



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCUPABILIDADE E SEU REFLEXO NA CRISE DO
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Thaís Monara da Silva

Rio de Janeiro
2017

THAÍS MONARA DA SILVA

A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCUPABILIDADE E SEU REFLEXO NA CRISE DO
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Artigo Científico apresentado à Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós- Graduação.

Professor Orientador:

Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro
2017

A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCUPABILIDADE E SEU REFLEXO NA CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Thaís Monara da Silva

Graduada pela Faculdade
Presbiteriana Mackenzie
Rio. Advogada.

Resumo: o princípio da cocupabilidade é um princípio constitucional intrínseco, tem como fundamento a garantia do tratamento isonômico dos indivíduos, pois reconhece a coculpabilidade do Estado com o indivíduo delinquente. O propósito do trabalho é verificar a desigualdade do tratamento concedido a determinada parcela da sociedade que não teve as mesmas condições da classe mais abastada. A coculpabilidade visa amenizar este cenário tão desigual ao tentar propiciar a atenuação das penas, transpassando ao estado a parcela de responsabilidade pelo não cumprimento de suas obrigações conforme a Constituição Federal de 1988 estabelece.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Coculpabilidade. Sistema Prisional. Isonomia. Lei de Execução Penal

Sumário: Introdução. 1. Ressocialização: A finalidade da Pena Privativa de Liberdade. 2. A Utilização do Princípio da Coculpabilidade e seu Reflexo no Sistema Carcerário Brasileiro. 3. Responsabilização do Estado: Falha Administrativa e a Necessidade de Indenização ao Encarcerado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a responsabilidade civil do Estado no âmbito do sistema carcerário brasileiro, através da utilização do princípio da coculpabilidade. O princípio da cocupabilidade é um princípio constitucional intrínseco, tem como fundamento a garantia do tratamento isonômico dos indivíduos, pois reconhece a coculpabilidade do Estado em determinados delitos.

Todavia, é necessário esclarecer que não se pode tornar o criminoso vítima e o Estado em criminoso, a responsabilidade estatal é indireta, uma vez que falha em sua prestação no cumprimento dos deveres constitucionais.

A população carcerária é cada vez maior no país, a superlotação e as condições precárias são evidentes, desta forma é inegável a responsabilidade do Estado, uma vez que este deveria zelar pela redução das desigualdades sociais e regionais, bem como erradicar a marginalização, todavia se torna coculpável com o indivíduo que delinque, justamente por não propiciar tais fundamentos que são a base da constituição. Sendo assim, uma vez que o criminoso adentra no sistema prisional, continua sofrendo tal descaso, visto que seus direitos fundamentais continuam a ser violados, tornando ainda mais difícil uma ressocialização.

Recentemente, encontra-se em pauta no senado a reforma Lei de Execução Penal (Projeto de Lei do Senado 513/2013). Entre as mudanças previstas, o projeto pretende melhorar a ressocialização dos presos, reduzir a superlotação da penitenciárias, em síntese o objetivo da reforma é humanizar os presídios, efetivar a ressocialização dos presos. O projeto da reforma moderniza a Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 1984), principalmente nos pontos em que a lei é defasada possibilitando a correção das imperfeições do legislador original, incorporando as inovações apresentadas.

O objetivo do trabalho é traçar os consequências da aplicação do princípio em estudo , uma vez que os desiguais devem ser tratados a medida de suas desigualdades. Destarte, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando a violação dos direitos e garantia fundamentais dos detentos, diante do objetivo da pena e das condições atuais do nosso sistema carcerário, seria possível estabelecer uma ressocialização eficaz ao infrator.

No segundo capítulo, pondera-se a aplicação do princípio da coculpabilidade como uma ferramenta positiva na resolução da crise, nos casos de encarceramento desnecessário.

No terceiro e último capítulo da pesquisa, destina-se a explicitar a responsabilização do Estado perante os danos causados aos detentos, decorrentes da falha administrativa, teria o princípio supracitado um impacto positivo na execução da lei penal, contribuindo assim para a eficiência da administração estatal.

A abordagem e o objeto do trabalho é qualitativa, valendo-se de pesquisa bibliográfica parcialmente exploratória pois se utiliza da doutrina, legislação e jurisprudência. O método utilizado será o hipotético-dedutivo, comparando as proposições viáveis ou descartando-as.

1. RESSOCIALIZAÇÃO: A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O crescimento preocupante da criminalidade e a sensação de insegurança tornam cada vez mais questionável a eficácia do vigente sistema prisional brasileiro. Neste cenário volúvel, a população conclama por punições mais rígidas, por outro lado, as prisões estão superlotadas e com isso temos a conseqüente relativização das garantias fundamentais no processo e execução penal.

O Estado através dos princípios constitucionais visa uma aplicação das penas, de forma mais humana objetivando a recuperação social do indivíduo, garantindo os direitos fundamentais do condenado. Contudo, esta finalidade não é concretizada de maneira eficaz pelo Estado, haja vista as condições do sistema carcerário.

A ausência de alojamentos adequados e a alimentação suficiente podem exercer efeitos muitas vezes irreversíveis sobre a saúde dos internos. Entretanto, as consequências do isolamento não atingem somente o físico do recluso, alcançando diretamente o seu psicológico, funcionando como um fator que se estimula a delinquência através do encarceramento ou aculturação do detento, promovendo o fenômeno do contágio, ou seja, o próprio convívio no ambiente carcerário com os demais segregados, por si só já estimula a delinquência.¹

Ressalte-se, que não há como o segregado fugir das influências da prisão, vez que está preso aquele ambiente até o cumprimento de sua pena. Nas palavras de Bitencourt, “não há como fugir do sistema. O recluso encontra-se não só fisicamente encerrado, impedido de sair, como também se encontra preso a um contexto de comportamento e usos sociais dos quais não pode fugir”.

A norma incriminadora é composta por elementos substanciais a sua existência: a regra e a sanção. A regra deriva de uma orientação estatal assentada na lei, que estabelece o que pode ou não ser feito, em contrapartida temos a sanção que é aplicada aqueles que desobedecem a regra. Ao longo da evolução da pena, vislumbra-se que as teorias buscavam ilustrar a utilidade da pena.

A pena privativa de liberdade está prevista no código penal bem como na lei de Contravenções Penais (DL 3.688/41), que estabelece a prisão simples. Desde a sua criação até os dias atuais, não consegue cumprir a sua função: promover o retorno de um indivíduo ressocializado.

A Lei 7.210/84 de Execuções Penais, também conhecida como LEP, vigora no Brasil desde 1984, tem seu objetivo previsto no seu artigo 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Esta lei incorporou no seu texto dogmas de elevado conteúdo pedagógico e de grande alcance na busca do ideal de recuperação e ressocialização do condenado.

É ela que estabelece as normas que regerão as relações dos presos, com o Estado e com a sociedade durante a execução da pena ou seja, impõe deveres recíprocos. De nada adianta a privação da liberdade se o Estado não tem como proporcionar condições mínimas, para que o condenado possa se reabilitar moral e socialmente.

Inicialmente a pena privativa de liberdade tinha a finalidade de apenas reprimir, adquirindo posteriormente a de prevenção resultando em um longo processo histórico até a sua humanização. O próprio código penal em seu artigo 59 caput, estabelece a finalidade da pena como retribuição e prevenção, objetivando a ressocialização do indivíduo delinquente. Ressocializar significa recuperar, corrigir, regenerar o segregado, para que pense em seus atos e não volte a delinquir quando retornar ao meio social. Em resumo, pretende-se que o indivíduo aprenda que o regresso ao mundo do crime é prejudicial não só a ele mesmo, como a sociedade em geral.

¹“considera-se que a prisão, em vez de frear de delinquência parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade.” BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal.*, 19. ed. V.1 São Paulo: Saraiva, 2014. p.165.

Todavia, ocorre que o indivíduo ao ser condenado a uma pena privativa de liberdade, além da perda da sua liberdade perde também os direitos fundamentais, a medida em que estes sofrem constantes violações, fato este que impossibilita um retorno a sociedade. Nas palavras de Anna Judith.²

As violações aos direitos humanos dos presos têm sido consequência do descaso dos governantes, legitimado pela sociedade, que vê no sofrimento do preso uma espécie de pena paralela. Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda do Estado, o qual tem o dever de zelar pelos demais direitos do apenado[...].

Diante dessa análise, verifica-se que a prisão foi feita apenas para punir, não para ressocializar. O preso convive com grandes dificuldades nesse sistema prisional falho, dentro da própria cela, corre o risco de contrair diversas doenças. É evidente a necessidade de uma reforma no sistema carcerário, visto que tem um número elevado de detentos que se encontram ociosos sem nada produzir, e quando saírem será difícil um retorno ao mercado de trabalho, quicê um convívio ressocializado à sociedade.

A pena privativa de liberdade tornou-se apenas um meio de retirar do convívio social o indivíduo que praticou um crime, desta forma, a penas encarcerar não resolve o problema. Além da necessidade urgente do desenvolvimento de políticas públicas, é preciso colocar o detento para trabalhar, produzir algo enquanto cumpre sua pena. O trabalho é uma importante ferramenta de ressocialização, não deixando espaço para o ócio, contribuindo portanto para a formação da personalidade do preso.

A ressocialização do preso é bem mais viável e barato ao Estado do que mantê-lo nas prisões. Essa redução causaria impacto inclusive na diminuição da corrupção do sistema carcerário, pois o indivíduo preso é inserido num sistema já corrompido, ao ficar apenas amontoado a dezenas de outros indivíduos numa cela que não comporta o contingente, não acrescentará em nada na vida do cidadão, que saiu de uma sociedade totalmente desigual para um sistema ainda pior.

2. A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SEU REFLEXO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A coculpabilidade é um princípio implícito, que tem como fundamento constitucional a coresponsabilidade do Estado juntamente com o indivíduo que comete delito, ou seja o Estado-sociedade é culpado pelo delito, a medida em que é omissor, não fornecendo condições necessárias

² JUDITH, Anna. *Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais*. Disponível em: <<http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

para que o indivíduo tivesse opções, que não a delinquência. É um princípio baseado na forma da República Federativa do Brasil, que tem como objetivo a preservação da dignidade da pessoa humana, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Entretanto, o que se tem visto é justamente o descumprimento do princípio federativo uma vez que não há uma sociedade justa e sem desigualdade.

O conceito de Culpabilidade deve ser analisado sob o contexto socioeconômico no qual o sujeito ativo se encontra, bem como a sua condição de autodeterminação de acordo com o direito tendo em vista a sua história de vida. É contundente que as condições sociais de cada pessoa refletem em cada um na sua forma de enxergar a vida e as dificuldades cotidianas. Diante de determinada circunstância adversa, a reação dos indivíduos poderá variar conforme as experiências vivenciadas por cada um de nós.

Quanto mais acesso o indivíduo tem alcance dos serviços básicos como saúde, educação, saneamento, moradia, acesso à informação, acaba sendo menos suscetível a criminalidade. Torna-se menos vulnerável ao sistema carcerário penal. Por isso, é em tese mais reprovável o desvio de sua conduta dentro do ordenamento jurídico, sendo sua culpabilidade mais comprometida.

Por outro lado, se o sujeito se encontra afastado da relação de poder, restará mais vulnerável a criminalidade visto que a desigualdade social capitalista, dentre outros inúmeros fatores o atrairá consequentemente ao sistema penal. Nas Palavras de Michael Foucault:³

um fato nos chama a atenção sempre; em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juizes, e os outros nos bancos dos réus e dos acusados. O que é explicado pelo fato de que os últimos, por falta de recursos e de educação, não sabem permanecer nos limites da probidade legal, tanto que a linguagem da lei que se pretende universal é, por isso mesmo, inadequada; ela deve ser, se é para ser eficaz, o discurso de uma classe a outra, que não tem nem as mesmas ideias que ela, nem as mesmas palavras.

Neste cenário é que a Teoria da Culpabilidade reforça uma atuação do Direito Penal Mínimo, somente em *última ratio*, estabelecendo ligação direta com a teoria do garantista, uma vez que propaga a inserção de valores, direitos e garantias fundamentais do indivíduo, limitando a atuação penal.

O referido princípio tem um caráter de equidade, procurando aplicar o senso de justiça, pois é notório o abandono social e econômico, sendo a sociedade responsável pelas condições sociais desfavoráveis, tornando a população marginalizada. Todavia, a responsabilização que se busca é social e não penal, abrandar a pena e a reprovação do autor da conduta perante a sociedade.

3 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 228.

Beccaria⁴ em sua obra “Dos delitos e das penas”, ensina que as vantagens devem ser distribuídas de modo equilibrado entre todos os homens, contudo o que se percebe é a concentração de privilégios em número reduzido, enquanto a maioria prova da miséria e debilidade. A coculpabilidade não vislumbra transformar o acusado em vítima, apesar de certa forma ser vítima de todo um sistema, mas garantir a contraprestação dos direitos e deveres estabelecidos na Constituição Federal.

A teoria da Coculpabilidade objetiva compensar a desigualdade existente, bem como as várias injustiças trazidas pelo seletivo sistema sancionado. Cabe ao aplicador do direito avaliar diante de um caso concreto os motivos que levaram ao agente cometer determinada infração penal, e se este agente seria ou não vítima das mazelas sociais causadas pelo desprezo do Estado e da sociedade. A valoração deve ser feita com base na capacidade de autodeterminação do indivíduo que se encontra em condições sociais adversas.

Todavia, não se trata de não aplicar a lei, mas todos os dias diversos casos concretos, em que o indivíduo furta algo para comer ou para alimentar seus filhos, e recebe uma sentença de vários anos em regime de reclusão. Noutro giro, há casos em que o crime é bem mais complexo, mas o autor fica livre. Será que deter uma mãe ou pai de família porque furtou alimento para seu filho o fará uma pessoa melhor ao sair da prisão?

Não há previsão expressa na Constituição ou em qualquer outra lei acerca da aplicabilidade do princípio. Existe o reconhecimento por parte da doutrina⁵, e de garantistas do direito penal, que defendem a existência do princípio como garantia do Estado Social de Direito.

Destarte, é possível ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, através de interpretação do Artigo 66 do CP⁶, que estabelece a pena atenuada em razão de circunstância relevante. Ainda, tem-se o ativismo judicial⁷, que atualmente se faz bastante presente em nosso meio, bem como o anteprojeto de modificação do Código Penal, que tramita desde de 2000, caso seja aprovado, trará mudanças significativas.

A coculpabilidade visa reconsiderar o direito penal clássico, sendo portanto um princípio inovador que por vezes vai de encontro aos interesses das classes mais abastadas. O que se tem visto é justamente o contrário, é recorrente a aplicação do princípio da coculpabilidade às avessas, em favor da classe dominante, corroboradas pelo abrandamento de pena, ou seja, aplica-se apenas

4 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: CD, 2002, p.144.

5 Embora a doutrina pátria não enfrente o tema e se posicione acerca da aplicabilidade do princípio da coculpabilidade, autores como João Carlos Carvalho da Silva, Edilson Francisco Gomes tem se manifestado acerca do tema. Ainda Alessandro Baratta e Eugênio Raul Zaffaroni preponderam para o acolhimento do princípio como uma atenuante genérica da pena, com base no artigo 66 do Código Penal.

6 BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 27jun.2017.

7 O ativismo judicial é uma postura do magistrado em reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para a eficácia jurisdicional, concretizando os princípios constitucionais, uma vez que enfrenta temas sensíveis.

uma multa enquanto na mesma infração os indivíduos de condições menos favoráveis recebem penas de prisão.

Contudo, não basta apenas a ideologia do princípio, para que seja aplicado em nosso ordenamento é necessário que esteja positivado para ser eficaz de fato. Cabe ressaltar que segundo defende Grégore Moura⁸ no art. 187, § 1º, do Código de Processo Penal⁹ prevê que a primeira parte do interrogatório sobre a pessoa do acusado incluirá perguntas sobre oportunidades sociais e meios de vida do interrogando, sendo assim permite ao julgador estabelecer um abrandamento da sanção a ser imposta ao acusado.

Nesse sentido, tendo em vista a intensificação da população carcerária do país indaga-se se a utilização da coculpabilidade seria capaz de propiciar algum reflexo positivo no sistema carcerário brasileiro. É cediço que grande parte da população carcerária ainda não foi julgada, ou seja, quase metade está presa provisoriamente. Há também aqueles que estão detidos pelo não pagamento de pensão alimentícia, contribuindo assim para o aumento de presos num sistema que já se encontra superlotado.

Leciona Moura¹⁰ que se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois (2/3). Ressalte-se que se torna necessário que tais circunstâncias sociais e econômicas tenham relação e influência com o delito praticado, a fim de se vislumbrar a coculpabilidade. Referido doutrinador entende que essa positividade constitui a melhor base legal para aplicação do princípio. Afinal, torna possível uma maior individualização da pena e uma redução da pena abaixo do mínimo legal.

Na questão da seletividade penal, observa-se, em idêntica proporção ao crescente incremento do contingente carcerário, a sociedade sente-se aterrorizada pelo descontrole sobre os que vivem em condições miseráveis e se marginalizam. A desestruturação do sistema prisional traz a lume o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado. Por conta disso, a sociedade brasileira encontra-se em momento de extrema perplexidade em face do paradoxo que é o atual sistema carcerário brasileiro, pois de um lado tem-se o acentuado avanço da violência, o clamor pelo recrudescimento da pena e, do outro lado, a superpopulação prisional e as nefastas mazelas carcerárias.

Por outro lado, não se pode desprezar, nesta análise da seletividade do sistema penal, a contribuição da mídia. Ela configura parte integrante do exercício de força do sistema penal, haja vista deter o poder de criar o punitivismo popular, denominado por Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida como populismo penal midiático, que exacerba a forma de analisar os problemas

8 MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

9 BRASIL, op. cit., nota 6.

10 MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006, p. 94.

sociais e, assim, se torna responsável por criações legislativas apressadas que afrontam garantias constitucionais.¹¹

Neste caso, seria preciso pensar se a utilização da coculpabilidade apenas poderia refletir de forma significativa no sistema carcerário. Pelo cenário que nos é apresentado, é necessário reformular todo o sistema prisional. Se temos um sistema penal seletivo, uma sociedade desigual, direitos e garantias fundamentais violados, o próprio Estado reconhece o direito do detento ou sua família receberem indenização por ausências de condições adequadas, efetivar a aplicação do princípio seria um avanço, considerando todo esse contexto, mas não garante uma solução de todo o problema.

Por outro lado, tem a dificuldade uma vez que o princípio da coculpabilidade não encontra-se positivado, assim sendo muitos magistrados utilizam esse argumento para fundamentar a não aplicação dos princípios, como ocorre com o princípio da insignificância dentre outros. A violação dos direitos é uma prova da fragilidade e precariedade do sistema carcerário, a incapacidade de controle pelo poder público sobre a população carcerária, a falta de apoio ao egresso para reinserir-se na comunidade, a falta de preparo dos agentes penitenciários, além do descaso do Estado aos direitos dos presos, ao não assegurar condições elementares de encarceramento, além da arbitrariedade e abuso de poder por parte da polícia, morosidade do judiciário no trâmite dos processos penais.

Enfim, a utilização do princípio da coculpabilidade ainda é um tema bastante sensível uma vez que não é do interesse tornar o Estado coculpável, desta forma a classe mais abastada detentora do poder e ocupante dos cargos do alto escalão não vislumbram a sociedade desigual em que vivem. Mata-se por qualquer coisa, mas será que aquele que puxa o gatilho está sozinho, o estado proporciona condições para que todos os indivíduos tenham condições básicas de sobrevivência.

3. RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO: FALHA ADMINISTRATIVA E A NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO AO ENCARCERADO

O sistema penitenciário é um assunto delicado de se abordar, porém é sabido que aqueles que cumprem pena deveriam ter seus direitos preservados como seres humanos, o que não ocorre, de fato. As condições degradantes as quais estão submetidos não são condições adequadas em um sistema como o brasileiro, que deve prezar, no mínimo pelo bem-estar físico dos apenados. Porém, o que se vê é a superlotação, detentos com problemas de saúde, presídios em péssimas condições.

11 GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.67.

O princípio da dignidade da pessoa humana, certamente é o maior que rege a sociedade atual. É este princípio que serve como paradigma para a elaboração de normas.

O Estado tem o poder de prender, privar de liberdade aquele que infringiu as normas. Contudo, tal poder deve vir acompanhado do dever, dever de preservar a vida e a dignidade da pessoa humana no que tange aos reclusos do sistema penitenciário brasileiro. A não aplicação das leis que regulam a ação da Administração Pública causa danos de dimensões inimagináveis, e o Estado deve responsabilizar-se civilmente por tais prejuízos, na forma do parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal Brasileira¹²

Nesse sentido, leciona Sérgio Cavalieri¹³:

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação denexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.

É inequívoco que o Estado deve responsabilizar-se sim pelos danos causados àqueles que estão sob sua tutela. Se o Estado pune, privando delinquentes de liberdade, obviamente deve dar as condições mínimas de dignidade a esses que estão inseridos no degradante sistema carcerário brasileiro.

A responsabilidade objetiva, de fato, é a teoria aplicada nas relações entre Estado e indivíduo. Sobre o tema, Odete Medauar¹⁴ leciona:

Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexocausal ou nexode causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexode causalidade, o Estado deve ressarcir.

Para que haja a responsabilização do Estado não basta que tenha ocorrido um dano, mas tal dano deve ter relação com a atuação administrativa. A responsabilização objetiva não significa que quaisquer danos devem ser indenizados pelo poder estatal, o que enseja comprovação da existência do prejuízo e a prova da relação causal, deve haver a violação a determinado bem jurídico.

Através da ação de indenização que se dá, de fato, a responsabilidade do Estado. Havendo a demonstração do dano e o nexocausal com a atividade da administração pública, o administrado poderá ajuizar ação de indenização contra o Estado.

A deficiência do serviço acarreta em consequências desastrosas. Para o indivíduo que sofre com a situação a que está inserido e para a comunidade em geral, que percebe os efeitos indiretos

¹²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27.Jun.2017.

¹³CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*.9.ed.rev.e ampl. São Paulo:Atlas,2008.p.137.

¹⁴MEDUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*.10.ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2006.p. 366-367.

das falhas administrativas. Os problemas enfrentados pelos apenados são os mais diversos, de cunho moral e físico. Como exemplo, pode ser citado a superlotação, que acarreta em vários outros prejuízos. A aglomeração de pessoas se torna fator importante na geração de demais problemas, como a disseminação de doenças, falta de espaço físico e dificuldades de controle. Esta última é um fator significativo para o aumento da violência, pois aumenta a dificuldade em evitar agressões, mortes, violência sexual e rebeliões.

Já foi, inclusive, caracterizado direito à indenização¹⁵ no que se refere a maus tratos dentro do cárcere, o que comprova a evolução no que tange ao reconhecimento dos indivíduos do sistema penitenciário como sujeitos das garantias fundamentais. Em que pese haver muitos julgados em favor dos direitos humanos, ainda é frequente a negação ao direito de indenização sob a fundamentação da utilização do princípio da reserva do possível, que consiste em isentar o Poder Público em virtude de falta de recursos. Ora, certamente tal argumento vai de encontro aos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, pois inadequado sacrificar os direitos individuais do ser humano em prol de um fundamento abstrato.

Jurisprudencialmente, o entendimento majoritário¹⁶ é a responsabilidade objetiva do Estado. Porém, muitas vezes, ao analisar o nexo causal, os julgadores eximem o Poder Público de responsabilidade, alegando inexistência de relação entre o dano suportado e a atuação estatal. Em resumo, responsabiliza o Estado na pessoa dos agentes pelos danos causados.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles¹⁷ ensina:

Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o efeito danoso [...]

A responsabilidade do Estado pode ser administrativa, jurisdicional e legislativa, sendo mais frequente a responsabilidade decorrente de comportamentos da Administração Pública, uma vez que a responsabilização dos Poderes Legislativo e Judiciário incide em casos excepcionais. Na esfera penal, o servidor responde quando pratica crime ou contravenção, existindo no ilícito penal os mesmos elementos caracterizadores dos demais tipos de atos ilícitos, porém com algumas peculiaridades, quais sejam: a ação ou omissão deve ser antijurídica e típica, ou seja, deve corresponder ao modelo de conduta definido na lei penal como crime ou contravenção; dolo ou

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 713.682/RJ*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36615/responsabilidade-civil-estatal-morte-de-detento-nas-dependencias-de-estabelecimento-prisional>>. Acesso em: 22. set.2017.

16 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n. 10414100031742001*, Relator: Judimar Biber. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398610348/apelacao-civel-ac10414100031742001-mg>>. Acesso em 22. Set. 2017.

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31.ed. São Paulo. Malheiros, 2005. p.667.

culpa, sem possibilidade de haver hipóteses de responsabilidade objetiva; relação de causalidade; e dano ou perigo de dano, porque o dano nem sempre se concretizará, como no caso da tentativa e em determinados tipos de crime que põem em risco a incolumidade pública.

Portanto, o Estado pode e deve ser penalmente responsabilizado pela omissão de seus agentes na proteção aos presos que se encontram sob a sua tutela, mas, em regra, ele é responsável apenas na seara cível, quando é condenado a indenizar a família da vítima.

Em recente decisão¹⁸ do Supremo Tribunal Federal, prevaleceu a tese do ministro Teori Zavascki, morto em janeiro de 2017, que já havia iniciado o julgamento desde 2014 que, é responsabilidade do Estado ressarcir inclusive os danos morais causados aos detentos, por falta ou insuficiência de condições legais do encarceramento. Destaca-se o voto embora vencido, do ministro Barroso, concordou com a indenização, mas não deveria ser em dinheiro e sim em dias remidos.

A tese propunha a remição de um dia para cada três em que o detento estivesse submetido a condições inadequadas. De acordo com Barroso, a solução do caso concreto não poderia criar um problema fiscal ao Estado, a indenização pecuniária não teria eficácia na resolução da questão. Essa tese é semelhante a um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos que limitou a superlotação carcerária, o que determinou a assinatura de mais de 40 mil pessoas.

O caso concreto da decisão em comento, é de um detento do estado do Mato Grosso do Sul, que estava numa cela com capacidade para 12 pessoas, entretanto, recolhia mais de cem detentos e devido a falta de espaço ele dormia com a cabeça no vaso sanitário. Diante do que passou no presídio ele acionou a justiça para pleitear a indenização.

Anteriormente a este episódio, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que a família do detento tinha o direito de receber indenização, caso o preso morresse dentro da prisão, seja por motivo de doenças ou até mesmo rebelião.

CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo do presente trabalho, é possível explicitar algumas considerações no tocante ao tema.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.580252, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 22 set.2017.

É inegável, que cada vez mais a criminalidade avança enquanto o Estado continua com o mesmo sistema prisional que não possui efetividade para combater os agentes infratores, muito menos ressocializar os que prende.

Sendo o direito penal a *última ratio*, afim de buscar alternativas que possam auxiliar o sistema carcerário para que tenha uma atuação eficiente, para um melhor desenvolvimento, para a sociedade em geral, é de grande interesse a resolução do encarceramento, a medida em que presos preventivamente somam o maior número nas prisões, ou seja, sem condenação. Ademais a prisão deve punir a conduta criminosa, contudo, ao mesmo tempo ser capaz de ressocializar o indivíduo para que ao ser liberto, não volte a cometer crimes. Foi essa a estruturação da coculpabilidade pela vulnerabilidade do marginalizado perante o poder punitivo do Estado, em razão de sua menor capacidade de compreender a reprovabilidade social de sua conduta, pelas omissões do Estado Liberal em proporcionar-lhe condições de inclusão socioeconômica.

Desta forma, não aplicar a coculpabilidade é negar a realidade social em prol de formulações teóricas, de aplicação mecânica e universal, caracterizando o que se poderia chamar de verdade absoluta, algo inadmissível na ciência jurídico-penal. Se a capacidade de compreensão da reprovabilidade da conduta está ligada ao desenvolvimento socioeconômico, outra alternativa não há que não seja a maior medida da pena àqueles que foram brindados com as melhores oportunidades sociais. É essa a nova contribuição interpretativa do princípio da coculpabilidade no atual Estado Social de Direito.

O Direito Penal deve ser entendido como um meio de transformação social, seja ao tipificar condutas, seja ao punir os infratores do preceito normativo penal. Ocorre que para cumprir seu papel, deve o direito penal voltar os olhos para a realidade que permeia o contexto social que leva ao cometimento de inúmeros crimes, avaliando a efetiva reprovabilidade da conduta apurada, reconhecendo a parcela de culpa do Estado e da sociedade ao não promover as políticas públicas necessárias, fazendo com que se forme uma massa de miseráveis e marginalizadas que, muitas vezes, só encontram no crime o modo de ascender socialmente.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: CD, 2002.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal.*, 19. ed. V.1 São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 27.Jun.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 713.682/RJ*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36615/responsabilidade-civil-estatal-morte-de-detento-nas-dependencias-de-estabelecimento-prisional>>. Acesso em: 22. Set.2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 jun 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n. 10414100031742001*, Relator: Judimar Bibier. Disponível em:<<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398610348/apelacao-civel-ac-10414100031742001-mg>>. Acesso em 22.Set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.580252*, Relator: Alexandre de Moraes.Disponível em:< <https://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?.idConteudo=333652>>. Acesso em 22. Set.2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUDITH, Anna. *Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária*. Disponível em:<<http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 27jun.2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.667.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução as bases criminológicas da lei 28 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOURA, Grégore. *Do princípio da coculpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e nossos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Responsabilidade do Estado por atos das forças policiais*. Belo Horizonte: Lider, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Curitiba: Forum, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. Rio de Janeiro: RT, 2003.

