

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO DECORRENTE DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA: ANÁLISE DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Gabriela Braz Karpsak¹

Rayany Roque Vicente²

Lucas Kaiser Costa³

INTRODUÇÃO

Os modelos de sistema prisional sofreram transformações ao longo dos anos, antes com o pensamento de punir através de penas de morte e torturas, depois com pensamentos mais humanitários e ideologia de ressocialização do condenado.

O presente trabalho tem como objetivo mostrar que há um limite ao poder punitivo do Estado e que ele pode ser responsabilizado por negligenciar os direitos fundamentais dos encarcerados. No primeiro capítulo foi necessário contextualizar quanto ao sistema prisional brasileiro para se entender como que o sistema penal no Brasil chegou no estágio de superlotação. Ainda neste capítulo, o trabalho busca explicar que o mesmo Estado que viola os direitos dos apenados, é também garantidor desses direitos como consta no artigo 5º da Constituição cidadã e na Lei de Execuções Penais.

A relevância do trabalho, contudo, se dá no segundo e terceiro capítulo quando é explicado o motivo da responsabilidade civil do Estado e, por fim, com a análise de decisões do Supremo, concluir que é possível responsabilizar o Estado civilmente ao

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade Multivix Cariacica/ES gabriela.karpsak@gmail.com

² Bacharelanda em Direito pela Faculdade Multivix Cariacica/ES rayanyroque20@gmail.com

³ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor Orientador deste Trabalho de Conclusão de Curso e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Multivix Cariacica/ES lucas.costa@multivix.edu.br

violar os direitos fundamentais dos encarcerados por consequência das superlotações dos presídios.

Para atingir os resultados esperados, a metodologia usada foi a de revisão bibliográfica, levando em consideração os principais entendimentos de doutrinas e autores do cenário nacional e internacional no assunto, no que tange as matérias de direito constitucional, penal e civil; exposição legal do que hoje regula o processo penal, além de análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Dessa forma, para contribuir com o entendimento de que o preso é sujeito de direito e o Estado é agente de direitos e deveres, a divisão do trabalho foi em: capítulo 1, do sistema prisional brasileiro; capítulo 2, da responsabilidade do Estado e capítulo 3, análises do Supremo Tribunal Federal quanto ao recurso extraordinário 580252 que sucedeu ao tema de objeto de análise do trabalho.

2 DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

De acordo com o doutrinador Rogério Greco: "todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco sua existência".⁴ Desse modo, o sistema prisional, assim como a punição, os delitos e os apenados, sofre variações até os dias de hoje porque vai de acordo com o pensamento da sociedade no período em que é analisado cada sistema⁵. Um grande exemplo disso é analisar os dias atuais em que existe um conjunto de normas que influenciam nos costumes e comportamentos da sociedade a nível global antes da pandemia do COVID-19 e durante a pandemia.⁶

⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral. 17. ed. - Rio de Janeiro: Impetus 2015. p.14-59.

⁵ Nesse entendimento, analisando o período de luz marcado pelo século XVIII, surge o utilitarista Jeremy Benthan (1748-1832) com uma grande influência no sistema penitenciário.

⁶ UN. *World Health Organization*. Todas as informações da Doença de Coronavírus (COVID-19) Pandemia. Disponível em: <www.who.int/pt>. Acessado em 05 de novembro de 2021.

Quanto ao Brasil, ao se falar do sistema prisional, vem desde o período de colonização com as promulgações das Ordenações⁷ – período de União Ibérica -. Das Ordenações Afonsinas em 1446, por D. Afonso V, das Ordenações Manuelinas, em 1514, pelos juristas Rui Bato e Rui da Grã e João Cotrim, publicada em 1521 e, finalmente, as Ordenações Filipinas – Código Filipino - em 1603 por D. João IV que durou por mais tempo – até 1830 - e que fez parte da transição do Brasil Império.

É importante lembrar que a primeira constituição brasileira foi outorgada em 25 de março de 1824⁸ por D. Pedro I e nela já constava um título quanto às garantias dos direitos civis e políticos e, em específico, em seu art. 179, XXI, já constava como deveriam ser as cadeias, *in verbis*:

TITULO 8º

Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.

O Código Filipino foi o norteador para a criação do Código Criminal de 1830⁹ e desse código, o de processo criminal em 1832¹⁰ e assim o nascimento da prisão no Brasil

⁷ BATISTELA, Jamila Eliza; AMARAL, Marilda Ruiz Andrade. Breve histórico do sistema prisional. p.6-12. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1662/1584>>. Acesso em 05 de novembro de 2021.

⁸ BRASIL. Planalto. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acessado em 07 de novembro de 2021.

⁹ BRASIL. Planalto. LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2021.

¹⁰ BRASIL. Planalto. LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acessado em 07 de novembro de 2021.

imperial. Já a primeira prisão seguindo as exigências legislativas da época¹¹ foi a Casa de Correção, também chamado de Complexo Penitenciário da Frei Caneca, inaugurado em 1850 no Rio de Janeiro. Esses foram os marcos históricos do início do sistema penitenciário brasileiro.

Enquanto o Brasil caminhava para uma República – quando a proclamação foi ocorrer apenas em 1889, no cenário europeu o sistema prisional sofria influência iluminista (1715-1789), com os intelectuais Adam Smith, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Cesare Beccaria e também Montesquieu. Segundo Rogério Greco, esse período foi fundamental:

(...) no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora, necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.

Mediante um raciocínio jusnaturalista, passou-se a reconhecer direitos inatos ao ser humano, que não podiam ser alienados ou deixados de lado, a exemplo de sua dignidade, do direito a ser tratado igualmente perante as leis etc. (GRECO, 2017, p.55).

Com essa filosofia iluminista, Beccaria com sua principal obra “Dos delitos e das penas” aponta a perspectiva do que hoje é chamado de princípio da legalidade atrelado ao de anterioridade, vejam, GRECO (2017, p.110) *apud* CORRÊA (2018, p.37)¹² aponta:

¹¹ Eram usadas as unidades militares espalhadas pela Baía de Guanabara, o Aljube e os calabouços para as prisões civis. Disponível em: <<http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/da-casa-de-correcao-da-corte-ao-complexo-penitenciario-da-frei-caneca-um-breve-historico-do-sistema-prisional-no-rio-de-janeiro-1834-2006/>>. Acessado em 08 de novembro de 2021.

¹² CORRÊA, Luciana Carvalho. O sistema prisional brasileiro e a ineficácia da lei de execução penal. Disponível em: <<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/36/3/O%20Sistema%20Prisional%20e%20a%20Ineficacia%20da%20Lei%20de%20Execução%20Penal%20-%20Luciana%20Carvalho%20Corrêa.pdf>>. Acessado em 08 de novembro de 2021.

Consequentemente no capítulo terceiro conclui Beccaria que somente a lei é que poderia fixar penas com relação aos delitos praticados. Só ela, portanto, tinha a possibilidade de fazer com que o homem perdesse uma parcela do seu direito à liberdade. É o princípio da legalidade, portanto, o pilar fundamental que sustenta o chamado Estado de Direito, onde todos serão tratados de maneira igual perante a lei, onde ricos e pobres, cultos e analfabetos, independentemente de raça, cor, religião, sexo serão tratados igualmente, de acordo com as suas desigualdades. Não basta, no entanto, simplesmente a publicação de uma lei anterior ao fato para que reste preservado o princípio da legalidade e, em consequência, resguardado o direito de liberdade do cidadão. (GRECO, Sistema Prisional – colapso atual e soluções alternativas, 2017, p. 110)

É importante ressaltar que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão é de 1789, declaração oriunda da Revolução Francesa e foi marcada pelos direitos individuais e coletivos com influência direta na legislação brasileira.

Alguns anos depois, no Brasil, tem-se a proclamação da República em 1889; com ela, nasce uma nova Constituição em 1891 e, principalmente, um novo Código Penal já que o Código do Brasil Império já não acompanhava mais a realidade da época e em 1890, o marechal Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório, e seu vice, Rui Barbosa, nomearam uma comissão para apresentar um projeto a ser examinado pela futura Assembleia Constituinte.¹³ Em 1934, com Getúlio Vargas, o Brasil realizava uma Nova Assembleia Constituinte e com o Estado Novo, houve a dissolução do Congresso em 1937. Após esses anos de ditadura varguista, que durou até 1945 - com a derrota da Alemanha nazista -, a retomada democrática veio em 1946 com a nova Constituição.

Contudo, em 1967 veio o Regime Militar no Brasil, com o golpe de 1964. Esse período foi marcado pelo autoritarismo da segurança nacional que visavam combater os inimigos internos ao regime. Não houve fechamento do Congresso Nacional, mas esse regime controlava o Poder Legislativo e é exatamente nesse contexto que em

¹³ BATISTELA e AMARAL, p. 11.

1984 é instituído a Lei de Execução penal – LEP¹⁴ que veio para regulamentar essa ressocialização e reeducação dos detentos. Logo após o militarismo, é promulgada a chamada Constituição Cidadã, em 1988 que é a Constituição atual. Com isso, pode-se afirmar que há várias teorias sobre a Constituição e não convém que essa Constituição seja entendida como uma entidade sem marcação de tempo e espaço próprios e também com uma normativa independente.

Hodiernamente, a Lei de Execução Penal instituída em 1984 norteia o sistema penal brasileiro e com esse contexto histórico, entende-se que no período que a Europa e América do Norte estavam sendo pioneiros com as chamadas Escolas Penais, o Brasil estava em busca de sua democracia, identidade, soberania e independência.

2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Flávia Piovesan, “basta nascer pessoa, ser pessoa, portanto portador da dignidade humana.” (PIOVESAN, 2011). A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental assegurado em vários documentos históricos e em diversas Constituições dentre elas a Constituição Federal brasileira de 1988, que é a primeira na história do Brasil a estabelecer de fato um princípio de Direitos Humanos como forma de garantir o direito à vida digna e consiste numa valoração espiritual e moral que é da própria vida humana e que busca o respeito das outras pessoas que é um direito absoluto onde todos devem respeitar.

É válido esclarecer que os direitos humanos são direitos positivados no Ordenamento Jurídico Internacional e é uma forma concisa de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana já que estes são os direitos positivados na Constituição (ordenamento jurídico) de cada Estado. Esses direitos têm essa denominação pois sem eles não é possível que a pessoa humana exista por completo.

¹⁴ BRASIL. Planalto. 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>. Acessado em: 05 de novembro de 2021.

Com isso, ao entender a História do Brasil, tem-se que apenas após a promulgação da Lei de Execuções Penais é que de fato os encarcerados começaram a ser sujeitos de direitos e as garantias desses, surgiram apenas com a Constituição da República de 1988. É necessário entender que o Ordenamento Jurídico deve garantir a dignidade da pessoa humana, entretanto, quando achar necessário, pode haver limitações dos Direitos Fundamentais, isso sem desvalorizar as pessoas enquanto seres humanos, visto que há uma hierarquia e é também uma questão de soberania estatal. A Constituição Federal no preâmbulo de seu artigo 5º traz, *in verbis*:

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:

(...)

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

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

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Nessa ótica, entende-se que o direito surge a partir do momento que os direitos são ameaçados ou violados e é a partir do momento que é colocado um não-direito como por exemplo a tortura ou a pena de morte que antes eram imputadas aos sujeitos considerados delinquentes, quando esse direito fundamental à vida é violado; é que esse direito passa a ter a necessidade de ser assegurado.

Contudo, muito se fala em direitos, mas pouco se fala em deveres. É certo que o ser humano precisa respeitar as regras da sociedade em que está inserido, independente de concordar ou não com o âmbito social em que vive. Mas o Estado tem a responsabilidade, ou seja, o dever de garantir que mesmo o ser humano privado de sua liberdade, que ele precisa ser assegurado de condições fundamentais para a sua sobrevivência. A Lei de Execuções Penais é clara ao falar dos deveres do Estado, *in verbis*:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

(...)

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Entende-se, com isso, que todos os seres humanos devem ser assegurados, desde a concepção até a morte - sendo chamado de reflexo de direito, às condições mínimas de existência necessárias para sentirem-se dignos como seres humanos e também devem ter a probabilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode lhes adequar para que proporcione uma vida digna à pessoa mesmo sendo ele privado de sua liberdade e, ainda, que a Dignidade da pessoa humana se aplica – ou deveria, ao menos no Regime Democrático de Direito, a todas as pessoas.

Nessa conclusão é que nasce um grande conflito entre o indivíduo e o Estado já que o interesse do Estado vem a prevalecer frente aos direitos dos mais desfavorecidos. O direito penal surge não só para apontar a falha da sociedade, mas, principalmente, para colocar um limite ao poder punitivo do Estado. Mesmo com o contexto de criação da LEP, a preservação da dignidade da pessoa encarcerada passou a ser uma utopia

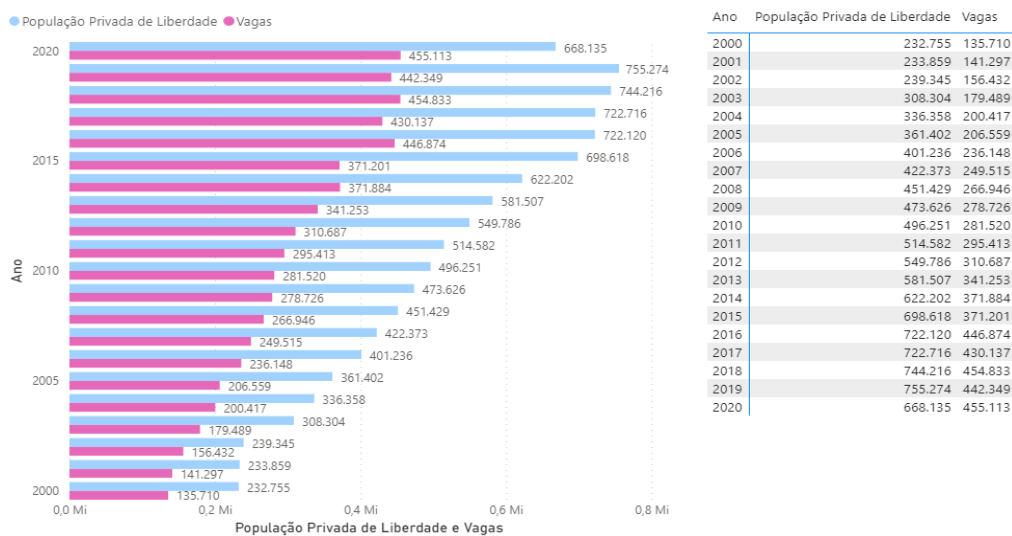
tendo em vista que o direito penal brasileiro é seletivo, ou seja, para muitos não é uma possibilidade e sim a realidade.

É evidente que - por conta de um sentimento de revolta atrelado a falta de interesse público em querer mudar essa realidade ao promover políticas públicas para promover os direitos fundamentais do preso - isso é causa das superlotações.

2.2 DA SUPERLOTAÇÃO

Ainda que os direitos humanos estejam positivados no ordenamento jurídico vigente e apesar da Lei de Execuções Penais, a superlotação é uma realidade e é causada por diversos fatores, além da falta de políticas públicas e da corrupção, é também, principalmente, causa do crime organizado.

Conforme dados extraídos do e analisando os últimos 20 anos (2000-2020), o número de detentos vem crescendo de forma exponencial enquanto o de vagas nos estabelecimentos prisionais está longe de acompanhar, conforme mostra no gráfico¹⁵ de relação entre população privada de liberdade e vagas, a seguir.



¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – Depen. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen.

As superlotações evidenciam a falha do Estado em buscar a ressocialização dos presos. O ser humano é detentor de direitos e o poder judiciário tem o dever de providenciar além de garantir tais direitos. O respeito à dignidade humana está explícito na Constituição brasileira, além de estar ratificado em pactos e acordos internacionais como é o Pacto de São José da Costa Rica. A complexidade dessa garantia não justifica as más condições físicas e estruturais em que se encontram os estabelecimentos prisionais do país, além de não ser justificativa para a superlotação e muito menos isenção da responsabilidade civil objetiva.

Nos tópicos seguintes será abordado essa responsabilidade do Estado com o encarcerado, principalmente na ótica de já não cumprir com o dever de garantir as condições mínimas aos apenados de privação de liberdade como já foi mostrado nos índices da DEPEN.

3 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2021)¹⁶:

A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.

O Estado apenas assumiu a função de punir. Quando a medida repressiva passou para o estado, apareceu o pedido de indenização. A responsabilidade civil substituiu a responsabilidade criminal.

No entendimento de Tartuce (2012, p. 583), há uma contradição de princípios e ideais, visto que o sistema penal consagrou a ideia de reparação mínima, enquanto o sistema

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. - 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

civil estabelece a reparação máxima e integral como consta em artigo 944 do Código Civi “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

De acordo com Nelson Camatta Moreira, analisar a atual Constituição é levar em consideração a síntese das contradições brasileiras junto ao desejo de mudança. A mistura ideológica do poder que cria, recria e reformula o ordenamento jurídico estatal se traduz no embate entre várias forças que compuseram a Assembleia Nacional (1986-1988). Se inspirando em postulados humanistas, a Constituição brasileira de 1988 pode ser classificada como Constituição Dirigente, pois essa não se resume somente ao ordenamento jurídico, como também ao ordenamento social e ao econômico. Em suma, é desvalorizada a ideia de que a Constituição é um estatuto delimitador do poder, pois tem que dar um grande valor às normas programáticas e aos objetivos de mudança econômica e social. Assim também é o entendimento de CANOTILHO *apud* SAMPAIO (2004, p.29):

“o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processo judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution*”.

Ao Estado incube o dever de resguardar os direitos fundamentais daqueles que estão em sua guarda (povo). Quando ele é negligente ou deixa de agir em determinadas situações gera para sí a responsabilidade por ação ou omissão. Pois, é dever do estado zelar pelos apenados.

O Código Civil brasileiro dedicou poucos dispositivos à responsabilidade civil. Na Parte Geral, nos arts. 186, 187 e 188, consignou a regra geral da responsabilidade aquiliana e algumas excludentes. O Código Civil, “art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Na Parte Especial, estabeleceu a regra básica da Responsabilidade Civil, a “obrigação de indenizar” sob a ótica do artigo 927.

Com a evolução da sociedade foi surgindo a necessidade de alterações no sistema estatal. Especificamente em relação à tutela dos presos que estão sob custódia do estado. Com isso, a doutrina específica três grandes marcos para essa mudança, que são as teorias da irresponsabilidade, civilista e a publicísticas.

Na teoria da Irresponsabilidade o estado era soberano, não existia a obrigatoriedade do estado de pagar indenização por fatos ocasionados por ele, prevalecendo o seu poder hierárquico perante os demais cidadãos. Considerando assim, o mais injusto das teorias. Logo após a teoria da irresponsabilidade, veio a teoria civilista que tem como base a responsabilidade subjetiva. Foi nessa teoria que começaram a surgir alguns casos de responsabilidade civil do estado que até então era considerado soberano, mas com a teoria da responsabilidade subjetiva mesmo agindo com dolo ou culpa havia a necessidade de sua comprovação para eventual responsabilidade do estado.

Com a teoria publicísticas mais conhecida como teoria do risco administrativo, prevaleceu a culpa administrativa do estado, a qual não precisa a caracterização de culpa por parte do estado para que o agente seja indenizado objetivamente. Ou seja, o encarcerado é protegido pelo estado, devendo o ente público garantir os seus direitos fundamentais assegurados pela constituição. Caso ocorra, a falta de ação ou omissão do estado para resguardar os direitos do preso, ele (o estado) poderá ser responsabilizado objetivamente. E para que isso ocorra, tem que haver o nexo causal, que comprove que a ação ou omissão do estado deu causa a possível violação constitucional.

Além disso, essa teoria ganhou força com a constituição de 1988, pois a negligência do Estado perante o descumprimento de sua Administração Pública, possibilita reparação civil, tendo o estado como responsável por tais danos. Neste sentido preceitua o art. 37, § 6 da Constituição Federal, in verbis:

“Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Para esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal entende:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL.
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO.
ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A
responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em
seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para
as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada
a teoria do risco integral.

Sendo assim, o Estado é responsável por possíveis danos aos apenados que estão sob sua custódia. Com isso, ao punir infratores passa a ter responsabilização de assegurar a dignidade humana dos mesmos e a mera má prestação e irregularidade do serviço engendra o dever de indenizar por responsabilidade objetiva do estado.

Quanto à responsabilidade Civil Objetiva do Estado, são duas vertentes: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Pela responsabilidade objetiva, o próprio código civil, aponta, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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

Ou seja, existindo um dano, ele deve ser ressarcido, independente de culpa. Neste sentido o estado é sim responsável por fatos ocorridos dentro do seu âmbito de proteção, pode-se assim, imputar sua responsabilidade objetiva perante os encarcerados.

Com isso, entende-se que a democracia é uma ideia, um regime político e dentro da noção moderna de democracia não se volta para a proteção de povo como indivíduo, mas sim como agente social. Segundo José Afonso da Silva, o conceito de

democracia; “fundamenta-se na existência de um vínculo entre povo e poder” SILVA (2006, p.125-126).

O “povo” é um agente social, é um conceito inclusivo em vias de ser aceito de forma difusa. O constitucionalismo não poderia se limitar ao poder político, necessita-se de novas funções. Sai da pureza do direito de Hans Kelsen e passa a ser permeado por elementos extrajurídicos (elementos éticos, filosóficos, morais e sociológicas, não volta ao jusnaturalismo) e no sentido normativo do constitucionalismo (moderno) a interpretação é dada pelos operadores do Direito. Deve-se construir um sentido da lei, de acordo com o contexto normativo.

É fato que há uma grande violação dos direitos humanos no sistema carcerário, mas a questão é que o Estado poderá ser responsabilizado, pelo menos, essa é a visão do Supremo Tribunal Federal que será analisada de forma mais detalhada a seguir.

4 ANÁLISE DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Neste capítulo, o objeto de análise será feito à luz de dois precedentes do Supremo Tribunal Federal que abordam a temática da responsabilidade civil do Estado na posição de garantidor de direitos fundamentais, de acordo com o artigo 36, §6 da CR/88, são eles o Recurso Extraordinário (RE) nº 841.526/2016/RS e o RE nº 580.252/2019/RS, que sustentam, respectivamente, indenizações a detentos por morte e por superlotação de estabelecimento prisional.

No RE nº 841.526/2016/RS, foi discutido o cabimento de indenização à família de um preso que faleceu dentro do estabelecimento penitenciário por enforcamento.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade

em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. (...) RE 841526, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

Da decisão, por unanimidade, o Tribunal fixou a seguinte tese: "Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento".

Contudo, nesse caso concreto, vale dizer que o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 592¹⁷ da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário.

¹⁷ STF. Tema 592 - Responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de detento.

Quanto ao RE nº 580.252/2019/RS, julga o mérito de ressarcir por danos morais, o detento por violação de seus direitos fundamentais.

EMENTA: RE 580252 / MS - MATO GROSSO DO SUL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

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 Cívicos 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): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)

Da decisão, o Tribunal fixou a seguinte tese:

“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.¹⁸

Analisando essas duas decisões, o relator deixa evidente que o estado tem responsabilidade perante os seus tutelados, deixando explícito que é um dever plenamente constitucional quando se tem a possibilidade do estado de proteger os seus tutelados em seu âmbito de guarda, deixando assim, caracterizado a responsabilidade objetiva do estado.

De antemão, contudo, esclarece que quando não se pode comprovar a morte do agente por fato que ocorreu dentro de seu âmbito, mas que poderia ocorrer mesmo

¹⁸ STF. Tema 365 - Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária.

se estivesse em liberdade, se exclui o nexo causal e exclui a responsabilidade do estado perante o fato ocorrido.

A negligência do Estado perante o descumprimento de sua Administração Pública, possibilita reparação civil, tendo o Estado como responsável por tais danos.

Sendo assim, o Estado é responsável por possíveis danos aos apenados que estão sob sua custódia. Ou seja, ao punir infratores passa a ter responsabilização de assegurar a dignidade humana dos mesmos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dogmática jurídica tem como objetivo ter soluções para todos os casos concretos, principalmente essas incertezas geradas pela perspectiva normativista afincada com o modelo positivista. O sistema é estritamente punitivo e é nítido a ineficiência do Estado Democrático de Direito de garantir o direito à dignidade da pessoa humana dentro do sistema prisional brasileiro.

Ainda, é fato que ao analisar o que foi apresentado acima que surge, em decorrer dos mais diversos conflitos analisados ao longo da história brasileira, a análise apontada por (MOREIRA, 2007, p.125) onde “O problema está na falta de sincronia entre o tempo do direito estatista em face dos acontecimentos de uma sociedade globalizada” e, esse é um acontecimento recente, que vem causando impacto no Estado na modernidade, opondo-se, inclusive, na efetivação de direitos sociais e fundamentais, que consequentemente prejudica um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito, no caso, a própria democracia.

São muitos séculos de punição para se chegar no sistema penitenciário de hoje e estando ele intrínseco em toda uma sociedade, é necessário entender que o encarceramento é o meio que o agente - Estado - encontrou para punir o indivíduo delinquente e não o fim. A legitimidade do Estado na modernidade limita-se pela soberania, que é entendida como um fator necessário para as teorias políticas e

jurídicas que tem como finalidade justificar o monopólio de um território e também da população.

É complexo, pensar sobre a norma jurídica que envolve o direito penal, processual penal e penitenciário sob a ótica do sujeito de direitos, porém, ainda assim é inegável o dever de garantir direitos aos que estão restritos de sua liberdade. Esse também é o entendimento dos tribunais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira. **Da casa de correção da corte ao Complexo Penitenciário da Frei Caneca: um breve histórico do sistema prisional no Rio de Janeiro, 1834-2006**. Disponível em: <<http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/dacasa-de-correcao-da-corte-ao-complexo-penitenciario-da-frei-caneca-um-breve-historico-do-sistema-prisional-no-rio-de-janeiro-1834-2006/>>. Acessado em 05 de novembro de 2021.

BATISTELA, Jamila Eliza; AMARAL, Marilda Ruiz Andrade. **Breve histórico do sistema prisional**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1662/1584>>. Acessado em 05 de novembro de 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Editora Quarteir Latin do Brasil, 2008, p.18-29.

BERMUDES, C.; BERMUDEZ, C. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o clamor público**. In: Pedro Magalhães Ganem. (Org.). Alternativas à Prisão. 1ed.Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2019, v. 1, p. 30-70.

BRAGA, Diogenes Azevedo; MOURA, Wellington Bruno Alves. **RESPONSABILIDADE DO ESTADO ANTE AO SISTEMA CARCERÁRIO**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62964/responsabilidade-do-estado-ante-ao-sistema-carcerario>>. Acessado em: 10 de junho de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 10 de junho de 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen..** Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJILTIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acessado em 05 de novembro de 2021.

BRASIL. Planalto. **LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2021.

BRASIL. Planalto. **LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acessado em 07 de novembro de 2021.

BRASIL. Planalto. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acessado em 09 de novembro de 2021.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acessado em 05 de novembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. - STF. **RE 580252 / MS - MATO GROSSO DO SUL.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 18 dezembro 2017. - Tribunal Pleno. Data de Publicação: 02 fev 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acessado em 08 de novembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. - STF. **RE 841526 / RS - RIO GRANDE DO SUL.** Relator: Ministro Luis Fuix. Data de Julgamento: 30 março 2016. - Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-159, 01 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acessado em 08 de novembro de 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** In: BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109-110.

CARVALHO NETTO, Menelick, **A impossibilidade democrática do constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária.** In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 401-410.

CORRÊA, Luciana Carvalho. **O sistema prisional brasileiro e a ineficácia da lei de execução penal.** Disponível em: <<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/36>>. Acessado em 05 de novembro de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. - 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 111-112. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555592931/epubcfi/6/20\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo7.xhtml\]!/4/2/396/3:397\[rot%2Ceçã\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555592931/epubcfi/6/20[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo7.xhtml]!/4/2/396/3:397[rot%2Ceçã])>. Acesso em 08 de novembro de 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 17. ed. - Rio de Janeiro: Impetus 2015. p.14-59.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. In: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Apontamentos sobre a Cidadania e a Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, VII, n. 27, p. 117-137, out./dez. 2007.

MOURA, Bárbara Carvalho de. **Responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária**: análise da constitucionalidade do RE 580.252-MS. 2019. 41 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <<https://bdm.unb.br/handle/10483/23425>>. Acessado em 05 de novembro de 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-145.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**: desafios e perspectivas contemporâneas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar. 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da constituição**: Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. . In: _____. Teorias constitucionais em perspectiva: Em busca de uma Constituição pluridimensional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3-54.

SILVA, Cassiano Ricardo Pereira da. **Superlotação carcerária e o princípio da dignidade humana**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade Estadual da Paraíba. 2014. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/6936/1/PDF%20-%20Cassiano%20Ricardo%20Pereira%20da%20Silva.pdf>>. Acessado em 05 de novembro de 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. - São Paulo: Malheiros, 2006. p.125-126.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

UN. World Health Organization. **Todas as informações da Doença de Coronavírus (COVID-19) Pandemia**. Disponível em: <www.who.int/pt>. Acessado em 05 de novembro de 2021.