

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA
DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARA CAMPOS FERREIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO
DE ENCARCERADOS A CONDIÇÕES DEGRADANTES:
um estudo de caso

JUAZEIRO/BA
2021

LARA CAMPOS FERREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO
DE ENCARCERADOS A CONDIÇÕES DEGRADANTES:**

um estudo de caso

Trabalho de conclusão de curso – TCC,
apresentado a Universidade do Estado da
Bahia – UNEB, *Campus* III Juazeiro/BA,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Msc. Juliana Cavalcanti
Santiago.

JUAZEIRO/BA

2021

LARA CAMPOS FERREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE
ENCARCERADOS A CONDIÇÕES DEGRADANTES:**

um estudo de caso

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA

Aprovado pelo Colegiado de Direito em 06 de julho de 2021.

Bárbara Alves De Amorim
Especialista

Chirley Vanuyre Vianna Cordeiro
Mestre

Juliana Cavalcanti Santiago
Mestre

JUAZEIRO/BA

2021

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA

Autorização Decreto nº 9237/86. DOU 18/07/96. Reconhecimento: Portaria 909/95, DOU 01/08-95

DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS- CAMPUS III
COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO



UNEB
UNIVERSIDADE DO
ESTADO DA BAHIA

PLANILHA DE AVALIAÇÃO

ANÁLISE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE DIREITO

DISCENTE: LARA CAMPOS FERREIRA

TEMA: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE ENCARCERADOS A CONDIÇÕES DEGRADANTES: UM ESTUDO DE CASO

INÍCIO: 16:30

TÉRMINO: 16:59

ITENS	VALOR PARA CADA ITEM	NOTAS		
		Orientador (presidente)	Arguidor	Membro
TEMA – relevância, objetivos, definição e/ou hipóteses, conclusão.	(0 a 2)	2,0	2,0	2,0
CONTEÚDO – clareza, objetividade, coerência.	(0 a 3)	3,0	3,0	3,0
PESQUISA BIBLIOGRÁFICA	(0 a 1)	1,0	1,0	1,0
APRESENTAÇÃO GRÁFICA – observância das normas técnicas, ortografia.	(0 a 1)	1,0	1,0	1,0
SUSTENTAÇÃO ORAL – desenvoltura, concatenação, otimização do tempo.	(0 a 3)	3,0	3,0	3,0
TOTAL - RESULTADO	10,0	10,0	10,0	10,0

Juazeiro-BA, 06 de julho de 2021.

Orientador (Presidente)

Arguidor

Membro

A Deus que sempre se fez presente em minha vida e sem ele eu nada seria. A minha família por todo amor e apoio. Aos meus amigos pelo companheirismo e palavras de conforto. Aos meus professores, que sempre estiveram a meu lado ao longo desse percurso, em especial a minha orientadora pelos ensinamentos e a todos e todas que me ajudaram até aqui.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
1.1. Pacto São José da Costa Rica	17
1.2. Constituição Federal de 1988	20
1.3. Lei de Execução Penal.....	24
2. RESPONSABILIDADE CIVIL	28
2.1. Responsabilidade Civil Objetiva	34
2.2. Responsabilidade Civil Subjetiva.....	37
2.3. Responsabilidade Civil do Estado	40
2.4. As omissões do Estado no dever de proteção das pessoas sob sua custódia	45
3. ESTUDO DE CASO: ANDERSON NUNES DA SILVA CONTRA O ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL.....	50
3.1. Princípio da reserva do possível x Dignidade da pessoa humana.....	52
3.2. A repercussão geral	56
3.3. O dever de indenizar do Estado	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS.....	71

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo o estudo da responsabilidade civil do Estado pela submissão de encarcerados a condições degradantes, a partir da análise minuciosa do RE nº 580.252/MS. Será demonstrada uma visão holística sobre as más condições das prisões no Brasil com o fito de demonstrar a situação insalubre, degradante, superlotação e hiperencarceramento, apresentando a falibilidade do sistema carcerário brasileiro. O desrespeito do Estado quanto ao seu dever de garantidor das pessoas sob a sua custódia gera a necessidade de indenização – inclusive a título de dano moral – em decorrência das condições sub-humanas as quais esses sujeitos são submetidos. Por conseguinte, é preciso traçar um quadro histórico da responsabilidade civil e responsabilidade civil do Estado para que seja possível a compreensão das soluções que foram propostas no caso paradigma e qual foi adotada como reposta ao recurso.

Palavras-chave: Sistema carcerário brasileiro; Responsabilidade civil objetiva do Estado; Dano moral; Dever do Estado de indenizar; Indenização em pecúnia; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to study the civil liability of the State for submitting inmates to degrading conditions, based on the detailed analysis of RE nº 580.252/MS. A holistic view of the poor conditions of prisons in Brazil will be demonstrated in order to demonstrate the unhealthy, degrading, overcrowded and hyper-incarceration situation, showing the fallibility of the Brazilian prison system. The State's disrespect for its duty as guarantor of the people in its custody generates the need for compensation – including moral damages – as a result of the sub-human conditions to which these subjects are subjected. Therefore, it is necessary to draw a historical framework of civil liability and civil liability of the State so that it is possible to understand the solutions that were proposed in the paradigm case and which was adopted as a response to the appeal.

Keywords: Brazilian prison system; Objective civil liability of the State; Moral damage; State duty to indemnify; Indemnity in cash; Federal Court of Justice.

INTRODUÇÃO

A deficiência do sistema prisional brasileiro e a falta de compromisso dos governos e da própria administração pública em relação ao cárcere, em especial, aos presos, é um tema a muito tempo debatido e estudado pela criminologia e fundamental na formação dos novos aplicadores da lei, assim como permeia o entendimento e a interpretação conferida ao direito penal.

Ao longo da história da humanidade, desenvolveram-se conceitos mínimos de proteção a direitos fundamentais que são essenciais a todos para o desenvolvimento da sua própria vida e capacidade de convivência em sociedade. Um desses conceitos - por muitos tido como o mais importante - é a dignidade da pessoa humana.

Nem sempre essa ideia de dignidade foi universal e aproveitada por todos, em alguns períodos da história ele foi utilizado para segregar e discriminar, que, segundo a premissa das pessoas daquela época, servia de régua para determinar quais indivíduos eram mais, ou menos, dignos. Esse conceito evoluiu e se transformou ao longo dos séculos e hoje é um princípio basilar de muitas constituições pelo mundo, assim como é fundamento de diversos tratados, convenções e acordos internacionais.

A dignidade como princípio está insculpido no Pacto São José Da Costa Rica, importante marco histórico e legal do desenvolvimento desse pensamento progressista e desse novo olhar sobre os direitos humanos, baseado nessa noção de uma dignidade que é inerente a todas as pessoas sem qualquer distinção.

A Constituição Brasileira de 1988, por seu turno, consagrou-o como o princípio reitor de seus ditames e de suas diretrizes, tanto assim é que a dignidade humana é um dos fundamentos da república. Essa regra, tal qual, está disposta na Carta Política não pode ser relativizada. Não há espaço no ordenamento jurídico para normas que confirmem mais, ou menos, dignidade a população A ou B, em virtude de qualquer quer que seja a sua condição. A dignidade humana é preceito constitucional inerente as pessoas e garantido a todos sem exceção.

Alinhado a esse pensamento está a Lei de Execução Penal, que reforça a ideia de que a dignidade da pessoa humana não se trata de um atributo fluído, do qual o sujeito é despido quando comete um crime, ao contrário, ainda que um criminoso a sua dignidade deve ser preservada. Os direitos que não são alcançados pela sentença penal condenatória transitada em julgado, devem permanecer intactos e

preservados em sua integralidade, bem como sua garantia ao mínimo existencial deve ser mantida, caso contrário, nasce, a partir daí, uma violação de direitos que pode ensejar a responsabilidade civil.

Nesse interim, pela teoria tradicional da responsabilidade civil, todo aquele que sofrer um dano decorrente de um ato ilícito deve ser indenizado. Essa norma não se aplica somente aos particulares, mas também ao próprio Estado, como uma manifestação inerente a condição de garantidor da pacificação do social e desdobramento do Estado Democrático de Direito.

A teoria geral da responsabilidade civil preceitua que toda aquele que praticar um ato que venha a causar dano alguém, deve indeniza-lo, salvo se praticado com a ausência de um elemento central relativo a essa análise, a culpa. Todavia, quando se trata do Estado o regramento aplicado é a previsão constitucional do art. 37 §6º que prevê a responsabilidade objetiva para ações danosas da atividade estatal.

A responsabilidade civil deve ser encarrada basicamente pela ótica de duas teorias, a da responsabilidade civil subjetiva (que é a regra) e da responsabilidade civil objetiva. Quando se trata do Estado a modalidade de responsabilidade em que seus atos se enquadram será sempre a objetiva, pautando-se pelas diversas teorias que explicam o risco de determinada conduta ou atividade específica.

Assim, embora seja uma prerrogativa do Estado punir, deve fazer isso de maneira responsável e preservando todos os direitos do apenado que não são alcançados pela condenação. As omissões do ente estatal no dever de garantir os direitos das pessoas sob sua custódia tangenciam três grandes vertentes, que serão enfrentados ao longo desse trabalho. A primeira delas é a conceituação de dignidade humana, perpassando pelos esclarecimentos desse signo inerente a condição de ser humano, que é imprescritível, indisponível e irrenunciável; a segunda são os contornos da responsabilidade civil do Estado, a medida da sua responsabilidade quando do descumprimento desse dever objetivo de proteção e, por último, o seu dever de indenizar os presos pelos danos causados em virtude da submissão a condições degradantes no cárcere.

Tomando como paradigma central a falência do sistema prisional, é necessário pensar nas experiências das pessoas que vivenciam a estadia em uma prisão insalubre e hiperencarcerada, com foco nos direitos que são violados e nas medidas que são possíveis ser adotadas para que a dignidade dos presos seja respeitada.

Essas premissas levaram ao Supremo Tribunal Federal a debater diversas possibilidades sobre a forma de indenizar uma pessoa que foi submetida a condições degradantes quando esteve no cárcere.

Nos autos do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, o pretório excelso julgou o caso de um condenado a vinte anos de reclusão pelo crime de latrocínio, em decorrência do qual cumpriu pena no presídio de Corumbá/MS em condições precárias, insalubres e com a carência de condições mínimas de permanência.

Através do patrocínio da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, Anderson Nunes da Silva buscou indenização por dano moral no valor de um salário mínimo mensal, enquanto perdurasse a sua permanência em um regime de superlotação e em tratamento degradante. Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça daquele estado fixou indenização na quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais).

O processo se arrastou por anos e ao chegar no STF teve o seu julgamento proferido no ano de 2017. A decisão dos ministros foi unanime com relação a fixação da responsabilidade civil objetiva do Estado e quanto ao seu dever de reparar os danos causados a Anderson, havendo divergência somente quanto a forma e valor da referida indenização. O Ministro Relator Teori Zavascki, decidiu pelo provimento do recurso quanto a responsabilização do Estado, fixando como montante indenizatório o valor arbitrado anteriormente pelo TJ. O ministro Barroso por sua vez, pediu vistas e apresentou voto divergente quanto a maneira de indenizar, propôs a substituição da reparação em pecúnia por remição da pena a partir de interpretação analógica do art. 126 da Lei de Execução Penal.

Assim, partindo da divergência dos entre os votos dos ministros, o presente estudo visa demonstrar entendimentos acadêmicos e doutrinários com o fito de compreender a problemática envolvendo o cárcere brasileiro e aplicação dos institutos de responsabilidade civil objetiva do Estado, na perspectiva de esclarecer as resoluções propostas nos votos e analisar a decisão tomada pela Suprema Corte quanto a indenização a presos em condições desumanas.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como metodologia o estudo de caso, tendo como caso paradigma o Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, Anderson contra o estado do Maro Grosso do Sul, é dividido em três capítulos: 1) Princípio da dignidade da pessoa humana; 2) Responsabilidade civil; 3) Estudo de caso: Anderson Nunes da Silva contra o Estado do Mato Grosso do Sul.

Por fim, espera-se o fornecimento de subsídios científicos para que se esclareça os limites e as possibilidades da responsabilidade civil do Estado pela submissão de encarcerados a condições degradantes, através de um panorama objetivo e estratégico acerca da matéria relativa a essa modalidade responsabilização.

1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os seres humanos buscam a capacidade de se conectar com a sua própria ancestralidade na perspectiva de tentar prever as necessidades das gerações futuras em virtude das semelhanças que nos tangenciam, no melhor das vezes, buscando fazer do mundo um lugar melhor. De outra banda, se não fossem distintos em alguma medida, os humanos dispensariam a comunidade e a convivência em coletivo, pois com alguns sinais ou grunhidos, despendendo seria a linguagem oral para comunicarem suas necessidades uns aos outros, uma vez que elas são idênticas (ARENDT, 1999, p. 138).

O que diferencia os seres humanos dos demais seres, para além da capacidade de raciocinar e de se organizar em comunidade, é o fato de que detemos uma qualidade única, um atributo singular e comum a todos humanos: a “dignidade” que é inerente a todos os homens e mulheres.

A origem epistemológica do vocábulo “dignidade” provém do latim: *dignitas*, aquele que merece estima e honra, aquele que é importante. Segundo o Dicionário Online Aurélio da Língua Portuguesa, a palavra dignidade tem o seguinte significado: “Característica ou particularidade de quem é digno; atributo moral que incita respeito; autoridade” (AURÉLIO, 2021).

Na Roma Antiga, a dignidade estava associada ao status de certas pessoas e instituições, a palavra *dignitas* era utilizada como forma de expressar o prestígio de quem possuía um status superior e conseqüentemente dignidade; assim, essas pessoas recebiam respeito e tratamento diferenciado da sociedade em geral. Desse modo, a dignidade era atribuída a uma minoria e não era tratada como uma propriedade de todos (SARMENTO, 2016, p. 30).

Quem pela primeira vez cunhou a ideia de dignidade pessoal, atribuída a alguns indivíduos escolhidos por Deus e merecedores dessa dignidade, foi o Cristianismo. O pensamento cristão sobre o desenvolvimento da dignidade humana se deu sob dois aspectos fundamentais: o homem como um ser à imagem e semelhança de Deus e o centro de toda a criação, e que, como um ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza original através da concessão do livre arbítrio e da noção de liberdade de escolha, o que lhe torna capaz de agir contra seus imperativos categóricos e seus instintos naturais (SILVA, 2012, p. 4).

Houve, portanto, em um dado momento histórico, a determinação de dignidade da pessoa humana a partir de uma visão religiosa, em que as pessoas eram dignas porque foram criadas à imagem e semelhança de um ser divino. Santo Agostino, por exemplo, acreditava que a dignidade não pertencia a todos os indivíduos, mas somente àqueles que fossem designados por um querer divino, como ensina Sarmento:

A teoria agostiniana, porém, nada tem de igualitária. Ocupa papel central no seu pensamento a ideia de 'graça', que provém de Deus e que leva o ser humano a fazer o bem. Mas Deus, para Agostinho, não concede a graça a todos, mas apenas a alguns eleitos, que estariam predestinados à salvação. Justifica-se, assim, uma hierarquia entre as pessoas fundada na vontade divina (2016, p. 31).

Até que os iluministas, em especial o filósofo Immanuel Kant, cunhou uma concepção mais racional, afirmando que o ser humano possui dignidade, uma vez que tem a capacidade de dar fins a si mesmo, dispondo de autonomia para agir de acordo com a moralidade (SARMENTO, 2016, p. 35).

Assim, a dignidade, como princípio que decorre da condição de ser humano, é uma criação moderna, pois nem sempre o princípio da dignidade da pessoa foi tido como um princípio intrínseco a todos os indivíduos, sendo outrora utilizado como forma de classificar os sujeitos em superiores e inferiores, isto é, algumas pessoas tinham mais dignidade que outras (SARLET, 2013, p. 123 *apud* FRIAS; LOPES, 2015, p. 654).

Nesse sentido, Frias e Lopes utilizam como exemplo a Constituição Federal de 1824, “a qual mencionava apenas a dignidade da nação, do imperador e de sua esposa” (op. cit.).

Percebe-se, portanto, que a dignidade estava relacionada com poder, ocupação de certos cargos ou detenção de determinadas qualidades. Contudo, com o passar dos anos a concepção de dignidade foi sendo alterada.

Diante desse cenário, vislumbra-se que perdurou durante um longo período da história da humanidade a concepção de dignidade associada ao estamento social, partindo da ideia de que as pessoas eram desiguais por natureza, sendo algumas destinadas a ocupar determinados cargos de poder ou exercer certas funções privilegiadas, que motivariam a forma do seu tratamento e estabeleceriam quais os seus direitos e deveres, ao passo que outras estariam reduzidas a uma categoria que não merecia dignidade.

A partir de alguns acontecimentos históricos marcados pela violência e o desprezo pela vida (a exemplo da Segunda Guerra Mundial), houve uma ruptura da visão hierárquica de dignidade, que consistia em atribuir dignidade àqueles que ocupavam lugares privilegiados na sociedade. Desse modo, com o intuito de evitar barbaridades e que alguns indivíduos queiram prevalecer em detrimento de outros, foi estabelecida uma noção igualitária da dignidade humana, consagrada em vários documentos históricos, que têm como carro chefe a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nota-se que a dignidade humana foi evoluindo de uma visão hierárquica para uma de universalização, estabelecendo direitos fundamentais a todas as pessoas, calcando a vida social através de leis que regulariam todos os sujeitos independentemente da posição social que ocupam.

Nesse sentido, a coletividade revela um ponto de vista sobre o princípio da dignidade humana, em uma perspectiva antropológica, na qual os valores compartilhados pela comunidade devem sempre ser privilegiados frente às escolhas individuais, sem que seja preciso abrir mão do caráter intrínseco desse princípio norteador. Nele se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como: bem comum; interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo, o que a maioria das Constituições modernas e muitos acordos, convenções e pactos internacionais se assenhoraram e consolidaram como institutos inerentes a sua própria conformação, como por exemplo a Constituição Federal de 1988 e o Pacto São José da Costa Rica (SILVA, 2012, p. 13).

Assim, a concepção de uma “vida boa” nasce a partir dos padrões civilizatórios vigentes, com as ideias sociais, que cercam a compressão de dignidade do indivíduo, revelando-se como uma força que é externa a ele.

Desse modo, a dignidade passou então ter uma função protetora, que nas palavras de Frias e Lopes (2015, p. 655) “funciona como um limite à atuação do Estado e da sociedade”, sendo o desdobramento lógico a proteção a direitos fundamentais.

Diferentemente da ideia de que toda pessoa tem dignidade, a definição do que é dignidade humana, por outro lado, não é pacífica. Com o intuito de unificar e garantir objetividade ao conceito de dignidade da pessoa humana, Barroso propõe que ela seja compreendida através: do (1) valor intrínseco de todos os seres humanos; (2) da autonomia de cada indivíduo, e (3) do valor comunitário, que limita a autonomia

através de restrições em prol de valores sociais ou interesses estatais (BARROSO, 2014, p. 72).

Para o autor, o valor intrínseco é inerente ao ser humano, simplesmente pelo fato de ser, possuindo características que o elevam a um status superior, e distinguindo-os dos demais seres vivos. Desse modo, o valor intrínseco é oposto ao valor adquirido, tendo em vista que a ele não se atribui preço. A dignidade estaria, assim, presente em todas as pessoas, desde os recém-nascidos àquelas com qualquer nível de deficiência mental.

Para ele, a autonomia “é o elemento ético da dignidade humana” (BARROSO, 2014, p. 81), que tem fundamento no livre arbítrio das pessoas, tendo como elemento central a autodeterminação, como sendo a capacidade de fazer escolhas e de escolher livremente o que lhe parece certo, para atingir o ideal de viver com conforto, e gozando do privilégio de ter uma vida boa. É o valor que se traduz através dos seguintes aspectos: 1) a razão, que se revela na higidez mental de tomar decisões precisas; 2) a independência, que se calca na ausência de quaisquer eventos alheios que venham a coibir, privar ou manipular o indivíduo, e 3) a escolha, a partir da possibilidade real da existência de alternativas (BARROSO, 2014, p. 81-82).

O último elemento da teoria de Barroso é a dignidade humana como valor comunitário, que corresponde, em outras palavras, ao caráter social da dignidade, que traça os contornos e moldes do indivíduo em sua relação com os outros componentes do mundo no qual está inserido. Ele funciona como um mecanismo que permite que a pessoa integre a locomotiva das relações sociais, ao passo que a autonomia é o escudo que faz com que a pessoa não se torne apenas uma engrenagem parte do maquinário social (op. cit., p. 87).

Em contraponto, na perspectiva de traçar um conceito mais firme sobre o que é a dignidade da pessoa, Frias e Lopes (2015, p. 660) conceituam-na em três vertentes independentes, mas interrelacionadas. A primeira concepção é baseada na autonomia, tratando-se de um atributo em face do qual os sujeitos teriam capacidade de traçar objetivos, resistir a obstáculos e realizar escolhas livres.

A partir dessa definição, seria possível afirmar que, para possuir dignidade, as pessoas necessitariam realizar alguma coisa que lhes forneça tal atributo, não bastando portar certa característica intrínseca ou determinada condição externa.

A segunda vertente compreende a dignidade como um valor intrínseco, que a pessoa detém desde o nascimento e que não pode ser perdida ou renunciada, ao

passo que a terceira define dignidade através de valores extrínsecos e de condições externas, dependentes das condições em que o indivíduo vive, podendo a ligação entre condições externas e dignidade ocorrer de duas formas, segundo os supramencionados autores:

Elas podem ser *sinais* da dignidade ou *pré-requisitos* para que ela exista. No primeiro tipo, certos elementos serviriam para lembrar e enfatizar o fato de que as pessoas não são objetos ou meros animais. [...] No segundo tipo de ligação entre a dignidade e os elementos externos, a causalidade é inversa: são os elementos externos que causam a dignidade, e não ela que dá origem a esses elementos, os sinais. Nesse sentido, certos elementos são condições ou pré-requisitos para que as pessoas tenham dignidade. Isso se aproxima do que se compreende como “mínimo existencial” (FRIAS; LOPES, 2015, p. 662-663).

O mínimo existencial seria, portanto, a efetivação de direitos básicos instituídos com o fito de proporcionar uma boa qualidade de vida às pessoas, como moradia, alimentação, educação, saúde, segurança, entre outros; ou seja, só tem dignidade quem possui o mínimo existencial.

Observa-se, assim, que o mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Em outras palavras, é a linha que separa o ser humano da condição de degradação absoluta da sua dignidade. Quando se fala em “mínimo” não se está fazendo referência a condições medianas de uma vida digna, mas sim a ter três refeições ao dia e saneamento básico, por exemplo.

Sarmento define mínimo existencial da seguinte forma:

Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados pela Constituição de 88, como saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc., estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça (2016, p. 212).

Assim, com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial é inerente a todos os indivíduos, além de inalienável, irrenunciável e imprescritível. Neste sentido, o indivíduo, em hipótese alguma, pode ser alienado da sua condição de ser humano, mesmo que tenha cometido o mais repugnante dos crimes. A sua dignidade e o seu direito ao mínimo existencial não podem ser negados, pois se sustentam, ao mesmo tempo que decorrem, da sua própria condição de pessoa humana, sob pena das responsabilizações cabíveis quando desrespeitados.

1.1. Pacto São José da Costa Rica

Com a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945, houve uma maior preocupação com os direitos humanos no âmbito do direito internacional público; neste contexto, surgiram algumas normas tratando do tema.

O Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) surgem nesse contexto, pois são um conjunto de normas internacionais, convencionais e consuetudinárias, destinadas a conferir proteções mínimas aos sujeitos desses direitos diante dos conflitos existentes, sejam eles de ordem interna e/ou externa, criando parâmetros de amparo das pessoas e da própria humanidade (COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2004).

Com efeito, a finalidade precípua do DIDH e do DIH é proteger direitos considerados fundamentais, como o direito à vida, a saúde e à dignidade das pessoas, porém sob óticas distintas. Assim é que não surpreende quando normas, apesar de suas formulações diversas, versam essencialmente sobre a mesma matéria. O DIH e o DIDH são bons exemplos disso, pois ambos são ramos jurídicos diferentes, mas que almejam a proteção da vida humana, estipulando direitos fundamentais das pessoas submetidas ao processo penal, bem como proibindo tratamentos cruéis, tortura e discriminação, entre outros aspectos protetivos da dignidade humana (COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2004).

Entretanto, o recorte em que está inserido o princípio da dignidade da pessoa humana é o do DIDH, como é possível observar na conceituação, do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), como “o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento da sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção a tais direitos” (MELLO *apud* AMARAL, 2010, p. 58).

Juntamente com o surgimento desse propósito, de criação de normas de promoção e ampliação do DIDH, veio a criação de sistemas regionais internacionais, como o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que é composto por tratados e convenções internacionais que visam à difusão da dignidade humana como princípio reitor das relações jurídico-sociais, sendo gerido pela Organização dos Estados Americanos (OEA) (PORTELA, 2017, p. 959).

Nesse contexto, desabrocha a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é a principal norma do sistema regional das Américas. Também ficou conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, pois foi celebrada no ano de 1969 em San José, capital da Costa Rica. Entrou em vigor em julho de 1978 (op. cit., p. 960).

O Pacto vincula todos os Estados que o ratificaram à garantia dos direitos ali consagrados, destinados a todas as pessoas, sem qualquer tipo de distinção. O Brasil incorporou o diploma em seu ordenamento com a edição do Decreto nº 678, de 06 novembro 1992 (op. cit.). Estão entre os signatários do Pacto nações como Chile, Argentina, Colômbia, Equador, Peru e a própria Costa Rica (OEA, 2021).

Ressalte-se que, por um placar apertado (de 5 votos a 4), no julgamento do RE 466.343, o STF chancelou que as convenções e os tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos, quando não incorporados na forma do art. 5º, §3º da CF/88, têm natureza de normas supralegais, suspendendo, desse modo, a eficácia de qualquer legislação infraconstitucional que dispuser de maneira contrária à norma em incorporação, como é justamente o caso do Pacto de São José da Costa Rica.

O Pacto de São José da Costa Rica instituiu órgãos fiscalizadores com o intuito de fazer os Estados cumprirem o compromisso de elevação da dignidade humana, destacando-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (AMARAL, 2010, p. 60).

Os componentes da mencionada Comissão, bem como os da Corte, são escolhidos através do voto, e cada um dos entes é composto por sete personalidades. Os membros da primeira são eleitos pela Assembleia Geral da OEA, para um exercício de quatro anos, enquanto os juízes da segunda são eleitos pelos Estados-parte no Pacto, para um mandato de seis anos. Em ambos os casos, “os votos se exprimem *intuitu personarum*, sendo certo que a relação de elegíveis se funda em listas de origem governamental” (REZEK, 2014, p. 263).

Imperioso destacar que um Estado, signatário da Corte Interamericana Direitos Humanos e da Comissão Interamericana, poderá ser responsabilizado ainda que o ato que desrespeitou os direitos humanos não tenha sido causado diretamente por ele. Sendo assim, não poderá se esquivar de sua responsabilidade internacional, alegando razões de ordem interna (AMARAL, 2010, p. 62).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tem como premissas principais a liberdade do ser humano, a sua defesa contra o temor e a miséria, e a

garantia de subsídios mínimos para que possa usufruir, em condições razoáveis, dos seus direitos sociais, culturais e econômicos, assim como o Tratado sobre Direitos Civis e Políticos, foram as bases normativas para a construção do Pacto de São José da Costa Rica (SANTIAGO, 2011).

Desse modo, o Pacto deve ser respeitado e aplicado, não devendo se medir esforços para promover a dignidade da pessoa humana, pois mesmo em caso de guerra, ou de qualquer outro evento que ponha em risco a independência ou segurança do Estado, os direitos essenciais (dentre os quais se encontram a integridade pessoal, a vida, a liberdade de crença e a proibição da escravidão) não são suspensos, tratando-se de direitos intangíveis (PORTELA, 2017, p. 964).

Nesse diapasão, disciplina o artigo 29 que as disposições constantes nele não podem ser justapostas no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969)

Vislumbra-se a grande importância que o Pacto de São José da Costa Rica possui na promoção da dignidade humana, haja vista não estabelecer simples declarações de intenções, mas sim prever direitos fundamentais a cada indivíduo, como à vida, à dignidade, à integridade pessoal e moral, entre outros.

Entre as disposições do Pacto, estão insculpidas a proteção às garantias judiciais, a liberdade de religião, de expressão, de associação, bem como a vedação à escravidão. Prevê ainda que os Estados compactuantes viabilizem medidas para efetivação de tais direitos, com a consequente punição do Estado que violar a dignidade das pessoas (PORTELA, 2017, p. 965).

Com a convenção, a dignidade da pessoa humana saiu do campo restrito de cada nação e ganhou importância internacional, uma vez que existem órgãos para fiscalizar e fazer cumprir as determinações que visam a garantir que todos os sujeitos vivam com dignidade sem qualquer espécie de discriminação. Em outras palavras, busca-se promover a justiça social e a liberdade pessoal.

A esse respeito, observa-se que muitos dos direitos expressos no Pacto de São José da Costa Rica foram incorporados pela ordem constitucional brasileira. Entre eles, está o direito à integridade pessoal, que estabelece o respeito à integridade física, psíquica e moral de todos os indivíduos, de modo a restar consagrado, portanto, que todos (sem exceção) deverão ser tratados conforme a dignidade que é inerente aos seres humanos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos influenciou sobremaneira na promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, expressos ao longo do artigo 5º. Além disso, influenciou a elaboração de regras relativas ao sistema prisional e às leis de processo e execução penal, que têm como função precípua a reforma e a readaptação social dos condenados.

1.2. Constituição Federal de 1988

O princípio da dignidade humana tem especial importância na construção da Constituição Federal de 1988, uma vez que influenciou boa parte dos Títulos I e II da Carta Magna, dele decorrendo inúmeros direitos.

Nas palavras de Silva (2014, p.151),

o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.

Para compreender esse processo histórico-jurídico é preciso fazer um breve relato sobre o processo de elaboração da Lei Fundamental, antes do que se torna patente esclarecer outros três pontos acerca dos direitos fundamentais.

O primeiro ponto a ser descortinado está ligado à teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que é pertinente observar ser este o agrupamento de noções, ideias, classificações e distinções relativas aos direitos fundamentais. Neste sentido, a partir do paradigma da proteção da dignidade da pessoa humana, validada nos termos da Constituição Federal de 1988, percebe-se, já em seu preâmbulo, o esboço de que o constituinte buscou “instituir um Estado Democrático,

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança [...]”.

Nas palavras de Bulos, os direitos fundamentais são

o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive (2017, p. 526).

O segundo ponto que merece atenção é a ideia de que não existe consenso quanto à terminologia e ao conceito de direitos fundamentais, usando-se variadas expressões para apontar os direitos da pessoa, tais como: liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos e direitos humanos, entre outras. Cunha Júnior ensina que a expressão “direitos fundamentais” é mais ampla que as demais, e acaba por abarcá-las, além de ser a terminologia utilizada pela Constituição Federal de 1988 (2008, p. 513).

O terceiro e último ponto sinaliza ser o princípio da dignidade humana topologicamente encontrado nos princípios da República, influenciando diretamente os direitos de primeira geração, quais sejam: o direito à vida, liberdade de locomoção, religião, expressão, associação, entre outros, tendo como embasamento a limitação do poder do Estado, haja vista impor prestações negativas ao ente estatal. Destarte, trata-se do dever de não fazer por parte do Estado, com o fito de preservar os mencionados direitos. É importante enfatizar que o princípio em comento igualmente figura como o norte dos direitos de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), mas esses são pautados por prestações positivas do Estado, a partir da delimitação contida no art. 6º da Carta Política (op. cit., p. 562-563).

Diferente da terminologia aplicada ao tema, em que não há consenso entre os estudiosos de direito constitucional, é pacífico o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos fundamentais, sendo determinante para o respeito ao direito à vida, à igualdade, à liberdade, entre outros. Ademais, o princípio da dignidade humana atua como uma espécie de base – e de limite – para a atuação estatal, uma vez que o Estado deve observá-lo e promover condições que o tornem efetivamente possível, devendo preservá-lo e agir, dessa forma, em prol do indivíduo e da coletividade (RIVARBEM, p. 03).

À luz do constitucionalismo contemporâneo, o princípio da dignidade humana foi positivado em Constituições Federais em várias partes do mundo, a exemplo da

Constituição Espanhola, Portuguesa e da Constituição Alemã (BULOS, 2017, p. 89). Este movimento se deu em decorrência das necessidades sociais e de um contexto histórico, reconhecendo o ser humano como elemento central do Estado, e tendo este último a obrigação de trabalhar em benefício das pessoas, face à finalidade primordial do Estado, que são os indivíduos.

Em virtude desse sentido de proteção dos direitos fundamentais é que surgiu a previsão, na construção do texto constitucional pátrio, que trata da não submissão de qualquer pessoa à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante, sendo invioláveis a integridade física e moral dos indivíduos (art. 5º, III). Desta forma, impõe-se ao Estado uma conduta negativa, o que significa que ele não pode ser responsável, direta ou indiretamente, por ações que venham a ferir ou a ameaçar esses direitos.

Em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana vir imbuído desse caráter limitador da atuação estatal, revelando-se através de condutas negativas que o Estado deve assumir, a regra principiológica não está adstrita a esse caráter, vez que traz consigo força normativa para a exigência de prestações positivas de promoção dos direitos fundamentais, pois a simples omissão - ou abstenção - do Estado na prática dessas condutas danosas não faz dele um pioneiro em respeito e ampliação desses direitos. Pelo contrário, revela-se prática inconstitucional e equivocada, pois ele deve ser protagonista de promoção das garantias aqui discutidas, e não mero espectador.

A Constituição Federal de 1988 difere das demais constituições brasileiras na sua estrutura formal, vez que é composta por inúmeros dispositivos, tornando-se uma das mais extensas cartas magnas do mundo, principalmente, por estatuir logo no seu início princípios fundamentais (BULOS, 2017, p. 501).

A Assembleia Nacional Constituinte que a originou teve grande participação popular, haja vista o regime militar ter antecedido a promulgação da Carta Maior, num período em que diversos direitos foram suprimidos e perversidades foram cometidas contra as pessoas que não aceitavam o autoritarismo instalado, fazendo com que a população ansiasse pela implementação de um Estado Democrático e, conseqüentemente, do bem-estar social.

Nesse sentido, Bulos preceitua que “inúmeras propostas de emendas advieram, algumas com mais de um milhão de assinaturas. Cerca de cinco milhões de pessoas, aproximadamente, circulavam pelo Congresso Nacional” (2017, p. 500).

Nessa senda, a Carta Magna surge em um momento marcado pela repressão e o desprezo pelos direitos, motivo pelo qual o legislador constitucional previu expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, o que se deu nos termos do artigo 1º, III, a partir do qual foram catalogados inúmeros direitos fundamentais. O diploma constitucional consiste, portanto, numa norma mais garantista e protetora do que foram os textos pregressos, e por tal motivo também é denominada de “Constituição Cidadã”.

Assim, a previsão expressa do princípio da dignidade humana, como norteador do ordenamento jurídico brasileiro, mostrou-se necessária e de suma importância para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, sendo imperiosa, todavia, a junção deste princípio com direitos e garantias fundamentais que viabilizem a sua efetivação, a fim de que possam os sujeitos alcançar os seus fins.

Nessa marcha, como princípio fundante da República Federativa Brasileira, a dignidade da pessoa humana guarda relação com a forma com que o Estado e os particulares devem agir, figurando como baliza que não pode ser desrespeitada e funcionando, ainda, como diretriz para direitos esculpidos ao longo da lei fundamental. A dignidade não é o único princípio que deve ser observado, contudo é, sem dúvida, o principal:

A dignidade da pessoa humana não é o único parâmetro de interpretação e sequer pode ser considerado absoluto, mas por força de sua proeminência axiológica-normativa deve ser considerada a principal fonte da hermenêutica constitucional. (RIVARBEM, p. 13).

A esse respeito, Barroso afirma que a dignidade humana é um princípio jurídico que possui status constitucional, funcionando como justificação moral e fundamento normativo para os direitos fundamentais. Assevera ainda que os princípios constitucionais exercem diferentes papéis no sistema jurídico, destacando-se o de fonte direta de direitos e deveres. Sua principal função seria de estabelecer regras que serão aplicadas em casos concretos, além de haver um papel interpretativo que, no caso da dignidade, irá informar o sentido e alcance dos direitos constitucionais, indicando o melhor caminho na busca de solução em casos que identificação de lacunas no ordenamento (2020, p. 244-245).

Desse modo, é importante que se interprete o princípio como pertencente a todos os sujeitos da sociedade, sendo reflexo de anseios e buscas históricas, e

figurando como guia para o intérprete diante de um caso concreto, oportunidade em que a dignidade humana deve ser observada e concretizada. Imperioso destacar que a dignidade impõe aos sujeitos respeito em suas relações com os outros integrantes da sociedade, bem como do Estado para com todos.

Figura inquestionável a necessidade de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana quando se estiver frente a fatos em que são desrespeitados direitos à integridade física e psíquica, à vida, à liberdade e à segurança, ou nas situações em que se esteja fomentando a desigualdade entre as pessoas, numa manifestação ofensiva ao mencionado princípio.

Tendo em vista que a dignidade humana é inalienável e, por conseguinte, concreta a sua inafastabilidade, qualquer norma ou conduta, ativa ou comissiva, que a desrespeite se torna ilegítima.

Desta forma, ao estruturar a República Federativa sob a égide da dignidade humana, o constituinte a elevou à categoria de super princípio, estabelecendo que as ações do Estado devem ser pautadas de acordo com a primazia da norma principiológica. Assim, o ente estatal deve possuir meios que visem a proteger e promover a dignidade humana face a circunstâncias que tendem, de alguma forma, a afrontá-la, vez que é fundamento republicano calcado na ideia de que o Estado existe para realização das pessoas e sua proteção integral.

1.3. Lei de Execução Penal

Assim como ocorreu na Carta Magna de 1988, a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP) – surgiu num contexto de repressão política e de violação de direitos fundamentais, próximo ao fim do regime civil-militar brasileiro.

O referido diploma legal foi promulgado em 1984 e recepcionado, mais tarde, pelos termos da Constituição, permanecendo vigente até os dias atuais, e preservando boa parte do seu conteúdo original. O texto se propôs a resguardar o princípio da dignidade humana, estabelecendo como objetivo a efetivação das “disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984).

Assim, a Lei nº 7.210/84 tem por base a concretização da execução penal, sem contudo ignorar a dignidade do sujeito que praticou o ilícito, por mais perverso que tenha sido o ato, o que se estabelece a partir da premissa segundo a qual a dignidade pertence a todos os seres humanos, sem qualquer discriminação, não podendo ela lhe ser tirada, pois é intrínseca a cada pessoa. Ademais, revestida de legitimidade, a mencionada lei se ocupa em evitar que o excesso ou desvio da execução possa afetar a dignidade da pessoa humana quando da aplicação da pena (OLIVEIRA JUNIOR; SIQUEIRA, 2019).

A política criminal, defendida na Constituição Federal, é definida pela vinculação do Estado aos princípios e garantais fundamentais, que são essenciais à conformação das fases de individualização da pena, bem como à própria execução penal. Corresponde, dessa forma, à garantia de que será assegurada, a todos os condenados, uma execução penal que se paute na dignidade humana que é inerente a qualquer indivíduo, bem como na garantia ao respeito, sem exceção, aos direitos fundamentais invioláveis e indisponíveis de quem está sofrendo uma sanção estatal dessa natureza (JULIO, 2017, p. 7)

É preciso que se assegure aos condenados todas as oportunidades possíveis de reintegração ao seio social – oportunidades reeducativas, ressocializadoras, reintegrativas e acolhedoras, a fim de que lhe sejam reais as chances de retorno ao convívio da sociedade, sem exigir qualquer submissão do egresso a condições que firam a sua integridade moral, o livre desenvolvimento de sua personalidade e, principalmente, a sua dignidade (PEREIRA, 2013).

Desse modo, conclui-se que na LEP estão previstos os direitos dos presos, de modo a objetivar, além do cumprimento daquilo que for determinado em sentença ou decisão criminal, a ressocialização dos apenados, assegurando a eles todos os seus direitos fundamentais, e respeitando a sua dignidade (JULIO, 2017, p. 10).

Para atingir tais objetivos, a Lei de Execução Penal traz em seu texto, como dever do Estado, proporcionar assistência aos reclusos, compreendidas em assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984). A assistência material consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e condições mínimas de higiene nas instalações prisionais, e a assistência à saúde tem por finalidade a prevenção e cura das enfermidades, através de atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

A assistência jurídica, por sua vez, busca alcançar os presos que não têm condições financeiras para constituir um patrono, sendo assistidos através das Defensorias Públicas, que lhes prestarão assistência integral e gratuita, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Já a assistência educacional consiste na instrução escolar e na formação profissional dos custodiados, dando ênfase ao ensino de primeiro grau, que figura como obrigatório.

Finalmente, a assistência social tem o fito de amparar o preso e prepará-lo para voltar à liberdade, ao passo em que a assistência religiosa garante aos apenados a liberdade de culto, a posse de escritos religiosos e o direito de não participar de atividade religiosa, caso assim prefiram.

Ocorre que os apenados no sistema carcerário brasileiro vivem situação bem diversa do previsto na lei, uma vez que vêm sendo amontoados em presídios em número muitas vezes maior que a capacidade da estrutura do local. A superlotação figura como sendo o problema mais comum das instituições prisionais, tendo como efeito imediato a violação de princípios e normas basilares, constitucionais e legais, pertencentes ao sistema penal, processual penal, e da execução penal. Essas pessoas estão submetidas a uma das condições de subsistência mais degradantes e humilhantes, além de sofrerem várias formas de agressão (OLIVEIRA JUNIOR; SIQUEIRA, 2019).

O sujeito condenado à pena privativa de liberdade acaba cumprindo um outro tipo de punição, uma vez que a convivência no presídio pode potencialmente trazer uma angústia muito maior do que a própria sanção imposta. Nesse sentido, cabe ressaltar que o sistema brasileiro sinaliza que a pena não deve ser meramente retributiva, não podendo se caracterizar como uma vingança estatal. Destarte, faz-se necessário mudar a realidade da política criminal brasileira, a fim de se tentar diminuir o número de pessoas condenadas e, conseqüentemente, a criminalidade, tendo por objetivo prioritário a promoção de uma educação pública e de qualidade, que vise o sujeito que vive em uma comunidade assolada pela fragilidade social, decorrente da ausência do Estado.

Reconhece-se a imprescindibilidade de que aquele que cometa um crime seja devidamente punido, garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório; porém, em hipótese alguma a Lei de Execução Penal, para atingir o fim da punição do criminoso, permite afastar a condição de ser humano daqueles que são recolhidos em unidades prisionais. Ao contrário, deve ser conferida toda a dignidade

humana que lhe é inerente, tendo em vista que os direitos humanos são para todos, e de modo que o caráter criminoso da conduta praticada não ilide ou afasta os direitos e garantias fundamentais do condenado.

Nesse sentido, embora seja um princípio fundamentador da República, a dignidade humana por vezes é violada por aquele que tem a obrigação de observá-la e promovê-la – o Estado. Isso acontece, por exemplo, quando presos são submetidos a situações degradantes e desumanas, como ocorre nos casos de superlotação carcerária, instalações inadequadas, falta de atendimento médico, entre outros. Em adição a esses problemas, há a dificuldade para uma eficaz ressocialização do egresso, tendo em vista que não existem programas governamentais com essa finalidade e que apresentem relevância mínima frente ao problema social da ressocialização.

A premissa básica consiste em mostrar que a pena tem, verdadeiramente, uma função social, de modo que o paradigma da LEP seja demonstrar, como seu intuito finalístico, a busca pela ressocialização, dando aos encarcerados os subsídios mínimos para abandonarem a criminalidade. Em outras palavras, quando o indivíduo comete um crime, e é sancionado com pena privativa de liberdade, é ela que deve ser restrita, não a sua dignidade.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade é uma consequência de atos humanos, ou seja, um indivíduo pratica determinado ato e dele pode derivar uma determinada implicação jurídica. Desse modo, a responsabilidade seria um dever que decorre da violação de uma obrigação, e que surge a partir da ofensa a direitos de outrem, uma vez que o ordenamento jurídico tem aversão a condutas danosas, impondo àquele que descumprir um dever legal a obrigação de reparar quem foi lesionado por tal descumprimento.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho ensinam que responsabilidade, para o Direito, figura como

uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. (2017, p. 54).

Assim, a responsabilidade não está restrita ao Direito Civil, estendendo-se também a outros ramos, como penal e administrativo, por exemplo. A diferença entre a responsabilização criminal e a civil consiste na consequência aplicada ao agente infrator: enquanto na primeira o indivíduo sofre uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou consistente no pagamento de multa, na segunda a pessoa que praticar o ato ilícito será obrigada a reparar o dano causado, seja ele moral ou patrimonial, visando a restabelecer o *status quo*, cuja configuração, caso não seja possível, levará à reparação em pecúnia.

Conclui-se, portanto, que na responsabilidade civil, o sujeito irá despende de seu patrimônio para reparar o dano causado ao lesado, restituindo o equilíbrio que deve existir nas relações privadas, ao passo que a responsabilidade criminal tem como penalidade a submissão física da pessoa que violou o direito de alguém. Em outras palavras, ambas as modalidades de responsabilização buscam tanto a punição do infrator quanto a inibição da reiteração da condição delituosa, embora façam isso de maneiras distintas. Um ramo busca o restabelecimento da equidade das relações sociais, por meio de uma compensação, ao passo em que a outra se perfaz por meio de uma espécie de segregação do indivíduo.

Há, desse modo, uma sanção nas duas formas de responsabilidade, como consequência dos atos do indivíduo que deixou de cumprir um dever previsto

legalmente, praticando um ato ilícito e, portanto, reprovável, não podendo o ordenamento jurídico se satisfazer com a possibilidade de uma pessoa fazer mal a outra, tampouco sair ilesa em detrimento de alguém.

Importante ressaltar que pode existir tanto a responsabilização civil quanto a criminal em decorrência de um mesmo fato, como no caso de um homicídio, por exemplo. Ao cidadão que mata outro incidirão, como consequências, tanto a imposição de uma pena privativa de liberdade quanto a possibilidade de responsabilização civil, em face da qual deverá pagar indenização aos familiares da vítima, na hipótese de a pessoa assassinada ser o responsável pelo sustento dos seus dependentes.

Gagliano e Pamplona Filho, a fim de conceituar responsabilidade civil, afirmam que ela “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisa” (2017, p. 59).

Historicamente, a responsabilidade civil existe desde a antiguidade, sendo vista como forma de vingança privada no Direito Romano. Nesse contexto, aquele que violasse o direito de outro era punido com violência em grau que correspondesse à lesão que causou, tendo em vista que as relações sociais eram pautadas pela Lei de Talião, que tinha como fundamento a máxima: “olho por olho, dente por dente”. Percebe-se que o injusto causado a alguém deveria ser tratado com repressão, com castigo, expressando a vingança do lesionado, através de uma pena corporal (TARTUCE, 2018, p. 18).

Adotando como natural a ideia de vingança como forma de reparar o dano, os governantes romanos intervinham nas relações sociais com o intuito de regular a vingança. Nesse sentido, aduz Lima (1999, p. 20 *apud* TARTUCE, 2018, p. 18) que a vingança,

de sua aplicação natural e espontânea, fruto de uma reação animal, de um sentimento de vingança ou de explosão do próprio sofrimento, a vingança privada, como forma de repressão do dano, passou para o domínio jurídico, como reação legalizada e regulada; o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou de excluí-la quando injustificável.

Ocorre que utilizar-se de penas capitais, para resolver os problemas decorrentes do choque de direitos entre os particulares, evidentemente não é um meio inteligente de solução de conflitos, haja vista que agir de forma irracional, com o propósito de ferir quem trouxe prejuízos ao patrimônio, não traz a realidade de volta

ao estado anterior à lesão, tampouco compensa o dano causado. Tal postura serve, apenas, para gerar mais e mais animosidade, bem como para satisfazer o ímpeto de vingança da pessoa lesionada. Percebe-se que esse modo de operar não encerra de maneira satisfatória os conflitos inerentes à vida em sociedade, servindo tão somente para alimentar o círculo vicioso, segundo o qual se faz uso da violência como forma de demonstração de poder sobre o outro que lhe causou mal.

Nesse sentido, apesar de conter resquícios da Lei de Talião, a Lei das XII Tábuas inicia um processo de substituição do modo de reparação do dano causado, estabelecendo penas pecuniárias com valores fixos em alternativa à pena de Talião. Em outras palavras, previu-se a possibilidade de composição entre as partes, em que o ofensor poderia reparar o dano através de uma prestação em pecúnia, que se denominava poena (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p. 61).

Nessa perspectiva, do ponto de vista da evolução da responsabilidade civil, é consenso entre os doutrinadores que a edição da *Lex Aquilia* foi de suma importância para o desenvolvimento do instituto, tanto que influenciou a concepção moderna de responsabilidade extracontratual. Ao contrário do que foi previsto na Lei das XII Tábuas, a *Lex Aquilia* previu que as indenizações deveriam ser proporcionais ao prejuízo causado, e não mais estabelecidas em quantias fixas (op. cit., p. 62).

Com a *Lex Aquilia*, buscou-se punir aquele que com culpa provocou danos injustamente a outrem, não sendo necessário existir uma relação contratual preestabelecida entre ambos. Assim, surge a responsabilidade extracontratual, alicerçada na configuração da culpa (VENOSA, 2017, p. 401).

Assim, o indivíduo que tivesse seu bem destruído ou deteriorado, teria o direito de obter a penalização do infrator por meio de pagamento em dinheiro. Era a chamada *damnum iniuria datum*, que se caracterizada a partir do preenchimento de três requisitos:

O primeiro deles era a *iniuria*, ou seja, que o dano tivesse origem em ato contrário ao direito. O segundo requisito, a *culpa genérica*, isto é, um ato positivo ou negativo praticado por dolo ou culpa específica do agente. Por fim, exigia-se o *damnum*, uma lesão patrimonial. (TARTUCE, 2018, p. 20)

Modernamente, entende-se que o desequilíbrio social gerado por uma violação à ordem jurídica decorre, em primazia, de uma prática ilícita, que pode ocasionar uma responsabilização tanto penal quanto civil e/ou administrativa. Entretanto, embora seja uma exceção, a situação que gera a responsabilidade civil

pode já estar prevista na própria lei, sendo imperioso destacar tal hipótese, pois tal imposição legal foi criada pelo legislador para resguardar os direitos daqueles que sofrerem danos especialmente associados a situações decorrentes de riscos que determinada atividade gera, ou ainda do exercício de uma atividade lícita.

Nesse sentido, as indenizações decorrentes da responsabilidade civil, associada a um categórico legal, não deixam de ser sanção pelo simples fato de o direito à reparação estar apoiado na lei – e não na violação em si. Pelo contrário, estão elas vinculadas ao direito subjetivo, estatuído pela norma, de que quem foi atingido pelos riscos que eram potencialmente previsíveis, em função do exercício de uma atividade, deve ser equivalentemente restituído, ainda que esse exercício seja completamente lícito.

Desse modo, embora a responsabilidade civil, no mais das vezes, decorra da prática de atos ilícitos danosos, é possível que ela advenha de um ato lícito, sendo seguro afirmar, portanto, que independentemente de onde seja o nascedouro do dever de responsabilização, (de ato lícito ou ilícito), a natureza jurídica da responsabilidade civil é sempre sancionadora (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p. 74).

Nesse diapasão, a sanção aplicada ao infrator das normas legais tem como finalidade repreendê-lo para que tal prática não seja perpetuada por ele, nem pelos outros integrantes da sociedade. Desta forma, aponta-se que aquela conduta é reprovável, uma vez que não se deve lesar a outrem, a fim de que o equilíbrio social seja mantido e respeitado. Surgem dessa discussão, basicamente, três funções da reparação civil: a compensatória, a punitiva ou sancionatória e a preventiva (op. cit., p. 75).

A função compensatória consiste na reparação do dano causado à vítima, a partir do retorno da coisa ao estado que se encontrava antes e, caso não seja possível, do recebimento de uma indenização equivalente ao mal sofrido, pois a reparação deve satisfazer os prejuízos suportados pelo lesado.

A segunda função é a punitiva, em que o ofensor é punido por ter ocasionado sofrimento a outra pessoa, sendo a ele imposta uma sanção por não ter observado a máxima de que a ninguém se deve lesar, induzindo-o a não mais praticar condutas dessa natureza. Nesse ponto, Tartuce prefere a expressão “função sancionatória e pedagógica”, no lugar de “punitiva”, pois segundo ele, na reparação do dano, não há “notadamente nos casos de danos morais, um caráter punitivo puro” (2018, p. 52).

Por derradeiro, a função preventiva tem por finalidade inibir que todos os sujeitos cometam condutas ofensivas, tendo em vista que, ao responsabilizar um indivíduo que lesionou alguém, acaba sendo demonstrado, ao restante da sociedade, que esses atos não serão permitidos.

Quanto aos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, não existe pacificação na doutrina. A respeito de tal discordância, Gagliano e Pamplona Filho acreditam que existam três elementos: a conduta humana – que pode ser negativa ou positiva –, o dano e o nexo de causalidade. Para eles, a culpa *lato sensu* seria um elemento accidental, tendo em vista que o Código Civil de 2002 prevê uma outra modalidade de responsabilidade civil, qual seja, a responsabilidade objetiva, a qual, para ser caracterizada, independe de culpa no sentido amplo, que é um elemento subjetivo, não sendo, portanto, recoberta de generalidade.

Contudo, a doutrina civilista majoritariamente considera a culpa em sentido genérico um elemento essencial da responsabilidade civil, desse modo, seriam quatro os pressupostos, a saber: ação ou omissão voluntária, culpa *lato sensu*, relação de causalidade (ou nexo causal) e dano (TARTUCE, 2018, p. 169).

Assim, é seguro afirmar que a regra geral estabelecida na Lei Civil é a subjetiva e que o referido elemento compõe a responsabilidade, adotando a teoria da culpa, segundo a qual o agente será responsabilizado por meio do dever de indenizar somente se houver culpa ou dolo comprovado de sua parte, sendo exceção, portanto, hipótese de responsabilidade objetiva – que prescinde de análise de culpa (TARTUCE, op. cit.).

Portanto, sob a ótica do estudo da Teoria Geral da Responsabilidade Civil, é mais adequada a definição que enquadra como requisitos gerais da responsabilidade, a conduta, o dano, o nexo causal e culpa em sentido amplo.

A conduta é o elemento que tangencia o agir humano, e que tem por consequência a alteração do mundo fático. Para que essa conduta tenha relevância, sob o ponto de vista da responsabilidade civil, é preciso que ela tenha, em alguma medida, impacto igualmente no mundo jurídico.

Por exemplo, um paciente que atinge o médico com um chute em um exame de reflexo e quebra-lhe o nariz, não pode ser responsabilizado pelo dano ocasionado, uma vez que a ação não foi regida pela autodeterminação de quem a praticou, mas sim por uma reação absolutamente natural e incontrollável do corpo. Desse modo, a conduta humana que interessa ao estudo da responsabilidade civil (seja a positiva -

que se dá através de uma ação - ou a negativa - que se revela por meio de uma omissão), vem a ser pautada pela percepção da voluntariedade.

A culpa como elemento geral da responsabilidade civil é chamada de culpa em sentido amplo ou *lato sensu*, se decompõe em culpa em sentido estrito e dolo. Sendo a culpa em sentido estrito quando o sujeito age com negligência, impudência ou imperícia, ao passo que o dolo está relacionado a intenção do agente em produzir o resultado danoso ou a assunção do risco de produzi-lo quando decide agir (TARTUCE, 2018, p. 176).

A partir da ideia de que a conduta passível de responsabilização civil é aquela que esteja revestida de vontade e superada a análise da culpa, havendo dolo ou não, é que se passa ao estudo do dano como elemento formador do dever de reparação. É incontroverso que o dano é protagonista da responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva. Pode haver responsabilidade civil com ou sem culpa, mas jamais haverá responsabilidade civil sem dano, ainda que esse seja presumido. Na responsabilidade, independentemente de sua classificação ou do fundamento na qual esteja assentada, é patente que o dano é o elemento constituinte central da obrigação de restituir a alguém o seu *status quo ante*. Em outras palavras, o dano está para a responsabilidade civil assim como o coração está para o sistema cardiovascular.

Nesse sentido é que se conceitua o dano como sendo a lesão ao direito de alguém, juridicamente tutelado pela norma, patrimonial ou extrapatrimonial; lesão essa que pode decorrer de uma ação ou omissão praticada pelo ofensor do direito ora em comento (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p. 94).

O último elemento que conforma a ideia geral de responsabilidade é o nexo causal, ou nexo de causalidade, que figura como o conectivo que une a conduta ao dano ocasionado. Existem três teorias principais que explicam o nexo causal: a Teoria da Equivalência de condições (*conditio sine qua non*), a da causalidade adequada e a da causalidade direta e imediata (op. cit., p. 157).

A teoria da equivalência de condições é a que determina que todos os acontecimentos fáticos, que são antecedentes ao evento danoso, serviram para contribuir com a concretização do fato danoso - ao mesmo tempo que são causa dele. Já teoria da causalidade adequada afirma que só é antecedente causal do evento danoso aquilo que for capaz, abstratamente, de perfazer o mesmo resultado segundo um juízo de adequação e probabilidade. Finalmente, a teoria da causalidade direta e

imediate ensina que só é causa o antecedente fático diretamente ligado ao dano resultante da conduta do agente, como efeito direto e imediato da mesma (op. cit., p. 158-163).

A doutrina não é pacífica em definir qual destas teorias é adotada pelo Código Civil; entretanto, há autores que afirmam que a legislação civilista se filiou à teoria da causalidade direta e imediata, cujos termos mais eficientemente explicariam o nexo de causalidade.

2.1. Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade civil objetiva foi quase uma inovação trazida no Código Civil de 2002, pelo modo com que foi disciplinada, ao ser equiparada à responsabilidade subjetiva, até então protagonista. A responsabilidade objetiva está prevista no parágrafo único do art. 927 da codificação material, que dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A partir da leitura do mencionado dispositivo, percebe-se não ser necessária a configuração da culpa ou do dolo do infrator, bastando o nexo causal entre o ato e o dano causado pelo agente para que nasça o dever de reparação. Desse modo, não há relevância na existência ou não da culpa em sentido amplo, pouco importando também a ilicitude ou não do ato que ocasionou o dano, para fins de estabelecimento da obrigação (civil) de indenizar.

A supramencionada responsabilidade surge face à dificuldade, percebida pelo lesado, de provar a culpabilidade do ofensor, o que por vezes fazia com que ele ficasse sem a devida reparação do dano, e de modo a restar um prejuízo, por vezes, não reparado. Ademais, percebeu-se que a responsabilidade subjetiva não contemplava todos casos que exigiam ressarcimento, numa inadequação que pode ser percebida através das mudanças que a nossa sociedade foi sofrendo ao longo do tempo, haja vista o desabrochamento de novas relações e, conseqüentemente, o aparecimento de novas hipóteses de condutas causadoras de dano.

Nesse sentido, os elementos conformadores da responsabilidade civil objetiva são três, sendo imprescindível a sua demonstração para caracterizá-la: a conduta

(omissiva ou comissiva), o dano e o nexo de causalidade. Percebe-se, conseqüentemente, que a culpa é um elemento desnecessário para a sua concretização.

Constata-se, de plano, que a teoria do risco criado foi uma notável evolução dentro dos direitos civis, porquanto perpassa por uma socialização do risco, uma vez que o dano, em virtude de atividade lícita perigosa, sobrestará sobre o autor do dano ou sobre a sua vítima. Desse modo, é preciso reconhecer quão injusto seria que o lesado suportasse o prejuízo do risco, o qual não tinha como ser evitado.

Para entendimento desta problemática, é pertinente apreciar as seguintes perspectivas: 1) responsabilidade que prescinde de culpa; 2) responsabilidade a partir das hipóteses específicas da lei; 3) atividade lícita e normalmente executada pelo ofensor; 4) a própria natureza da atividade; e 5) a criação de risco para direito de terceiro.

No caso da primeira situação, verifica-se de imediato que se trata da responsabilidade objetiva propriamente dita, pois para que haja responsabilização e, conseqüentemente, obrigação de reparação do dano, é necessário somente que a vítima demonstre o nexo de causalidade entre o dano sofrido por ela e a conduta do autor (CALIXTO, 2020, p. 03).

No que pertine à “responsabilidade a partir das hipóteses específicas da lei”, é evidente que o legislador reformador determinou de maneira expressa a permanência da vigência das leis especiais, que trazem em seu bojo situações que se amoldam à responsabilidade objetiva, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e do Código Brasileiro de Aeronáutica (op. cit.).

Doutra banda, a expressão “atividade lícita e normalmente executada pelo ofensor” deve ser interpretada sob a ótica do serviço que é desempenhado por pessoa certa, seja ela física ou jurídica, de maneira habitual e reiterada, sendo defeso que o exercício de tal atividade se dê de forma espaçada ou desregular, devendo ainda ter conexão direta com objeto social do serviço praticado pelo autor do dano (op. cit.).

Nessa senda, ressalta-se que a expressão “pela própria natureza da atividade” está ligada ao risco que o desencadeamento natural do exercício da atividade enseja, uma vez que, por si só, ela implica em perigo para o direito de terceiro. Todavia, o legislador não conferiu essa prerrogativa, decorrente do parágrafo único do art. 927 do CC, a toda e qualquer atividade, mas apenas àquelas em que o risco é seu integrante, intrínseco e inerente (op. cit.).

Em outras palavras, a natureza da atividade ora em comento diz respeito àquela que por sua própria natureza, ou por elementos ligados aos mecanismos utilizados para a sua execução, tem um alto índice de capacidade de provocar prejuízo a outrem, ocasionando-lhe um dano em razão de seu potencial lesionador.

Destaca-se, por oportuno, que nos dias de hoje incontáveis atividades geram risco, sendo que o legislador infraconstitucional não se delimitou quais seriam as atividades de risco subordinadas ao parágrafo único do art. 927 do CC. Nesse sentido, tal incumbência foi transmitida à jurisprudência e à doutrina, com vistas a estabelecer quais seriam estas atividades e quais cautelas elas despertam, com o propósito de não permitir a banalização de tão importante instituto.

Essa responsabilidade civil é explicada por diversas espécies de risco, entre os quais estão, em especial: o risco proveito; o risco profissional; o risco criado; e o risco excepcional. O risco proveito está vinculado à ideia de que tirar vantagem ou benefício de uma determinada atividade vincula o sujeito ao dever de indenizar, na hipótese de ser causado algum dano a alguém. Já a teoria do risco profissional esboça que há obrigação de indenizar toda vez que o prejuízo decorre da profissão do ofendido, ao passo em que o risco criado, por sua vez, determina o dever de reparar o dano em função da atividade, potencialmente criadora do risco, regularmente exercida, e independentemente de existir vantagem para aquele que a exercer. Finalmente, a teoria do risco excepcional se relaciona a situações em que o dano é efeito de um risco, que envolve a atividade comum do lesado (op. cit., p. 04).

Ressalte-se que as teorias do risco até aqui explicitadas não se confundem em nada com a teoria do risco integral, uma vez que, para esta última, é necessária somente a configuração do dano, sendo despendida a ocorrência dos demais elementos.

Ademais, é imperioso dizer que a regra do parágrafo único do art. 927 do CC comporta algumas excludentes de ilicitude, tais quais a força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima. O caso fortuito e a força maior atuam ligados ao nexo de causalidade entre a conduta do autor e o dano, uma vez que se trata de situação fática imprevisível e inevitável, o que reforça a tese da ausência do dever de o agente responder no campo da responsabilidade civil pelo resultado causado, já que não foi o provocador do dano. Já a culpa exclusiva da vítima tem seu fundamento alicerçado no simples argumento de que ninguém pode responder por aquilo que não deu causa.

Nesse diapasão, é que o legislador decidiu manter as tradicionais excludentes de ilicitude.

2.2. Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva, por sua vez, baseia-se na ideia de culpa em sentido amplo, o que quer dizer que o dolo também compõe a culpabilidade, e de modo que, sendo associado à culpa, desrespeita-se a norma jurídica preexistente. Assim, tentando conceituar culpa, os professores Stolze e Pamplona Filho asseveram que

a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito (2017, p. 204).

A culpa em sentido amplo ou *lato sensu* se caracteriza através de três elementos, quais sejam: a voluntariedade da conduta do infrator, a previsibilidade e a violação de um dever de cuidado. O agente lesionador tem que agir com voluntariedade, realizar o ato conscientemente e por livre escolha, e caso exista também a intenção de trazer prejuízo a outrem, estará presente o dolo. Já na culpa em sentido estrito (ou *strictu sensu*), por outro lado, ocorrerá, além das três características da culpa em sentido amplo, a não observância do cuidado, tendo como consequência o dano. Em outras palavras, o sujeito não terá agido com uma vontade finalística direcionada a causar a lesão, sendo essa conduta permeada por negligência, imprudência ou imperícia, dependendo do caso concreto (op. cit., p. 207).

Em ambas as hipóteses, tem que haver previsibilidade por parte do agente causador do dano, uma vez que, se ele não puder prever o prejuízo ocasionado, não se pode falar em culpa, pois sem a previsibilidade estaria se tratando de caso fortuito. Por derradeiro, a noção de culpa perfaz a inobservância de uma obrigação de cuidado, sendo preciso observar a norma para que não seja causado prejuízo a terceiro, uma vez que caso este dano ocorra intencionalmente, restaria configurada uma conduta dolosa (op. cit., p. 207-208).

A culpa em estrito sentido (na qual não há dolo) ocorre por meio dos institutos da negligência, da imprudência ou da imperícia. A primeira consiste na displicência por uma conduta omissiva, em que o sujeito deixa de cumprir uma obrigação tendo

um dano como resultado – é o exemplo do médico que esquece instrumento cirúrgico dentro de paciente após a realização de cirurgia. Ao contrário da primeira, na segunda há uma conduta positiva, uma ação, entretanto, age-se sem cautela, com insensatez, sem o cuidado devido - como no caso do motorista, devidamente habilitado, que dirigindo em alta velocidade bate em outro veículo, provocando um acidente de trânsito. A terceira e última modalidade é a imperícia, que também decorre de uma ação, só que o infrator não possui o conhecimento técnico ou científico, agindo sem a aptidão necessária – como ocorre quando um sujeito realiza uma consulta como se médico fosse, e prescreve medicamento inadequado para a enfermidade de que o paciente está acometido (op. cit., p. 211).

Quanto às espécies de culpa, pode ela ser extracontratual ou contratual: na primeira hipótese é violada norma constante na própria lei, enquanto que, na segunda, o agente desrespeita regra estabelecida em contrato por ele mesmo firmado (op. cit., p. 212).

Nesse passo, diversos ordenamentos jurídicos fundamentaram-se na culpa (responsabilidade subjetiva) como elemento central da responsabilidade civil (NAVEGA, 2017, p. 110). A sociedade que almeja um ideal de segurança jurídica mínimo acaba traçando um paradigma-modelo de comportamento do sujeito, através do qual se realiza um juízo de valor acerca da reprovabilidade de determinada conduta. Esse paradigma tangencia também o dever do causador do dano, consistente em indenizar o lesado na medida da reprovabilidade de seu ato, ainda que tenha agido de maneira culposa.

Passa-se, assim, a analisar a responsabilidade civil pela ótica objetiva, em face da qual se cria uma ideia de distribuição do ônus decorrente de uma lesão. Para tanto, parte-se da premissa da identificação daquele que se aproveita economicamente, lucrando e se beneficiando a partir da atividade criadora de risco, mas que, vindo a causar danos a outrem, deverá suportar os encargos daí decorrentes.

A percepção da culpa sob esse ponto de vista foi de suma importância para o tracejamento da evolução da responsabilidade civil. Notou-se, ao longo do tempo, que a aferição da culpa pura e simples acabou acarretando inúmeras injustiças, razão pela qual passou-se a analisá-la, também, sob o prisma do dano (op. cit., p. 111). Nesse sentido, é que se verifica haver necessidade de uma espécie de correção do sistema, tendo em vista que, em determinadas situações, conferir o ônus da prova (quanto à

culpa do ofensor) àquele que sofreu o dano é um fardo tão grande, a ponto de parecer que quem está sendo punido é a pessoa que busca a reparação.

Houve, a partir de então, a constatação de que a ilicitude é um pressuposto substancial da responsabilidade civil subjetiva, ao passo que a teoria do risco prescinde de ilicitude, o que abarcaria melhor uma parte significativa das situações.

Entretanto, é importante destacar que as injustiças, decorrentes da dificuldade de se provar a culpa do suposto causador do dano, não acarretaram, por si mesmas, o automático surgimento da previsão de responsabilidade objetiva. Por óbvio, o surgimento das hipóteses legais de previsão do dever de indenização independentemente de culpa, não surgiram abruptamente, tendo a doutrina percorrido um longo caminho, assim como a jurisprudência, até que viessem a ser consolidadas pela lei.

Desse modo, o surgimento de tal modalidade de responsabilidade civil ocorreu, inicialmente, com a legislação disciplinando a possibilidade de, em algumas situações, haver a inversão do ônus da prova. A esse instituto a doutrina deu o nome de responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida. Nessa hipótese, não seria mais obrigação do ofendido provar a conduta danosa do ofensor, suposto autor do dano, contra quem passa a figurar o ônus da prova, incumbindo-lhe o dever de provar que sua atuação se deu pautada nos deveres objetivos de cuidado. Em outras palavras, passa a ser necessário provar a responsabilidade civil sem culpa, sob pena de se reparar o prejuízo causado ao lesado. A principal diferença desta hipótese, para a responsabilidade civil objetiva, é o fato de que a culpa pode ser alvo de debate e, portanto, admite prova em contrário (NAVEGA, 2017, p. 112)

A nova visão da responsabilidade civil objetiva no ordenamento jurídico, alicerçada no fundamento da teoria do risco, tem sedimentado um novo debate acerca da maneira como esse instituto vem entabulado na lei. Embora o Código Civil de 2002 tenha alçado essa modalidade de responsabilidade a um patamar de maior importância, trata-se ainda de situação excepcionada, uma vez que a responsabilidade civil subjetiva ainda figura como regra. Nesse sentido, está insculpida no art. 186 do CC de forma abstrata, e por consequência mais abrangente, ao passo que as hipóteses de responsabilidade sem culpa têm que estar expressamente previstas na legislação, ou decorrer do risco de uma atividade lícita (como outrora pormenorizado).

Consequentemente, apesar da objetivação da culpa, a ideia desta como cláusula geral é reflexo da necessidade de respeito a um dever de cuidado objetivo, o que garante mais segurança jurídica nas relações sociais, pois as pessoas têm, em seu imaginário, uma consciência coletiva de cidadania segundo a qual só cabe o dever de reparar alguém, em regra, caso se tenha atuado com culpa.

2.3. Responsabilidade Civil do Estado

Trata-se a responsabilidade civil do Estado, no ordenamento jurídico brasileiro, de responsabilidade objetiva, de modo a não ser necessária a comprovação de culpa, ao passo em que basta apenas a configuração do dano, da conduta e do nexo causal entre os primeiros. É o que se depreende da Constituição Federal de 1988, que estatui, em seu art. 37, §6º, que

a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§6.º 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.

Além desta previsão, de cunho constitucional, conta-se ainda com previsão no Código Civil de 2002, cujo art. 43 que determina que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

No entanto, para se chegar a esse denominador comum, foi necessário um longo percurso de debates, de desenvolvimento de teorias e de esforço intelectual, com o intuito de estabelecer a regra da responsabilização do Estado. Historicamente, a primeira teoria criada foi a da irresponsabilidade, na qual se acreditava que o Estado não deveria ser responsabilizado, em face do poder divino que lhe era conferido. Ao se estabelecer o Estado como absoluto, este não aceitava ser obrigado a reparar danos que pudessem ser causados pela Administração Pública, ao passo que ele era soberano (MARINELA, 2012, p. 962 *apud* TARTUCE, 2018, p. 643).

Dessa forma, não era admitida a ideia de que o Estado poderia ser violador de normas as quais ele mesmo tem o dever de resguardar, uma vez que o Estado seria a personificação da lei e do Direito. Contudo, com o enfraquecimento do absolutismo, o Estado foi perdendo essa imunidade (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p. 278).

A partir dessa tendência foram surgindo teorias subjetivas, isto é, defensoras da possibilidade de responsabilização estatal, a qual se dava quando presente a culpa em sentido amplo, do agente representante do Estado que ocasionou o dano. As teorias que surgiram ao longo dos anos, para explicar a responsabilidade civil do Estado, podem ser resumidas nas seguintes teorias: da culpa civilística; da culpa administrativa; da culpa anônima; da culpa presumida; e da falta administrativa (op. cit., p. 279).

A teoria da culpa civilística sustentava que o Estado seria responsabilizado civilmente se escolhesse mal seus servidores e não fiscalizasse corretamente os atos destes, tendo em vista que atuariam como representantes estatais. Basicamente, trata-se de uma modalidade de culpa indireta ou mediata, segundo a qual, caso o Estado incorresse na culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, haveria como consequência o dever de reparar os danos causados. No entanto, com a difícil tarefa de provar a culpa estatal, por vezes o particular ficava sem o devido ressarcimento, face a patente dificuldade de comprovar mencionado elemento subjetivo do Estado, motivo pelo qual esta tese foi, aos poucos, sendo desconsiderada (op. cit., p. 280).

Na teoria da culpa administrativa - ou acidente administrativo -, não se enxergava o servidor como um representante do Estado ou preposto dele, e sim como uma fração do próprio Estado. Sendo assim, caso lesionasse alguém, agia em nome da Administração Pública, haja vista ser mecanismo dela. Neste caso, passava-se da culpa indireta, tratada na teoria anterior, para a culpa direta, de maneira que o elemento subjetivo que caracterizaria a responsabilidade estatal, seria de acordo com a conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) dos seus agentes - a culpa *in commitendo* e *in omittendo*, respectivamente (op. cit., p. 280-281).

O principal precedente histórico e jurisprudencial da teoria em comento é o famoso caso da jovem Agnès Blanco, ocorrido na França em 1873, no qual ficou estabelecido, a partir do conflito de competência suscitado entre o Tribunal Civil e o Tribunal Administrativo, que as regras de julgamento e processamento da responsabilidade civil do Estado (e dos agentes que atuam em seu nome) não podem

ser regidas pelas mesmas regras dos particulares, uma vez que o ente estatal está imbuído de garantias e prerrogativas que são alheias aos indivíduos. Definiu-se, assim, que a conciliação dos direitos dos particulares com os direitos do Estado será regida por regras especiais, capazes de abarcar as peculiaridades dessa relação (DI PIETRO, 2017, p. 876).

Ocorre que, como na teoria da culpa administrativa a responsabilização do Estado se dava de maneira direta, através da ação ou omissão de um de seus agentes, tornou-se significativamente complicada a aplicação desta teoria, especialmente nos casos em que não fosse possível identificar o agente estatal causador do dano - em razão da impessoalidade imposta aos serviços da Administração, quando da sua prestação. Nesse contexto, nasceu a teoria da culpa anônima, em que basta a comprovação de que o prejuízo foi ocasionado por atividade estatal, sem que seja necessária a indicação de qual funcionário causou o dano, para que ocorra a responsabilidade civil do Estado (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p. 282)

A teoria da culpa presumida, por sua vez, decorre da teoria da culpa administrativa, com a diferença de que nela, como o próprio nome diz, a culpa do Estado é presumida, ou seja, quando um agente estatal causar um dano que esteja ligado à sua atuação enquanto representante do Estado, presume-se a culpa através da admissão da inversão do ônus da prova. Em outras palavras, caberia ao Estado provar que não concorreu com culpa, para a ocorrência da situação danosa (op. cit.).

Por fim, há a teoria da falta administrativa ou culpa do serviço, que se baseia na ausência do serviço estatal em si, dispensando o elemento subjetivo do agente para que o Estado seja responsabilizado. Neste caso, ocorre a responsabilização quando o serviço público não funcionar, funcionar de maneira retardada ou quando houver o mau funcionamento (DI PIETRO, 2017, p. 877).

Diferente da responsabilidade no campo das relações civis, a tendência de se estabelecer regras que privilegiem a responsabilidade civil objetiva em detrimento da subjetiva prevalece em se tratando dos casos de responsabilização do Estado, havendo três importantes teorias para se explicar o risco decorrente da atividade estatal danosa, quais sejam: 1) a do risco integral; 2) a do risco administrativo; e 3) a do risco social (CARVALHO FILHO, 2017, p. 594).

Cumprido destacar inicialmente que a diferença entre a teoria do risco administrativo e o risco integral é tênue. Na teoria do risco administrativo nasce a

responsabilidade do Estado pela ocorrência da conduta lesiva, sem a necessidade de se investigar a falta do serviço público ou a culpa do funcionário. Já a teoria do risco integral, por sua vez, concebe que a Administração seria responsabilizada em qualquer situação na qual seja possível identificar os três elementos fundamentais: a conduta, o dano e o nexo causal - sem admitir, no entanto, qualquer modalidade de excludente de responsabilidade. Em outras palavras, o Estado assumiria o risco total dos danos derivados de sua atuação (op. cit.).

Isso quer dizer que no risco integral a responsabilidade surge independentemente das ações da vítima, ao passo que no risco administrativo admite-se a invocação de situações capazes de romperem o nexo de causalidade, ilidindo total ou parcialmente o dever de reparar do Estado, traduzindo-se através da culpa exclusiva da vítima, capaz de excluir por completo a responsabilidade civil do Estado e da culpa concorrente, que se revela na diminuição do *quantum* indenizatório correspondente a extensão do dano decorrente da conduta estatal (op. cit.).

Finalmente, a teoria do risco social tem como escopo a responsabilidade do Estado a partir do dano advindo da ruptura da harmonia e estabilidade sociais, tendo em vista que seria um dever dele preservar a ambas. Consequentemente, se o prejuízo ocorre por causa dessa quebra, a Administração tem a obrigação de reparar, dispensando até mesmo, em alguns casos, a identificação da conduta para que haja responsabilização. Sob essa premissa, é que a regra constitucional estabeleceu a ideia de socializar para garantir e compensar, ao invés de individualizar para compensar e reprimir. Esse sistema fornece à vítima uma maior proteção, não deixando de repará-la, uma vez que o Estado assume esse ônus sem avaliar antes de quem é a culpa, o que não ilide a possibilidade de o ente estatal perseguir os fatos para chegar ao causador do dano e, assim, exercer o direito de regresso constitucionalmente garantido (BAHIA, 1995, p. 94 *apud* GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p. 286).

Não existe consenso na doutrina ao indicar qual a corrente que melhor explica o risco quando da análise da responsabilidade civil do Estado; contudo, a maior parte da doutrina civilista admite a responsabilidade civil do Estado como sendo objetiva, ou seja, aquela que prescinde do elemento culpa para que haja o dever de reparação (TARTUCE, 2018, p. 644).

O Brasil buscou, através da Constituição e da legislação infraconstitucional, garantir uma extensa forma de reparabilidade de danos causados, sendo a teoria que

mais apropriadamente traduz essa ideia de responsabilização estatal a teoria do risco administrativo, por admitir a quebra do nexo de causalidade quando presente uma das causas excludentes de responsabilidade.

Entretanto, Gagliano e Pamplona Filho, advertem que

a aceitação de uma teoria — no caso, a visão objetiva do risco administrativo — não importa, necessariamente, no abandono das anteriores, em caso de situações heterodoxamente peculiares, sendo possível a sua coexistência, a depender de cada situação concreta (2017, p. 288).

É importante destacar a existência de uma corrente doutrinária segundo a qual, quando a Administração Pública agir com omissão, por meio institucional ou de seus agentes, a responsabilidade civil será subjetiva, de modo a ser necessária, para a sua concretização, a identificação da culpa *lato sensu*, uma vez que tal hipótese é atravessada pelas teorias da culpa anônima ou da falta do serviço. Ressalta-se que a comprovação da obrigação geral do Estado, de impedir a ocorrência do dano, por si só não é capaz de sustentar a responsabilização, devendo a ausência da conduta desejada também ser provada, por figurar como pressuposto (CARVALHO FILHO, 2017, p. 609).

Segundo essa corrente, o Estado deve ser responsabilizado quando tiver o dever e a possibilidade de agir para evitar o prejuízo e assim não o fez, omitindo-se. No entanto, tratar a responsabilização pública de forma subjetiva, é atribuir ao cidadão lesado, em casos de omissão estatal, uma missão hercúlia em provar a culpa da Administração ou de seus prepostos, o que na maioria dos casos tornar-se-ia uma tarefa impossível.

Nesse sentido, como forma de prestigiar os fundamentos da república, bem como o princípio da dignidade humana, foi consolidado o preceito constitucional da responsabilidade objetiva do Estado, pois, do contrário, revelar-se-ia teratológica injustiça o prejuízo da vítima em detrimento do poder público.

Ante a dificuldade de comprovação da sua culpa, deve a responsabilização do Estado ser sempre objetiva, independentemente de atos comissivos ou omissivos do ente estatal, como vem decidindo a jurisprudência e sinalizando a doutrina. Encampar outra tese de interpretação da responsabilidade civil do Estado, é conceder-lhe carta branca para a prática de condutas danosas, sejam elas positivas ou negativas, promovendo o descaso com a coisa pública e premiando a irresponsabilidade de quem primeiro deve agir com cuidado, zelo e probidade.

Destarte, é evidente que o Estado deve indenizar a todos os que sofrerem com condutas danosas praticadas por seus agentes, quando agirem em seu nome, seja por ação ou omissão, com ou sem culpa, não havendo espaço para uma interpretação e/ou aplicação diversa da responsabilização objetiva do ente estatal.

2.4. As omissões do Estado no dever de proteção das pessoas sob sua custódia

Como já explicado a responsabilidade civil do Estado é objetiva, pois quando se fala em desrespeito a direitos das pessoas custodiadas, na maioria dos casos, a violação se dá por uma omissão do ente estatal.

A realidade do sistema carcerário vigente no país é caótica, os problemas são diversos, dentre eles estão, a falta de estrutura adequada, falta de higiene, indivíduos presos acima da capacidade comportada, ambiente insalubre, entre outros, o que acaba por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana inerente a todos os cidadãos (MACHADO *et al.*, 2013, p. 205-206).

A pessoa que tem sua liberdade restrita em consequência de uma sentença penal condenatória, acaba suportando uma pena muito pior do que a que foi condenada, haja vista as condições degradantes a que é submetida, mesmo havendo previsão expressa na Carta Magna de que não haverá penas cruéis, tampouco a submissão de quaisquer pessoas a tratamento desumano ou degradante. Assim, ao invés de cumprir um papel ressocializador e de preparo dos apenados para a volta do convívio social, as prisões tem se tornado locais de despejo de indivíduos que não são vistos como úteis a sociedade.

A realidade do sistema prisional brasileiro é tão problemática, em razão da omissão do Estado no seu dever de proteção, que no ano de 2009 foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, que conforme o seu relatório, o ente estatal não presta da maneira adequada aos presos as assistências previstas na Lei de Execução Penal.

Desse modo, as omissões do Estado no seu dever de proteção das pessoas sob sua custódia são evidentes no atual sistema carcerário brasileiro, tendo em vista a situação precária em que vivem os presos. Sem dúvida a superlotação é um dos grandes problemas, o Brasil ocupa um dos primeiros lugares no ranking de países

com alto índice de pessoas encarceradas do mundo e esse excedente de pessoas presas em relação a capacidade permitida faz com que a condição do cárcere seja ainda mais deficitária (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 247).

As supramencionadas assistências são compreendidas em: material; à saúde; jurídica, educacional; social e religiosa. É obrigação do Estado proporcionar prisões com instalações adequadas, local apropriado para o descanso, com boas condições de higiene, alimentação, trabalho, lazer e estudo (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984).

No entanto, não foi o que a CPI constatou na maioria dos estabelecimentos prisionais, onde não é oferecido aos apenados condições dignas de sobrevivência, tratando-os como uma espécie inferior ao ser humano

A grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável. (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 196)

Além das normas previstas na Lei de Execução Penal, a Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fixa regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil, contudo, de acordo com a CPI, as penitenciárias precisam de uma vasta reforma para se adequarem ao estabelecido na legislação, no que diz respeito ao tratamento devido aos custodiados (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 193).

Quanto a higiene é praticamente inexistente, em muitos dos estabelecimentos visitados pela CPI os apenados não têm acesso a água, e, quando tem, não é disponibilizada água corrente e de qualidade, fazendo com que aqueles indivíduos armazenem o bem precioso a vida em garras de refrigerante para saciar a sede em momento oportuno, tendo em vista que a falta d'água é corriqueira, restringindo, também, o banho por falta dela, apesar de estarem amontoados em celas com capacidade acima da tolerada (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 194-195).

Em muitos casos não existem banheiros disponíveis dentro das celas, tampouco pias. No lugar de vaso sanitário, há um buraco no chão onde os presos são obrigados a fazer suas necessidades fisiológicas. Além disso, o Estado não oferta produtos de higiene pessoal, como sabonete, papel higiênico, toalha, escova e creme dental (op. cit.).

Tão problemática quanto a higiene é a alimentação. O art. 13 da Resolução nº 14 do CNPCP estabelece que

A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

Todavia, a realidade encontrada é bem diferente do determinado na referida Resolução, em vários presídios a comida servida tem pouca quantidade e é de má qualidade, muitas vezes estragada, azeda, com baratas, cabelo e objetos estranhos misturados nela. No Instituto Penal Paulo Sarasate, localizado no estado do Ceará, a refeição é fornecida em sacos plásticos e os presos utilizam as mãos para consumi-las uma vez que não é oferecido talheres (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 200).

No que pertine a assistência à saúde, além da falta de atendimento médico, a disponibilização de medicamentos é quase inexistente, segundo relatório da CPI os mesmos remédios são usados no tratamento de doenças diversas, para as quais muitas vezes são até ineficientes ou prejudiciais. Ainda, foi relatado as autoridades da CPI, em uma das diligências nos estabelecimentos penais da Bahia, que quando os custodiados sentem dor e solicitam medicação, o Diretor determinava que um agente fosse ao encontro do preso com um porrete escrito “dipirona” para agredi-lo (op. cit., p. 204).

Os reclusos também não recebem atendimento odontológico e quando disponibilizado deixa a desejar, uma vez que tal assistência se resume a extração dentária, fazendo com que muitos dos presos percam seus dentes durante o período em que estão cumprindo pena (op. cit., p. 211).

É ainda mais complicada a situação das mulheres que se encontram custodiadas, pois faltam itens indispensáveis para a higiene e saúde das mesmas, a exemplo de absorventes e remédios para cólicas menstruais. Não são fornecidos nos presídios femininos absorventes para as presas em seus períodos menstruais, quando são disponibilizados é em uma pequena quantidade que não consegue atender à necessidade daquelas, tendo as encarceradas que utilizar, na melhor das hipóteses, miolo do pão para conter o fluxo menstrual (op. cit., p. 204-205).

Na mesma linha é a assistência jurídica, pois embora a Constituição Federal preveja em seu art. 5º, LXXIV, a referida prestação gratuita aos que não tenham recursos, assim como a Lei de Execução Penal estabelecer em seus arts. 15 e 16

regras semelhantes destinadas as pessoas encarceradas, a realidade no sistema prisional não condiz com as normas mencionadas (op. cit., p. 213).

Muitas vezes o problema se inicia ainda no momento da prisão, com casos de flagrantes forjados pela polícia e posterior homologação do APF pelo magistrado sem ter realizado um exame adequado da peça que, não isoladamente é imperfeita e defeituosa, bem como, o Ministério Público se manifestar pela legalidade e manutenção do flagrante em parecer pouco ou nada fundamentado, o número pequeno de Defensores Públicos para atender toda a demanda, além da inexistência de Defensorias Públicas em diversas comarcas do Brasil (op. cit., p. 214-215).

Devido à ausência de defensores públicos, em virtude de o quantitativo de servidores não ser suficiente para atender o volume processual e a maioria dos presos ou acusados não terem recursos para constituir um advogado particular, há a nomeação de defensor dativo que, não raro, exerce uma defesa de qualidade duvidosa e muito pouco efetiva, acarretando prejuízo ao sujeito (op. cit., p. 215-216).

Na LEP estão previstas ainda regras quanto a assistência educacional, que compreenderá a instrução escolar e a formação profissional dos custodiados. O ensino de primeiro grau é fundamental para a instrução de todas as pessoas, incluindo as que se encontram presas, por isso de acordo com o referido diploma legal ele é obrigatório nos sistemas prisionais, assim como, a capacitação profissional é importante para que quando os indivíduos retornem ao seio social tenham uma perspectiva de trabalho, fazendo com que o número de reincidência não seja alto, sendo a capacitação profissional uma das metas da Lei de Execução Penal (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984).

No entanto, como ocorre nas demais assistências, a educacional não é disponibilizada aos apenados por parte do Estado, em total desrespeito ao exposto na LEP.

A assistência social, por sua vez, está prevista nos artigos 22 e 23 da Lei de Execução Penal, a sua finalidade é amparar o preso enquanto estiver nessa condição e prepara-lo para o retorno à liberdade (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984). Contudo, o número de assistentes sociais não é suficiente para suprir as demandas dos penitenciários, em alguns locais não existe a presença desses profissionais, o que acarreta a violação do direito dos presos a mencionada assistência. Segundo dados da CPI, que, frise-se, é de 2009, mas que permanece sem mudanças radicais no

sistema atual o número de assistentes sociais por presos na Bahia era de 422 encarcerados por profissional (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 234).

O art. 24 da LEP tem o intuito de proteger a liberdade religiosa, com a participação dos custodiados nos cultos e nos serviços organizados no estabelecimento penal, a posse de livros sagrados, bem como, não será obrigado a participar de qualquer atividade religiosa, o preso que não tenha interesse (LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984).

Apesar de a CPI encontrar a presença marcante de igrejas evangélicas nos estabelecimentos prisionais, assim como a da Pastoral Carcerária que é composta por voluntários da Igreja Católica, receberam denúncias de cerceamento de atividades religiosas em alguns estados (CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 240-241).

3. ESTUDO DE CASO: ANDERSON NUNES DA SILVA CONTRA O ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Conforme consta no relatório do acórdão do RE 580.252 MS, Anderson Nunes da Silva foi condenado a vinte anos de reclusão por ter cometido crime de latrocínio, tendo cumprido a pena restritiva de liberdade no presídio da cidade de Corumbá, estado do Mato Grosso do Sul. Da sanção que lhe foi imposta, viveu sete anos em condições degradantes, sendo obrigado a dormir com a cabeça apoiada em uma latrina em razão da superlotação, além de ter vivido precárias condições de higiene, ventilação, iluminação e saúde, situações estas que violam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e consistem numa problemática existente em praticamente todo o sistema prisional brasileiro.

Diante da situação vivida, Anderson ingressou com uma ação judicial, representado pela Defensoria Pública do Estado, com o fito de ser o estado do Mato Grosso do Sul condenado a lhe pagar uma indenização pelo dano moral causado, no valor correspondente a um salário mínimo por mês, enquanto ele era custodiado em condições sub-humanas na penitenciária de Corumbá, localizada naquele ente federativo.

O juízo de primeiro grau não reconheceu o pedido formulado pelo requerente e julgou o pleito improcedente, oportunidade em que o autor recorreu, apresentando Apelação ao Tribunal de Justiça, cujos Desembargadores, por maioria, reformaram a sentença do juiz singular, dando provimento ao recurso e fixando a indenização por danos morais na quantia irrisória de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

O Estado por sua vez, com o intuito de se eximir do seu dever de indenizar, impugnou a decisão que conferiu o direito à reparação de Anderson Nunes, interpondo Embargos Infringentes¹. As razões do embargo foram acolhidas pelo Tribunal de Justiça, momento em que, apesar de serem reconhecidos o direito do autor e as violações cometidas pelo estado sul-mato-grossense, foi reformulado o entendimento do Tribunal, por meio da restauração da sentença de improcedência, negando-se assim, provimento ao apelo de Anderson.

¹ Trata-se de uma modalidade de recurso que existia no antigo Código de Processo Civil (de 1973), o qual consistia na apresentação do preparo junto ao mesmo órgão colegiado que proferiu decisão para que a reconsiderasse, quando essa decisão não fosse unânime (CUNHA; DIDIER, 2016, p. 75).

Para isso, o TJ utilizou, como um dos principais fundamentos, o reconhecimento do direito do autor a partir do princípio da isonomia, de modo que, se todos os demais detentos fossem indenizados, seria imposto um alto custo ao erário. Além disso, para que ocorresse a implementação de política pública prisional, seria necessária a disposição de recursos, dos quais a Administração Pública não poderia utilizar a seu livre arbítrio, incidindo dessa forma na reserva do possível.

A Defensoria Pública Estadual, atuando nos interesses do lesado, recorreu ao Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário, que a princípio teve seu seguimento negado pelo juízo *a quo*, tendo a DPE ingressado com agravo de instrumento contra a decisão que negou o seguimento do mencionado recurso. O agravo foi provido pelo – à época – Ministro Ayres Britto, relator original do caso, em decisão datada de 10 de fevereiro de 2010, a qual determinou sua conversão em recurso extraordinário e submeteu, à análise do Plenário, a tese de repercussão geral.

No seu recurso, o recorrente alega que o Estado violou direitos previstos no artigo 5º, III, X, XLIX, da Constituição Federal, abaixo transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Ademais, adicionou-se argumento contido no artigo 5º do Pacto de São José da Costa Rica, *in verbis*:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Além dos supracitados dispositivos, a DPE apontou, ainda, ofensa ao art. 37, §6º, da Constituição, que estabelece a responsabilização do Estado em decorrência dos danos causados a terceiros.

A União atuou no processo como *amicus curiae*, e por meio do seu Advogado-Geral se manifestou pelo desprovimento do recurso, alegando, em síntese, que a superlotação carcerária é um problema existente em todos os presídios do Brasil, não sendo uma deficiência exclusiva dos que estão localizados no estado do Mato Grosso do Sul, e acrescentando que a construção de estabelecimentos prisionais adequados depende da disponibilização orçamentária do Estado, de forma a existir um óbice quanto ao princípio da reserva do possível.

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República pugnaram pelo não provimento do recurso extraordinário, esta última, todavia sob o argumento da inexistência de nexo de causalidade, uma vez que a inobservância do respeito à integridade física e moral do preso, assegurado na Constituição Federal (art. 5º, XLIX), não configura a responsabilidade objetiva do Estado por eventuais danos causados pela demora na construção e reforma das unidades prisionais, o que acaba ocasionando superlotação carcerária.

Assim, passou-se à apreciação, pelos Ministros da Suprema Corte, das razões apresentadas por todas as partes envolvidas no litígio, com vistas ao êxito no pleito perante o pretório Excelso. No caso do estado do Mato Grosso do Sul, da União e da PGR, pugnou-se pelo desprovimento dos pedidos indenizatórios do autor, e no caso de Anderson, pretendeu-se o provimento do recurso, para que seu dano pudesse ser integralmente reparado.

3.1. Princípio da reserva do possível x Dignidade da pessoa humana

No caso em tela, a recorrida utilizou os argumentos inerentes à teoria da reserva do possível como principais apoiadores da ausência de responsabilidade civil do Estado, diante da violação aos direitos fundamentais sofrida por Anderson Nunes.

A teoria da reserva do possível teve origem na Alemanha no ano de 1972, quando o Tribunal Federal Alemão julgou um caso conhecido como *numerus clausus*,

que tratava de uma ação pleiteada por estudantes com o fito de ingressar no curso de medicina nas faculdades públicas, mas cujas tentativas de acesso não lograram êxito, em razão da limitação do número de vagas. Naquela oportunidade, o Tribunal decidiu que as demandas contra o Estado deveriam ser pautadas na razoabilidade, uma vez que a prestação que o sujeito reclama deveria corresponder ao que ele poderia exigir da sociedade (STIBORSKI, 2015).

No caso em questão, a Corte entendeu que o direcionamento de parte dos recursos, para satisfazer o pleiteado em detrimento da coletividade, não seria uma medida razoável. Portanto, o julgamento não se baseou na ausência de orçamento, e sim na razoabilidade. Nesse contexto, a reserva do possível nasce como um meio de limitação da atuação estatal, no que diz respeito a efetivação de direitos sociais, preconizando o direito da maioria e afastando o individual.

Ao ser abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a reserva do possível tomou um viés mais econômico, sendo também denominada de reserva do financeiramente possível, segundo a qual a efetivação de direitos fundamentais estaria vinculada à capacidade financeira do Estado. Em outras palavras, o ente estatal está adstrito a realizar o que está ao alcance da disponibilidade dos seus recursos (FERNANDA, 2014).

A utilização de tal teoria em nosso país (detentor de uma realidade social, cultural e econômica drasticamente diferente da Alemanha) acabou por fazer com que o sentido da reserva do possível se perdesse em parte, tendo em vista que resumi-lo a não atuação do Estado por falta de recursos materiais não foi, originalmente, o motivo do seu surgimento. Essa deturpação é objeto de críticas, ainda mais quando se tenta utilizar a teoria da reserva do possível com um propósito orçamentário, a fim de se eximir de um dever legal nas ações pleiteadas contra o Estado em busca da efetivação de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a reserva do possível não é uma concessão de liberalidade ilimitada, a fim de que a Administração Pública possa fazer uso de argumentos genéricos, no sentido de que seus recursos são insuficientes para que ela possa cumprir seu dever. Desse modo, Alexandrino e Paulo afirmam que “a não efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a **impossibilidade** financeira (ou econômica) de sua concretização pelo Estado” (2017, p. 244) (grifos do autor).

Nesse giro, Figueiredo e Sarlet (2007, p. 189) defendem que a reserva do possível deve ser entendida sob o ponto de vista de três vertentes: 1) disponibilidade efetiva dos recursos; 2) existência de orçamento; e 3) proporcionalidade e razoabilidade do direito pleiteado. Senão vejamos:

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (op. cit.)

Entretanto, é possível perceber que, no Brasil, há uma clara distorção da aplicação de tão importante instituto, uma vez que sua reprodução original não se restringe, única e exclusivamente, à existência de recursos materiais suficientes à efetivação do direito social pretendido. Desse modo, permeia-se pelo crivo da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão aduzida, o que, todavia, tornou-se um debate inócuo no ordenamento jurídico brasileiro, transformando-se a teoria original numa reserva do financeiramente possível, na medida que se traduz em apenas dois aspectos – um fático e outro jurídico. O primeiro diz respeito à inexistência de recursos, e o segundo se refere à previsão orçamentária para satisfação do direito demandado (MÂNICA, 2007, p. 13-14).

Em contrapartida, deve-se observar que o mínimo existencial funciona como limite à teoria da reserva do possível, pois a obrigação atribuída ao Estado, de garantir condições mínimas para que as pessoas vivam com dignidade, não é afastada pela invocação de tal teoria (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 245).

Desse modo, o mínimo existencial é a linha que o Estado deve invariavelmente observar, sendo seu mister proporcioná-lo a todos os cidadãos, de modo a não poder simplesmente invocar a reserva do possível para abster-se dessa obrigação, alegando falta de recursos financeiros para satisfação do direito pleiteado. Em outras palavras, não pode o ente estatal violar a dignidade humana, princípio pertencente a todas as pessoas, sob o argumento de insuficiência material que possibilite o cumprimento do seu dever constitucionalmente estabelecido.

Como a teoria da reserva do possível por vezes é convocada pelo Poder Público em demandas em que ele figura no polo passivo, o Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, tem decidido de maneira favorável às pessoas hipossuficientes, com o objetivo de serem efetivados direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição. Assim, a Corte reforça que a mencionada teoria não pode ser utilizada de maneira leviana, com o simples intuito de o Estado conseguir se isentar de seus deveres, sendo necessária a demonstração de que não há disponibilidade financeira, para que ocorra a dispensa do atendimento da ação positiva que lhe é exigida, ou para que não seja razoável o pedido que lhe é reclamado (op. cit., p. 246).

A reserva do possível também foi um dos argumentos usados para afastar a responsabilização do estado do Mato Grosso do Sul na ação movida em seu desfavor por Anderson Nunes. No entanto, tal argumentação não foi acolhida pelo STF, ao julgar o recurso extraordinário 580.252, levando em consideração, dentre outros motivos, que a questão ali discutida era a responsabilidade civil do Estado por causar danos através de condutas comissivas ou omissivas desempenhadas pelos seus agentes, e não a propositura de políticas públicas com a finalidade de melhoria das condições carcerárias.

Nesse diapasão, Zavascki, Ministro relator do caso, em seu voto aduz o seguinte:

Considerando que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o "princípio da reserva do possível", nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições. Mas não é disso que aqui se cuida. Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição.

(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

Existem vários argumentos capazes de afastar a reserva do possível. No acórdão, além do argumento levantado pelo ministro Zavascki, há pelo menos outras três razões encartadas por Barroso, dentre as quais está a natureza dos direitos em confronto, pois, na forma como foi suscitada pelo recorrido, indubitavelmente, tem natureza diversa. Anderson não buscou, por meio do recurso extraordinário, a instauração de uma nova política carcerária no Estado do Mato Grosso do Sul, tampouco no Brasil, mas sim a reparação pelas violações que sofreu durante o tempo que permaneceu no cárcere em condições degradantes. Nesse sentido, argumenta o ministro Barroso que

há outras três razões que revelam a improcedência do argumento de aplicação desta teoria no caso. A primeira se relaciona ao fato de a responsabilidade civil submeter-se a uma lógica particular, que se afasta da lógica tradicional de aplicação da reserva do possível. A cláusula é comumente invocada como limite à efetivação de direitos sociais de caráter prestacional. Isso se deve ao fato de que a concretização desses direitos se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos consideráveis, de modo que, em um contexto de escassez de recursos, o Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para a alocação desses recursos. Deve realizar escolhas trágicas: investir em um determinado setor sempre implica deixar de investir em outros. Trata-se, portanto, de uma lógica de justiça distributiva. Por sua vez, no campo da responsabilidade civil impera um racional diverso, fundado na realização da justiça comutativa ou corretiva. O que se busca com a reparação civil não é a distribuição de bens sociais, mas o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa.

(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

Ademais, a simples invocação da ausência de recursos financeiros do Estado não pode ser utilizada para negar a indenização por danos morais a presos que tenham o seu direito a dignidade constantemente violado pelo Poder Público, ao serem por ele submetidos às condições sub-humanas que caracterizam o cárcere brasileiro.

3.2. A repercussão geral

O recurso extraordinário é o meio recursal que se destina à impugnação de decisões colegiadas que afrontem preceitos constitucionais. Deve ser interposto junto ao STF, uma vez que compete a ele o dever de guarda da Carta Política, bem como a missão institucional de garantir uma aplicação estável e coerente do texto constitucional.

Desse modo, assim como o recurso especial, que se dirige ao STJ, o recurso extraordinário tem matéria restrita pela própria natureza a que se destina. O seu fundamento legal se localiza na própria Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Cabe ao STF, portanto, determinar a interpretação derradeira das normas constitucionais, fazendo-a por meio do controle difuso ou do controle concentrado de constitucionalidade, sendo o primeiro efetivado, em regra, por meio do recurso extraordinário. A partir desse entendimento é que se pode afirmar que uma das finalidades desse preparo é garantir uma uniformidade do ordenamento jurídico, o qual deve submeter-se à Constituição Federal. Trocando em miúdos, dentre o arsenal de recursos previstos no Código de Processo Civil brasileiro, esse expediente é o que se ocupa de proteger a interpretação conferida pela corte suprema aos mandamentos da Constituição, o que garante uma unidade do sistema jurídico nacional, assegurando-lhe legitimidade e unicidade hermenêutica (CUNHA; DIDIER, 2016, p. 353).

No que toca à repercussão geral, o instituto passou a compor o ordenamento com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, inserindo o §3º no art. 102 da CF/88, que preceitua a repercussão geral como um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (op. cit., p. 363).

Essa nova norma constitucional passa a conferir um caráter ainda mais limitado ao já restrito recurso, tendo em vista que impôs uma nova barreira ao seu processo de cognição, uma vez que se trata de mais uma hipótese que deve ser analisada pelo recorrente, bem como de mais um requisito a ser atendido.

O conceito de repercussão geral, por seu turno, e a partir da forma expressa na Constituição, é um conceito aberto, a ser preenchido por lei federal:

Lei n. 11.418/2006 tratou de fazê-lo, esclarecendo que a exigência já se aplica aos recursos interpostos a partir da data de início de sua vigência (art. 4º). O STF, porém, decidiu que esse requisito somente poderia ser exigido após o início da vigência da sua regulamentação pelo Regimento Interno do

STF, cuja alteração foi publicada no dia 3 de maio de 2007 “Repercussão geral” é conceito aberto, a ser preenchido por norma infraconstitucional, que se valeu de outros conceitos jurídicos indeterminados, para que se confira maior elasticidade na interpretação dessa exigência, que, afinal, terá a sua exata dimensão delimitada pela interpretação constitucional que fizer o Supremo Tribunal Federal¹.

O § 1º do art. 1.035 do CPC dispõe que “será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

Como se trata de conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento da hipótese de incidência não prescinde do exame das peculiaridades da situação concreta. Como bem afirmam Marinoni e Arenhart, não é possível estabelecer uma noção a priori, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto (CUNHA; DIDIER, 2016, p. 365).

Assim, para que o recurso extraordinário seja conhecido, além dos demais requisitos, a matéria que contraria a ordem constitucional tem que ter sido arguida anteriormente no processo, sendo também preciso constar a expressa indicação da repercussão geral nas razões recursais. Em sequência, atendendo aos demais requisitos, o recurso será submetido ao plenário, para a apreciação se há ou não a repercussão geral no expediente (MARINHO, 2011).

A esse respeito, há um ponto que merece especial atenção, que é a exigência de quórum qualificado (2/3 dos membros) para que não se reconheça a repercussão geral – e não o contrário. Em outras palavras, para que o recurso seja devolvido sem o conhecimento da Corte, é necessário que 8 dos seus 11 membros entendam que a matéria não enseja o instituto, o que leva à conclusão de que a repercussão geral é uma presunção. Ou seja, para que o recurso não seja conhecido por ausência de repercussão geral é necessário que ela seja derrubada, pelo já referido quórum; caso contrário, este deve ser processado e julgado regularmente (CUNHA; DIDIER, 2016, p. 363).

Nesse diapasão, Marinho citando o entendimento de Mouta, colhe-se o seguinte:

Com esse novo requisito, o que se destaca é o papel do STF para, ao lado de primar pela correta aplicação dos preceitos constitucionais, discutir tão-somente as causas recursais com aspecto macro (supra, superior, diferenciado), não sendo mais órgão com competência para solucionar as demais amarguras recursais (sem qualquer reflexo coletivo diferenciado) mesmo nos casos de interpretação equivocada da própria Constituição (MOUTA, 2009 *apud* MARINHO, 2019, p. 65).

A repercussão geral passou a compor a forma para admissibilidade do recurso extraordinário, constituindo um notável filtro das demandas a serem discutidas e apreciadas pelo Pretório Excelso, sendo necessário que o tema debatido ultrapasse

as próprias partes que figuram no litígio. Assim, para que haja de fato a repercussão geral, é necessária a existência de dimensão política, econômica, social e/ou jurídica, de elevada e considerável relevância.

Nesse sentido, é incontroverso que o caso de Anderson Nunes é dotado de relevância social, política e jurídica, uma vez que preencheu indubitavelmente o mencionado requisito, que serve como um termômetro da importância da questão aqui debatida e de como ela poderá repercutir nas decisões que sobrevierem após o entendimento firmado no julgado em análise.

O Ministro Ayres Britto submeteu os autos ao Plenário da Corte Suprema, que reconheceu a repercussão geral da matéria tratada no recurso extraordinário sob o *Tema 365: Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária* (DJe de 08/06/2011).

3.3. O dever de indenizar do Estado

A responsabilidade civil do Estado, em decorrência dos danos morais causados face o desrespeito a direitos fundamentais (tanto pelas péssimas condições em que se encontrava o estabelecimento penal de Corumbá-MS, como em razão da conduta omissiva do Poder Público), foi enquadrada na hipótese de responsabilidade civil objetiva.

O recorrente alegou, em suas razões recursais, que o dano e o nexo de causalidade, entre as violações sofridas e a conduta do Estado, residem na superlotação da cela na qual se encontrava o custodiado, bem como nas condições sanitárias e de higiene às quais era submetido, além da evidente falta de espaço que decorre da quantidade exagerada de pessoas amontoadas nas unidades prisionais. Alegou também que o desrespeito era tamanho, ao ponto de chegar a dormir com a cabeça encostada no vaso sanitário, restando evidente, portanto, a violação de direitos fundamentais, no que atine à dignidade humana, integridade psíquica e higidez física (ZAVASCKI, 2017, p. 11-12).

Destaca-se, inicialmente, que o provimento do recurso quanto à responsabilidade civil objetiva do Estado foi unânime, havendo divergência somente quanto à forma de indenização – se seria em pecúnia ou por meio de remissão da pena, como proposto pelo voto divergente. Ademais, debateu-se acerca do valor da

indenização pleiteada por Anderson Nunes, em desfavor do estado do Mato Grosso do Sul, por todas as violações que sofreu no cárcere.

Para o relator do caso, são incontroversos os fatos da causa, assim como a configuração do dano moral, sendo inclusive reconhecido no acórdão recorrido. Dessa forma, para responsabilizar o Estado por sua conduta omissiva, incide o art. 37, §6º, da Carta Maior, que figura como “disposição normativa autoaplicável, não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização” (ZAVASCKI, 2017, p. 11-12).

Apesar de não estabelecer expressamente se o Estado deve ser responsabilizado por ação ou omissão, o Ministro relator não deixa dúvidas que é objetiva a responsabilidade civil a ser adotada, ao afastar o exame da culpa em sentido amplo do caso em tela. Aprecia, apenas, o dano e o nexo causal, demonstrando as violações a direitos dos presos ocorridas naquele presídio, as quais fundamentariam a indenização pecuniária face o dano moral causado.

Para Zavascki (op. cit.), como é inquestionável que o Estado é responsável pela segurança e guarida dos sujeitos que estão sob sua custódia, assim como é sua obrigação mantê-los em condições mínimas de humanidade, o descumprimento desse dever enseja o ressarcimento dos danos que, caso necessário, poderia se dar em forma de precatório, consoante art. 100 da Constituição Federal.

Afirma ainda (op. cit., p. 13-14), que assim como as leis civis preveem que toda pessoa que causar danos a outrem tem a obrigação de ressarcir-la, não poderia ser diferente com o Poder Público, que além de previsão no art. 43 do Código Civil, tem sua responsabilidade decorrente de norma constitucional, qual seja, o já mencionado art. 37, §6º.

Não se pode olvidar que, nos casos em que o dever de proteção por parte do Estado é ignorado, restando presentes o dano, o nexo causal e a conduta do ente estatal, seja ela positiva ou negativa, surge a responsabilidade objetiva do Estado, estatuída no supramencionado artigo da Constituição. A utilização da teoria objetiva para responsabilização do Poder Público, pela integridade física e psíquica das pessoas que estão sob sua custódia, foi tema discutido na jurisprudência da Suprema Corte, sendo pacífica a sua utilização. Exemplo disso foi o voto do Ministro Gilmar Mendes no ARE 662.563 AgR/GO:

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.

Desse modo, as violações a direitos fundamentais, causadoras de danos aos prisioneiros, não podem ser ignoradas sob a alegação de que a reparação pecuniária não seria capaz de extinguir a problemática que cerca o sistema prisional, que depende necessariamente de políticas públicas destinadas a esse fim, sendo atribuições legislativa e administrativa. Segundo Zavascki, se tal argumento fosse aceito,

acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. Ainda que se admita não haver direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular e implantar política pública determinada, inclusive em relação à questão carcerária, certamente não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial, assim consideradas aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. E ninguém pode duvidar de que, em qualquer circunstância, jamais se poderia excluir das obrigações estatais em matéria carcerária a de indenizar danos individuais de qualquer natureza causados por ação ou omissão do Estado a quem está, por seu comando, submetido a encarceramento.

(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

O relator ainda trata da importância da interferência do Poder Judiciário quando existir desrespeito à aplicação da pena, tendo em vista que

a responsabilidade do Judiciário não se esgota no controle do processo penal, nem tampouco na fiscalização administrativa das condições dos estabelecimentos penitenciários, mas alcança, igualmente, o aspecto civil decorrente de eventuais violações aos direitos de personalidade dos detentos. (op. cit.)

Ademais, não se deve negar a um grupo específico de indivíduos – as pessoas que se encontram encarceradas – o direito ao ingresso no judiciário em busca da reparação pelos danos sofridos em razão da transgressão do seu direito à integridade física e moral, tendo em conta a inafastabilidade da jurisdição. Caso contrário, tais pessoas estariam sujeitas a mais uma condição de vulnerabilidade, ao lhes serem negados, além do respeito as suas garantias fundamentais mínimas, o direito de acesso a um provimento jurisdicional em defesa de si ou de direitos que lhe são afetos (ZAVASCKI, 2017, p. 18).

Assim, o relator conhece do recurso e lhe dá provimento, com o intuito de restabelecer o juízo condenatório, nos termos e moldes do acórdão proferido em sede de apelação. Por fim, propõe a seguinte tese de repercussão geral:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.
(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

Em seu voto, contudo, o ministro Barroso apresenta divergências quanto ao voto do relator, embora, assim como Zavascki, também entenda pela responsabilização objetiva do Estado pelos danos morais comprovadamente causados aos apenados, em razão da precária situação do cárcere brasileiro. A principal divergência consiste na proposição de uma outra forma de reparação, alternativamente à pecuniária, uma vez que a proposta do ministro consiste em uma compensação através da remição da pena, usando por analogia o art. 126 da Lei de Execução Penal, que estabelece em seu caput que “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.

Para o mencionado Ministro, a indenização em pecúnia não seria eficiente, uma vez que, depois da condenação do Estado, o indivíduo continuaria preso nas mesmas condições degradantes e desumanas, não sendo a quantia suficiente para minimizar o mal que lhe foi causado, além do fato de que a reparação monetária faria com que ações idênticas a sua se multiplicassem, com a consequente condenação dos Estados da Federação, fazendo com que houvesse a falta dos já escassos recursos financeiros, os quais poderiam ser utilizados para a melhoria do sistema carcerário, pois estariam sendo empregados no pagamento de indenizações (BARROSO, 2017, p. 45).

O ministro afirma que, diante da estrutura inconstitucional encontrada no sistema carcerário brasileiro, a fixação de uma reparação em dinheiro responderia com pouca efetividade às violações suportadas pelas pessoas presas, de maneira que, para ele, uma reparação diversa da pecuniária cumpriria melhor o papel compensatório, além de alegar não ser tal reparação capaz de aplacar os danos a que

continuariam a ser submetidos, pois a mera indenização não faria o problema simplesmente desaparecer (op. cit.).

Assim, a reparação através da remição de parte da pena, em analogia ao art. 126 da LEP, ocorreria da seguinte forma:

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

(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

Nesse desiderato, a indenização em dinheiro deveria ser empregada de maneira subsidiária, somente nos casos em que o encarcerado já tivesse cumprido a pena de modo integral, ou na constatação da impossibilidade de haver a aplicação da remição. Barroso cita como exemplo o “preso provisório que tivesse se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido” (2017, p. 83).

Por derradeiro, firma a seguinte tese:

O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.

(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

Após o voto do ministro Barroso, foram levantadas questões dissonantes de seu pensamento, tanto pelo relator, quanto por outros ministros que ainda não tinham proferido seus votos. Entre as dúvidas suscitadas, está a do possível desrespeito ao princípio da reserva legal, pois a demanda da responsabilidade civil do estado se dá no campo das relações civis e por suas regras é regida. O que o ministro Barroso propõe é uma consequência penal para um ilícito civil, o que, para Zavascki representa afronta ao princípio da legalidade, uma vez que conceder uma reparação nesses

moldes seria exprimir da responsabilidade civil do Estado uma implicação penal (2017, p. 103).

Outro ponto levantado pelo ministro relator é a qual juízo competiria o processamento de tal demanda, pois se – tomando como paradigma a proposta de Barroso – o ilícito é civil, mas a sanção dele decorrente é penal, qual seria o juízo para tanto competente: o civil ou o da execução penal? Para ele esse ponto, segundo o relator, também se encontra óbice na reserva legal (op. cit., p. 104).

Em contraponto a Zavascki, argumentou Barroso que um dos caminhos para a criação sem afronta à reserva legal é a adoção dessa modalidade judicial de remição, pois há precedentes históricos nesse sentido. Verifique-se, *in verbis*, o trecho do voto do ministro:

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

(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

Todavia, o que o ministro argumentou em seus dizeres é que a remição se trata, a rigor, de uma medida penal, cuja aplicação em uma demanda civil encontra obstáculo na falta de previsão legal. Em outras palavras, estaria o judiciário legislando, ao atribuir uma hipótese de reparação penal em uma lide civil (ZAVASCKI, 2017, p. 104). Os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli acompanharam o entendimento do relator, conhecendo e dando provimento ao recuso nos moldes da tese por ele proposta.

A ministra Rosa Weber também conheceu e deu provimento ao recurso, acompanhando o voto do relator ao assentir com a tese por ele defendida. A ministra, em suas ponderações fez a seguinte colocação:

Em esquematização metafórica, o eminente Relator propõe que o bem “dignidade” do “preso”, subtraído pelo “Estado” enquanto o submete a

condições degradantes de encarceramento em prisão superlotada, seja reparado pela entrega à vítima do bem “dinheiro”, pertencente ao “Estado”. Já na fórmula da divergência, o bem “dignidade” do “preso”, subtraído pelo “Estado”, será reparado pela entrega à vítima do bem “liberdade”, restituído ao “preso” pelo “Estado”.

A primeira imputa ao Estado, causador do dano ao bem “dignidade” do preso, uma consequência que invade diretamente sua esfera jurídico-patrimonial, e que consiste na perda de “dinheiro”. Ao invés, em face do Estado, o que se imputa na segunda proposição? Diretamente, nada. A liberdade e a dignidade pertencem ao mesmo titular.

(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

Em outras palavras, a ministra entende não ser possível a remição da pena como forma de reparação, pelo simples motivo de que os bens jurídicos liberdade e dignidade pertencerem a Anderson Nunes por definição. Portanto, não poderia o Estado reparar a violação que lhe causou, ao entregar-lhe bem jurídico que já lhe pertence, a despeito do encurtamento do seu tempo privado de liberdade.

Ademais, a degradação da condição humana promovida pelo cárcere é que figura como o grande problema; assim, reconhecer a remição da pena como via de reparação da violação de tão importante direito é inócuo, na medida que tal proposta está aquém da expressão da dignidade que alguém detém, enquanto direito fundamental.

Os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio Mello também conheceram e deram provimento ao recurso, acompanhando o relator quanto à identificação da responsabilidade civil objetiva do Estado, porém votando no sentido de que a indenização fosse fixada nos limites e possibilidades requeridos na inicial. O ministro Marco Aurélio Melo ponderou que a indenização fixada pelo juízo de segundo grau é insuficiente, levando em consideração as violações às quais o pleiteante foi submetido. Sopesou também, que Anderson não buscou a medida de remição, mas sim a indenização em pecúnia (MELO, 2017, p. 163).

O ministro Luiz Fux, por sua vez, acompanhou a proposta do voto dissonante do ministro Barroso em sua integralidade, por entender que a remição de pena se constitui medida mais efetiva para reparação dos danos suportados por Anderson, além de menos onerosa para o Estado (FUX, 2017, p. 159). Celso de Mello também acompanhou o voto divergente. Por fim, a ministra Carmem Lúcia também conheceu e deu provimento ao recurso, acompanhando os votos do relator e do ministro Gilmar Mendes.

Assim, da análise do recurso, observa-se que o Estado não cumpriu com o seu dever de resguardar a integridade física e psíquica do recorrente, proporcionando condições mínimas para uma vida digna no cárcere, e violando vários preceitos estabelecidos no direito interno, como a Carta Magna e a Lei de Execução Penal (além de normas internacionais que foram incorporadas pelo Brasil).

Neste diapasão, com vistas à elucidação do caso, bem como para fins de exposição de como a Responsabilidade Civil do Estado – e o seu consequente dever de indenizar – restaram fixados, vejamos, *in verbis*, a ementa do caso:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a 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 obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento". 8. Recurso

extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação.

(RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico DJe-204 divulg. 08-09-2017 public. 11-09-2017)

Ante o exposto, verifica-se que a corte suprema reconheceu como objetiva a responsabilidade civil do Estado quando violar - seja por ação ou omissão - os direitos fundamentais dos presidiários diante da insalubridade inerente as condições atuais do cárcere brasileiro. Os ministros entenderam ainda, que essa modalidade de responsabilidade é a que melhor atende a reparação buscada, assim como a indenização em pecúnia é a que melhor satisfaz o pleito formulado por Anderson Nunes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como paradigma central a deficiência do sistema carcerário brasileiro foi possível perceber que os principais problemas das prisões são a superlotação, as condições degradantes e o ambiente absolutamente insalubre. Não são asseguradas as garantias constitucionais mínimas, tendo a Lei de Execução Penal, o próprio pacto São José da Costa Rica pouca ou nenhuma efetividade no que tange o respeito a dignidade das pessoas encarceradas.

É preciso ter em mente - a sociedade como um todo - que mesmo dentro do sistema prisional os indivíduos devem ser disputados contra o crime e que essa disputa começa quando o próprio titular do *jus puniedi* o exerce com clareza e respeito a todos os direitos fundamentais que a condição de humano do indivíduo enseja.

Destaca-se, por oportuno, que tratar a pessoa apenas com dignidade não significa a transformação da prisão em férias em um hotel de luxo ou em um QG do crime organizado, muito menos, premiar delinquentes, beneficiar criminosos ou favorecer infratores. A lei não pode jamais, como dito, ser instrumento de vingança, pois as pessoas submetidas ao cárcere enfrentam, além da angustia inerente a estar privado de sua liberdade, o preconceito trazido pelo estigma de ter sido condenado em virtude do cometimento de um ilícito penal.

Nesse interim, é clara que a problemática apresentada nesse estudo de caso, não pode ser encarada como uma situação excepcional, mas sim como componente de uma realidade concreta e cotidiana do Brasil. A própria jurisdição não é capaz, sozinha, de resolver o problema enfrentado pelo sistema prisional, os meios de justiça atuais, não são capazes de garantir nem mesmo a ideia do valor intrínseco inviolável da dignidade humana.

Evidenciado, portanto, o desrespeito do ente estatal em relação ao seu dever de proteger as pessoas sob sua custódia, bem como trata-los como reabilitandos ao retorno do convívio social pacífico e harmônico, emerge a necessidade de entabular a responsabilidade civil objetiva do Estado. Partindo do desenvolvimento da responsabilidade civil ao longo da História, foram delimitados vários conceitos importantes e relacionados ao referido instituto jurídico, como: conduta, culpa em sentido amplo, nexos de causalidade e dano, perpassando por relevantes debates doutrinários e jurisprudenciais, como por exemplo: teoria da responsabilidade

subjetiva *versus* objetiva; teoria do risco integral *versus* risco administrativo, bem como as inúmeras teorias que permeiam o conceito de risco que interessa ao dever de indenizar alguém por um dano sofrido.

No que diz respeito a responsabilidade civil objetiva do Estado, aderiu-se o posicionamento da doutrina majoritária civilista que determina a aplicação dessa modalidade de responsabilidade as condutas do Estado quando a suas ações venham a causar dano a alguém, independente da natureza da atuação geradora do dever de indenizar, seja ele comissiva ou omissiva.

Em que pese não haja uniformização no entendimento doutrinário acerca da responsabilidade civil por condutas omissivas no ordenamento, é possível notar que a observância de um rendimento médio que se espera do Estado na sua atuação, revela-se como um parâmetro eficaz na resolução dos litígios quando figuram de um lado o Estado e do outro um particular, em que este último estava sob a guarda daquele. Em outras palavras, o dever do Estado se pautar nas ideias de garantias fundamentais, direitos humanos, dignidade humana, legalidade e eficiência, são paradigmas suficientes para afastar a análise da culpa, perante a necessidade de dar uma resposta a vítima do dano causado.

Tomando como premissa as bases teóricas trazidas nos capítulos 1 e 2, o capítulo 3 analisa o RE 580.252 de maneira minuciosa, com foco na aplicação do art. 37, §6º da Constituição Federal, tomando-o como norma de eficácia plena diante da responsabilidade civil objetiva do Estado, em virtude da falta das condições mínimas das prisões brasileiras, abordando de forma precisa a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível diante da pungência do princípio da dignidade humana, a importância desse tema em sede de repercussão geral, bem como a tese firmada com relação ao dever de indenizar do Estado.

Destaca-se que a indenização levantou um importante debate entre os votos do Ministro relator Zavascki e o voto-vista do Ministro Barroso, com relação a forma que se deveria indenizar, uma vez que o relator entendeu pela manutenção da indenização em pecúnia no valor fixado anteriormente pelo TJ do Estado do Mato Grosso do Sul, ao passo que Luís Roberto Barroso propôs uma indenização diversa da pecuniária, em forma de remição da pena.

A escolha do STF pela indenização em pecúnia é a mais adequada a situação fática, embora o seu *quantum* indenizatório incite a discussão no sentido de uma limitação do princípio da dignidade humana da população apenada, a maneira

atécnica e pouco intuitiva utilizada pelos tribunais na fixação do dano moral, o desprezo pelo princípio da restituição integral juntamente com o caráter desestimulante da compensação no valor irrisório de dois mil reais para o recorrente que era obrigado a dormir em uma cela superlotada e com a cabeça apoiada em um vaso sanitário.

Por fim, a proposta do voto-vista do Ministro Barroso, embora muito inovadora, mostra-se como uma solução pouco viável para a preservação da dignidade humana, pois ela dispõe como resposta, não a cessação dos danos causados e compensação pelos males sofridos, mas sim a remoção antecipada do apenado, daquelas condições ilegais *a priori*, no entanto, o entendimento mais satisfatório, apesar de vencido, é o dos Ministros Edson Fachin e Marco Aurelio Mello, de atender ao valor que foi pedido na inicial de um salário mínimo por mês, correspondente ao tempo em que foi submetido ao cárcere de forma degradante.

Assim, nota-se que não há uma solução simples para esse problema que é tão complexo e estrutural. É preciso buscar uma solução em conjunto, que dialogue com os três poderes e a sociedade civil e que rompam os preconceitos que envolvem essas populações tão estigmatizadas, para então mudar a realidade do cárcere brasileiro promovendo a dignidade dessas minorias.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

AMARAL, Renata Campetti. **Direito Internacional Público e Privado**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em 10 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 22 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 04 maio 2021.

BRASIL. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Fixa as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALIXTO, Marcela Furtado. **A Responsabilidade civil objetiva no Código Civil Brasileiro**: Teoria do risco criado, prevista no parágrafo único do artigo 927. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D11-13.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CUNHA; Leonardo Carneiro; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. ed. 13. Salvador: JusPodivm, 2016.

Direito Internacional Humanitário e o direito internacional dos direitos humanos: Analogias e diferenças. **COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA**, 2004. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5yblf.htm>>. Acesso em 22 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIGNIDADE. In: DICIO, **Dicionário Aurélio Online de Português**. Positivo, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/dignidade/>>. Acesso em 25 jun. 2021

FACHIN, Luiz Edson. Voto do Ministro Edson Fachin. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

FERNANDA, Raphaela. **O princípio da reserva do possível**: origem, objetivos e aplicabilidades no Brasil. Jus, 2014. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/28802/o-principio-da-reserva-do-possivel-origem-objetivos-e-aplicabilidades-no-brasil>>. Acesso em 21 maio 2021.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em 29 maio 2021.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. **Considerações sobre o conceito de dignidade humana**. Revista Direito GV, v. 22, p. 649-669, 2015.

FUX, Luiz. Voto do Ministro Luiz Fux. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

GABRIELE, Ana Claudia. **A Influência do Pacto de San Jose da Costa Rica na Constituição Federal**. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://acgabriele.jusbrasil.com.br/artigos/397438886/a-influencia-do-pacto-de-san-jose-da-costa-rica-na-constituicao-federal>>. Acesso em 17 abr. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. 3. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

JULIO, José Renato de. **A execução penal e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2018/05/artigo13.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2021.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

JUNIOR, Edson Alves Oliveira; SIQUEIRA, Heloíse Garcia. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Inserido no Sistema Prisional do Brasil**. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-inserido-no-sistema-prisional-do-brasil/>>. Acesso em 22 abr. 2021.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. **SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO – ORIGEM, ATUALIDADE E EXEMPLOS FUNCIONAIS**. 2013. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/4789/4073>>. Acesso em: 15 maio 2021.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível**: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. 2015. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em 29 maio 2021.

MARINHO, Erica Torres Passos. **Repercussão geral enquanto requisito para admissão de recurso extraordinário frente à atuação do Supremo Tribunal Federal na organização judiciária brasileira.** Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/repercussao-geral-enquanto-requisito-para-admissao-de-recurso-extraordinario-frente-a-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-na-organizacao-judiciaria-brasileira/#_ftnref6>. Acesso em 29 maio 2021.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Voto do Ministro Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

MELLO FILHO, José Celso de. Voto do Ministro Celso de Mello. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

NAVEGA, Leandro. **Expansão da Responsabilidade Civil Objetiva: Análise da (In)Adequação da Inserção no Ordenamento Jurídico de uma Cláusula Geral de Responsabilidade Objetiva.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 66, out./dez., p. 109-127, 2017.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2021. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em 16 jun. 2021.

PEREIRA, Ângela Miranda. **Os direitos do preso à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/os-direitos-do-presos-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em 22 abr. 2021.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIVARBEM, Fernanda Schaefer. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/7004/4982>>. Acesso em 19 abr. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Voto da Ministra Cármen Lúcia. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SANTIAGO, Emerson. **Pacto de São José da Costa Rica**. InfoEscola, 2011. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>>. Acesso em 17 abr. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Raphael Lemos Pinto Lourenço. **Dignidade da Pessoa Humana: origem, fases, tendências, reflexões**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível: Origem, conceito e ordens**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens#:~:text=A%20teoria%20da%20reserva%20do,prezando%20pelo%20direito%20da%20maioria.>>. Acesso em 21 maio 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. vol. único. São Paulo: Método, 2018.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Voto do Ministro Dias Toffoli. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>.
Acesso em: 17 jun. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Obrigações e Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WEBER, Rosa Maria Pires. Voto da Ministra Rosa Weber. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>.
Acesso em: 17 jun. 2021.

ZAVASCKI, Teori. Voto do Ministro Teori Zavascki. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator original: Min. Teori Zavascki. Redação p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16/02/2017, Publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>.
Acesso em: 17 jun. 2021.