-detentos>>. Acesso em: 27 mai. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.**27ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1008 p.

FARIELLO, Luiza. **“Encarceramento não reduz criminalidade”, diz diretor-geral do Depen.** 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81755->

encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen>. Acesso em: 05 mar. 2017.

FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal**: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Ed., 2000. 203 p.

FRANCESCHINI, José Gaspar Gonzaga. **Liberdade X Cidadania**. O futuro das Prisões ou as Prisões do Futuro. In: Anais do Simpósio sobre Sistema Penitenciário, São Paulo: Imprensa Oficial, 1996. p. 113.

GARCIA, Fernanda Mathias de Souza et al. **Temas Contemporâneos do Direito**: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Guerra Ed., 2011.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 2015. 15 f. Dissertação, Advocacia Geral da União, São Paulo, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ªed. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 1151 p.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Projeto interrompe aumento da superpopulação carcerária em 10 estados**. 2015. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80885-projeto-interrompe-aumento-da-superpopulacao-carceraria-em-10-estados>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar Ed., 2003. 355 p.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN**. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

NATHALIA PASSARINHO (Brasília). G1- Globo. **Ministra dos Direitos Humanos vê situação de emergência em presídios: Rosário foi à Câmara pedir criação de grupo para monitorar torturas**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/11/ministra-dos-direitos-humanos-ve-situacao-de-emergencia-em-presidios.html>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

OGlobo. **Decisão do STF sobre indenização de presos pode repetir judicialização inócua da Saúde**. O Globo (Rio de Janeiro, Brazil). Feb. 18, 2017. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/decisao-do-stf-sobre-indenizacao-de-presos-pode-repetir-judicializacao-inocua-da-saude-20947277#ixzz4d7WG4Sms>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 2ª Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. 222 p.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.13

SAAD, Renan Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 1994. 117 p.

SARMENTO, George. **Danos morais**. São Paulo : Saraiva, 2008. Disponível em: < <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502138285>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

SCHORSCHER, V. 5: As Apacs (Associações de proteção e assistência aos condenados) e os CRs (Centros de ressocialização): sua história e suas ideias. **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. 293-330, Jan. 1, 2011. ISSN: 978-85-352-4370-3.

SHECAIRA, Sérgio Salomão, CÔRREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 130 p.

STF, Notícias (Org.). **Direitos humanos: ressocialização de presos e combate à reincidência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da Pena**: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. 205 p.