



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” E O DIREITO À INDENIZAÇÃO EM  
DECORRÊNCIA DO SUPERENCARCERAMENTO

Luísa Capanema Martins Vieira

Rio de Janeiro  
2018

LUÍSA CAPANEMA MARTINS VIEIRA

O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” E O DIREITO À INDENIZAÇÃO EM  
DECORRÊNCIA DO SUPERENCARCERAMENTO

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu*  
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

## O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” E O DIREITO À INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO SUPERENCARCERAMENTO

Luísa Capanema Martins Vieira

Graduada no Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC–RJ). Advogada.

**Resumo** – Trata de matéria referente à grave violação de direitos humanos e à necessidade de atuação direta e imediata do Estado na concretização dos direitos fundamentais daqueles que se encontram, sob custódia, nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Objetiva proceder a uma abordagem crítica do atual contexto do sistema carcerário. Retoma, para tanto, a relação existente entre o Estado e o apenado, com enfoque na responsabilidade civil estatal, quanto à efetivação de condições mínimas e dignas de encarceramento, relacionando as consequências da omissão e/ou inércia do Poder Público às condições desumanas dos estabelecimentos prisionais. Propõe, assim, uma reflexão do direito à indenização dos custodiados, em decorrência da superlotação carcerária, como instrumento de resolução da problemática do já reconhecido “estado de coisas inconstitucional”.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Penal. Responsabilidade Civil Constitucional. Omissão Estatal. Sistema carcerário brasileiro. Superencarceramento.

**Sumário** – Introdução. 1. A (ir)responsabilidade do Estado como legitimadora do “estado de coisas inconstitucional” à luz do atual sistema carcerário brasileiro. 2. O direito à indenização do custodiado e sua efetividade no enfrentamento e/ou superação do superencarceramento. 3. A responsabilização civil do Estado e medidas assecuratórias, como inibidoras do “estado de coisas inconstitucional”. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O histórico do sistema carcerário brasileiro tem sido substancial na identificação de uma trajetória de conflitos de natureza político-ideológica, sobretudo no que diz respeito ao embate existente entre a responsabilidade civil do Estado e a efetivação dos direitos humanos – diga-se, basilares – daqueles que estão sob guarda e proteção do Estado nas diversas unidades prisionais espalhadas pelo território nacional, o que coloca em xeque a sua figura de representante do povo.

Os episódios recentes de violência e degradação humana vivenciados pelos custodiados, em decorrência da falta e/ou insuficiência de condições mínimas de encarceramento adquiriram maior visibilidade, o que traz à tona a sensação de insegurança social, com consequências de toda a ordem, dentro e fora das penitenciárias brasileiras.

De um lado, a cultura do encarceramento em massa, como resposta imediata e opressiva ao anseio punitivo da sociedade civil; do outro, o intento, de uma ainda minoria, no

enfrentamento da dinâmica sistêmica da tradição encarceradora do sistema jurídico brasileiro.

Tomando esse cenário como pano de fundo, desenvolveu-se o presente artigo científico – reitera-se – para que realizada uma análise crítica sobre as consequências oriundas da inércia e/ou omissão do Poder Público, no tocante à concretização dos direitos fundamentais do apenado e seus desdobramentos, tendo por base o já reconhecido, pelo Ministro Marco Aurélio (ADPF nº 347), “estado de coisas inconstitucional”, sob a perspectiva dos atuais precedentes judiciais exarados pela Suprema Corte.

A temática em referência e o requisito de sistematização metodológica se fundam para legitimar por uma pesquisa hipotética dedutiva, destacando-se fontes doutrinárias brasileiras, nas quais é possível identificar argumentos que dão suporte àquela proposta de análise crítica das mazelas originadas pela (ir)responsabilidade do Estado face ao sistema carcerário.

Sob esse ângulo, tomou-se, ainda, como fontes, a legislação vigente no direito pátrio (Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 –, Código de Processo Penal, Código Penal, Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/1984 –, Lei de Tortura – Lei nº 9.455/1997 –, Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 – dentre outras, aqui não privilegiadas), além das recentes decisões emanadas dos Tribunais Superiores.

O artigo, assim, se põe em três capítulos, cujo conteúdo, de forma mais concreta, se concatenam à apresentação daquele nominado “estado de coisas inconstitucional” e seus desdobramentos sociojurídicos.

No primeiro, a ênfase recai na análise do instituto da responsabilidade civil do Estado por omissão no tocante à efetivação dos direitos fundamentais do apenado e/ou à existência de condições mínimas e legais de encarceramento, relacionando-a com o reconhecimento daquele “estado de coisas” à luz da Carta Política e demais legislações especiais integrantes do sistema jurídico nacional.

No segundo, aborda-se a inaplicabilidade do direito à indenização como resolução da superlotação carcerária, sob enfoque contemporâneo da decisão lançada pelo Superior Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 580.252, a fim de realizar uma abordagem crítica sobre sua incompatibilidade com nosso ordenamento.

Ao final, indicam-se alternativas com vistas à concretização dos princípios constitucionais, delineando-se um traçado acerca de uma efetiva teoria de responsabilidade civil do Estado e da problemática da superlotação das penitenciárias brasileiras, de modo a estancar os efeitos nefastos da cultura opressiva e encarceradora.

## 1. A (IR)RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO LEGITIMADORA DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” À LUZ DO ATUAL SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

No decorrer dos anos, as transformações culturais determinaram a imprescindibilidade da intervenção estatal no desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido, estruturaram-se os diferentes ramos do direito, como reflexo das relações dialéticas estabelecidas entre o Estado e cidadão.

A concepção democrática do Direito, em seus diferentes seguimentos, como instrumento de controle social limitado, está prevista na Carta Política de 1988, a qual é clara ao dispor, em seu artigo 37, §6º, que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham causar a terceiros, atribuindo-se a ele direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas<sup>1</sup>.

Como fundamento da ordem política e jurídica, o Estado moderno passa a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público, não havendo, portanto, a necessidade de o lesado provar a existência de culpa por parte do agente ou a falha do serviço público, bastando que se comprove a relação causal entre o fato lesivo e o dano<sup>2</sup>, para que haja o ressarcimento, inclusive moral, pela lesão causada por atos – comissivos ou omissivos – dos agentes estatais e/ou pela inadequação dos serviços prestados.

Nesse sentido, uma vez caracterizada a omissão estatal específica<sup>3</sup>, surge a obrigação de indenizar, como consequência lógica da teoria da responsabilidade objetiva e/ou do risco administrativo adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, afastando a necessidade do elemento subjetivo, configurando-se o nexo de causalidade em função dos deveres constitucionais, haja vista a presunção de um dever especial de agir do Estado, na condição também de agente

---

<sup>1</sup>Art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituição/constituiçãocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituiçãocompilado.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>2</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 582.

<sup>3</sup>A conduta omissiva específica se diferencia da conduta omissiva genérica, uma vez que o Estado responderá de forma objetiva pelas suas omissões, na medida em que haja a previsão da obrigação legal de agir, de modo a impedir a ocorrência do resultado danoso, admitindo-se, para tanto, as excludentes de responsabilidade, quais sejam: a) força maior; b) culpa exclusiva de terceiro; e, c) culpa exclusiva da vítima. Recomenda-se a leitura, para uma melhor abordagem acerca de excludentes de nexo causal, dos informativos nºs 329 e 330 da Suprema Corte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo329.htm#Responsabilidade%20Civil%20e%20Ato%20Omissivo%20-%202>> e <<http://www.stfjus.br/arquivo/informativo/documento/informativo330.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

garantidor. Ocorrendo, portanto, o dano e caracterizado o nexos causal derivado da omissão da administração pública, surge a responsabilidade do Estado.

A responsabilidade civil objetiva por omissão estatal, ganhou reforço, inclusive, pelo teor do informativo 502 do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, em razão de precedente que envolve caso concreto atinente à violência contra cidadão, em via pública, travando um diálogo com diversas outras situações lesivas em que o Estado se quedou inerte, sobretudo na área de segurança. Nesse diapasão, a costumeira argumentação utilizada pelo Estado de que não pode ser garantidor universal, de não poder estar em todos os lugares, a todo tempo; de não ser onisciente, nem onipresente, vem perdendo simpatizantes.

Nada obstante, o mandamento constitucional, no artigo 5º, inciso XLIX<sup>5</sup>, imponha ao Estado o dever de guarda e segurança daqueles que estão sob sua proteção – e, em especial, custódia, nas diversas unidades prisionais espalhadas pelo território nacional, a fim de salvaguardar direitos e garantias fundamentais –, a realidade do sistema prisional brasileiro reflete a decadência do Poder Público – para não dizer sua ineficiência –, com episódios recorrentes de violações desumanas vivenciadas pelos apenados, em decorrência da falta de condições mínimas de segurança, seja ela pessoal, física e/ou psíquica. Nesse sentido, doutrina Cavalieri Filho<sup>6</sup>:

E nesta altura cabe a seguinte indagação: se não há responsabilidade sem violação de dever jurídico e o risco, por si só, não configura nenhuma violação, qual seria o dever jurídico da Administração cujo descumprimento ensejaria o dever de indenizar? É o dever de segurança (item 24), a incolumidade de todos os administrados. O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa.

Com efeito, tomando-se como pano de fundo o quadro carcerário deformante, como consequente da nítida omissão estatal, no que respeita ao seu dever de guarda e/ou incolumidade do custodiado, o ministro Marco Aurélio, em julgamento liminar da medida

---

<sup>4</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGR nº 223*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+223%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+223%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aocshhv>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>5</sup>Art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil: 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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Idem, op.cit., nota 1.

<sup>6</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 325.

cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347<sup>7</sup>, ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, ante a gravidade e a indispensável intervenção do Poder Judiciário, por meio da atuação direta do Supremo Tribunal Federal, no enfrentamento e na adoção de providências urgentes e necessárias para contenção das violações massivas de direitos fundamentais em prol da proteção da dignidade dos presos. A conferir:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

O atual e calamitoso sistema carcerário brasileiro é o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos oriunda de falhas estruturais e governamentais agravadas pela inércia e negligência do Poder Público, ferindo-se, de morte, garantias fundamentais do cidadão acautelado, postas pela Constituição da República, mediante seus princípios basilares, quais sejam: o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); da solidariedade social (artigo 3º, incisos I e III); da proibição da tortura, tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III); da imposição de sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea e); e, do essencial cumprimento de pena, em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); de modo a assegurar a sua integridade psicofísica (artigo 5º, inciso XLIX) e os direitos à saúde, educação, alimentação adequada e acesso à Justiça<sup>8</sup>.

<sup>7</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2E%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

<sup>8</sup>Art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Art. 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil: 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; XLVII - não haverá penas: e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. *Idem*, op.cit. nota 1.

Assim, diante do quadro de sucessiva e generalizada violência de direitos fundamentais, a afetar um número significativo de pessoas encarceradas; da omissão reiterada das autoridades públicas, no cumprimento de suas obrigações de efetivação e proteção dos direitos fundamentais; da premente e necessária adoção de medidas complexas de superação ao ataque de tais direitos, por uma pluralidade de órgãos; e, do notório congestionamento da justiça<sup>9</sup>, reconheceu-se o “estado de coisas inconstitucional”, técnica já concebida e utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia<sup>10</sup>.

A superlotação carcerária, bem como o tratamento degradante e indigno dos indivíduos que se encontram sob custódia, resultante da nítida falência do sistema carcerário brasileiro e da ineficiência de políticas públicas no enfrentamento da questão prisional, condenou-se o Estado, como dever normativo, o direito à indenização, à título de danos material e moral, de pessoas que se encontram submetidas ao regime do encarceramento desumano, em decorrência da omissão estatal na efetivação de direitos fundamentais daqueles que estão sob a guarda e segurança do Estado, a fim de minimizar a transgressão sistemática a garantias fundamentais.

## 2. O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CUSTODIADO E SUA EFETIVIDADE NO ENFRENTAMENTO E/OU SUPERAÇÃO DO SUPERENCARCERAMENTO

A ocorrência de violação recorrente de direitos fundamentais dos presos, resultante de omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições humilhantes e degradantes dos estabelecimentos prisionais brasileiros, fez com que o Supremo Tribunal Federal, firmasse entendimento, em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 580.252<sup>11</sup>, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que é dever do Estado, imposto por

---

<sup>9</sup>CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese de Doutorado em Direito Público da Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

<sup>10</sup>“O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia no SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004)”. BRASIL, op.cit., nota 7.

<sup>11</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252*. Relator atual: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+580252%2E+NUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+580252%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercu ssao&url=http://tinyurl.com/ahmcrul>>. Acesso em: 22 ago. 2017.



aquele artigo 37, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, manter as unidades prisionais com padrões mínimos de humanidade, sendo responsável, portanto, pelo já anunciado ressarcimento aos danos materiais e/ou morais causados aos detentos, em razão do superencarceramento e de condições degradantes:

(...) 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. (...) 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.

Em que pese o entendimento firmado, no sentido de condenar o Estado a uma indenização pecuniária – diga-se, na quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por apenas lesado – a fim de uma resposta rápida e, em tese, efetiva, para resolução da questão prisional, não se confere a devida importância ao tema, uma vez que a superação da deficiência crônica do superencarceramento e à não submissão a tratamento desigual e gravoso não envolve tão somente a seara da responsabilidade civil, mas principalmente a natureza sistemática e estrutural do sistema prisional brasileiro<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup>A problemática da superlotação carcerária não se apresenta em um contexto isolado. No âmbito internacional, há sucessivas intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como da ONU, na tentativa de amenizar o exposto quadro fático. Nesse sentido: "A jurisprudência da Corte Europeia se firmou no sentido da possibilidade de condenação dos Estados a repararem os danos morais causados aos presos nesses casos. A CEDH entendeu, porém, que o tratamento degradante deve atingir um nível mínimo de gravidade para dar causa à indenização. A avaliação desse mínimo de gravidade é relativa. Depende da análise de todas as circunstâncias do caso concreto, incluindo a duração do encarceramento, seus efeitos físicos e mentais e as condições efetivas da detenção, como o espaço físico individual na cela, a privacidade no uso dos lavatórios, a ventilação e a iluminação das celas e a higiene. Para a Corte, porém, quando a superlotação atinge um nível excessivo, a falta de espaço individual na cela pode ser utilizada como o elemento central para a condenação. Em diversos julgados, a CEDH decidiu que a atribuição ao preso de espaço físico inferior a 3m<sup>2</sup> cria uma forte presunção de tratamento degradante, justificando a condenação dos Estados a pagarem indenizações aos detentos". *Ibidem*.

Apesar de o anseio da sociedade pelo encarceramento, de modo a “solucionar” a temida impunidade, as más condições das penitenciárias brasileiras trazem consequências imensuráveis, não se alcançando, por óbvio, o objetivo primordial da sanção penal<sup>13</sup>, qual seja, de ressocialização do preso à comunidade; isso porque, é indiscutível que a precoce inserção da pessoa no sistema carcerário o reintroduz ao mundo da criminalidade, pelo simples fato dos estabelecimentos prisionais serem considerados “escolas do crime”<sup>14</sup>.

Nesse contexto, rebate o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>15</sup>, em voto vencido, que a condenação de um indivíduo ao sistema prisional é submetê-lo a uma pena mais grave do que a que lhe foi aplicada na sentença penal condenatória, porquanto, mais do que ter a sua liberdade cerceada, impõe-se a perda da sua dignidade e todas as perspectivas de reintegração social.

Além da simples indenização não ter o condão de abolir, ou ao menos, diminuir, a problemática em questão, haja vista a perpetuação das condições desumanas, não será capaz, por si só, de cessar as violações aos direitos dos presos, as quais permaneceriam impunes, argumenta o Ministro:

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

A reparação monetária, tão-somente, não terá efetividade à luz dos princípios constitucionais para o enfrentamento da superpopulação carcerária, principalmente no que diz respeito ao aspecto humanitário e à obrigatoriedade da garantia à integridade física e moral do condenado, pois além de não afrontar a problemática de frente, tende a agravá-la com a proliferação de demandas repetitivas, de cunho eminentemente pecuniário, sem o devido enfrentamento da crise prisional.

---

<sup>13</sup>Segundo o artigo 1º da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), as instituições penitenciárias têm por atribuição a execução de um conjunto de atividades que visem a harmônica integração social do condenado e do internado, levando-se em consideração a assistência material à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao trabalho. Idem. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2017.

<sup>14</sup>“A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas”. Idem, op.cit., nota 7.

<sup>15</sup>Idem, op.cit., nota 11.

Enquanto não forem implementadas medidas eficazes que afrontem a cultura do encarceramento em massa, de forma a tratar com racionalidade e humanidade a política de segurança pública e a questão prisional, o cárcere continuará sendo visto como regra e não como exceção. Tal prática visa a conter uma gestão desleal e falaciosa, a partir de uma lógica do uso do estabelecimento prisional como verdadeiro “depósito humano”, em razão do estímulo ao desvio do olhar dos cidadãos da sua obrigação primeira e do Estado na implementação das garantias fundamentais.

### 3. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO E MEDIDAS ASSECURATÓRIAS, COMO INIBIDORAS DO "ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL"

O atual sistema de política criminal inverte a ordem constitucional democrática, introduzida pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, incisos LXI e LXVI<sup>16</sup>, na medida em que fomenta a perversa realidade prisional brasileira, fazendo crer – em pleno século XXI – que a punição ainda é meio de solução às mazelas essenciais da segurança pública.

Com aproximadamente 726.712 mil cidadãos encarcerados<sup>17</sup>, dos quais 40% encontram-se sem julgamento – presos provisórios –, o Brasil testemunhou, no decorrer de dez anos, um crescimento de 72% de sua população carcerária, levando-se em consideração o aumento de apenas 10% da população brasileira<sup>18</sup>.

O alarmante crescimento populacional carcerário elucidada, tão-somente, de forma quantitativa, a já reconhecida falência do sistema prisional, ensejador daquele, também reconhecido “estado de coisas”, na medida em que ainda se vislumbra como meio de controle social a aplicação da lei penal, em seu caráter punitivo e encarcerador.

A crise do sistema carcerário nacional abarca, em suma, três aspectos: a superlotação; a cultura do hiperencarceramento; e a carência na estruturação física e funcional

---

<sup>16</sup>Art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil: 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: Inciso LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; Inciso LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Idem, op.cit. nota 1.

<sup>17</sup>INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

<sup>18</sup>IDDD. *Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário*. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Encarceramento-2.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

das unidades prisionais. A despeito disso, é imperativo concluir que a mudança apenas ocorrerá de modo eficaz com a implementação de um conjunto complexo e planejado de medidas, as quais devem estar interligadas por todos os órgãos e poderes<sup>19</sup>.

Considerada a gravidade da questão prisional brasileira, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), no intento de aproximar a execução penal com o instituto jurídico constituído, elencou medidas indispensáveis para reversão da problemática do superencarceramento, apresentando alternativas ao cárcere sem, contudo, retirar seu caráter sancionatório e ressocializador.

Entre as propostas, encontra-se a regulamentação das audiências de custódia – medida recentemente adotada pelos Tribunais brasileiros – em atenção ao disposto no artigo 7º, do Pacto de San José da Costa Rica<sup>20</sup>, sob a justificativa de que o magistrado deverá avaliar, de imediato, as circunstâncias e motivos ensejadores da prisão cautelar, de modo não só a salvaguardar a integridade física e moral do preso, mas evitar a manutenção do encarceramento ilegal e irrazoável. Sem considerar que: “é irrefutável que a precoce inserção de um indivíduo no sistema carcerário implica na ruptura de laços sociais, o que facilita a incursão de tais sujeitos, no mais das vezes desnecessariamente presos provisoriamente, em facções criminosas.”<sup>21</sup>

Ainda no contexto da excepcionalidade da prisão cautelar, propõe-se a vedação da decretação da prisão preventiva nos casos de tráfico privilegiado<sup>22</sup>, através de uma alteração da redação da Lei nº 11.343/2006, de modo que sejam sopesadas as circunstâncias do caso concreto, como a pequena quantidade de drogas, a ausência de maus antecedentes e o não envolvimento do acusado em organização criminosa; isto porque, ao final do processo, como sabido, o indivíduo condenado não necessariamente cumprirá sua pena restritiva de liberdade em regime fechado, podendo, inclusive, tê-la substituída por uma restritiva de direito.

---

<sup>19</sup>BRASIL, op.cit., nota 11.

<sup>20</sup>Artigo 7º, do Pacto de San José da Costa Rica: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>21</sup>IDDD, op.cit., nota 18.

<sup>22</sup>Art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2017.

Esmiuçando-se, ainda, o instituto da prisão preventiva<sup>23</sup>, sugere-se a alteração do artigo 313, do Código de Processo Penal<sup>24</sup>, para que se proíba tal encarceramento provisório em crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima igual ou inferior a quatro anos, sob a justificativa de que em tais casos a prisão cautelar acabaria por condenar o acusado a uma pena mais severa do que a estabelecida na sentença penal condenatória, tendo em vista a possibilidade de fixação do regime semiaberto e/ou aberto, além da substituição por pena restritiva de direitos.

No desejo de oferecer uma nova perspectiva para o enfrentamento da questão prisional brasileira, já é possível visualizar um certo movimento – ainda que simbólico – dos Tribunais Superiores a respeito do papel do órgão julgador. Nesse sentido, dispõe o recente enunciado da súmula vinculante nº 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE nº 641.320/RS.”<sup>25</sup>

Nesse sentido, ressalta-se a posição adotada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto vencido, no julgamento daquele Recurso Extraordinário nº 580.252, no sentido de que o ressarcimento pecuniário pelo dano sofrido em razão do encarceramento em estabelecimento prisional sem condições dignas de sobrevivência, deve ostentar caráter

---

<sup>23</sup> Apresenta-se, também, como solução da superlotação carcerária, a redação de novos enunciados de súmula vinculante, a serem aplicados pelos magistrados em cumprimento ao posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores, quais sejam: “a) a prisão preventiva não pode ser decretada com base na gravidade abstrata do delito, clamor público, credibilidade das instituições ou outras circunstâncias reprovadas pela jurisprudência do STF; b) a prisão preventiva exige fundamentação concreta, baseada em elementos do processo, e não em meros receios íntimos do Magistrado, ou argumentos especulativos como risco abstrato de fuga ou de ameaça a testemunhas, sem nenhuma indicação concreta da prova dos autos; c) a prisão preventiva não pode ser decretada sem que o Magistrado, fundamentadamente, afaste a suficiência de imposição de uma das medidas cautelares alternativas à prisão; d) aumento da pena-base não pode se dar com referência a circunstâncias elementares do tipo penal, como natureza ilícita da droga no tráfico, ou o uso de fraude no estelionato; e) a fixação de regime mais gravoso do que o previsto em lei exige fundamentação idônea; f) a mera gravidade abstrata do delito não justifica a imposição do regime mais grave do que o previsto em lei; g) o tráfico privilegiado não é hediondo, e permite a aplicação de penas alternativas; h) a confissão deve diminuir a pena quando foi usada pelo juiz para motivar a condenação; h) penas de até 4 (quatro) anos não devem ser cumpridas no regime fechado”. Idem, op.cit., nota 18.

<sup>24</sup> Art. 313, do Código de Processo Penal: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.panalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.panalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>25</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante 56*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

subsidiário, privilegiando-se o disposto no artigo 126 da LEP<sup>26</sup>, utilizando-se como compensação a remição de parte do tempo de execução da pena, salvo nas hipóteses em que não seja possível aplicar tal diminuição<sup>27</sup>.

Considerado, portanto, o caráter estrutural e/ou sistêmico das significativas violações enfrentadas pelos detentos no sistema prisional brasileiro, verifica-se que a reparação em pecúnia – no valor de aproximado de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para cada preso – confere tão somente uma resposta imediata aos danos tolerados, sem enfrentar a fundo – e de forma contundente –, a problemática em questão à luz das garantias constitucionais.

## CONCLUSÃO

Uma das formas privilegiadas de concretização dos princípios constitucionais se dá pelo emprego do instituto da responsabilidade civil constitucional, sendo um dos seus carro-chefe, tal como anunciado, a responsabilidade da administração pública, em especial, por atos omissivos no âmbito da garantia da integridade psicofísica do preso. Pela via deste instrumento civil se inibe uma política de gestão prisional dita opressora e/ou indigna.

Quando configurada a omissão estatal específica exsurge a obrigação de indenizar, pelo emprego da teoria da responsabilidade objetiva e/ou do risco administrativo adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. O sistema carcerário é um dos cenários em que a prática recorrente da inércia se manifesta, no incremento da judicialização da matéria atinente à violação de direitos humanos resultante de falhas ditas estruturais, no acautelamento dos presos, reconhecendo-se, nesse contexto, o “estado de coisas inconstitucional”.

---

<sup>26</sup>Art. 126, da Lei de Execução Penal: 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. §1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. §2º As atividades de estudo a que se refere o §1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. §3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. §4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. §5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. §6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1o deste artigo. §7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. §8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa. Idem. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2017.

<sup>27</sup>Idem, op.cit., nota 11.

O precedente representativo da matéria, em sede de repercussão geral, em atenção ao quadro degradante de superlotação carcerária, estabeleceu o entendimento de ser dever do Estado, na forma do artigo 37, §6º, da CRFB/1988, manter as unidades prisionais, sob padrões humanitários mínimos, considerado o mínimo existencial, figurando aquele como responsável direto pelo ressarcimento de danos materiais e/ou morais causados aos detentos. Logo, o Estado assume o risco dos danos oriundos do dito “estado de coisas”, por ele mesmo fomentado.

Não se pode negar que a sociedade, estimulada pela opinião pública, clama pelo encarceramento, e o vê como a maneira mais rápida e efetiva de contenção da impunidade, mesmo que em prejuízo da ressocialização do preso, porque, diga-se, afinal, se deseja evitar a todo custo o retorno do encarcerado ao seio social.

A indenização civil, naquele precedente representativo da sua nova jurisprudência quanto à questão do encarceramento de massa, se fez veicular como mecanismo de imposição de uma política pública adequada à reintegração da pessoa presa. Ao lado dela, tem-se a regulamentação das audiências de custódia, na forma do artigo 7º, do Pacto de San José da Costa Rica, sob a justificativa de que o magistrado deverá avaliar, de imediato, as circunstâncias e motivações da prisão cautelar, na inibição do fenômeno judicial do aprisionamento indigno, ilegal e irrazoável, e no desestímulo a sua captação por ocasionais facções criminosas.

Também se estabelece a vedação à decretação da prisão preventiva nos casos de tráfico privilegiado, mediante a mudança do texto da Lei nº 11.343/2006, para que, consideradas as variáveis do caso concreto, ter a pena substituída por uma restritiva de direito e/ou imposição de um regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade distinto do regime fechado, de forma a possibilitar a reinserção do condenado à vida civil.

Por fim, a temática se mostra com singular atenção dos Tribunais Superiores, a tal ponto que já integra o rol de súmulas vinculantes, na determinação de que observados pelo julgador, quando da análise do regime prisional, a manutenção do condenado em regime menos gravoso e adequado ao cumprimento da pena que lhe foi determinada – de forma a conter, inclusive, o alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto, com aqueles que estão sob o regime fechado; bem como, a saída antecipada de sentenciado em regime com falta de vagas–, tudo no necessário direcionamento de medidas à efetivação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, a despeito de que condenada, e da solidariedade social, em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017;
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituição/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2018;
- \_\_\_\_\_. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2017;
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2017;
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 22 ago. 2017;
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AGR nº 223*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+223%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+223%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aocshhv>>. Acesso em: 10 jun. 2018;
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580252*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+580252%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ+580252%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ahmcrul>>. Acesso em: 22 ago. 2017;
- IDDD. *Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário*. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Encarceramento-2.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018;
- INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen.versao-web.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018;
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2017.