

**FORMAS ALTERNATIVAS DE INDENIZAR PRESOS
SUBMETIDOS A CONDIÇÕES DEGRADANTES: ANÁLISE DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS**

Thiago Rocha Ottoni Ribeiro

Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues

Brasília

2018

THIAGO ROCHA OTTONI RIBEIRO

**FORMAS ALTERNATIVAS DE INDENIZAR PRESOS SUBMETIDOS A
CONDIÇÕES DEGRADANTES: ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues

Brasília

2018

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília

Formas alternativas de indenizar presos submetidos a condições degradantes: análise do recurso extraordinário 580.252/MS

Thiago Rocha Ottoni Ribeiro

Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues
Orientador

Examinador

Examinador

Brasília

2018

“Nós *estamos* todos na sarjeta, mas alguns de nós estamos olhando para as estrelas.”

(Oscar Wilde)

AGRADECIMENTOS

Obrigado, Deus, por ter me acompanhado nesta missão, por ter me iluminado quando tudo parecia estar nublado. Obrigado por ter me dado a oportunidade de conhecer colegas e professores incríveis nesses longos dez semestres, alguns deles seguirão como grandes amigos para longas vidas.

Agradeço em especial por ter me colocado na mesma sala de aula da mulher da minha vida, por ter proporcionado muito mais que uma graduação, um encontro de almas!

Obrigado, minha tia Fátima, por nunca ter desistido de me mostrar essa profissão e por não ter pensado duas vezes em me apoiar quando decidir estudar Direito.

Por fim, agradeço muito a meu orientador pela oportunidade de aprender com ele, pelo suporte e por ser um exemplo de profissional.

RESUMO

Busca-se, com o presente trabalho, apresentar as alternativas de reparação pelos danos morais causados aos presos por ação ou omissão do Estado em decorrência da falência do sistema prisional brasileiro. Os presídios nacionais são conhecidos por serem superlotados, com condições desumanas e, principalmente, por violarem, diariamente, a dignidade humana e outros direitos garantidos aos presos pelo ordenamento jurídico. Assim, analisa-se a evolução da prisão e as penas privativas de liberdade, explanando o instituto da responsabilidade civil do Estado e criticando a rotina vivida pela população carcerária. Para isso, analisa-se o RE-580.252/MS de forma a balizar a melhor forma de indenizar os presos pelos danos sofridos nas prisões brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Falência do Sistema Prisional Brasileiro; Responsabilidade Civil do Estado; Princípios Limitadores das Penas; Estado de Coisas Inconstitucionais; Dano Moral.

ABSTRACT

It seeks, in the present study, present the alternatives of reparation for moral damages caused to prisoners by action or omission of the State as a result of the bankruptcy of the Brazilian prison system. The national prisons are known to be overcrowded, with inhuman conditions and, mainly, for violating daily, the dignity and other rights guaranteed to prisoners by the legal system. Thus, it analyzes the evolution of the prison and penalties involving deprivation of liberty, explaining the institute of civil liability of the State and criticizing the routine lived by the prison population. For this reason, it analyzes the RE-580.252/MS to mark out the best way to compensate for damages suffered as prisoners in Brazilian jails.

KEYWORDS: Bankruptcy of the Brazilian prison system; Civil Liability of the State; Limiting Principles of sentences; State of Things unconstitutional; Moral damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	10
I.1 Breve histórico sobre a prisão.....	12
I.2 Sanções penais e suas finalidades.....	20
I.3 Princípios limitadores da penas.....	23
I.4 Estabelecimentos penais e regimes de cumprimento da pena.....	27
I.5 Garantias asseguradas aos condenados.....	30
I.6 Realidade vivida nos presídios brasileiros.....	31
CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DOS DANOS CAUSADOS AOS PRESOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	37
II.1 A responsabilidade civil extracontratual do Estado na história.....	37
II.2 A Irresponsabilidade civil do Estado.....	37
II.3 Responsabilidade civil do Estado pela aplicação das normas de Direito Privado.....	39
II.4 Responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público.....	40
CAPÍTULO III – ALTERNATIVAS À INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA ANALISADAS NO RE 580252.....	46
III.1 Análise dos votos a respeito das forma de indenização.....	46
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

INTRODUÇÃO

Os trabalhos acadêmicos, no ramo do Direito, buscam alguma interação de fatos concretos com a norma jurídica imposta ou o simples desconforto resultante de uma situação presenciada ou conhecida que vai de encontro com o que se considera legal ou justo.

Ponto central de discussão no presente trabalho é a maneira como as penas são impostas e executadas, segundo a legislação penal e constitucional brasileira, assim como suas funções.

O trabalho mostra a completa desproporcionalidade entre as sanções impostas aos sujeitos desviantes e as práticas por eles cometidas.

A partir do século XIX, a prisão foi objeto central dos institutos estatais de controle do crime. Privar alguém de sua liberdade plena era considerada a única forma, ou a mais eficiente maneira de transformar o criminoso.¹ Por décadas, acreditavam ser a prisão a melhor forma de reeducar o indivíduo, sendo reintroduzido na sociedade após cumprir a pena.

No entanto, no decorrer dos anos, a sociedade já não mais acreditava neste instituto, muito em decorrência da ausência de resultados satisfatórios. Não confiavam mais na prisão como instrumento capaz de gerar a ressocialização do criminoso. Isso foi observado em dois pontos principais.

Primeiramente, o ambiente das prisões em nada favorece o desenvolvimento físico, intelectual e social do indivíduo, principalmente pela absoluta artificialidade do meio.

Segundo, pelas condições humanas e materiais presentes na realidade carcerária brasileira, responsáveis pela extrema dificuldade em viabilizar a reeducação do preso. Condições absolutamente desumanas dos presídios refletem diretamente no desenvolvimento do preso, sendo completamente desumanas e violadoras das garantias constitucionais. Agressões físicas, morais e psíquicas, castigos sádicos, atos cruéis e repentinos, ausência de meios de desenvolvimento profissional, deficiência nos serviços médicos e no regime alimentar, além da superlotação são meios que garantem a não reeducação e reintegração do indivíduo ao meio social.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado nas constituições a partir do século XX, é primeiramente analisado quando em relação aos demais, considerado como

¹ GRECO, Rogerio 2012, *Apud* FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p.9

um dos mais vastos, podendo ser explorado em todos os ramos do direito. Na esfera Penal, é utilizado como direcionador de outros princípios. Os princípios da proporcionalidade, individualização da pena, humanidade e culpabilidade utilizam dele como fundamento de validade.

Mesmo já sendo consagrado na Constituição Federal de 1988², o princípio da dignidade da pessoa humana é violado diariamente pelo próprio Estado. Atualmente, o sistema prisional é completamente o oposto do que deveria ser, do que está previsto na norma legal. Está mais para o que era esperado na Idade Média. Nos presídios brasileiros, aquele que sai e não volta a delinquir, ou, simplesmente, sai e consegue se manter em uma vida normal pode ser considerado um vitorioso. Não por ter cumprido sua pena, mas por ter cumprido sua pena em um ambiente, se não pior, igual ao inferno.

Pelas palavras do ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, é preferível a morte a ser submetido ao sistema prisional brasileiro.³

Visto isso, parece que além de punir e reprovar o indivíduo que praticou algum delito, o Estado pretende se vingar dele, desconsiderando de forma absoluta sua principal característica, ser humano e digno de garantias mínimas.

O sistema prisional atual pode gerar infinitos resultados a seus detentos, menos a ressocialização, indo de encontro com o que é pretendido com a instituição da privação da liberdade. A privação da liberdade deve ser observada, analisando o sistema como um todo, desde o cometimento do fato criminoso até a questão orçamentária do Estado.

Dessa forma, não pode o Estado se justificar por qualquer motivo que seja. As inúmeras violações geram a responsabilização administrativa, civil e criminal, seja como pessoa jurídica do interesse público interno e externo, como na forma dos que o representam.

Reconhecida a responsabilidade do Estado, de forma objetiva, por não proporcionar condições mínimas no cumprimento das penas impostas nos estabelecimentos prisionais, este projeto busca identificar qual o modelo adequado à realização da indenização aos presos pelos danos morais sofridos decorrentes das condições desumanas vividas quando submetidos à tutela estatal, como alternativa à reparação em forma de pecúnia.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

³ Fonte GLOBO. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>. Acesso em: 14 de out de 2017

A estrutura do trabalho está disposta da seguinte forma. Primeiramente, será abordado o instituto da pena privativa de liberdade, sua evolução, espécies de penas e suas finalidades, desde a Antiguidade até a Idade Moderna. Conseqüentemente, serão analisados os regimes de cumprimento da pena e os estabelecimentos de custódia, assim como suas realidades.

No segundo momento, será analisado o instituto da responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos comissivos ou omissivos praticados por ele, desde a origem da responsabilidade do Estado e seus requisitos até o dano efetivamente causado. Tendo como objeto os indivíduos que vivem em situações degradantes e desumanas nos centros de custódia penal pelo País.

Por último, será examinada a questão do dano moral ao preso submetido à situação de dano nos presídios brasileiros tendo como base o RE nº 580.252/MS, trazendo formas alternativas à indenização em pecúnia que sejam mais adequadas à realidade do Brasil.⁴

O tema abordado no trabalho é de extrema importância, não só para os indivíduos submetidos ao sistema penitenciário, mas principalmente para os operadores desse sistema e para a sociedade em geral, tendo em vista a quantidade de pessoas tuteladas pelo Estado nos estabelecimentos prisionais. Sendo que estes, diariamente, são locais de violação da dignidade, integridade física e psíquica não cumprindo a função pré-determinada pela Lei, qual seja, ressocializar e educar o preso.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

CAPÍTULO I - A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

I.1 Breve histórico sobre a prisão.

É da natureza do ser humano a plena liberdade. Para Rousseau, o homem possui duas características naturais e originais, uma delas é a liberdade. Por ser uma característica constitutiva do ser humano, não é adquirida, mas inseparável dele. Além de inata, a liberdade prescinde da atividade racional para ser reconhecida, sendo suficiente o sentimento interior.⁵

O ser humano é capaz de interromper seus impulsos imediatos ou dar início a alguma ação visando algum bem futuro.⁶ Dessa forma, pode-se dizer que dentre os bens pertencentes ao homem, a liberdade está inserida entre os mais importantes, tanto que é tida como um dos bens indisponíveis, ou seja, a autonomia da vontade é limitada quando se trata de liberdade, não podendo o sujeito dela abrir mão.

É certo que o ser humano nasceu para ser livre. No entanto, analisando a história das civilizações, constata-se que o ser humano se tornou perigoso, praticando atos bárbaros contra seus iguais, fato que resultou na criação de regramentos que possibilitaram a convivência e punições para aqueles que contrariavam os interesses dessa sociedade.⁷

Historicamente, a prisão era a principal forma utilizada pelos Estados no controle da criminalidade e, desde séculos anteriores, vem sendo utilizada como a forma mais eficaz para que o indivíduo desviante seja “mudado”, educado novamente ao convívio social, pelo menos teoricamente. Assim, pelo uso da prisão, acreditava-se que o indivíduo teria seu comportamento social melhorado a ponto de não mais praticar condutas contrárias à lei, mesmo que de forma ameaçadora, pelo risco em se ver preso, o instituto era, e, ainda, é, tido como principal solução e controle.

A análise histórica das prisões é fundada na evolução e suas mudanças, não sendo previstas formas de abolição desse instituto. Até porque é considerada um “mal necessário”.

Apesar de não serem disponíveis, as prisões devem ser observadas de modo a buscar sempre a contínua humanização, objetivando, sempre que proporcional e cabível sua

⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques, *Do Contrato Social*. Editora Martin Claret, 2007

⁶ Idem

⁷ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.84.

substituição por medidas alheias a privação de liberdade. Até mesmo, por ter natureza, na maioria das vezes, degradante e desmoralizante em relação ao sujeito preso, devendo ser observada, assim como o direito penal, como *ultima ratio*, ou seja, usada apenas quando inviável qualquer outra forma de pena.⁸

Ponto importante para o entendimento acerca da mudança de finalidade da prisão custódia em prisão pena, a análise histórica da evolução desse instituto nos mostra que no decorrer das mudanças sociais, políticas e econômicas, a necessidade em exercer o domínio sobre as pessoas deu força para o nascimento da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, são três fases mais marcantes em relação ao tema, Antiguidade (4000 a.C. a 3500 a.C), Idade Média (476 a 1453) e Idade Moderna (1453 a 1789).⁹

A prisão na Antiguidade era caracterizada por não ser uma sanção penal imposta pelo Estado, ou seja, não era considerada pena. Nesse período, a prisão era apenas o lugar no qual o sujeito desviante aguardava para ser julgado. Mantendo-o preso, evitava-se a fuga. Assim, a principal função da prisão era custodiar e torturar o criminoso.¹⁰

No caso de condenação, a pena gerava sofrimento físico e até a morte, o que era mais comum. Nesse período, caracteriza-se a pena uma forma de vingança, divina, privada ou pública, a depender do grau de evolução social.

Os dados em registro a respeito da finalidade que era atribuída à prisão nas civilizações mais antigas (Roma, Grécia) era apenas a finalidade de custodiar o réu até seu julgamento, além de serem usadas também, principalmente nessas duas civilizações, como forma de punição pelo inadimplemento de dívidas. Os escravos eram presos até que saldassem suas dívidas, podendo ser presos temporariamente ou de forma perpétua.¹¹

Por não ser entendida como pena propriamente, não existiam penitenciárias nessa época sendo os réus mantidos em calabouços ou construções abandonadas.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.28

⁹ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.98.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.28

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011 Apud NEUMAN, Elias, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, 1971, p.22.

Esses ambientes eram caracterizados pela completa ausência de condições salubres e nenhum cuidado, até porque os piores lugares eram usados como prisões.¹²

Jaime Peña Mateos aduz que:

De nenhum modo podemos admitir nessa etapa histórica sequer um início do cárcere como lugar de cumprimento de penas, já que o catálogo de penas praticamente acaba com a morte, salvo no caso de cárceres de devedores, cuja finalidade era coativa e assecurativa.¹³

No ano de 476, com a tomada Império Romano pelos hérulos, dá-se início ao período da Idade Média, chegando ao seu fim com a tomada de Constantinopla pelos turco-otomanos. Período de quase um milênio, a Idade Média é marcada pela forte influência da Igreja e pela economia feudal. A sociedade era escrava das vontades e decisões daqueles que detiam o poder. Independentemente da idade, sexo e discernimento, as pessoas eram colocadas em calabouços, sem nenhuma condição de sobrevivência, à espera do suplício ou da morte, decididos pelo governante, de forma arbitrária.¹⁴

Objetivando a propagação do medo na população, a lei penal da época é considerada uma das mais bárbaras. Sob a influência da Igreja Católica, os sistemas punitivos eram caracterizados por causarem dores físicas extremas, a exemplo: a degolação, marcações a ferro em brasa, guilhotina e o suplício nas fogueiras. Todos esses castigos executados em praça pública, como forma de disseminar o medo na população submetidos ao arbítrio do governante. Aqui, a prisão continua tendo a finalidade de custodiar o indivíduo.¹⁵

O surgimento da prisão eclesiástica e da prisão de Estado se dá nesse período. A pena é fortemente influenciada pela religião. Aqui, temos uma diferença quando comparada às prisões da Antiguidade. Foi diferenciada em dois tipos, a prisão Estado com a finalidade de custodiar o réu até o julgamento, chamado cárcere do Estado. Já a segunda prisão, criada

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.28.

¹³ GRECO, Rogério, 2015 Apud PEÑA MATEOS, Jaime. *Antecedentes de la prision como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII*, 1997, p.66.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.29.

¹⁵ *Ibidem*, p.32

com o objetivo de submeter os clérigos rebeldes, ou traidores a castigos. Trancados em mosteiros, os rebeldes eram mantidos com a finalidade de repensar seus atos, na expectativa de arrependimento.¹⁶

A prisão eclesiástica respondia às ideias de redenção, caridade e fraternidade por parte da Igreja. O objetivo era deixar o sujeito isolado para que meditasse e, por meio de orações, pudesse se arrepender e corrigir o mal causado. Considerada uma prisão mais humana, é dada como antecedente da prisão moderna, tendo os ideais de correição e reabilitação do delinquente recluso.¹⁷

Em meados do século XV até o final do século XVIII, a instituição da prisão passou a ter estruturação diferente, assim como nova finalidade. Nesse período, a finalidade da privação de liberdade era gerar no réu o espírito de reflexão. Dessa forma, a pessoa isolada se reencontraria com a força exercida sobre ele mesmo.

Principalmente com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789, as penas cruéis passaram a não ser mais impostas, de forma gradativa. Aqui, a pena privativa de liberdade toma espaço e inicia-se o processo de construção de presídios, ou também conhecidas como instituições prisões, com a finalidade de reintroduzir o sujeito ao convívio social após sua reeducação. Os sistemas penitenciários então são formulados com o objetivo de preservar a dignidade do preso, sendo a readaptação e a ressocialização do delinquente objetivada apenas no século XX e XXI, inclusive com políticas criminais direcionadas ao egresso.¹⁸

A privação da liberdade era considerada um castigo, originado pelo mal causado à sociedade, mas, também, uma forma de recuperar o sujeito de forma que ele não reincida. Para Cesare Beccaria, a finalidade da prisão é impedir que o sujeito pratique novas condutas criminosas contra a sociedade. No entanto, as penas impostas devem ser proporcionais, assim como o método de imposição, possibilitando maior eficácia e durabilidade.¹⁹

Dessa forma, Beccaria publicou a obra *Dos delitos e das penas*, influenciando os

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.32.

¹⁷ Ibidem, p. 35.

¹⁸ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.104-105.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011 Apud, BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1986, p.46.

Pensamento dos filósofos da época. Pela obra, propõe-se um sistema penal com mais humanidade, sendo as mudanças desejadas e apoiadas pela sociedade. Com seus pensamentos, Beccaria reformulou vários costumes tradicionais na sociedade. No entanto, suas ideias devem ser analisadas com cautela, por ser fundamentada no pensamento rousseuniano.²⁰

Ideias passadas de forma que modificaram o tratamento concedido ao preso. Inadmitia a vingança como fundamentação das penas impostas, devendo ser garantido ao sujeito tratamento humano e digno. Se preocupava com o tempo de imposição da pena, a fim de evitar angústias e torturas para o preso pela incerteza da sentença imposta.²¹

Assim, a mudança sobre a forma de execução da privação de liberdade foi radicalmente alterada, principalmente pela grande aceitação do livro de Beccaria pela sociedade. Povo este já cansado da opressão vinda dos governantes, corruptos e cruéis. As mudanças propostas modificaram o modo como operacionalizar a pena, beneficiando o indivíduo preso, pelo menos, teoricamente.²²

Na Inglaterra, após conhecer as ideias de Beccaria, John Howard já não era conivente com as condições das prisões. Por não admitir o sofrimento dos presos, construiu presídios adequados para o cumprimento da pena. Utilizava o trabalho como forma de reabilitar o preso e a educação moral e religiosa como reforços nesse objetivo. Por serem essas ideias muito avançadas para aquela época, não conquistou resultados substanciais. No entanto, é considerado grande influenciador reformista.²³

Os problemas encontrados naquela época ainda estão presentes na realidade dos complexos prisionais brasileiros. Assim, várias entidades não vinculadas ao Estado buscam melhorias nos presídios, alinhados aos ideais de Howard.²⁴

O fundador do utilitarismo no Direito, Jeremy Bentham, dizia que o cidadão devia obedecer ao Estado para a felicidade de todos, sendo que a desobediência causaria prejuízos a todos. Com isso, a ideia do contrato social e do direito natural foi substituída pela teoria da

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.56.

²¹ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.109

²² Ibidem, p. 110

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.60

²⁴ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.119.

utilidade. Aqui, dizia o seguinte: “O indivíduo somente possuía direitos na medida em que conduzisse seus comportamentos para o bem da sociedade como um todo”.²⁵

Além disso, desenvolveu e propôs um modelo capaz de garantir a dignidade da pessoa humana, conhecido como panóptico e descrito da seguinte forma:

Uma casa de Penitência, segundo o plano que lhes proponho, deveria ser um edifício circular, ou melhor dizendo, dois edifícios encaixados um no outro. Os quartos dos presos formariam o edifício da circunferência com seis andares e podemos imaginar esses quartos com umas pequenas celas abertas pela parte interna, porque uma grade de ferro bastante larga ou deixa inteiramente à vista. Uma galeria em cada andar serve para a comunicação e cada pequena cela tem uma porta que se abre para a galeria. Uma torre ocupa o centro e esta é o lugar dos inspetores: mas a torre não está dividida em mais do que três andares, porque está disposta de forma que cada um domine plenamente dois andares das celas. A torre de inspeção está também rodeada de uma galeria coberta com uma gelosia transparente que permite ao inspetor registrar todas as celas sem ser visto. Com uma simples olhada vê um terço dos presos, e movimentando-se em um pequeno espaço pode ver a todos em um minuto. Embora ausente a sensação de sua presença é tão eficaz como se estivesse presente... Todo edifício é como uma colméia, cujas pequenas cavidades podem ser vistas todas desde um ponto central. O inspetor invisível reina como um espírito.²⁶

O panóptico teria a função de dominar os indivíduos assim como prevenir novas condutas delituosas. Não admitia penas indignas, visto que estas acabavam com a chance de reabilitação do preso, mas aceitava os castigos moderados, com disciplina rígida, roupas e alimentos humilhantes e grosseiros. Bentham defendia que “um preso que sofre essa pena não deve gozar de uma condição melhor que a dos indivíduos da mesma classe que vivem em um estado de inocência e de liberdade”.²⁷

Em decorrência desses autores, durante o século XIX, foram inaugurados os primeiros sistemas penitenciários dos Estados Unidos da América. Esses sistemas, Pensilvânico/Celular, Auburniano e Progressivo não tinham como finalidade a punição do condenado.²⁸

²⁵ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.119

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011 Apud J.Bentham, *El panóptico*, p.40.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.71.

²⁸ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.121

No primeiro, o condenado ficava isolado dos outros em uma cela, não podia trabalhar nem receber visitas. Associado a meditação e a oração, eram oferecidas leituras bíblicas como forma de estimular o arrependimento. No Sistema Pensilvânico, o preso não tinha nenhum contato com o mundo exterior. Era um sistema altamente rígido e radical, sendo o isolamento causa de absoluto fracasso na ressocialização, levando os internos a desenvolver surtos psicológicos em decorrência do isolamento.²⁹

Em decorrência do desastre causado por esse sistema, foi desenvolvido o Sistema Auburniano. Neste, originário da cidade de Auburn, Nova York, o rigor era mais atenuado, permitia o trabalho dentro das unidades e em grupos. Aqui, o isolamento do indivíduo ocorria apenas no período noturno, ficando cada indivíduo em uma cela. Nesse sistema, o castigo corporal não acabou, sendo também respeitado o silêncio absoluto. Presos não podiam conversar e nem receber visitas, nem a de familiares era permitida.³⁰

A pena privativa de liberdade foi efetivamente imposta no decorrer do século XIX. Com ela, o sistema progressivo possibilitava que o preso fosse incorporado ao meio social antes de cessar a pena imposta, tendo como base o comportamento e o aproveitamento no sistema prisional. Considerado um avanço inquestionável, o sistema era muito menos rigoroso na aplicação da pena.³¹

No Sistema Progressivo Inglês, era analisada a pena pela união da boa conduta e do trabalho por parte do condenado, observando também a proporcionalidade e a gravidade do delito cometido. Aqui, dividia-se em três fases. Na primeira, o condenado era isolado de forma absoluta, possibilitando a reflexão sobre o ato cometido. Era imposto a ele trabalhos árduos e fornecida uma alimentação deficiente. Já na segunda fase, o trabalho era realizado em conjunto com os demais, permanecendo sempre em silêncio durante as atividades.

A última fase era caracterizada pela concessão do livramento condicional do apenado, caracterizado pela constante vigilância. Passado esse tempo sem nenhuma falta cometida, era concedida ao condenado a liberdade definitiva.³²

²⁹ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.121

³⁰ Ibidem, p.123

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.97.

³² Ibidem, p.100.

Na Irlanda, o Sistema Progressivo teve uma fase acrescentada. Nas palavras de Roberto Lyra:

O sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida comum para demonstrar praticamente os resultados das provações anteriores, isto é, a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional;³³

O sistema de Montesinos, grande influenciador no tema de reclusões, estimulava a autoconsciência e confiança. Nesse sistema, os castigos corporais foram eliminados e o trabalho realizado pelo preso era remunerado. Proibiu-se o isolamento do condenado, garantiu saídas por tempo determinado e, de forma a compensar o condenado pela boa conduta, possibilitava a redução da condenação. Aqui, o preso era incentivado a ser responsável pela segurança do presídio.³⁴

Atualmente, o sistema progressivo brasileiro está em crise, nas penitenciárias e na própria pena privativa de liberdade. A presença de distúrbios psicológicos originados, principalmente, por problemas sexuais, torturas psicológicas, pela subcultura do cárcere e pela ausência de condições desumanas e degradantes vivenciadas pelos presos evidenciam a falência do sistema penitenciário.³⁵

A crise no sistema não é apenas em sentido estrito, mas como consequência da ausência de preocupação por parte de quem governa e da própria sociedade em relação aos problemas penitenciários. Isso gera a necessidade de se exigir reformas e melhorias capazes de possibilitar que a pena privativa de liberdade seja um meio com maior eficácia em relação à reabilitação do preso, até porque, a realidade dos presídios brasileiros torna impossível a reabilitação do condenado.³⁶

³³ GRECO, Rogerio, 2015 Apud LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p.91.

³⁴ GRECO, Rogerio. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.127.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.164.

³⁶ *Ibidem*, p.163.

I.2 Sanções penais e suas finalidades

Segundo as ideias de Greco, a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando o sujeito pratica algum delito. “Quando o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *jus puniendi*.”³⁷

Para Guilherme de Souza Nucci:

A pena é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a prevenção de 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.³⁸

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, mesmo tendo o Estado o dever/poder de executar a pena ao sujeito que violou o ordenamento jurídico, a pena deverá observar alguns princípios constitucionais, previstos de forma expressa ou implícitos.³⁹

Em nosso diploma penal, pela leitura do artigo 59, observa-se que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovar e prevenir o crime. Dessa forma, entende-se que a pena deve ser capaz de reprovar o dano produzido e prevenir novas práticas delitivas.⁴⁰

De acordo com o artigo 32 do Código Penal, as penas podem ser: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.⁴¹ A pena privativa de liberdade prevista pelo Código para os crimes e delitos é dividida em reclusão e detenção sendo que nos casos de contravenção penal a pena imposta será a prisão simples.⁴²

Importante deixar claro que a pena de prisão simples está prevista na Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3688/41), direcionada para as infrações de menor grau lesivo. Essa pena deve ser cumprida sem o rigor penitenciário, em um estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.⁴³

³⁷ GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*.14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.469

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*.10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.359.

³⁹ BRASIL. *Lei nº 2.848, 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 set. 2017.

⁴⁰ GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*.14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.473

⁴¹ BRASIL. *Lei nº 2.848, 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 set. 2017

⁴² GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*.14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.479

⁴³ BRASIL. *Lei nº 2.848, 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 set. 2017.

O condenado por contravenção não pode ser tutelado no mesmo estabelecimento que os condenados por crimes de maior lesividade. A pena imposta a ele não pode ser cumprida em regime fechado. O estabelecimento destinado a estes é uma espécie de casa de albergados ou colônia penal de contraventores, com a fiscalização e controle necessário do Estado para a eficácia do cumprimento da pena.⁴⁴

No entanto, a realidade brasileira demonstra a ausência de casas de albergados em todos os Estados para aqueles que cometeram contravenção penal e as que existem não conseguem abrigar todos os condenados. Pela falta de estrutura, condenados por contravenção cumprem a pena em suas próprias casas não passando por nenhum tipo de fiscalização.⁴⁵

Além das penas privativas de liberdade, nosso ordenamento prevê penas restritivas de direitos. Dessa forma, a redação dada pelo artigo 43 do Código Penal traz como restritivas de direito a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana.⁴⁶

Essas penas restritivas de direitos são usadas como forma de substituir a pena privativa de liberdade (reclusão e detenção), devem, ainda, obedecer a existência de pré-requisitos estipulados na lei, artigo 44 do Código Penal, cumulativamente.⁴⁷

Quando a pena restritiva de direitos que substituir a privativa de liberdade for a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana, essas deverão possuir a mesma duração da privativa de liberdade imposta.⁴⁸

Finalizando as espécies de penas, cumpre falar sobre a pena de multa. Essa pena implica redução patrimonial do condenado, consistindo no pagamento do valor sentenciado ao fundo penitenciário, calculado em dias-multa, obedecidos os limites estipulados pelo Código Penal.⁴⁹ Com isso, a pena de multa atende à necessidade de descarcerização e obedece ao

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.360.

⁴⁵ COELHO, Fabiana da Silva. *Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos*. Monografia (Graduação), Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 2.848, 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 set. 2017

⁴⁷ GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*.14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012,p.531.

⁴⁸ Ibidem, p.533

⁴⁹ GRECO, Rogério, 2012 Apud GIORDANI, Mario Curtis. *Direito penal romano*, p.70

princípio da proporcionalidade da pena, visto ser empregada de forma isolada quando a condenação for igual ou inferior a um ano.⁵⁰

Imperioso observar que, para fixar a pena de multa dentro do limite imposto pelo Código (mínimo 10 e máximo 365 dias-multa), o juiz deve analisar a situação econômica do réu, podendo o valor ser aumentado até o triplo se o juiz considerar a pena máxima ineficaz. Além disso, a pena não pode ser inferior a um trigésimo do valor do salário mínimo mensal vigente à época do fato criminoso, nem superior a cinco vezes esse salário, ressalvada a exceção do artigo 60, parágrafo 1º, CP (quando a máxima for considerada ineficaz).⁵¹

A previsão contida no artigo 59 do Código Penal deixa evidente a obrigatoriedade da pena ser necessária e suficiente à reprovação da infração penal cometida. Dessa forma, resta clara a finalidade da pena, reprovando a conduta delitiva praticada e prevenir a ocorrência de novas infrações penais.⁵²

A respeito da finalidade da pena, Fernando Capez, elucida:

- 1- Teoria da retribuição ou absoluta: consiste em uma punição pelo desrespeito a um bem jurídico, devendo ser proporcional ao crime praticado. Está prevista no CP no art. 59, que faz referência a necessidade e suficiência.
- 2- Teoria da prevenção ou relativa: Tem por objetivo coibir ou evitar a prática de novos delitos. A pena é vista como um instrumento para prevenir as futuras infrações penais. Podendo ser especial objetivando a readaptação do criminoso, como forma de impedi-lo de voltar a delinquir. Sendo geral quando visa inculcar no ambiente social uma intimidação para as pessoas não delinquirem por medo de receber uma punição.
- 3- Teoria mista: A pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática de crimes.⁵³

Com isso, podemos concluir que a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro é unificadora da pena ou teoria mista. Isso porque a parte final do *caput* do artigo 59 do Código Penal unifica a necessidade da reprovação com a prevenção do delito. Assim, faz com que a teoria absoluta e a relativa se unam, pelos critérios da retribuição e da prevenção, respectivamente.⁵⁴

⁵⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.546

⁵¹ *Ibidem*, p.547

⁵² *Ibidem*, p.473

⁵³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.385

⁵⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.473

I.3 Princípios limitadores das penas

Serão apresentados os principais princípios que limitam a execução da pena. Estando eles expressos ou implícitos, são utilizados como reguladores nas decisões judiciais. Sendo assim, trataremos dos seguintes princípios: intervenção mínima, fragmentariedade, individualização da pena, proporcionalidade, culpabilidade e limitação das penas.

O princípio da intervenção mínima diz que o Direito Penal só deve preocupar-se em proteger os bens mais relevantes e necessários à vida em sociedade. Conhecido como *ultima ratio*, é responsável pela indicação dos bens de maior importância, merecedores de especial atenção, além de possibilitar a descriminalização de condutas.⁵⁵

Dessa forma, o Direito Penal deve interferir o menos possível na vida da sociedade, sendo apresentado apenas quando os outros ramos do Direito não forem capazes de dar a proteção necessária para aqueles bens de maior relevância.⁵⁶

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt ensina:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelam-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o reestabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, atuar somente quando os demais ramos do Direito se revelarem incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da sociedade.⁵⁷

Portanto, são duas as vertentes do presente princípio. Por um lado, orienta o legislador a selecionar os bens jurídicos mais relevantes e necessários ao convívio social; de outro, serve como um norteador do legislador na retirada daqueles bens que, no passado, gozavam de proteção especial, mas que, atualmente, já podem ser protegidos por outros ramos do Direito, em decorrência da evolução da sociedade.⁵⁸

Dessa forma, é possível concluir com André Copetti, quando ensina:

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado (Direito Penal Mínimo). Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.47

⁵⁶ *Ibidem*, p.48

⁵⁷ *Ibidem*, p.48.

⁵⁸ *Ibidem*, p.49

de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.⁵⁹

Outro princípio de singular importância para o Direito Penal é o princípio da individualização da pena. Nele, exige-se uma relação entre a conduta praticada pelo sujeito e a sanção a ele imposta, sendo capaz de cumprir os fins de prevenir e reprimir a conduta delituosa. Dessa forma, o *quantum* da pena estipulada deve ser individualizado de acordo com a culpabilidade de cada infrator pelo delito cometido.⁶⁰

Pela análise do texto constitucional, podemos concluir que a individualização da pena tem início na seleção feita pelo legislador, quando escolhe as condutas, positivas ou negativas, que violam os bens jurídicos mais relevantes. Após essa seleção, essas condutas são valoradas, pelo legislador, estipulando penas proporcionais à importância do bem tutelado.⁶¹

Dessa forma, a pena imposta dependerá do grau de censura da infração praticada pelo indivíduo. Nesse sentido, Nelson Hungria entende que: “por individualização da pena se deve entender o processo para retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do agente.”⁶²

Expresso no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal Brasileira⁶³, o princípio da individualização da pena preconiza que diferentes condutas, com diferentes níveis de culpabilidade tenham diferentes punições.

5º [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos

⁵⁹ GRECO, Rogério, 2012 Apud COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*, p.87

⁶⁰ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.29

⁶¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.70.

⁶² LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, p.52

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

Assim, observamos que a individualização da pena é dividida em três fases: a) fase de cominação ou legislativa; b) fase de aplicação ou judicial; c) fase da execução ou administrativa.⁶⁴

A primeira fase, através da lei, é determinada, proporcionalmente, para cada tipo penal uma pena, considerando o bem protegido e a gravidade da infração e do dano. Neste plano também são definidas as circunstâncias capazes de aumentar ou de diminuir as penas, indicando seu máximo e seu mínimo.⁶⁵

Segundo Rogério Greco, nessa fase, o legislador realiza a valoração dos bens objetos de proteção, utilizando um critério político, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e a sua gravidade.⁶⁶

Na segunda fase da individualização, ou seja, quando da aplicação da pena pelo judiciário, o magistrado deve fixar a pena aplicável ao caso concreto, ajustando o período da pena estipulada entre o mínimo e máximo fixado na lei de acordo com a conduta e o resultado obtido, determinando, em seguida, a execução da pena então definida.⁶⁷

Nesse contexto, é a orientação do Superior Tribunal de justiça conforme podemos extrair do seguinte julgado:

Ao individualizar a pena, o juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar os critérios no art. 59, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, para ao final impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer.⁶⁸

Mirabete aduz que:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e

⁶⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.109.

⁶⁵ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, p.53.

⁶⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.70.

⁶⁷ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, p.53.

⁶⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 4812/SP*. Relatora Min. Laurita Vaz. Brasília, 2005. Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudência/7158549/habeas-corpus-hc-48122-sp-2005-0156373-8/relatório-e-voto-12878428>. Acesso em: 12 set 2017.

que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se pode falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste a dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados conforme as condições pessoais de cada um.⁶⁹

Por último, o princípio da proporcionalidade. Não é simples sua análise por ausência de possibilidade de mensurar os bens, por exemplo: a vida, a dignidade sexual, a integridade moral e física. Seguindo esse princípio, é vedado que a pena aplicada seja excessiva, da mesma forma em que se proíbe uma proteção deficiente.

Alberto Silva Franco, diz que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem).⁷⁰

Mesmo não sendo adotado de forma expressa pela Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade já estava presente no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Seu artigo 15º trazia o seguinte texto: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.⁷¹

As penas, quando desproporcionais, geram em toda a sociedade o sentimento de injustiça. Isso ocorre em dois momentos distintos. Primeiro quando analisada a pena em abstrato, definida pelo legislador. Aqui, parte-se do pressuposto que o tipo penal proíbe ou

⁶⁹ GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.70.

⁷⁰ GRECO, Rogerio. Apud SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, p.67.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17.ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.67.

impõe certa conduta, cujo o descumprimento gera a sanção, proporcional à gravidade da lesão provocada. O segundo momento é o da aplicação em concreto da pena pelo juiz, onde fará uma análise, levando em conta a pessoa do condenado e suas condições, evidenciando a individualização da pena.⁷²

Podemos concluir então com o ensinamento de Lenio Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.⁷³

I.4 Estabelecimentos penais e regimes de cumprimento da pena.

Está descrito no artigo 33 do Código Penal quais os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, quais sejam: regime fechado, regime aberto e o regime semiaberto.⁷⁴

A pena privativa de liberdade está prevista no preceito secundário dos tipos penais incriminadores, apoiando a individualização da pena e permitindo a proporcionalidade entre a conduta e a condenação, sendo reclusão ou detenção.⁷⁵

Dessa forma, a definição, pelo do juiz, de qual será o regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma união entre a quantidade de pena a ser aplicada com as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, principalmente quanto a ser necessária e suficiente para a prevenir e reprovar a prática do delito.⁷⁶

⁷² GRECO, Rogerio. *Direito Penal do Equilíbrio*. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.114.

⁷³ GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.78.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 2.848, 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 14 set. 2017.

⁷⁵ GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2012, p.490.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 490.

Prescreve o artigo citado: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:”⁷⁷

Caso o indivíduo seja condenado a pena de reclusão com duração superior a 8 anos, o cumprimento dessa deve ser no regime fechado. Dessa forma, será ele encaminhado à penitenciária. Aqui, o condenado passa pelo exame criminológico utilizado para a verificação de elementos essenciais à adequada classificação com vista à individualização da execução.⁷⁸

O trabalho é um dos direitos do preso, no entanto, no regime fechado, deverá ocorrer no período diurno, voltando ao isolamento durante a noite. Por ser direito do preso, se o Estado não possibilitar o trabalho ao preso, decorrente de incapacidade administrativa, não poderá ser o preso prejudicado, uma vez que, ao trabalhar, garante o direito à remissão da pena imposta. A remissão é calculada de forma que para cada três dias de trabalho, um dia de pena seja diminuído. Por isso, de forma excepcional, mesmo que não seja possível o trabalho, deverá ser concedido o benefício da remissão.⁷⁹

Dispõe a Lei de Execuções Penais o seguinte:

Será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas às cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.⁸⁰

Discordando da possibilidade em remir a pena mesmo sem o efetivo exercício laboral, Cezar Roberto Bitencourt aduz:

Quando a lei fala que o trabalho é direito do condenado está apenas estabelecendo princípios programáticos, como faz a Constituição quando declara que todos têm direito ao trabalho, educação e saúde. No entanto, temos milhões de desempregados, de analfabetos, de enfermos e de cidadãos vivendo de forma indigna. Por outro lado, os que sustentam o direito à remissão, independentemente de o condenado ter trabalhado, não ofendem também o pagamento da remuneração igualmente prevista na lei, o que seria lógico.⁸¹

⁷⁷ GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2012, p.490.

⁷⁸ *Ibidem*, p.490

⁷⁹ *Ibidem*. P.490

⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual direito penal, Parte Geral*, v.1, p. 436

Diante dessa ideia, Rogério Greco preleciona:

[...]uma coisa é a remissão da pena, que diz respeito diretamente à liberdade do cidadão; outra é o pagamento sem o trabalho. Na primeira hipótese, não podemos nos esquecer de que o Estado não pode, por arbítrio, intransigência, inércia ou péssima administração interferir, ainda mais, sobre o direito de liberdade dos seus cidadãos; na segunda hipótese, estivesse o condenado recebendo por aquilo que não fez, estaria se enriquecendo ilicitamente. Por isso entendemos que a falta de trabalho para o condenado por culpa exclusiva do Estado não impedirá a remissão.⁸²

Para aqueles condenados a pena superior a quatro anos e inferior a 8 anos, desde que não reincidentes, é implantado o regime semiaberto. Aqui, exige-se uma guia de recolhimento e a pena deverá ser cumprida em uma colônia agrícola, industrial ou algum estabelecimento similar. Nesse regime, predomina a confiança na disciplina e na responsabilidade do condenado, possibilitando que ele trabalhe, frequente cursos e exerça outras atividades previamente autorizadas durante o dia. Durante o período noturno e nos dias de folga, permanece recluso.⁸³

Em relação aos reincidentes, o STJ, no dia 22 de maio de 2002 aprovou a súmula nº 269, diz ser admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis às circunstâncias judiciais.⁸⁴

Infelizmente, a situação dos presos no regime semiaberto não é a estipulada na lei. Pela carência de estabelecimentos penais e extrema deficiência nos existentes, torna-se muito difícil fazer cumprir a lei de maneira adequada.

Vale ressaltar que a lei impõe que presos provisórios, mulheres e maiores de sessenta anos cumpram suas penas em locais especiais, passíveis de atender às suas condições pessoais.⁸⁵

A título de exemplo é a matéria publicada no site Portal ESPM Jornalismo:

O presídio militar Romão Gomes, na zona norte de São Paulo, apresenta condições bem diferentes da maioria dos 6 ANAIS do VII Encontro de Pesquisa e Extensão da Faculdade Luciano Feijão. Sobral-CE, novembro de 2014. ISSN 2318.4329 presídios brasileiros. Dirigido pelo major Márcio Necho da Silva há 27 anos na polícia e há

⁸² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 14.ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2012, p.491

⁸³ *Ibidem*, p.492

⁸⁴ *Ibidem*, p.493

⁸⁵ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

seis meses no comando do presídio, o Romão Gomes segue a Lei de Execução Penal à risca, e oferece condições de trabalho dentro do próprio presídio. Além de oficinas como horta, marcenaria, suinocultura e lava rápido, três empresas empregam o trabalho dos internos, que fabricam velas, componentes eletrônicos para carros e embalagens de papelão. “Por ser um presídio militar o cumprimento da Lei de Execução Penal é obrigatório. Dos internos, 90% trabalham. As regras no presídio proporcionam melhores condições de vida e de conduta do interno. Não temos problemas de fuga, motim ou qualquer tipo de violência”, aponta o major Necho da Silva.⁸⁶

Locais de serviços de assistência, lazer, educação, atividades esportivas e trabalho devem estar presentes nos estabelecimentos penais, de acordo com sua natureza. Aqueles que são destinados às mulheres, devem possuir berçários, possibilitando que elas cuidem de suas crias. Além disso, estes estabelecimentos devem possuir agentes apenas do sexo feminino na segurança e em suas áreas internas.⁸⁷

Dispõe a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 85 que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”, no entanto, este é um ponto falho no que se refere ao sistema penitenciário brasileiro. Não tem como ansiar pela recuperação do infrator condenado que se encontra em um cárcere superlotado e sem condições.⁸⁸

Assim, como se pode observar, a falência do atual sistema penitenciário brasileiro não permite que as disposições legais apontadas na LEP, Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984, sejam cumpridas.

1.5 *Garantias asseguradas aos condenados*

É possível, pela leitura do artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal e do artigo 38 do Código Penal que o indivíduo deve ter todos os seus direitos não afetados pela decisão judicial condenatória, sendo essa capaz apenas de restringir o direito de ir e vir, imposta pela pena privativa de liberdade. Com isso, verifica-se que o condenado continua

⁸⁶ BERALDO, Gabriela. MACHADO, Guilherme. TRIMIGLIOZZI, Ivan. *Direitos humanos são violados nas penitenciárias brasileiras*. Disponível em: <http://jornalismosp.espm.br/plural/direitos-humanos-sao-frequentemente-violados-nas-penitenciarias-brasileiras/> Acesso em: 15 nov. 2017.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.947.

⁸⁸ *Ibidem*, p.497

com direito à vida, integridade física e psíquica, honra, sigilo à correspondência, alimentação, educação, saúde e todos os demais, todos resguardados pela própria lei.⁸⁹

O objetivo da LEP é garantir a punição do condenado, mas ao mesmo tempo, deve criar meios capazes de humanizar e reintroduzir o indivíduo ao convívio social.

I.6 Realidade vivida nos presídios brasileiros

A crise no sistema penitenciário brasileiro é uma velha conhecida: presídios superlotados, completa ausência de condições mínimas de habitação, ambientes violentos e ociosidade são completamente estranhos ao que dispõe o texto constitucional e a LEP.

Os problemas encontrados nos presídios brasileiros são imensuráveis, desde a estrutura física dos estabelecimentos até a própria administração. Problemas ocasionados pela omissão do Estado e da própria sociedade. Um dos propósitos dos presídios é exatamente manter o preso longe da sociedade durante o tempo necessário para possibilitar a ressocialização. No entanto, a realidade é outra, fazendo com que o preso saia pior do que quando entrou no cárcere.⁹⁰

Pela ausência de estrutura do sistema, a reabilitação e a prevenção, objetivos dados pela lei ao presídio, são ideais desacreditados. A realidade é complexa e paradoxal: por um lado, tem-se o crescimento da violência e a necessidade de intensificar a aplicação da pena, por outro, a superlotação dos presídios e suas mazelas.⁹¹

O ex-ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, declarou:

Do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer. Quem entra em um presídio como pequeno delinquente muitas vezes sai como membro de uma organização criminosa para praticar grandes crimes.⁹²

⁸⁹ COELHO, Fabiana da Silva. *Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos*. Monografia (Graduação). Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011

⁹⁰ Idem.

⁹¹ SOUZA, Juciene. *Sistema Carcerário Brasileiro: A Ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público*. Disponível em: <<http://jucienesouza.jusbrasil.com.br/129905259/sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 13 set.2017.

⁹² SANTIAGO, Tatiana. *Ministro da Justiça diz que preferia morrer a ficar preso por anos no país*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

Pela análise de dados mais atuais, disponibilizados pelo Institute for Criminal Policy Research em 2016, a população carcerária brasileira continua como a quarta maior do mundo. No presente ano, temos 676.668 milhões, ou seja, quase 3% da população brasileira estão mantidas presas. Além desses, o Brasil conta com aproximadamente 147.937 presos em regime domiciliar.⁹³

Em declaração dada no ano de 2016, o diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ), Renato Campos Pinto de Vitto, refletiu sobre a incapacidade do instituto da privação de liberdade em levar à população uma sensação de segurança. A população carcerária brasileira saltou 575% nos últimos 24 anos, não tendo refletido em nada na redução da criminalidade. O aumento foi de 90 mil presos para 607 mil. No entanto, nos últimos 14 anos, a taxa de homicídios dolosos por cem mil habitantes no Brasil subiu de 18,68 para 34,91. De acordo com informações do Depen, o sistema penitenciário possui atualmente um déficit de 231 mil vagas e há 27.950 pessoas presas em carceragens de delegacias no país – número que possivelmente é maior, já que nem todos os Estados conseguem contabilizar essa informação.⁹⁴

Resta comprovada a crise no atual sistema penitenciário brasileiro. Esse sistema que teve origem com o objetivo de substituir penas desumanas e cruéis presentes nos séculos anteriores, as torturas e a pena de morte, não consegue cumprir o seu papel. Pode ser afirmado que a situação atual teve origem no abandono e no descaso do poder público, assim como o da sociedade, com falta de investimentos e constantes desvios de dinheiro público ao longo das décadas.⁹⁵

Os principais problemas vividos no sistema prisional são:⁹⁶

- Inadequado espaço físico com superpopulação e celas inabitáveis;
- Falta de atendimento médico e psicológico

⁹³ Institute for Criminal Policy Research - ICPR. *World Prison Population List*. Disponível em: http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf Acesso em: 14 de out de 2017

⁹⁴ Fonte CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81755-encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen>. Acesso em: 14 de out de 2017

⁹⁵ SOUZA, Juciene. *Sistema Carcerário Brasileiro: A Ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público*. Disponível em: <<http://jucienesouza.jusbrasil.com.br/129905259/sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 13 set.2017.

⁹⁶ PORTAL ESTACIO, *O Sistema Prisional Brasileiro*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/1597224/artigo%20sistema%20prisional%20brasileiro%20pseudonimo%20mtjr%20penal.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017

- Direitos dos presos são tratados como liberalidades
- Maus tratos, torturas, corrupção, negligência e ilegalidades praticadas dentro das prisões;
- Falta de higiene e alimentação adequadas;
- Frequentes rebeliões.
- Incapacidade do Estado em aplicar a execução da lei sem violar os direitos humanos e os acordos internacionais ao qual o Brasil é signatário;

A Constituição Federal garante aos presos sua integridade física e moral, conforme disposto no artigo 5º, XLIV. Garantia violada diariamente.

Pela completa ausência de condições mínimas de dignidade para o indivíduo nos presídios brasileiros, o condenado acaba por desenvolver um comportamento muito mais violento. A precariedade dos serviços básicos no ambiente carcerário, higiene, acompanhamento médico, educação e informação contribuem para o aumento na transmissão de doenças, inclusive a AIDS, entre os condenados. Muitas vezes essa contaminação existe e o sujeito sequer tem conhecimentos dela.⁹⁷

A ausência de cuidados com as roupas e com o balanceamento nutricional na alimentação dos presos contribui para a propagação de fortes gripes e pneumonias. Além disso, vale ressaltar que a falta de atividade física e o exercício laboral contribuem para o ócio, ocasionando maiores tentativas de fuga e rebeliões nos presídios.⁹⁸

Segundo Beccaria:

Entre as penas e na maneira de aplica-las em proporção com os delitos, devemos escolher os meios que causarão no espírito do povo a impressão mais eficaz e mais durável, e ao mesmo tempo a menos cruel sobre o corpo do culpado.⁹⁹

As agressões cometidas entre os detentos e abusos cometidos pelos agentes que trabalham no presídio e pela polícia são comuns, principalmente, após algum tipo de rebelião. Os presos sofrem abusos sexuais, extorsões e espancamentos, além dos castigos arbitrários por parte da segurança do presídio. Dentro do presídio está presente a “lei do mais forte” e a “lei do silêncio” perante a subordinação dos presos em uma formação hierarquizada.¹⁰⁰

⁹⁷ COELHO, Fabiana da Silva. *Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos*. Monografia (Graduação). Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ FOUCAULT, Michael. Apud BECCARIA: *Dos delitos e das penas*, p.87

¹⁰⁰ COELHO, Fabiana da Silva. *Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos*. Monografia (Graduação). Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011.

Essa repugnante realidade relembra o histórico massacre ocorrido no Carandiru, em 1992, principal casa de detenção do Estado de São Paulo à época. Nesse acontecimento, 111 presos foram mortos pela polícia após uma briga generalizada entre os detentos.¹⁰¹

Funcionários do presídio falavam que a briga saiu do controle, sendo necessária a intervenção da Polícia Militar, visto que os presos estavam armados. No entanto, os presos confirmaram que jogaram suas armas, facas, estoques e afins pelas janelas quando atentaram para a invasão do Grupamento de Choque da PM. Assim, foram 102 detentos mortos por arma de fogo e 09 por armas brancas, além de 22 policiais feridos.¹⁰²

Na maioria dos sistemas penitenciários são encontrados os seguintes problemas: a) falta de orçamento, b) pessoal técnico despreparado e c) predomínio da ociosidade. Além desses, a superlotação dos presídios e suas consequências naturais, a deficiência na alimentação e o precário estado das instalações convertem o cárcere em um castigo desumano.¹⁰³

Demonstrado a completa ausência de condições mínimas de dignidade e humanidade nos estabelecimentos prisionais é mais que certo que o sujeito ao sair do sistema, volta ao convívio social com uma bagagem negativa maior que positiva. Dessa forma, a reincidência é um fator considerável.

Segundo Foucault:

O cárcere, em verdade, não diminui a taxa de criminalidade, provoca a reincidência, favorece a criação de um meio de delinquentes, com organização hierarquizada e voltada para o cometimento de futuros delitos, bem como fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família dos detentos.¹⁰⁴

No dia 27 de agosto de 2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento da cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pedia o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais da população carcerária, em virtude da superlotação e

¹⁰¹ COELHO, Fabiana da Silva. *Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos*. Monografia (Graduação). Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011.

¹⁰² TERRA, *Massacre do Carandiru*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/massacre-do-carandiru>>. Acesso em: 14 set. 2017.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Apud. VALDÉS, Carlos Garcia: *la nueva penologia*, p.42

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 16 ed. São Paulo: Vozes, 1997, pg. 87.

situações desumanas devendo ser determinada a adoção de várias providências violação dos direitos fundamentais da população carcerária, em virtude da superlotação e situações desumanas devendo ser determinada a adoção de várias providências relacionadas ao sistema penitenciário.¹⁰⁵

Na ação, ajuizada contra a União e os Estados-membros, os pressupostos justificantes do Estado de Coisas Inconstitucional foram:

- a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;
- b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura;
- c) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.¹⁰⁶

O STF deveria obrigar que os juízes:

- a) quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP;
- b) implementem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia (sobre as audiências de custódia, leia o Info 795 STF);
- c) quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro;
- d) estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão;
- e) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e
- f) abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de "compensar" o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal.

O STF deveria obrigar que o CNJ:

- g) coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f" acima expostas.

O STF deveria obrigar que a União:

- h) libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.¹⁰⁷

¹⁰⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Informativo 798 STF. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/informativo-esquematizado-798-stf_28.html>. Acesso em: 17 nov. 2017.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

O mérito da ADPF ainda não foi analisado pelo STF, no entanto, em análise ao pedido de liminar, o Supremo acatou as solicitações de audiência de custódia e o de descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, alíneas “b” e “h”, respectivamente.¹⁰⁸

Com as acusações de constante violação das garantias dos condenados, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, pela inexistência de políticas públicas, foi ordenado que: realizassem um plano com estratégias para a reparação dos presídios; que fossem providenciados recursos orçamentários por conta do Governo Federal; que os governos dos Estados criassem e efetuassem a manutenção dos próprios presídios; e foi requerido ao Presidente da República que adotasse medidas capazes de assegurar o respeito aos direitos e garantias dos presos.¹⁰⁹

Além disso, foi reconhecido pela Suprema Corte a violação generalizada das garantias fundamentais dos condenados, considerando as penas privativas de liberdade cruéis e desumanas, em virtude dessa violação, impossibilitando a ressocialização dos presos, gerando aumento da criminalidade comprovado pelos números de reincidência.¹¹⁰

Dessa forma, atribui-se a função de atuar contra a inércia dos demais Poderes, coordenando as ações que objetivam solucionar o problema e fiscalizar os resultados. No entanto, entendeu o STF que não poderia suprimir o Legislativo e o Executivo, no que diz respeito ao exercício de suas atividades fim.¹¹¹

Assim, cabe ao Judiciário atuar para enfrentar os bloqueios políticos e administrativos, sem, no entanto, afastar os demais Poderes da elaboração e execução das soluções necessárias. Com isso, indeferiram as alíneas “e” e “f”.¹¹²

Em relação às demais alíneas, o Supremo esclareceu que já existem aqueles deveres impostos pelo texto constitucional e por outras leis afins, sendo desnecessária a declaração positiva quanto a essas obrigações, tendo apenas que reforçá-las.¹¹³

¹¹⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Informativo 798 STF. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/informativo-esquemmatizado-798-stf_28.html>. Acesso em: 17 nov. 2017

¹¹¹ Idem.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DOS DANOS CAUSADOS AOS PRESOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A partir da evolução histórica a respeito da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, vamos delimitar seus institutos nesse segundo capítulo. Para tanto, será necessário analisarmos as diferenças trazidas pela teoria objetiva e pela teoria subjetiva, além de trazermos os conceitos e possibilidades da teoria do risco integral e do risco administrativo.

Deverá ser abordada a divergência doutrinária em relação à responsabilidade civil do Estado e a possibilidade de sua existência por omissão, com a finalidade de se entender melhor, no capítulo III, o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE-RG 580.252/MS

II.1 A responsabilidade civil extracontratual do Estado na história

Analisando historicamente o instituto da Responsabilidade civil extracontratual do Estado, passaremos por três fases, quais sejam: (i) irresponsabilidade civil do Estado; (ii) responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Privado; (iii) responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público.¹¹⁴

Aqui, analisaremos ainda as diferenças entre as teorias de responsabilidade civil, objetiva, subjetiva, risco integral e risco administrativo, trazendo, principalmente os conceitos e sua incidência.

II.1.1 A Irresponsabilidade civil do Estado

Historicamente, pela necessidade em controlar a sociedade, o homem nomeava sujeitos que, escolhidos por deuses ou pela comunidade, faziam cumprir as normas existentes, sendo eles o próprio Estado. Na era absolutista, inexistia a figura da responsabilidade Estatal.

Nesse período, prevalecia a irresponsabilidade do Estado. A partir de pressupostos

¹¹⁴ Incluído o vocábulo extracontratual ao termo responsabilidade civil para diferenciar essa responsabilidade da responsabilidade civil oriunda dos contratos firmados entre o Estado e terceiros.

como “*the king can do no wrong*” e “*l’État c’est moi*”, ou seja, “o rei não erra” e “a lei sou eu”, não tinha como imputar qualquer responsabilidade ao Rei, logo, não era possível a responsabilização do Estado também, já que este é exatamente aquele.

De acordo com CAHALI, essa teoria teria como fundamentos: a soberania do Estado; o Estado como organizador do direito e a impossibilidade de vincular os atos de agentes públicos ao Estado.¹¹⁵

Pela soberania do Estado, este estaria sempre acima dos seus súditos, sendo intocável, dizendo inclusive o que seria certo ou errado, por livre apreciação. Ao organizar o direito, dizer a lei, jamais se classificaria como possível violador do direito, assim, jamais figuraria como contrário a lei. Por último, por ser soberano, não poderia um agente público ser equiparado a ele, devendo então a responsabilidade do agente pelo dano causado a terceiro ser pessoal.

Assim, como é irresponsável, o Estado não ressarciria os danos causados por ele mesmo ou por seus agentes, sendo muito criticada, visto a injustiça vivida pelos súditos. Sendo a mais forte a negação ao direito. Ora, se o Estado cria e mantém o ordenamento jurídico, como ele próprio não estaria sujeito a esse ordenamento?

Corroborando com essa questão, se o Estado/Rei é uma pessoa, detentor de personalidade, porque seria sujeito de direitos apenas, já que o entendimento é: se possui personalidade, é sujeito de direitos e obrigações, devendo ser responsabilizado por possível dano causado.¹¹⁶

Com o passar do tempo, começou a aparecer algumas teorias que tornariam o Estado, de alguma forma, responsável civilmente. Na primeira metade do século XIX, o Código Napoleônico se tornou um importante meio de responsabilizar o Estado com base nas normas de Direito Privado. Seria ele responsabilizado por danos causados de forma comissiva, por dolo ou omissiva, por negligência, imprudência e imperícia.¹¹⁷

¹¹⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

II.1.2 *Responsabilidade civil do Estado pela aplicação das normas de Direito Privado*

Decorrente das constantes críticas à impossibilidade de responsabilizar o Estado por danos causados a terceiros, iniciou-se o processo de responsabilização do Estado por meio de normas de Direito Privado, tendo como principais teorias a dos atos de império e gestão e a da culpa civil ou responsabilidade civil subjetiva.

A teoria dos atos de império ou atos de gestão dividia os atos em: atos em que o Estado era soberano, sendo impossível haver reparação mesmo comprovada a culpa (quase uma teoria da irresponsabilidade) e atos de gestão, onde o estado se equipara ao particular, possuindo as mesmas obrigações e responsabilidades dos particulares.

O problema enfrentado aqui é a dificuldade em separar de forma objetiva o que era ato de império do que era ato de gestão, oportunizando a aplicação de teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva, onde o Estado seria responsabilizado pelos danos causados quando possível a confirmação da culpa, atos negligentes, imprudentes ou imperitos, ou seja, culpa em seu sentido mais amplo.¹¹⁸

No Brasil, já nas primeiras Constituições (Constituição do Império – 1824 e Constituição Republicana – 1891) existia a responsabilização dos empregados públicos pelos excessos e omissões praticados na execução de suas funções. Existia a solidariedade entre os agentes e o Estado, sendo a responsabilidade do agente fundada na culpa, ou seja, ato negligente, imprudente ou imperito, devendo sempre ser provado.¹¹⁹

A partir da Constituição de 1916, passou-se a tratar de forma específica a responsabilidade civil do Estado. Na leitura de seu artigo 15, pode-se verificar a fundamentação da responsabilidade civil do Estado na teoria da culpa.¹²⁰

O desenvolvimento do Direito Administrativo como autônomo impulsionou a responsabilização estatal de forma independente ao Direito Civil. Além disso, a teoria da culpa era insuficiente para regular a responsabilidade derivada de danos decorrentes de falhas na atividade estatal, dando espaço para as teorias de responsabilidade de Direito Público, afastando assim a aplicação do Direito Privado nas relações entre o Estado e particulares.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.289

¹¹⁹ Ibidem, p. 283

¹²⁰ Idem.

II.1.3 Responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público

Aqui, é evidenciada uma separação entre a “teoria da culpa do serviço” ou culpa anônima e a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva do Estado. Essa segunda pode ser dividida ainda na teoria do risco administrativo e na teoria do risco integral, nada diferindo uma em relação à outra para a maior parte da doutrina.

No Brasil, somente na Constituição de 1946 que foi inserida no ordenamento a responsabilidade baseada no risco administrativo, onde se observa apenas a relação de causalidade da conduta com o dano gerado, responsabilizando o causador do dano de forma objetiva. Ou seja, na responsabilidade objetiva, não se analisa a incidência de culpa.

Pelo texto do artigo 37, §6º da Constituição Federal¹²¹, é possível afirmar que o Estado deve ser responsabilizado pelos danos que algum de seus agentes, não mais funcionários, como nas Constituições anteriores, venha a causar quando no exercício de sua função. Importante frisar que o dano causado deve estar ligado pelo nexos de causalidade com a conduta do agente, quando no exercício de suas atribuições. Assim, o Estado não é responsabilizado caso o servidor não esteja nesta qualidade.¹²²

Para que exista a responsabilidade, seja a modalidade que for, deve haver uma violação a algum dever jurídico anterior, já que aquela só existe com o descumprimento de uma obrigação. Existente o dano, causado pelo descumprimento de um mandamento anterior, deve-se identificar o dever jurídico ferido e quem o descumpriu, para que seja possível a identificação do responsável.¹²³

Preconizada pelo Código Civil brasileiro, em seu artigo 927, a obrigação em reparar o dano surge para quem o causou, por ato ilícito, estando descrita a ilicitude no artigo 186 do mesmo diploma legal.¹²⁴

¹²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* art 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹²² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 292.

¹²³ *Ibidem*, p. 4

¹²⁴ BRASIL. Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*, art 927. *Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Quando uma conduta causa um dano a alguém, rompe-se o equilíbrio jurídico entre as partes, daí a importância da reparação, sendo que a função da responsabilidade civil está intimamente ligada ao sentimento de justiça, ao ver o agente, que causou o dano, ter que repará-lo, tanto quanto possível for.

Após a análise, pode-se concluir que a responsabilidade civil pode ser entendida como subjetiva, quando se exige a culpa para a caracterização, ou como objetiva, quando se dispensa a análise da culpa, sendo exigido apenas a conduta, o dano e a relação de causalidade entre eles. Pela simples leitura do art. 37 § 6º da Constituição Federal, fica um tanto quanto difícil garantir a responsabilidade civil do Estado, inclusive pela leitura da jurisprudência e doutrina, por não existir consenso quando trata de atos omissivos.¹²⁵

Independentemente da discussão, quando existente o perfeito enquadramento entre a conduta, o dano e o nexo de causalidade, o Estado deve indenizar. Essa responsabilização Estatal independe de a conduta ser dolosa ou culposa, em relação à obrigação de reparar o dano, pela teoria do risco. No entanto, mesmo assumindo o risco por possíveis danos causados por seus agentes a terceiros, o estado pode, de forma regressiva, ajuizar ação de responsabilização do agente pelo dano causado, quando comprovada a culpa ou dolo deste.¹²⁶

Os danos podem ser causados por omissão ou ação. Nesse caso, existe divergência entre os doutrinadores quanto à aplicação do art. 37 da Constituição Federal. Parte entende que deve ser analisada de forma objetiva os dois casos, já outra parte da doutrina defende a comprovação da culpa, responsabilidade subjetiva, nos casos em que o Estado for omissivo.¹²⁷

Em consenso com a segunda corrente, o Supremo Tribunal Federal aduz que seria necessária a presença de culpa, em, pelo menos, uma de suas três vertentes, a negligência, a imprudência e a imperícia, sendo dispensada sua individualização. Essa culpa, segundo a Suprema Corte, pode ser atribuída ao serviço público, genericamente.

¹²⁵ BRASIL. Lei 10406 de 10 de Janeiro de 2002. *Código Civil*, art 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

¹²⁶ COSTA, João Paulo Santana Nova Da. *O sistema penitenciário e a ineficácia da ressocialização dos condenados do Distrito Federal*. Monografia (Graduação). UNICEUB, Brasília. 2016

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, art 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa prestação do serviço.

Dessa forma, evidente a necessidade de responsabilização do Estado, de forma objetiva, quando se tratar de conduta ativa, mais comum devido ao exercício da atividade pública, ou de forma subjetiva, quando o dano decorrer de conduta omissiva. Para que o Estado seja responsabilizado por condutas omissivas, é necessária a omissão de certo dever jurídico ou, se feito, não tenha tido eficácia ou tenha sido prestado tardiamente. Se prestado tempestivamente e de forma eficaz, poderia ter sido evitado o dano gerado.¹²⁸

Quando se fala em dano decorrente do sistema prisional, é obvio que se trata de matéria exclusiva do Estado. Dessa forma, deve haver a responsabilização objetiva por algum dano decorrente de sua ação ou omissão. Assim, conforme orientações doutrinárias, existindo o nexo de causalidade, não pode a Administração Pública ser dispensada da indenização por danos decorrentes da omissão relacionada às condições dos detentos.

Seguindo o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul emanou as seguintes decisões nas apelações cíveis *AC 11106/MS e AC 2007.003408-8*:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – PRESIDÁRIO – CONDIÇÕES SUBUMANAS CARCERÁRIAS – DANO MORAL CARACTERIZADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – § 6º DO ART. 37 DA CF – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. Afasta-se a preliminar de legitimidade passiva da Agepen, em face de a causa de pedir não se referir às falhas na administração do presídio, por ato omissivo, mas sim à precariedade do estabelecimento prisional cuja responsabilidade incumbe ao Estado.¹²⁹

O Estado não pode se eximir de pagar indenização quando demonstrada a sua conduta omissiva na obrigação de manter a segurança, incolumidade física, e de propiciar condições humanas aos seus detentos, comprovada através do nexo causal e o ato lesivo (omissivo). A adoção do princípio da reserva do possível é injusta e injurídica, pois isenta ao Estado da responsabilidade dos deveres lhe impostos pelo art. 5º, caput e inciso XLIX, da Constituição Federal, tornando a referida norma inócua e vazia.¹³⁰

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 391*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo391.htm>. Acesso em: 14 out. 2017

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 2013, p.1027.

¹²⁹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *AC 11106/MS*. 3ª Turma Cível. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. 21 de agosto de 2006. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4023644/apelacao-civel-ac-11106/inteiro-teor-12156969>. Acesso em 07 out. 2017

¹³⁰ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. *AC N. 2007.003408-8/0000-00* - Três Lagoas. Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Disponível em: Acesso em: 7 set. 2017

Seguindo esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu as decisões das apelações nº 44609720078260062/SP e 990103121058/SP no sentido de que o Estado responde por possível dano ao preso, bastando que esteja custodiado por ele.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO Dano moral Falecimento de preso por enforcamento no interior da cadeia pública da Delegacia de Polícia de Mineiros, no Estado de Goiás Ainda que demonstrada a ocorrência de suicídio da vítima o Estado responde objetivamente pelos danos causados, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal Dever de preservar e garantir a incolumidade daqueles que estão sob sua custódia Precedentes do STF e do STJ Sentença reformada Recurso provido.¹³¹

O Estado, no exercício do poder que a lei lhe confere de fazer juízo de valor sobre o comportamento das pessoas e lhes impor pena privativa de liberdade como punição, segregação, prevenção e objetivo de ressocialização, tem o dever de guarda e incolumidade sobre os seus condenados e encarcerados.¹³²

Ante todo o exposto, cumpri-nos estudar o Recurso extraordinário 841.526 do Rio Grande do Sul da lavra do Ministro Luiz Fux. Conforme vejamos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE PRESO DE DETENTO. ARTIGOS 5º XLIX E 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1-A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 88, em seu artigo 37, §6º, subsumisse à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.

2- A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o poder público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

3- É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal)

4- O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os

¹³¹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação. APL: 00044609720078260062/SP. 1ª Câmara*. Relator: Luís Francisco Aguilar Cortez, 14 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181587642/apelacao-apl44609720078260062-sp-0004460-9720078260062>. Acesso em: 7 set. 2017.

¹³² SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação. APL: 990103121058/SP, 6ª Câmara de Direito Público*. Relator: Oliveira Santos, 30 de agosto de 2010. Disponível em: www.tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16056260/apelacao-apl990103121058-sp-inteiro-teor-103484268. Acesso em: 7 set. 2017

seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, §6º da Constituição Federal.

5-Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do poder público sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.

6-A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.

7-A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o poder público comprova causas impeditivas da sua atuação protetiva do detento, rompendo-se o nexo de causalidade da omissão com o resultado danoso.

8-Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX da constituição federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

9- In casu, o tribunal a quo assentou que ino correu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade de sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.

10-Recurso extraordinário DESPROVIDO (julgado em 30/03/2016).¹³³

No mesmo norte, tem se pronunciado a suprema corte, conforme se constata pela citação abaixo:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Morte de detento sob custódia da Administração pública. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, §6º da constituição Federal. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. Precedentes do STF. 3.Discussão acerca da existência de culpa do Estado. Necessidade de reexame fático probatório . Súmula 279. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹³⁴

Importante destacar então que, conforme ensinamentos de Francisco Cahali, o entendimento sobre a responsabilidade do Estado, quando este, tomando todas as precauções necessárias, não consegue evitar o dano decorrente da conduta do próprio condenado ou de

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 841.526 /RS*. Relator: Min. Luiz Fux, 03 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE841526.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. *ARE 662.563*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE841526.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017

outro, é de não ser responsabilizado, sob pena de estarmos aceitando a teoria do risco integral, não adotada no nosso ordenamento para o caso.

Dessa forma, aduz o autor:

A jurisprudência assim colacionada, ainda que descartando a necessidade de prova de culpa do agente administrativo ou policial, traz com o pressuposto condicionante a responsabilidade civil do Estado a ocorrência de omissão culposa, ou falha de serviço do ente público no cumprimento do dever de vigilância e preservação da integridade física do encarcerado. Assim: “Nos termos da teoria do risco administrativo, do nexa causal entre este e o fato. Não se exige culpa do agente público. (...) – contudo- (...) Se o Estado não tem um sistema penitenciário adequado e não consegue manter uma vigilância satisfatória de seus presos, responde pelo assassinato deste, por outros detentos. (...). Porém, se, apesar de toda a vigilância exercida sobre os presos, um ou vários deles praticam, contra um companheiro, lesão corporal física, nenhuma responsabilidade pode ser imputada ao Estado.”¹³⁵

A tese jurídica defendida pelo Supremo Tribunal Federal está consubstanciada no Tema nº 592, formada nestes termos: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.¹³⁶

Dessa forma, cabe ao Estado zelar para que a execução da pena ocorra de maneira humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do preso e preservando sua incolumidade física e moral, sob pena de restar caracterizada a responsabilidade civil estatal pela ação ou omissão.

¹³⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.409.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 841.526 /RS*. Relator: Min. Luiz Fux, 03 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE841526.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017

CAPÍTULO III – ALTERNATIVAS À INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA ANALISADAS NO RE 580252.

III.1 Análise dos votos a respeito das formas de indenização.

Teori Zavascki anuncia a necessidade em separar o que é necessidade de políticas públicas para promover a melhoria nas condições dos presidiários e o que é o dever do Estado em indenizar o sujeito na situação de dano moral ou materialmente configurados.¹³⁷

O descumprimento das garantias fundamentais, de tratamento digno, material ou formal, prestados aos detentos e seus consequentes danos não podem ser deixados de lado pelo fundamento de que uma possível indenização aos presos não seria capaz de acabar ou reduzir os problemas do sistema. Sustenta o argumento de que a melhoria do sistema depende da implantação de políticas públicas específicas, da prática legislativa e administrativa, não sendo o Poder Judiciário responsável por essa mudança. Aceitar que a indenização não mudaria a situação é perpetuar as condições desumanas vividas no sistema carcerário.¹³⁸

O Ministro expressa a preocupação com fatos relacionados à segurança pública, afirmando não ser capaz de eximir o Estado de sua responsabilidade a insuficiência ou a deficiência na prestação do serviço de custódia prisional. Aduz que a não concessão do ressarcimento pelos danos causados aos reclusos seria o mesmo que excluí-los da proteção estatal, deixando-os vulneráveis e desfavorecidos em decorrência da violação de direitos, o que vem a contrariar o princípio da jurisdição.¹³⁹

Não existe nenhuma controvérsia quanto à situação desumana vivida pelo autor da causa, configurando o dano moral. A confirmação deste vem no texto da decisão recorrida, estando expressa a notoriedade que a realidade vivida pelos reclusos é de lesão aos direitos fundamentais, dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica.¹⁴⁰

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem

¹⁴⁰ Ibidem

Não existe divergência em relação à responsabilidade objetiva do Estado perante os danos causados a aqueles que se encontram sob sua guarda e segurança submetidos ao encarceramento. Deve o Estado mantê-las em condições mínimas de humanidade.

[...] a jurisprudência dominante desta Corte que se firmou no sentido de que a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados [...]¹⁴¹

Dessa forma, deve o Estado, inclusive, proteger o custodiado dele próprio, impedir que cause danos a outro ou a si mesmo.¹⁴²

Considerado então que os fatos da causa e a configuração do dano moral são incontroversos, Zavascki defende que:

Quanto a essa questão, concluo que não se pode afastar a responsabilidade estatal na hipótese, por três fundamentos principais:

(i) A responsabilidade civil do Estado pela ausência de condições mínimas de cumprimento da pena tem natureza objetiva e decorre do art. 37, § 6º, da Constituição, dispositivo autoaplicável, bastando que tenha ocorrido o dano e seja demonstrado o nexo causal com a atuação da administração pública ou de seus agentes para que se configure o dever de indenizar;

(ii) O princípio da reserva 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”; e

(iii) As violações a direitos dos presos não podem ser mantidas impunes, ao argumento de que a indenização não seria capaz de eliminar o grave problema prisional, pois “esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda”.¹⁴³

Observados esses fundamentos, Zavascki fixou a seguinte tese:

[...] considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.¹⁴⁴

Dessa forma, comprovada a superlotação e a ausência de condições mínimas de saúde e higiene do presídio e a ausência de medidas saneadoras, após laudo técnico da Vigilância Sanitária, o que vai de encontro com as garantias previstas na Lei de Execução Penal e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, comprovando a omissão do Estado, o voto tem como decisão a fixação de indenização no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).¹⁴⁵

O provimento dado por Teori Zavascki restabelecendo o juízo condenatório nos termos e limites da decisão proferido no julgamento da apelação foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Quanto à situação do sistema prisional, Gilmar citou a fala do ex Ministro José Eduardo Cardoso, dizendo que, na situação de recolhimento à prisão, melhor o suicídio. Deixando claro o conhecimento da realidade do sistema prisional e as consequências.¹⁴⁶

Segundo Gilmar, é, também, responsabilidade do sistema judiciário a situação encontrada nos presídios atualmente. O Ministro aduz que:

[...] quando olhamos todo o sistema de segurança pública – que é complexo, ele é interligado; é interessante isso –, olvida-se que, no sistema de segurança pública, há um elemento importante que é a Justiça. É a Justiça que prende, é a Justiça que solta. É o Ministério Público que fiscaliza. Somos responsáveis por esse sistema e acabamos deixando isso de lado. Precisamos de olhar isso. Temos uma situação gravíssima quando nos deparamos com pessoas que estão presas há cinco, dez, quinze, onze, catorze anos (...). Então, é uma situação vexatória para todo o sistema. Responsabilidade da Justiça.¹⁴⁷

Além disso, diz que a existência de 350 mil vagas para 550 mil presos, o excesso e a omissão por parte do Estado, o contingenciamento de verbas destinadas ao Fundo

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem.

Penitenciário Nacional, diante da comprovada falta de vagas nos estabelecimentos e até mesmo a atuação do Judiciário demonstram a completa falta de diálogo entre os órgãos responsáveis pela execução do sistema. Isso gera a necessidade de comunicar a todas as autoridades, participantes do sistema, evitando assim que aleguem desconhecimento sobre a gravidade do tema.¹⁴⁸

Ao enfatizar o número de presos no Brasil, Gilmar afirma sermos “terceira nação com maior número de presos por cem mil habitantes e com trezentos e sessenta mil vagas reconhecidas.”

Seguindo, diz:

[...] por si só, já se está a afirmar, com esses números, que temos um quadro de violação sistêmica, o que, claro, preocupa, do ponto de vista de responsabilidade civil do estado. Imagine se dimensionarmos, pensarmos aí com os critérios da devolução de cheques, oito mil, dez mil reais por preso que ficou em condições indignas por alguns dias, ou meses, ou anos, certamente vamos ter uma significativa indenização.¹⁴⁹

Preocupado com essa realidade, pergunta como uma decisão judicial poderia amenizar a situação. Lembra ainda o esforço do Judiciário em ver aprovado o disposto no artigo 319 do Código de Processo Penal, na busca de reduzir o número de presos provisórios, comprovado o conhecimento da falência do sistema.¹⁵⁰

Roberto Barroso, ao proferir seu voto, adota integralmente o posicionamento do Ministro relator em relação ao dever do Estado em indenizar, pelos danos morais causados, os presos em condições “atentatórias aos mínimos padrões de dignidade”. Assim como em relação à invocação, pelo Estado do Mato Grosso do Sul da teoria da reserva do possível.¹⁵¹

No voto, uma das únicas discordâncias é relacionada à forma de indenizar. Contrariamente ao decidido pelo relator, acompanhado dos Ministros Gilmar Mendes; Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Rosa Weber, a decisão proferida por Barroso enfoca a necessidade de indenizar na forma de remissão da pena.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 580.252/MS*. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Ibidem.

Para Barroso, ao se reparar os presos monetariamente, bem provável que demandas idênticas se multiplicarão, gerando então a condenação dos respectivos Estados. Dessa forma, além de não resolver a situação dos presídios, a tendência é que se agravem, visto que os recursos que poderiam ser destinados ao sistema seria direcionado para o pagamento das indenizações.¹⁵²

Em suas palavras:

Há, assim, uma real perspectiva de proliferação das demandas de detentos por danos morais, com inevitável repercussão orçamentária. Considerando-se que nossas prisões acomodam atualmente cerca de 560 mil presos, indenizar cada um deles, ainda que no reduzido valor de R\$ 2 mil, produziria um gasto de mais de R\$ 1 bilhão. E o dispêndio de recursos não se limitaria a esse montante, na medida em que cada novo preso seria potencialmente merecedor da indenização, uma vez que não há no horizonte perspectiva de contenção da crise prisional.¹⁵³

Barroso acredita que resolver a questão da indenização é importante, no entanto de nada adiantará se não for mudada a política do hiperencarceramento, responsável pelos índices exponenciais de crescimento da comunidade carcerária brasileira. São medidas a serem tomadas para combater essa política e reforçar o caráter subsidiário da prisão: ampliar as espécies de penas alternativas à prisão e as hipóteses de cabimento de prisão domiciliar monitorada; revisar a política de encarceramento em crimes sem violência ou ameaça contra a pessoa, como o furto, primando por medidas de indenização da vítima e de serviços à comunidade; revisar a política de drogas; incentivar políticas de prevenção do crime, por meio das atividades de inteligência policial e prisional entre outras.¹⁵⁴

Em relação aos presídios, reforça a necessidade de melhoria da estrutura física dos estabelecimentos penais, mediante reformas estruturais; o aperfeiçoamento do funcionamento dos estabelecimentos por meio da classificação e separação dos presos, no mínimo entre primários e reincidentes, a contratação de novos agentes penitenciários e sua capacitação e melhorias na carreira; melhoria das assistências, material, laboral, educacional, entre outros.¹⁵⁵

Para Barroso, a indenização em forma de remissão de pena deveria ser:

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 580.252/MS*. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano” 51, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.¹⁵⁶

Para o Ministro Barroso, essa solução não excluiria a indenização pecuniária por completo, deixando essa forma como uma subsidiária à remissão. Então, o pagamento da indenização em dinheiro ocorreria quando não fosse possível a remissão, como no caso de detentos que já tenham cumprido sua pena de forma integral ou aos provisórios que, após cumprirem pena nas situações elencadas, fosse absolvido.¹⁵⁷

Assim, votou no sentido de:

Proponho, assim, que a contagem do tempo de remição seja feita à razão de 1 dia de pena a cada 3 a 7 dias de encarceramento em condições degradantes, a depender da gravidade dos danos morais sofridos nessas circunstâncias. Eventual dificuldade no arbitramento do quociente de remição da pena em cada caso concreto não será, por evidente, uma peculiaridade deste mecanismo de reparação de danos. Na verdade, a dificuldade está na própria mensuração dos atributos humanos, ou seja, na necessidade de “quantificar o inquantificável” que é inerente ao dano moral e está presente de igual modo (e mesmo de forma mais grave) na reparação pecuniária.¹⁵⁸

Acompanhando o Ministro Barroso, o Min. Celso de Mello foi favorável ao acolhimento do recurso, em virtude da evidente responsabilidade civil do Estado de Mato Grosso do Sul, em decorrência do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, Celso de Mello aduz que o Estado de Mato Grosso do Sul deu causa à violação dos direitos fundamentais, visto a infringência as garantias mínimas de segurança física e psíquica dos presos sob sua tutela. Dessa forma, ao dar causa, foi transgredido pelo Estado, não só o ordenamento jurídico brasileiro e o sentimento de decência da sociedade, mas também o internacional.¹⁵⁹

Nas palavras de Celso de Mello:

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibidem.

situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República.¹⁶⁰

O Ministro reforça ainda que, em relação às declarações por parte do Estado, quanto a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos não se presta a fundamentar a ausência de responsabilidade pelas condições degradantes e pelo caráter desumano presente nas unidades prisionais daquela unidade da federação.¹⁶¹

Diz em seu voto:

O Estado de Mato Grosso do Sul, nesse contexto, agindo com a intenção de exonerar-se de qualquer responsabilidade civil, põe especial ênfase no postulado da reserva do possível. Razão, porém, não lhe assiste, pois, tal como vem sendo realçado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), não sendo garantido aos cidadãos em geral, notadamente aos que integram os grupos vulneráveis, o mínimo existencial, não há que se cogitar, por inadmissível, da invocação, pelo Poder Público, da teoria da reserva do possível.¹⁶²

Deste modo, o voto do Min. Celso de Mello foi no sentido de dar provimento ao pedido postulado, reconhecendo o direito de ser o preso enquadrado na situação descrita no trabalho indenizado pelos danos morais. No entanto, a indenização deve-se dar por meio da remissão de parte do tempo de execução da pena, sendo esse posicionamento também fortalecido pelo Ministro Luiz Fux, sendo o quociente para a remissão estipulado pelo Juízo da Execução.¹⁶³

Já os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio sustentaram a tese apresentada pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, decidindo na linha da indenização pecuniária, no montante de um salário mínimo por mês de detenção em situação degradante.

Fachin fez ressalvas à remissão de pena. Considera uma criação judiciária, visto que não existe tal modalidade na lei. Já o Min. Marco Aurélio, pelas péssimas condições dos presídios, e no caso do RE 580.252/MS, classificou como “módica” a quantia de R\$ 2 mil, seguindo o pedido.¹⁶⁵

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem

¹⁶⁵ Ibidem

CONCLUSÃO

A evolução da prisão se deu em um processo longo. De “antessala de suplícios” até que realmente fosse pensada como preservação da dignidade e humanidade do condenado passaram-se décadas de sofrimento.

A preocupação com a readaptação e ressocialização do condenado teve início entre os séculos XX e XXI, direcionando, inclusive, políticas prisionais aos egressos. Aqui, autores como Beccaria, Bentham e Howard foram grandes influências reformadoras que impulsionaram os primeiros sistemas penitenciários, quais sejam: Celular, Auburniano e Progressivo.

Contudo, a falha no atual sistema penitenciário é evidente. A crise das penas privativas de liberdade, ocasionada pela omissão estatal gera descredibilidade na sociedade, sendo corriqueiros cárceres superlotados, com ausência de condições materiais e pessoais mínimas, vestuário, alimentação, assistência médica, educação, trabalho entre outros. Essas condições, alinhadas a falta de estrutura física adequada e fiscalização, transformam os presídios em escolas do crime, além, é claro, de transformar o condenado em uma pessoa mais violenta.

Os presídios brasileiros não executam sua razão de existência. São incapazes de ressocializar ou reeducar o preso. Isso, alinhado a falta de classificação dos condenados e acompanhamento frequente, auxilia no aumento significativo da reincidência e criminalidade.

Mesmo estando garantidos os direitos fundamentais dos condenados que estejam sob a tutela do Estado pela Constituição Federal e pelas Leis Penais, o Estado não conseguiu ainda transformar esse sistema no que ele foi criado para ser, sendo generalizada a violação às garantias fundamentais dos presos, o que transformou a situação penitenciária em um Estado de Coisas Inconstitucionais.

Com isso, o Estado é responsabilizado civilmente pelos danos causados aos internos, decorrente da omissão das normas que regulamentam o sistema penitenciário, até porque, é dever do Estado preservar a integridade física e moral dos indivíduos que estejam sob sua guarda, sendo tolhido apenas o direito de ir e vir, preservando-se todos os demais.

Configura-se a responsabilidade civil objetiva do Estado quando presentes os três elementos essenciais: ato omissivo ou comissivo por parte do Estado, geração de um dano e o nexo de causalidade entre a ação da Administração e o dano sofrido pelo indivíduo. Corroborar

para tal entendimento o texto do artigo 37, §6º da Constituição Federal. Considerando que é obrigação do Poder Público, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em virtude da ausência ou insuficiência das condições estipuladas em lei de encarceramento.

O dever de indenizar os detentos que têm sua dignidade humana violada e vivem sob condições desumanas nas penitenciárias brasileiras é assunto incontroverso, não havendo de se defender o princípio da reserva do possível. O presente trabalho buscou identificar, analisando o RE 580252/MS, a melhor forma de indenizar esses indivíduos, de forma que a compensação pecuniária fosse aplicada de maneira subsidiária, tendo em vista que esta, se aplicada de maneira primária, levaria o atual cenário do sistema penitenciário brasileiro a um caráter perpétuo, uma vez que os fundos ficariam escassos e deixariam de ser aplicados em melhorias ao sistema.

Diante disso, mostra-se como melhor alternativa à indenização pecuniária o instituto da remição, conforme defendido pelo Ministro Roberto Barroso no recurso analisado. Assim, a remição se daria proporcionalmente ao tempo de permanência no estabelecimento com as condições elencadas no trabalho, ou seja, para cada X dias em situação degradante, o preso teria remido Y dias, montante definido pelo Juízo da Vara de Execuções observados os danos sofridos.

A indenização em forma de dinheiro seria garantida apenas àqueles condenados que tivessem cumprido sua pena, na totalidade, nas situações descritas no trabalho, por absoluta ausência de possibilidade de ser concedida a remição.

Conclui-se que tal medida é benéfica para os indivíduos que se encontram presos nessa situação, visto que conquistariam sua liberdade mais cedo, e para o próprio sistema penitenciário, uma vez que estaria apto à investimentos e melhorias de suas falhas, além da redução da população carcerária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Apud. VALDÉS, Carlos Garcia: *la nueva penologia*, p.42

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual direito penal, Parte Geral*, v.1, p. 436

BERALDO, Gabriela. MACHADO, Guilherme. TRIMIGLIOZZI, Ivan. *Direitos humanos são violados nas penitenciárias brasileiras*. Disponível em: <http://jornalismosp.espm.br/plural/direitos-humanos-sao-frequentemente-violados-nas-penitenciarias-brasileiras/> Acesso em: 15 nov. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011 Apud NEUMAN, Elias, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, 1971, p.22.

BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011 Apud, BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1986, p.46

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.28

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17.ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.67.

BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011 Apud J.Bentham, *El panóptico*, p.40

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 4812/SP*. Relatora Min. Laurita Vaz.

Brasília, 2005. Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudência/7158549/habeas-corpus-hc-48122-sp-2005-0156373-8/relatório-e-voto-12878428>. Acesso em: 12 set 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

BRASIL. Lei nº 2.848, 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 12 set. 2017

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.385

COELHO, Fabiana da Silva. *Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos*. Monografia (Graduação). Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011

COELHO, Fabiana da Silva. *Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos*. Monografia (Graduação), Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011.

Fonte CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81755-encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen>. Acesso em: 14 de out de 2017

Fonte GLOBO. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>. Acesso em: 14 de out de 2017

FOUCAULT, Michael. Apud BECCARIA: *Dos delitos e das penas*, p.87

GRECO, Rogério 2012, Apud FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p.9

GRECO, Rogério, 2012 Apud COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*, p.87

GRECO, Rogério, 2012 Apud GIORDANI, Mario Curtis. *Direito penal romano*, p.70

GRECO, Rogério, 2015 Apud LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, p.91.

GRECO, Rogério, 2015 Apud PEÑA MATEOS, Jaime. *Antecedentes de la prision como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII*, 1997, p.66.

GRECO, Rogério, 2015 Apud SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, p.67.

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.84.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.114.

Institute for Criminal Policy Research - ICPR. *World Prison Population List*. Disponível em: http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf Acesso em: 14 de out de 2017

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, p.52

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.29

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*.10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.359

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.947.

PORTAL ESTACIO, *O Sistema Prisional Brasileiro*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/1597224/artigo%20sistema%20prisional%20brasileiro%20pseudonimo%20mtjr%20penal.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017

ROUSSEAU, Jean Jacques, *Do Contrato Social*. Editora Martin Claret, 2007

SOUZA, Juciene. *Sistema Carcerário Brasileiro: A Ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder publico*. Disponível em: <<http://jucienesouza.jusbrasil.com.br/129905259/sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 13 set.2017.

TERRA, *Massacre do Carandiru*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/massacre-do-carandiru>>. Acesso em: 14 set. 2017.