

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

### VOTO-VISTA:

*Ementa:* DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS CAUSADOS AO PRESO POR SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES DEGRADANTES DE ENCARCERAMENTO.

1. Há responsabilidade civil do Estado pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes.

2. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa.

3. Não é legítima a invocação da cláusula da reserva do possível para negar a uma minoria estigmatizada o direito à indenização por lesões evidentes aos seus direitos fundamentais. O dever de reparação de danos decorre de norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, que independe da execução de políticas públicas ou de qualquer outra providência estatal para sua efetivação.

4. Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de

uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento.

5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento *in natura* ou na forma específica dos danos, por meio da *remição* de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.

6. Provimento do recurso extraordinário para reconhecer o direito do recorrente a ser indenizado pelos danos morais sofridos, mediante remição de parte do tempo de execução da pena.

7. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *“O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não*

*pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.”*

## I. INTRODUÇÃO

### I.1. CASOS PERANTE O STF REFERENTES ÀS CONDIÇÕES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

1. Discute-se no presente processo o direito de presos submetidos a condições desumanas ou degradantes de encarceramento à obtenção de indenização do Poder Público a título de danos morais. Existem outras ações em tramitação nesta Corte cujo tema central é o sistema penitenciário brasileiro, suas deficiências e disfunções. Entre elas, é possível destacar três:

(i) o RE nº 641.320, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e com repercussão geral reconhecida, que discute a possibilidade de autorização do cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime estabelecido na condenação penal;

(ii) o RE nº 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e com repercussão geral reconhecida, que discute se o Poder Judiciário pode determinar aos governos estaduais que ampliem ou construam novos presídios, de modo a garantir a observância dos direitos fundamentais dos detentos; e

(iii) a ADI nº 5.170, de relatoria da Ministra Rosa Weber, que, à semelhança do presente recurso extraordinário, discute a

responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos.

2. O presente voto cuida, essencialmente, do problema da reparação de danos. Porém, por inevitável, os argumentos aqui expostos procuram lidar com o sistema carcerário como um todo, tangenciando as situações versadas nos outros processos referidos.

I.2. A NECESSÁRIA TOMADA DE CONSCIÊNCIA POR PARTE DA SOCIEDADE BRASILEIRA ACERCA DA QUESTÃO PENITENCIÁRIA

3. A sociedade brasileira tem vivido, ao longo dos últimos anos, a aflição do aumento progressivo da criminalidade, associada a uma sensação difusa de impunidade. Nada obstante, o país apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, em curva ascendente. As más condições da maior parte dos presídios do país trazem consequências que saltam aos olhos, dentre as quais é possível destacar (i) a realimentação da criminalidade e da violência, por serem as prisões escolas do crime; e (ii) as estatísticas impressionantes da reincidência, pela incapacidade de o sistema promover a ressocialização dos presos.

4. Inevitavelmente, uma maior seriedade na aplicação do direito penal – e não necessariamente o seu endurecimento – exige o aporte de mais recursos para o sistema. É preciso deixar isso claro para que a sociedade participe do debate público sobre o tema e faça escolhas esclarecidas. Tomem-se dois exemplos. O primeiro: o senso comum considera leniente o sistema em que o preso, como regra, progride de regime após cumprir 1/6 (um sexto) da pena. Porém, mesmo nesse modelo, que realiza uma espécie de rodízio na permanência no cárcere, existe uma carência de mais de 200 mil vagas no sistema. Segundo exemplo: a falta de estabelecimentos para o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto leva, em muitos Estados, à prisão domiciliar.

Tal modalidade de prisão, sem o monitoramento adequado, produz frustrante sensação de impunidade. Para solução de ambos os problemas, são necessários investimentos na construção de presídios e abertura de novas vagas.

5. O presente voto pretende, com dados sobre o sistema penitenciário brasileiro, com o breve relato de experiências estrangeiras e com a apresentação de algumas ideias, trazer o tema para a reflexão coletiva deste tribunal, da sociedade brasileira e de seus representantes no Congresso Nacional.

## **II. UM BREVE RESUMO DO CASO**

### **II.1. A HIPÓTESE**

6. O presente recurso extraordinário discute a existência de responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos presos em decorrência da superlotação e do encarceramento em condições desumanas e degradantes. Em 17.02.2011, esta Corte reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos seguintes termos: “[p]ossui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária”.

7. O caso concreto subjacente envolve ação ordinária de reparação de danos morais ajuizada pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, em favor do recorrente, que, condenado a 20 anos de reclusão, cumpria pena no estabelecimento penal de Corumbá (MS). A Defensoria alegou, em síntese, que o preso teria direito a indenização, por estar submetido a tratamento degradante, decorrente da excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio, como condições precárias de habitabilidade, insalubridade e ausência de espaço

físico mínimo nas celas. Com base nisso, pleiteou a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de um salário mínimo mensal ao recorrente, enquanto perdurasse o tratamento degradante e a superlotação.

8. A decisão recorrida, proferida em sede de embargos infringentes, reformou o acórdão da apelação para julgar o pedido improcedente. Na apelação, o Tribunal de Justiça local, por maioria, havia condenado o Estado a pagar ao recorrente a quantia de R\$ 2 mil a título de indenização por danos morais. A decisão dos embargos infringentes afastou, porém, o dever de reparação. Embora tenha reconhecido a *“superlotação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos”*, o Tribunal concluiu pela aplicação da *“reserva do possível”*, sob o argumento de que *“para cessar o dano causado e repará-lo, é necessário (...) realizar a implementação de políticas públicas”, o que exigiria “disposição de verba orçamentária”*.

9. Esse acórdão foi objeto do presente recurso extraordinário, no qual a Defensoria Pública alega violação aos arts. 5º, incisos III, X e XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal. De forma mais específica, a Defensoria sustenta que (i) há responsabilidade objetiva do Estado pela submissão do recorrente a tratamento desumano e degradante, e (ii) não há que se falar na aplicação da cláusula da reserva do possível, por ser obrigação do Estado a garantia de condições de dignidade aos internos.

## II.2. O VOTO DO MINISTRO RELATOR

10. Iniciado o julgamento, o Ministro Teori Zavascki, relator do caso, proferiu voto no sentido do provimento do recurso extraordinário, de modo a restabelecer o juízo condenatório firmado no julgamento da apelação, nos seus exatos termos e limites. Como resultado, determinou que o Estado de Mato Grosso do Sul indenizasse o preso em R\$ 2 mil.

11. O Ministro relator considerou, de início, que os fatos da causa e a configuração do dano moral são incontroversos. Entendeu, assim, que a discussão travada no recurso cinge-se à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados em tais circunstâncias. Quanto a essa questão, concluiu que não se pode afastar a responsabilidade estatal na hipótese, por três fundamentos principais:

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

(ii) O princípio da reserva possível não pode ser considerado no âmbito da responsabilidade civil do Estado, mas apenas *“em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas”*; e

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

12. A partir desses fundamentos, o Ministro Teori Zavascki fixou a seguinte tese de repercussão geral: *“considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”*.

13. Após o voto do relator, pedi vista dos autos para uma

análise mais detida da questão.

### II.3. EM BUSCA DE UM CAMINHO ALTERNATIVO

14. Devo dizer, desde já, que adoto integralmente as premissas fixadas no voto do Ministro relator. O Estado tem o dever de indenizar os danos morais causados pelo encarceramento em condições atentatórias aos mínimos padrões de dignidade. Não se pode invocar a teoria da reserva do possível ou outros subterfúgios teóricos para afastar a responsabilidade civil do Estado na hipótese. Isso implicaria negar a uma minoria estigmatizada a titularidade de seus direitos mais elementares à integridade física e moral, à não submissão a tratamento desumano ou degradante e a penas cruéis, em frontal violação à Constituição. Seria, portanto, legitimar uma concepção *desigualitária* a respeito da dignidade humana, que nega aos presos o seu valor intrínseco, como se não se tratasse de seres humanos. Essa compreensão deve ser amplamente rejeitada por este Supremo Tribunal Federal.

15. No entanto, considero que a tese fixada na repercussão geral não confere a devida importância a um fator subjacente à responsabilização civil no caso: a natureza estrutural e sistêmica das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa.

16. Nesse contexto, me parece que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. O dinheiro que lhe será entregue terá pouca serventia para minorar as lesões existenciais sofridas.

Ao lado disso, a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, esta solução, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

17. Esse risco é ainda mais evidente no caso, porque em nenhum momento nos autos houve discussão a respeito dos critérios utilizados para a quantificação da indenização. Na apelação, definiu-se que o recorrente, que permaneceu por cerca de 5 anos em presídio superlotado com condições degradantes, fazia jus à módica quantia de R\$ 2 mil. Todavia, não há uma linha sequer sobre os parâmetros utilizados para a fixação do montante, tais como o tempo de encarceramento e a gravidade das violações suportadas. Como resultado, é provável – e mesmo natural – que os Estados sofram condenações mais vultosas, aumentando o impacto financeiro da decisão.

18. 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.

19. É certo que preocupações com a saúde financeira dos Estados não podem ser utilizadas para simplesmente negar aos presos a compensação pelos danos morais. Afinal, como justificar o deferimento de indenizações por danos morais em situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento injustificado de voos e a devolução

indevida de cheques, e negá-las a detentos que sofrem gravíssimas violações aos seus direitos nas prisões? Ademais, tal decisão não conferiria aos internos qualquer garantia de que os recursos economizados seriam efetivamente aplicados na melhoria das condições carcerárias. Pelo contrário, a exclusão da responsabilidade civil no caso agiria como mais um estímulo para que tudo continue como está, já que as violações aos direitos dos presos permaneceriam impunes.

20. Entretanto, entendo que os efeitos financeiros da medida podem ser levados em consideração na definição da melhor forma de reparação dos danos sofridos. É que uma boa solução para o caso deve encontrar uma rota alternativa e mais eficaz que o dinheiro. De um lado, é preciso reconhecer que o Estado é responsável pelas violações à dignidade dos presos que causar. Decisão diversa representaria a atribuição aos detentos do status de seres humanos de segunda categoria. De outro lado, deve-se ir além da resposta pecuniária, a fim de garantir que os direitos dos presos sejam efetivamente “levados a sério”. Nesse caminho, não se pode tratar com indiferença as preocupações com o erário, principalmente porque, em última instância, a disponibilidade de recursos é essencial para que os Estados sejam capazes de implementar uma solução sistêmica para remediar a atual crise prisional.

21. Antes, porém, de enunciar a solução proposta, é necessário analisar mais detidamente a natureza e a gravidade da situação carcerária no Brasil e apresentar alguns caminhos que podem ser trilhados pelo Estado brasileiro no sentido de garantir aos presos condições adequadas de encarceramento.

### **III. A NATUREZA SISTÊMICA DO PROBLEMA PRISIONAL**

#### **III.1 UM PROBLEMA ESTRUTURAL BRASILEIRO**

22. Tragicamente, o encarceramento em celas superlotadas e

em condições degradantes e desumanas não é situação excepcional e isolada que afete apenas o recorrente. Pelo contrário, a superpopulação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e sistêmicos, de grande complexidade e magnitude, que resultam de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro. Tais problemas afetam um contingente significativo de presos no país.

23. Diversos dados estatísticos e documentos oficiais comprovam a natureza estrutural da questão carcerária. O Novo Diagnóstico de Pessoas Presas, divulgado em junho de 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta que existem 563.526 presos, em prisões que só possuem capacidade para 357.219. O déficit de vagas chega, portanto, a 206.307. O número se torna ainda mais impressionante se complementado com dois outros dados: (i) há 147.937 pessoas em prisão domiciliar, na maioria dos casos, por falta de vagas nos regimes aberto e semiaberto; e (ii) há 373.991 mandados de prisão aguardando cumprimento. Mesmo com todas essas pessoas fora do sistema, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Ainda, se computarmos os presos domiciliares, passamos a ocupar a terceira posição nesse ranking.

24. O relatório final da CPI do Sistema Carcerário, produzido pela Câmara dos Deputados em 2009, e os diversos relatórios de mutirões carcerários, promovidos pelo CNJ em todos os Estados desde 2008<sup>1</sup>, apenas confirmam essas estatísticas. De acordo com tais documentos, nenhuma unidade da federação escapa do problema do déficit de vagas. Em grande parte dos presídios, há celas superlotadas, com pessoas amontoadas, dormindo em esquema de revezamento, em cima do vaso sanitário, no chão ou em redes afixadas nas paredes. E quando as celas não oferecem espaço suficiente, presos são alojados nos corredores, pátios e até mesmo em contêineres de aço, semelhantes a jaulas de animais.

---

1 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios>>.

25. Os mesmos relatórios evidenciam que a dura realidade do sistema prisional vai muito além da superlotação. Ela envolve, em primeiro lugar, a precariedade das estruturas e instalações prisionais, que contam frequentemente com celas em péssimo estado de conservação, insalubres, fétidas, sem ventilação e iluminação adequadas e sem sistema de esgoto.

26. Além disso, há graves deficiências na prestação das assistências previstas na Lei de Execução Penal (LEP). A assistência material é absolutamente precária. Os presos muitas vezes não recebem uniformes, de modo que ficam seminus ou usam roupas levadas por parentes ou doadas por entidades de caridade. Em várias unidades, praticamente não há fornecimento de material de higiene básica, como escova de dente, sabonete, toalha e papel higiênico. Diversas mulheres sequer recebem absorventes íntimos, de modo que são forçadas a utilizar miolos de pão para conter o fluxo menstrual. A alimentação nos presídios é insuficiente e de péssima qualidade e o fornecimento de água é muito limitado. Vários internos comem com as próprias mãos ou têm suas refeições servidas em sacos plásticos. Há constantes denúncias de que a comida servida está estragada ou contém cabelos, baratas ou objetos misturados. Por falta de água, presos às vezes passam dias sem tomar banho. Cobertores chegam a ser usados para conter as fezes nos vasos sanitários localizados nas celas, já que, em muitos locais, a água para descarga é liberada uma única vez ao dia, independentemente de quantas vezes e quantas pessoas os utilizaram.

27. Na assistência à saúde, faltam profissionais, atendimento médico e medicamentos. Os presos são obrigados a conviver com dores, doenças e feridas, muitas vezes sem qualquer tratamento. Além da falta de profissionais de saúde, os presídios praticamente não possuem medicamentos em estoque. As assistências educacional e laboral também são falhas, sobretudo, pela falta de oportunidades. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), apenas cerca de 10% dos

presos estudam e pouco mais de 20% estão envolvidos em atividade laboral<sup>2</sup>. Os presos são, assim, condenados ao ócio, sendo esse um fator decisivo para os conflitos e revoltas nos presídios.

28. A situação da população prisional é ainda mais dramática. Em razão da má gestão dos presídios e do deficiente controle do Estado dentro das unidades, registram-se rotineiramente casos de violência física e sexual, homicídios, maus tratos, tortura e corrupção, praticados tanto pelos detentos, quanto pelos próprios agentes estatais. A inoperância do Estado também abre caminho para o crescimento do poder das facções criminosas, que passam a dominar os cárceres, a arregimentar novos integrantes e a comandar, do interior dos presídios, a prática de diversos crimes, contribuindo para o agravamento da violência urbana e da insegurança social.

29. Outro componente do caos carcerário é a desestruturação do sistema de justiça, com a falta de pessoal, graves deficiências de funcionamento nas varas de execução penal e carências no acesso à assistência jurídica pelos presos. Esses problemas dificultam o monitoramento do tempo para a obtenção de benefícios e favorecem a lentidão na tramitação de processos, promovendo atrasos significativos na concessão de benefícios penais, como a progressão de regime. Com isso, presos são muitas vezes mantidos nas cadeias além do prazo legal. É o que revela a ação dos Mutirões Carcerários, do CNJ. Desde o início do projeto, em 2008, até o final de 2013, os mutirões concederam mais de 78 mil benefícios e colocaram em liberdade pelo menos 41 mil detentos que já tinham cumprido integralmente a sua pena, mas permaneciam nos cárceres<sup>3</sup>.

---

2 Depen. Formulário Categorias e Indicadores Preenchidos. Referência: 06/2013. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>>

3 Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>.

30. Ainda no âmbito do sistema de justiça, um dos principais fatores responsáveis pela superlotação em nossas cadeias é o uso excessivo e desproporcional da prisão provisória. De acordo com o diagnóstico do CNJ, os presos provisórios correspondem a 41% da população carcerária. São mais de 230 mil presos que se encontram encarcerados sem condenação definitiva. Muitas dessas prisões são, porém, indevidas. Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revelou que 37,2% dos réus que cumprem prisão provisória não são condenados à pena privativa de liberdade ao final do processo, mas absolvidos ou condenados a penas e medidas alternativas. Isso significa que o sistema prisional está sendo sobrecarregado com réus que simplesmente não deveriam estar presos.

31. Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

32. Diante dessa situação calamitosa, é evidente que, na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade.

33. A degradação a que os presos são submetidos e a ausência de separação dos internos de acordo com a sua periculosidade transformam os presídios em verdadeiras “escolas do crime”. De lá, presos de menor potencial ofensivo saem criminosos perigosos, integrando facções e cheios de novas conexões. O elevado índice de reincidência criminal no país apenas corrobora essa afirmação. Segundo estimativas do CNJ, 70% dos presos voltam a cometer delitos após saírem das prisões<sup>4</sup>. É, assim, fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: além de não prever retribuição na medida certa, não previne, nem ressocializa.

34. Nesse contexto, parece evidente que o fenômeno do encarceramento em massa, com a submissão dos presos a condições degradantes de detenção, não atende aos objetivos das políticas de segurança pública ou aos interesses da sociedade na redução da criminalidade. Ainda assim, a população e as autoridades públicas continuam a apostar no endurecimento das penas e no aprisionamento como únicas formas de combater a delinquência. Conforme destacou Daniel Sarmiento, o êxito desse discurso de “lei e ordem” resulta em um perverso círculo vicioso, no qual a demanda por maior encarceramento alimenta a superlotação prisional, que, por sua vez, produz o agravamento da criminalidade, em prejuízo da própria segurança pública<sup>5</sup>.

35. Há um evidente paradoxo nesse cenário. A população tem uma sensação difusa de impunidade e de insegurança. Ainda assim, o país pune muito, com índices de encarceramento crescentes. Para que se tenha uma ideia, dentre os 50 países com maior população carcerária no mundo, o Brasil é o que apresentou o segundo maior aumento da taxa de pessoas presas entre 1995 e 2010, na ordem de 136%. O país, na verdade,

4 Disponível em <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>>.

5 Disponível em <[jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo](http://jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo)>.

prende muito, mas prende mal. Atualmente, a maior parte da população carcerária é formada por condenados por crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, como furto e receptação (cerca de 18% dos presos<sup>6</sup>), e por tráfico de entorpecentes (cerca de 26% da população total e mais de 60% das mulheres presas<sup>7</sup>). Por outro lado, o percentual de pessoas presas por homicídio é baixíssimo, de menos de 12%, sendo que o índice de elucidação desse crime é ainda menor, de 5% a 8% dos casos<sup>8</sup>.

36. As deficiências apontadas acima fazem com que o sistema penal brasileiro seja extremamente seletivo em relação à sua clientela preferencial. É por essa razão que, como já afirmei<sup>9</sup>, no Brasil de hoje, é mais fácil prender um jovem de 18 anos que porta 100 gramas de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. As estatísticas comprovam que tais afirmações são algo mais do que uma simples pré-compreensão. Segundo o Depen<sup>10</sup>, quase 60% dos presos são negros ou pardos e o nível de escolaridade de aproximadamente 70% dos detentos não passa do ensino fundamental. Apenas 0,4% dos presos completou o ensino superior.

37. Não bastasse, a política de encarceramento em massa é extremamente onerosa aos cofres públicos. De acordo com informações do Depen<sup>11</sup>, mesmo nas condições precárias atuais, os Estados gastam, em

---

6 Trata-se da soma da quantidade de presos por furto, apropriação indébita, estelionato e receptação. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/total-brasil-junho-2013.pdf>>.

7 *Ibid.*

8 Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>

9 V. STF, HC 123.108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 10.12.2014.

10 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/total-brasil-junho-2013.pdf>>

11 Dados cedidos pelo Depen.

média, cerca de R\$ 2 mil por mês para a manutenção de cada detento<sup>12</sup>. Já o custo médio de construção de cada nova vaga é de R\$ 43.835,20, no regime fechado, e R\$ 24.165,19, no semiaberto. Dessa forma, para zerar o atual déficit de vagas, seria necessário investir mais de R\$ 10 bilhões somente na construção de presídios.

38. E o quadro tende a piorar. Se o país mantiver o atual ritmo de crescimento da população prisional, de cerca de 7% ao ano, será preciso construir mais 340 mil vagas até 2020, com um investimento adicional de R\$ 12 bilhões<sup>13</sup>. Nessas condições, o Estado terá que destinar nos próximos anos cerca de R\$ 22 bilhões somente para fazer face à superlotação. Isso sem contar os mais de R\$ 680 milhões mensais que deverão ser gastos para a manutenção dos novos presos no sistema.

39. Todos esses dados revelam a profundidade do problema prisional, nitidamente insustentável do ponto de vista humanitário, social e financeiro. É preciso urgentemente repensar a atual política de encarceramento e reestruturar inteiramente o sistema de justiça criminal. Caso contrário, além de perpetuar a inconstitucional e inaceitável violação à dignidade dos presos, corremos o sério risco de um “colapso” do sistema penitenciário, com graves repercussões financeiras e de segurança pública para os Estados.

### III.2 UM PROBLEMA NÃO ISOLADO NO CONTEXTO MUNDIAL

40. A situação dos presídios brasileiros não é um fenômeno isolado e sem precedentes no cenário mundial. Diversos países enfrentam problemas de superlotação e graves deficiências em seus sistemas carcerários. Em Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Justiça

---

12 É possível, porém, pensar em modelos menos custosos para o poder público. A título de exemplo, as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APACs) aplicam método alternativo, no qual a manutenção de cada preso custa, em média, um salário mínimo, *i.e.*, cerca de um terço do valor da vaga de uma penitenciária comum.

13 Dados cedidos pelo Depen.

Criminal, realizado em Doha em abril deste ano, declarou-se que a superpopulação de presídios alcançou “proporções epidêmicas”. Apenas no ano passado, dos 193 países-membros da ONU, 77 registraram número de presos superior a 120% da capacidade dos estabelecimentos penais. Para citar apenas alguns exemplos, é o caso dos Estados Unidos, da Itália, da Rússia, da Colômbia e da África do Sul.

41. O caráter global da crise do sistema carcerário não deve, porém, servir de consolo ou desculpa para a manutenção da alarmante estrutura prisional brasileira. Pelo contrário, as experiências de alguns desses países no enfrentamento do problema nos fornecem exemplos de medidas e reformas capazes de produzir resultados efetivos na melhoria das condições carcerárias, além de trazer novas perspectivas sobre os papéis que a jurisdição constitucional pode desempenhar no processo.

42. Uma das experiências mais interessantes nesta seara, e que se aproxima da questão discutida no presente recuso extraordinário, é a da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Nos últimos anos, a Corte recebeu milhares de reclamações de presos de vários países europeus que pleitearam indenizações por danos morais sofridos, em razão de estarem submetidos a tratamento desumano e degradante, causado, sobretudo pela superlotação, em violação ao art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>14</sup>.

43. 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

---

14 Referido artigo da Convenção Europeia de Direitos Humanos consagra que “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

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.

44. Em alguns desses casos, a Corte foi além da decisão dos pedidos de reparação formulados pelos requerentes. Isso ocorreu precisamente quando a CEDH observou que a superlotação nas prisões revelava a existência de um problema estrutural e sistêmico do Estado, que consistia em uma *prática* incompatível com a Convenção Europeia. Em hipóteses como essa, a Corte Europeia entendeu que precisava conferir uma resposta mais eficaz às repetitivas reclamações recebidas e passou a adotar um procedimento especial, criado pela via de sua jurisprudência<sup>15</sup>. Nesse procedimento, denominado “julgamento piloto”, a CEDH identifica as causas do problema estrutural e determina ao Estado-réu a adoção de medidas para por fim às violações constatadas e para minorar, tanto quanto possível, suas consequências, sob a supervisão do Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

45. O “julgamento piloto” vem sendo adotado pela Corte Europeia em diversos casos que envolvem condições do sistema prisional. No caso *Ananyev et al. v. Rússia*<sup>16</sup>, a Corte analisou pedidos de indenização por danos morais formulados por dois presos provisórios russos. Ambos haviam sido mantidos em celas superlotadas, com superfície individual inferior a 3m<sup>2</sup>, enquanto aguardavam seus julgamentos. Ao analisar as reclamações, a CEDH entendeu que o sistema prisional da Rússia padecia de um problema estrutural consistente na

<sup>15</sup> Em 2010, o procedimento passou a ter previsão no art. 614 do Regulamento da CEDH.

<sup>16</sup> CEDH, Caso *Ananyev e outros v. Rússia*, j. em 10.01.2012.

existência de condições inadequadas de detenção, como a flagrante falta de espaço nas celas, a escassez de lugares para dormir, o acesso limitado à iluminação e ar fresco e a falta de privacidade no uso dos sanitários.

46. Diante desse cenário, a Corte, em primeiro lugar, condenou o governo russo a reparar pecuniariamente os danos morais sofridos pelos requerentes. Na sequência, a CEDH adotou o procedimento do “juízo piloto”, no âmbito do qual (i) produziu um diagnóstico sobre as causas da superlotação dos presídios russos e da violação aos direitos dos presos provisórios no país e (ii) determinou que a Rússia estabelecesse, no prazo de 6 meses, um calendário vinculante para a adoção de determinadas medidas preventivas, de modo a erradicar as causas da superlotação, e compensatórias, de modo a prover aos presos alguma forma de reparação pelos danos já sofridos.

47. Também merece destaque o emprego do “juízo piloto” em relação ao sistema carcerário da Itália. No caso *Torreggiani et al. v. Itália*<sup>17</sup>, diversos detentos que cumpriam pena em celas superlotadas ingressaram com requerimentos de condenação do Estado ao pagamento de indenizações. Tal como no julgado anterior, a Corte Europeia, além de determinar a reparação dos danos morais causados aos requerentes, aplicou o procedimento do juízo piloto, por ter identificado que a superpopulação carcerária na Itália possuía caráter estrutural. Como consequência, determinou que o governo italiano adotasse, no prazo de 1 ano, um conjunto de medidas aptas a reduzir a superlotação, que compreendesse remédios tanto preventivos, quanto compensatórios.

48. O mais interessante desse caso foi a sua repercussão positiva sobre as condições de encarceramento no país. Atendendo à decisão da CEDH, a Itália apresentou à Corte um plano de ação e adotou diversas medidas de reforma de seu sistema prisional. A título exemplificativo, estimulou a adoção de medidas alternativas à prisão,

---

17 CEDH, Caso *Torreggiani et. al v. Itália*, j. em 08.01.2013.

ampliou as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, sobretudo para crimes de menor potencial ofensivo, previu a expansão do uso da monitoração eletrônica, criou uma ouvidoria nacional das pessoas presas, reduziu as penas de crimes relacionados a drogas leves e ampliou as oportunidades de trabalho para os detentos<sup>18</sup>. No que se refere especificamente aos remédios compensatórios, o governo italiano estabeleceu um mecanismo de reparação *in natura* dos danos morais causados aos presos, consistente na remição de 1 dia de pena para cada 10 dias de detenção em condições degradantes ou desumanas<sup>19</sup>. Apenas os detentos que não estiverem mais sob custódia do Estado, ou cuja pena a cumprir não permita a dedução da totalidade da remição concedida, podem pleitear uma indenização pecuniária, pré-fixada no montante de 8 (oito) euros por dia de detenção.

49. Diante do sucesso das medidas adotadas pela Itália, menos de dois anos após a adoção do “juízo piloto”, a Corte Europeia declarou inadmissíveis duas novas demandas de indenizações por danos morais formuladas por presos italianos, nos casos *Stella et al. v. Italie* e *Rexhepi et al. v. Italie*<sup>20</sup>. Segundo a CEDH, havia evidências suficientes de que as medidas adotadas pelo governo italiano foram eficazes para atacar o problema da superlotação e para garantir os direitos dos presos, inclusive à reparação dos danos causados. De acordo com informações prestadas pela Itália, naquele momento, não havia mais nenhum detento que cumprisse pena em cela com espaço individual inferior a 3 m<sup>2</sup>.

50. A exemplo da União Europeia, os Estados Unidos também possuem uma fértil experiência no campo das reformas do sistema carcerário a partir de intervenções judiciais<sup>21</sup>. Entre 1965 e 1990, juízes

---

18 A respeito, confirmam-se o Decreto-Lei nº 78/2013, convertido na Lei nº 94/2013, o Decreto-Lei nº 146/2013, convertido na Lei nº 10/2014, a Lei nº 67/2014 e a Lei nº 79/2014.

19 Cf. Decreto-Lei nº 92/2014, convertido na Lei nº 117/2014.

20 CEDH, *Stella et al. v. Italie* e *Rexhepi et al. v. Italie*, j. em 16.09.2014.

21 Sobre o tema, cf: Malcolm Feeley; Edward Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge Univ.

federais concederam amplas ordens de reforma prisional em quase todos os estados norte-americanos<sup>22</sup>, por entenderem que determinadas prisões e, em alguns casos, todo o sistema prisional de um Estado impunham punição cruel aos presos, em violação à Oitava Emenda<sup>23</sup>. As decisões judiciais nesses casos, os chamados *prison reform cases*, tiveram em comum a intervenção em um amplo espectro de condições dos presídios, a formulação de ordens detalhadas para a reestruturação do sistema carcerário e o monitoramento das ações determinadas. São, assim, um dos maiores exemplos de formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

51. O caso mais emblemático dessa intervenção é o *Holt v. Sarver*, relativo ao sistema prisional do Arkansas<sup>24</sup>. Trata-se do primeiro caso em que o Judiciário norte-americano declarou a inconstitucionalidade de todo o sistema prisional de um Estado, por infligir cruel punição aos presos, em afronta aos seus direitos constitucionais. No caso, os presos do Arkansas alegaram falta de assistência médica, uma política cruel e irrazoável de confinamento dos detentos na solitária e a incapacidade do Estado em proteger os presos de ataques de outros internos. Ao julgá-lo, o juiz J. Smith Henley entendeu que as condições de detenção no Arkansas eram inconstitucionais, mas não impôs imediatamente as soluções que considerava adequadas. Ao invés disso, estabeleceu diretrizes para a humanização das prisões e ofereceu à administração prisional a oportunidade de estabelecer um plano para sanar as violações constatadas, que ficaria sob a supervisão da Corte.

---

Press, 1998.

22 A título exemplificativo, tais ordens foram concedidas no Alabama (*Pugh v. Locke*), Mississippi (*Gales v. Collier*), Carolina do Sul (*Plyler v. Evatt*), Carolina do Norte (*Small v. Martin*), Florida (*Costello v. Wainwright*), Georgia (*Guthrie v. Evans*) e Texas (*Ruiz v. Estelle*).

23 A Oitava Emenda à Constituição dos EUA dispõe que: “Não se poderá exigir fiança excessiva, nem impor multas excessivas, nem infligir penas cruéis e não usuais”.

24 Corte Distrital do Arkansas, Caso *Holt v. Sarver*, 309 F (1970).

52. Na sequência, realizaram-se diversas audiências para acompanhar os progressos obtidos e verificaram-se melhorias efetivas nas prisões estaduais, de modo que a Corte entendeu que a sua supervisão já não era necessária. Quando as condições prisionais tornaram a se agravar, a Corte interveio novamente, dessa vez, com ordens ainda mais detalhadas ao departamento penitenciário estadual, tais como a limitação do número de presos que poderiam ser confinados em uma cela e a definição de um período máximo de isolamento de 30 dias. Esta última determinação e outras foram questionadas perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, que as validou, por entender que eram necessárias para corrigir as violações constitucionais identificadas<sup>25</sup>.

53. Mais recentemente, em 2011, o famoso caso *Brown v. Plata*, relativo ao sistema carcerário da Califórnia também foi decidido pela Suprema Corte norte-americana<sup>26</sup>. No caso, a Suprema Corte declarou constitucional a ordem emitida por Corte distrital colegiada da Califórnia (*Three-judge Court*) no sentido de que o Estado limitasse a população prisional a até 137,5% da capacidade dos presídios, o que representaria a soltura de 46 mil detentos, por entender que a medida foi necessária para remediar as graves violações constitucionais constatadas.

54. A decisão da *Three-judge Court* havia sido proferida nas causas correlatas *Coleman v. Brown* e *Plata v. Brown*, relativas à ausência de tratamento adequado para presos com deficiências mentais e à falta de assistência médica aos presos, respectivamente. Nessa ocasião, tal Corte constatou que as graves condições sanitárias e a carência de assistência médica nas prisões estaduais possuíam como causa principal a superlotação e intimou a Califórnia a apresentar, em 45 dias, um plano de redução da população carcerária no prazo de 2 anos, cuja execução seria monitorada pela própria Corte. De acordo com a decisão, o Estado estaria livre para escolher as medidas para alcançar a meta, desde que não se tratasse de medidas meramente provisórias ou que repercutissem

---

25 Suprema Corte dos EUA, Caso *Hutto v. Finney*, 437 U.S. 678 (1978).

26 Suprema Corte dos EUA, Caso *Brown et al. v. Plata et al.*, 131 S. Ct. 1910, 1923 (2011).

negativamente sobre as condições de vida dos presos. Até hoje, porém, a Califórnia não atingiu o limite fixado. Recentemente, o prazo para o cumprimento da meta foi prorrogado até fevereiro de 2016. A despeito disso, a decisão permitiu considerável redução da população prisional do Estado e criou incentivos para a melhoria das condições de vida nos presídios locais.

55. Na mesma linha das experiências da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Judiciário norte-americano, a Corte Constitucional da Colômbia produziu um mecanismo de intervenção jurisdicional para lidar com falhas estruturais de políticas públicas que impliquem violações massivas e contínuas de direitos e que decorram de omissões prolongadas das autoridades estatais. Trata-se da categoria do *“estado de coisas inconstitucional”*. Quando a Corte colombiana reconhece e declara a existência de um estado de coisas contrário à Constituição, ela passa a atuar diretamente na formulação de políticas públicas, definindo metas e linhas de ação a serem implementadas por diferentes instâncias de poder. Nesses casos, em geral, a Corte designa uma autoridade para fiscalizar a execução da decisão, de modo que a atuação judicial não se encerra com a prolação da decisão, mas se protraí até que as diversas autoridades levem a cabo as determinações da Corte.

56. Na Sentença T-153, de 1998, uma das suas mais importantes decisões, a Corte Constitucional da Colômbia declarou que o sistema prisional colombiano constituía um estado de coisas inconstitucional<sup>27</sup>. O caso teve origem em demandas individuais relativas a duas penitenciárias específicas. No entanto, a Corte constatou que a superlotação e as condições desumanas de detenção eram problemas generalizados, configurando a violação massiva dos direitos fundamentais da população carcerária do país. Como resultado, a Corte colombiana determinou a diversos órgãos do Poder Público a adoção de uma série de medidas para a superação desse estado de coisas. Dentre

---

27 Corte Constitucional da República da Colômbia, Sentença T-153/98, j. em 28.04.1998.

tais medidas, destacam-se (i) a elaboração, no prazo de 3 meses, de um plano para a construção e renovação de presídios que deveria ser executado no período de 4 anos, sob a supervisão de determinados órgãos estatais, (ii) a disponibilização de recursos orçamentários, pelo governo federal, para a execução do plano, e (iii) a separação dos presos provisórios daqueles já condenados.

57. Ainda que com atrasos, tal plano foi efetivamente executado, com a criação de mais de 20 mil vagas. Decorridos mais de 15 anos da decisão, avalia-se, porém, que o reconhecimento do sistema prisional colombiano como um “*estado de coisas inconstitucional*” produziu resultados débeis em matéria de proteção dos direitos das pessoas encarceradas. É que o principal remédio determinado na sentença foi a construção de novas prisões, medida que logo se provou insuficiente para fazer face ao crescimento da população prisional e para garantir a melhoria das condições de vida nos presídios. Ainda assim, a Sentença teve o mérito de colocar a crise prisional em pauta no país e oferecer uma nova perspectiva a respeito do papel dos tribunais no enfrentamento da questão.

58. As experiências da União Europeia, dos Estados Unidos e da Colômbia, apresentadas brevemente acima, não evidenciam apenas que a crise prisional é um fenômeno global e generalizado. Mais do que isso. Elas demonstram, em primeiro lugar, que se trata de um problema complexo, cujo enfrentamento demanda uma atuação conjunta e coordenada de diversos poderes e órgãos estatais. Em segundo lugar, evidenciam a necessidade de se conferir primazia a soluções que atuem verdadeiramente sobre as causas das situações que deram origem às demandas. Por fim, apontam os papéis que a jurisdição constitucional tem a desempenhar no processo, seja para impor diretamente o respeito aos direitos mais básicos da população carcerária, seja para provocar os demais Poderes a adotarem medidas concretas para erradicar as violações constatadas.

III.3 UM PROBLEMA QUE DEMANDA UMA ATUAÇÃO COORDENADA

59. Como se viu, a perversa realidade prisional brasileira é um problema generalizado, complexo e estrutural, fruto de ações e omissões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que se estenderam durante várias décadas. Tal como se demonstrou nas experiências de direito comparado relatadas acima, não há soluções fáceis ou unilaterais para enfrentar essa obscura realidade. Para que sejam eficazes, é preciso implementar um conjunto complexo e planejado de medidas, articulado por todos os órgãos relativos ao sistema carcerário e esferas de poder. É necessário, ainda, que se confira prioridade a soluções que atuem diretamente sobre as causas do problema prisional.

60. Do retrato da situação carcerária, revelado no item III.1, acima, despontam nitidamente três principais causas da crise do sistema carcerário nacional, que estão de certo modo interligadas: (i) a superlotação, (ii) a lógica do hiperencarceramento, e (iii) as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.

61. De início, o problema mais imediato a ser enfrentado é a *superlotação*, não apenas em razão das violações de direitos humanos dos presos que enseja, mas também pelas dificuldades que impõe à gestão dos estabelecimentos prisionais. Como afirmou a CPI da Câmara dos Deputados, ela é “a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”. A ocupação dos presídios em número muito superior à sua capacidade prejudica severamente a manutenção de condições mínimas de higiene, privacidade e habitabilidade. Prejudica, igualmente, a prestação das diversas assistências previstas na LEP e a garantia da ordem e segurança internas, com efeito direto sobre as condições de vida dos presos e sobre a segurança pública.

62. Entendo que há diversas medidas capazes de diminuir o

déficit de vagas nos presídios, tais como:

(i) a construção de presídios, com preferência para o regime semiaberto, de modo a viabilizar o sistema progressivo de cumprimento da pena e por fim à inaceitável situação de presos que têm direito subjetivo a regime menos gravoso, mas são mantidos no regime fechado por falta de vagas;

(ii) enquanto não forem construídas novas vagas, a oferta de vagas aos presos que tenham direito subjetivo à progressão de regime ou que tenham sido condenados inicialmente ao regime semiaberto, deverá se dar por meio da organização de uma “fila de saída”. Tal fila deverá obedecer a critérios objetivos, que permitam a concessão de prisão domiciliar ou de antecipação do regime aberto a outro preso que já esteja cumprindo a pena no regime semiaberto e já tenha alcançado ou esteja mais próximo de alcançar o requisito objetivo para progredir para o regime aberto<sup>28</sup>;

(iii) o fim do uso excessivo e desproporcional da prisão provisória, a partir: *a*) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar tanto o decreto de prisão, quanto a não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, exigindo-se a especificação de fatos concretos que fundamentem a presença dos requisitos legais justificadores da prisão e que comprovem a insuficiência de cada uma das medidas cautelares não privativas de liberdade, ainda que aplicadas cumulativamente<sup>29</sup>; *b*) da ampliação, para todas as unidades da federação, da exigência de realização de audiências de

---

28 A ideia foi exposta em audiência pública realizada pelo Ministro Gilmar Mendes no âmbito do RE nº 641320, pela Sra. Maria Tereza Uille, à época Secretária de Estado, da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná.

29 Esta proposta consta de importante projeto de alteração do Código de Processo Penal apresentado ao Ministro da Justiça pelo Ministro Ricardo Lewandowski. É verdade que a jurisprudência desta Corte já exige a explicitação de elementos concretos justificadores da constrição da liberdade, tendo em vista a natureza excepcional da prisão antes do trânsito em julgado da condenação (v., entre outros, HC 119.095/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes). No entanto, a exigência é correntemente descumprida pelas instâncias inferiores.

custódia, conforme projeto piloto do CNJ<sup>30</sup>; e *c*) da criação de política de incentivo à utilização do monitoração eletrônica como alternativa à prisão provisória, por meio da locação de equipamentos, da instalação ou do fortalecimento de centrais de monitoração eletrônica e de outros mecanismos que garantam a fiscalização do cumprimento da pena<sup>31 32</sup>;

(iv) o estímulo à aplicação mais ampla de penas alternativas à prisão, por meio: *a*) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar a não aplicação das penas alternativas na sentença condenatória; e *b*) do investimento no fortalecimento das centrais de acompanhamento de penas e medidas alternativas e na criação de outros mecanismos que permitam aumentar o controle e a fiscalização do seu cumprimento<sup>33</sup>;

(v) o aumento da celeridade e da eficiência da Justiça criminal, pela adoção de providências como: *a*) a ampliação do número de Varas de Execução Penal, *b*) a reestruturação das VEPs já existentes, com o reforço do quadro de pessoal, o estímulo à adoção das boas práticas de gestão cartorária instituídas pelo CNJ e o fornecimento de treinamento a

---

30 V. os Termos de Cooperação Técnica celebrados (i) em 09.04.2015 entre o CNJ, o Ministério da Justiça – MJ e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD, visando à efetiva implantação do Projeto Audiência de Custódia, de modo a fomentar a viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuados presos em flagrante delito à autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas após sua prisão, e (ii) em 27.04.2015 entre o CNJ e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, visando, entre outros, à difusão e fomento das “Audiências de Custódia”.

31 V. Termo de Cooperação Técnica celebrado em 09.04.2015 entre o CNJ, o MJ e o IDDD, para a implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas.

32 A moderação no uso da prisão provisória deverá vir acompanhada de mecanismos de aceleração do processo penal e da revisão de precedentes que precisam ser superados, como o termo inicial da prescrição da pretensão executória (Código Penal, art. 112, I) e a possibilidade de execução provisória da decisão, na pendência de recurso especial ou extraordinário. Ninguém deseja um processo penal que transforme os advogados, por dever de ofício, em agentes da procrastinação.

33 V. Termo de Cooperação Técnica celebrado em 09.04.2015 entre o CNJ, o MJ e o IDDD, com o propósito de ampliar a aplicação de alternativas penais com enfoque restaurativo.

magistrados e servidores de apoio direto, c) a implantação de um sistema eficaz de monitoramento do tempo de obtenção dos benefícios da execução penal, e d) o efetivo impulsionamento de ofício dos processos de execução penal, sem necessidade de aguardar a manifestação da parte interessada, nos termos da LEP e da Resolução CNJ nº 113/2010; e

(vi) a melhoria do acesso à Justiça pelos presos, por meio: a) do fortalecimento e da garantia da autonomia financeira às Defensorias Públicas; e b) da ampliação do número de defensores públicos com atuação na esfera criminal, com prioridade para a lotação de defensores nos próprios presídios.

63. Em segundo lugar, é preciso *romper com a lógica do hiperencarceramento* que está por trás dos índices de crescimento exponencial da população prisional brasileira. O imaginário coletivo é permeado pela ideia de que colocar pessoas atrás das grades é a única resposta legítima para lidar com a criminalidade, independentemente do tipo e da gravidade do crime praticado. Porém, como demonstram os dados, trata-se de uma lógica falha. O encarceramento em massa não tem contribuído para os objetivos das políticas de segurança pública e para a prevenção do crime – ao contrário, tem favorecido o aumento da prática delitiva. Ele tampouco tem permitido a ressocialização dos presos, possuindo, em verdade, um efeito estigmatizante e degenerativo sobre a população carcerária. Apesar disso, a política tem gerado altos custos para os cofres públicos e para a sociedade.

64. Não ignoro que toda sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, como pressuposto da vida civilizada e da proteção dos direitos humanos de todos. A despeito disso, é imperativo encontrar um ponto de equilíbrio. O direito penal deve ser moderado e sério: sem excesso de tipificações, que geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados. Como exige a Constituição, a privação de liberdade deve ser medida de ultima ratio,

aplicada apenas quando a gravidade da ofensa e a importância do bem jurídico tutelado tornarem todas as demais medidas nitidamente inadequadas.

65. Para combater a lógica do hiperencarceramento e reforçar o caráter subsidiário da prisão, penso que o Direito pode oferecer algumas respostas, além daquelas já enunciadas acima. É possível, por exemplo:

(i) ampliar as espécies de penas alternativas à prisão e as hipóteses de cabimento de prisão domiciliar monitorada;

(ii) revisar a política de encarceramento em crimes sem violência ou ameaça contra a pessoa, como o furto, primando por medidas de indenização da vítima e de serviços à comunidade;

(iii) revisar a política de drogas, por meio *a)* da criação de critérios legais objetivos para diferenciar usuário e pequeno e grande traficante no âmbito da Lei no 11.343/06; e *b)* de um processo de debate público e reflexão sobre a descriminalização do consumo e do comércio de drogas, em especial daquelas consideradas leves, com forte regulação e controle da produção;

(iv) exigir a elaboração de estudo de impacto político-criminal<sup>34</sup> pelo Poder Legislativo previamente à aprovação de qualquer reforma na seara criminal, de modo que as alterações da legislação penal não sejam aprovadas no escuro, mas a partir da consideração de seus efeitos empíricos e impactos financeiros;

(v) incentivar políticas de prevenção do crime, por meio das atividades de inteligência policial e prisional; e

(vi) realizar campanhas institucionais de conscientização da população a respeito das condições dos presídios brasileiros e de seu impacto negativo sobre o aumento da violência e a segurança pública.

66. Por fim, é preciso suprir as graves *deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios*. Se as medidas apresentadas

<sup>34</sup> Salo Carvalho, Em defesa da Lei de Responsabilidade Político Criminal, In *Revista da EMERJ*, v. 15, 2012.

nos itens anteriores podem oferecer uma boa resposta aos níveis crescentes de encarceramento, tais ações não atuam direta e imediatamente sobre as condições de vida dos detentos. Por isso, qualquer projeto de reforma prisional deve envolver também respostas diretas e efetivas às condições desumanas e degradantes de detenção, dentre as quais destaco as que se seguem:

(i) melhoria da estrutura física dos estabelecimentos penais, a partir da promoção de reformas estruturais nos presídios existentes, com vistas a garantir colchões para todos os detentos, iluminação e ventilação adequadas das celas, tratamento de esgoto e melhorar as condições das instalações em geral;

(ii) aperfeiçoamento da estrutura de funcionamento dos presídios, por meio: *a)* da classificação e da separação dos presos, no mínimo, entre primários e reincidentes e entre provisórios e condenados, de modo a evitar a arregimentação de presos primários por facções e evitar conflitos nos presídios; *b)* da contratação de novos agentes penitenciários, mediante concurso público; e *c)* da capacitação profissional e valorização da carreira, com aumento da remuneração e a criação ou fortalecimento de planos de carreira, de modo a evitar a corrupção, maus tratos e a contratação de filiados a facções para trabalharem nas cadeias;

(iii) melhoria das assistências *a)* material, mediante o fornecimento de alimentação e água potável em quantidade e qualidade adequadas, vestuário e material de higiene pessoal, *b)* laboral, com a ampliação da oferta de postos de trabalho internos e externos, *c)* educacional, mediante a criação de programas de valorização da educação no sistema prisional e a instalação de bibliotecas em todos os presídios, *d)* à saúde, com garantia de atendimento e tratamento adequado dos presos, *e)* ao egresso, com programas de ressocialização para evitar a reincidência, e *f)* à mulher, de modo a atender às suas necessidades específicas no cárcere e reduzir o impacto familiar e social de sua segregação; e

(iv) melhoria do monitoramento e da gestão dos presídios, por

meio: *a)* da capacitação de gestores com formação específica; *b)* da realização de inspeções e mutirões com maior frequência, *c)* da implantação de um sistema informatizado unificado, que permita o registro, o acompanhamento e o controle da execução penal dos detentos de todo o país; *d)* da criação de uma ouvidoria ou outro mecanismo eficaz para que detentos possam reclamar das condições de detenção, prevenindo os maus tratos, a violência e a tortura; e *e)* do fim das revistas vexatórias de familiares e outros visitantes, que devem ser substituídas por meios mais eficazes e menos invasivos, como aparelhos de *scanner* corporal e a inspeção do preso imediatamente após a visita (quando viável), de modo a proteger a dignidade e a intimidade dessas pessoas, sem descuidar da segurança nos presídios.

67. Não se ignora que muitas das propostas relacionadas acima são custosas. Desse modo, para que sejam factíveis, é preciso assegurar que os Estados destinem recursos suficientes para a garantia de condições mínimas de dignidade nas prisões. Há que se considerar, porém, que o sistema penitenciário conta com um fundo específico para financiar medidas de aprimoramento e modernização. Trata-se do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, instituído pela Lei Complementar nº 79/1994.

68. De acordo com informações do Depen, atualmente, o Fundo possui saldo contábil de aproximadamente R\$ 2,2 bilhões<sup>35</sup>. Desde a sua criação em 1994 até 2014, o fundo arrecadou mais de R\$ 4,4 bilhões (em valores não atualizados). No entanto, apenas parcela desse valor, de cerca de R\$ 3,4 bilhões, foi disponibilizada aos Estados<sup>36</sup>. Isso se deve a dois motivos principais. Primeiro ao contingenciamento de parte do orçamento do Funpen pelo governo federal para obtenção do superávit primário, que vem ocorrendo desde a criação do fundo<sup>37</sup>. Segundo porque uma parcela significativa dos valores disponíveis não é utilizada

35 Dados cedidos pelo Depen.

36 Dados cedidos pelo Depen.

37 Ministério da Justiça, FUNPEN em números, 6a ed., 2012, p. 138.

pelos Estados, seja porque não conseguem cumprir as exigências formuladas pelo governo federal para o repasse dos fundos, seja porque têm dificuldades para executar os valores repassados.

69. A esse propósito, matéria publicada no Jornal *O Globo*, de 27.04.2015, revelou que o Plano Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, lançado em 2011, destinado a reduzir a superlotação dos presídios, não avançou. Segundo se apurou, *“dos 99 convênios fechados com estados para criação de 45.934 vagas ao custo de R\$ 1,2 bilhão, nada foi concluído, segundo dados do próprio Ministério da Justiça”*. O texto informa, ainda, que *“há 46 obras que ainda nem começaram”* e, *“das 53 que já tiveram início, 33 estão paralisadas”*.

70. Dessa forma, além de todas as medidas acima, é preciso garantir que a totalidade dos recursos com destinação específica para a questão carcerária seja efetivamente empregada na melhoria do sistema. Para isso, é preciso *a)* determinar o imediato descontingenciamento do Funpen, e *b)* promover estudo sobre as atuais exigências para que Estados sejam contemplados com transferências do fundo, de modo a excluir ou flexibilizar eventuais requisitos que se mostrem excessivamente onerosos, sem sacrificar o controle da efetiva destinação dos recursos.

71. Considero que esse conjunto de medidas deve compor a agenda mínima de discussão em torno de uma nova política prisional. A quase totalidade das medidas enunciadas acima não é original. Muitas delas fazem parte de um consenso entre os órgãos especializados e entidades da sociedade civil, nacionais e internacionais, dedicados ao tema. Algumas correspondem a projetos relevantes e de conhecimento público, já iniciados ou que ainda necessitam sair do papel. E outras tantas não representam nada mais do que o efetivo cumprimento da lei. O elenco não corresponde, porém, a uma proposta de reforma. Constitui antes um convite a que as instâncias envolvidas reflitam sobre os possíveis caminhos a serem trilhados, de modo a cumprir os

mandamentos constitucionais que impõem a garantia à dignidade humana dos presos.

72. Independentemente das medidas a serem adotadas, para que uma ampla reforma seja possível, é preciso, primeiro, que cada um dos poderes e instituições envolvidos reconheça a gravidade da situação e suas responsabilidades em seu enfrentamento, abandonando a inércia que caracterizou a política penitenciária por tantas décadas. É fundamental, ainda, que as instituições relacionadas ao sistema prisional assumam, cada uma, a sua parcela de culpa e empreendam um esforço conjunto e cooperativo no sentido de garantir aos presos os direitos mais básicos que lhes são assegurados pela Constituição.

73. Nesse processo, entendo que a jurisdição constitucional não pode desempenhar o papel de mero expectador. Ao contrário, o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional no país. Sua intervenção estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam, assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias.

74. À luz dessas considerações, passo a analisar o recurso extraordinário.

#### IV. A SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

##### IV.1 HÁ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDIÇÕES DESUMANAS DE ENCARCERAMENTO

75. Como referido inicialmente, o presente recurso extraordinário discute duas questões fundamentais: (i) a existência de responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos presos em decorrência da superlotação e do encarceramento em condições desumanas ou degradantes, e (ii) a possibilidade de invocação da cláusula da reserva do possível para afastar a obrigação do Estado de indenizar os danos produzidos nessas circunstâncias.

76. O sistema de responsabilidade civil tem sua fonte primária na Constituição Federal. Em linha com a centralidade da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, a Carta de 88 assegura a ampla indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de violações a uma ampla gama de interesses existenciais, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, V e X, CF). Como observou Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade humana e os danos morais correspondem a duas faces de uma moeda<sup>38</sup>. A causa do dano moral nada mais é do que a lesão à dignidade, de modo que “quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injusto sofrido”<sup>39</sup>.

77. No caso em exame, a violação à dignidade humana e os danos morais suportados pelo recorrente são incontroversos. Nos autos, há relatório da Vigilância Sanitária do Município (fls. 50/52), documento do Departamento Penitenciário Nacional (fls. 247/248) e Decreto editado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul (fls. 442/443) que comprovam a situação alarmante a que são submetidos o recorrente e outros detentos que cumprem pena no presídio de Corumbá, causada

38 Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2007.

39 *Ibid*, p. 326.

pela superlotação e por problemas estruturais, como a ausência de condições mínimas de higiene e habitabilidade e de espaço nas celas. A violação a direitos fundamentais do recorrente é igualmente reconhecida em todas as decisões proferidas no processo, mesmo naquelas que afastaram o dever estatal de indenizar. Nesse sentido, o acórdão recorrido reconhece expressamente que “[n]ão há dúvidas quanto à superpopulação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos” (fls. 405).

78. Diante do retrato do sistema carcerário brasileiro, revelado acima, parece também incontroverso que a situação de parcela considerável dos presos no país, mantidos em celas superlotadas, insalubres e em condições degradantes, atinge radicalmente a sua dignidade. É, assim, causadora de um dano moral. No entanto, como a tese aqui firmada será dotada de repercussão geral, julgo importante registrar que os danos morais devem ser efetivamente comprovados para que sejam indenizáveis. Para esse fim, não bastam afirmações genéricas a respeito da crise do sistema prisional no país.

79. O dano moral deve ser demonstrado a partir de elementos concretos da realidade do detento, tais como o espaço físico individual disponível na cela, a salubridade do ambiente, as condições estruturais do presídio e as deficiências na prestação das assistências material, de saúde, laboral e educacional<sup>40</sup>. Até mesmo porque, embora constituam minoria,

---

40 No Brasil, a LEP prevê que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório e que deve ter a) ambiente salubre pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; e b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup>. No entanto, ainda não foram identificados critérios objetivos para que se possa avaliar quando a pena passa a ser ilegítima à luz da dignidade humana. À diferença da jurisprudência da Corte Europeia, não há definição a respeito do espaço individual mínimo na cela ou das condições de salubridade e higiene que constituem condições indignas. A falta de parâmetros no contexto nacional pode ser suprida, ainda que parcialmente, pela adoção dos critérios de insalubridade previstos na legislação trabalhista e pelas normativas do CNPCP sobre arquitetura prisional. A título de exemplo, a Norma Regulamentadora 15, do Ministério do Trabalho e Emprego, traz definição sobre o

há vários estabelecimentos no país que apresentam condições dignas de encarceramento. De acordo com a CPI do Sistema Carcerário, esse é o caso, por exemplo, das APACs de Minas Gerais, do presídio feminino Ana Maria do Couto May, em Mato Grosso, e do presídio da Papuda, em Brasília, consideradas as melhores unidades prisionais do país. Também é o caso dos presídios federais, que recebem os líderes de organizações criminosas e outros presos de alta periculosidade. Daí exigir-se a efetiva prova do dano, sem a qual sequer há o que indenizar.

80. Fixada a premissa de que o encarceramento em condições degradantes causa um dano moral ao preso, passo a enfrentar as duas questões suscitadas no processo.

*i) Há responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos presos em decorrência de condições degradantes e superlotação?*

81. A primeira questão formulada diz respeito à existência de responsabilidade do Estado pela reparação dos danos morais causados em decorrência da superlotação e de condições de encarceramento incompatíveis com o respeito à dignidade humana.

82. Tradicionalmente, o sistema de responsabilidade civil funda-se em três pressupostos: o dano, a culpa e o nexo causal. Amparada pela teoria do risco administrativo, a Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, afastou o elemento da culpa para a configuração do dever ressarcitório do Estado por danos que seus agentes causarem a terceiros. Nessa hipótese, basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade com a conduta estatal para que seja deflagrada a responsabilização do ente público.

83. No caso em exame, as respostas fornecidas pelas partes são

---

que se considera atividade insalubre em seus graus mínimo, médio e máximo. De forma semelhante, a Resolução CNPCP nº 9/2011 define as dimensões mínimas para celas coletivas para projetos de arquitetura penal.

diametralmente opostas quanto a essa primeira questão, porque concebem de maneira diversa a responsabilidade civil no caso de omissão estatal. O recorrente sustenta que o art. 37, § 6º, da Constituição abrange tanto condutas comissivas quanto omissivas do Estado, de modo que a responsabilidade estatal no caso seria objetiva, prescindindo da demonstração da culpa para que se configure o dever de indenizar. Já o recorrido argumenta que a responsabilidade que lhe é imputada tem natureza subjetiva, porque referido dispositivo constitucional somente abarcaria atos comissivos. Assim, como as violações aos direitos dos presos decorreriam de omissões, seria preciso comprovar a negligência do poder público, o que, segundo afirma, não teria sido demonstrado no processo.

84. Diferentemente do que alegam as partes, entendo que, na hipótese em exame, a responsabilidade civil do poder público é por ação, e não por omissão. Afinal, o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres. Ainda que assim não fosse, a definição da natureza da responsabilidade civil no caso deve considerar a particularidade de que os presos encontram-se sob a custódia do Estado. Nessa situação, estão inseridos em uma instituição total, na qual se submetem inteiramente ao controle do poder público e dependem de agentes estatais para quase todos os aspectos de sua vida, inclusive para o atendimento de suas necessidades mais básicas e para sua autoproteção. Como contrapartida, o Estado assume uma *posição especial de garante* em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação de liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida<sup>41</sup>.

85. Em razão desta posição de garante, o Estado sujeita-se a uma responsabilidade diferenciada, de caráter eminentemente objetivo, que decorre da existência de um dever individualizado de velar pela

41 V. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 2011, OEA.

integridade dos presos (art. 5º, V e X, CF). Nessa hipótese, ainda que o dano moral causado decorra de uma omissão estatal, tratando-se do descumprimento do dever constitucional de guarda, o poder público é obrigado a repará-lo.

86. Trata-se de entendimento que possui amplo respaldo na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Sensível à particular vulnerabilidade e sujeição daqueles que estão sob custódia estatal, esta Corte tem afirmado que o Estado tem o dever de indenizar os danos causados à integridade física e psíquica dessas pessoas, ainda quando demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. A título exemplificativo, a responsabilidade objetiva do Estado foi reconhecida nos casos de dano causado a aluno por outro aluno em escola da rede pública (RE 109.615), de morte de detento por colegas de carceragem (RE 272.839), de lesões corporais sofridas por menores internados em centro socioeducativo em decorrência de incêndio (ARE 669001) e de suicídio de detento (ARE 700.927).

87. Por esses motivos, considero que o Estado é objetivamente responsável pela reparação dos danos morais causados ao recorrente em decorrência do encarceramento em condições de indignidade. Portanto, comprovado o dano moral e estabelecido o nexo de causalidade entre a insuficiência das políticas públicas prisionais adotadas e a violação à dignidade do recorrente, surge o dever de indenizar.

*ii) É possível afastar a responsabilidade civil do Estado pela aplicação da teoria da reserva do possível?*

88. É preciso, ainda, enfrentar uma segunda questão concernente à possibilidade de se invocar a cláusula da reserva do possível para afastar a obrigação do poder público de indenizar os danos causados ao recorrente.

89. O Estado de Mato Grosso do Sul alega que a pretensão do recorrente de obter reparação do poder público pelas condições adversas de encarceramento encontraria óbice na teoria da reserva do possível. Segundo ele, as atuais condições carcerárias e a superlotação seriam o reflexo da incapacidade material do Estado de destinar mais recursos para a melhoria das condições do sistema penitenciário. Nesse sentido, conclui que não pode ser responsabilizado diante de uma opção política legítima levada a cabo pelos representantes eleitos na elaboração da lei orçamentária, no sentido de priorizar a destinação de recursos para outras demandas sociais.

90. No caso em questão, já seria suficiente para afastar a incidência da cláusula da reserva do possível o fato de que o Estado não se desincumbiu do ônus da prova da insuficiência de recursos para custear a indenização assegurada ao preso. Na verdade, o recorrido limitou-se a argumentar, de forma genérica, que não há disponibilidade orçamentária para garantir melhor tratamento aos presos. O Estado não trouxe nenhum elemento capaz de demonstrar que não teria capacidade financeira para o pagamento da indenização pecuniária ao recorrente, fixada no valor de R\$ 2 mil, ou para conceder o mesmo direito aos presos que se encontrem na mesma situação. Não se pode, porém, admitir a invocação da cláusula da reserva do possível como argumento meramente retórico, de modo a permitir que o poder público se exima de seus deveres legais, inclusive de reparação dos danos por ele causados.

91. Há outras três razões que revelam a improcedência do argumento de aplicação desta teoria no caso. A primeira se relaciona ao fato de a responsabilidade civil submeter-se a uma lógica particular, que se afasta da lógica tradicional de aplicação da reserva do possível. A cláusula é comumente invocada como limite à efetivação de direitos sociais de caráter prestacional. Isso se deve ao fato de que a concretização desses direitos se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos consideráveis, de modo que, em um contexto de escassez

de recursos, o Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para a alocação desses recursos. Deve realizar *escolhas trágicas*: investir em um determinado setor *sempre* implica deixar de investir em outros. Trata-se, portanto, de uma lógica de justiça distributiva. Por sua vez, no campo da responsabilidade civil impera um racional diverso, fundado na realização da justiça comutativa ou corretiva. O que se busca com a reparação civil não é a distribuição de bens sociais, mas o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa. Exige-se, assim, uma relação de equivalência entre o dano sofrido e a reparação atribuída.

92. Não se ignora que todos os direitos, inclusive os individuais, têm custos<sup>42</sup>. No entanto, ainda que as limitações financeiras não sejam de todo estranhas à responsabilização civil, não faz sentido impor considerações estritamente distributivas nesse campo, afastando a lógica comutativa que lhe é inerente. Isso, por óbvio, equivaleria a desvirtuar o instituto e criar um regime de irresponsabilidade civil, em que a todo tempo o Estado alegaria a escassez de recursos para se isentar do dever de reparar os danos causados à população. E mais, o mesmo raciocínio legitimaria a invocação da reserva do possível em casos como o de repetição de indébito tributário ou de desapropriação de terras, do que evidentemente não se cogita.

93. O dever de indenizar os danos causados é, porém, norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, que independe da execução de políticas públicas ou de qualquer outra providência estatal para sua efetivação. É por isso que a teoria da reserva do possível deve ter uma aplicação restrita no âmbito da responsabilidade civil do Estado. Em regra, o reconhecimento da escassez de recursos não deve conduzir à improcedência do pedido, mas deve atuar como vetor interpretativo, a aconselhar aos juízes a devida parcimônia na fixação do montante indenizatório a ser suportado pelo ente público. Apenas em situações muito excepcionais, em que a prestação exigida for irrazoável e o ente

---

42

Stephen Holmes; Cass Sunstein, *The Cost of Rights*, 1999.

público comprovadamente não tenha meios para custeá-la, poderá servir para afastar o direito à indenização. Não se tratando dessas situações, o Estado deve prover os recursos financeiros para a satisfação da indenização por meio da expedição de precatórios (art. 100, CF) ou das requisições de pequeno valor, conforme o caso.

94. A segunda razão, por sua vez, está relacionada à impossibilidade de emprego da teoria da reserva do possível nos casos em que isso serve como meio de anular direitos fundamentais conferidos pela Constituição, tal como ocorre em relação aos presos. Conforme já foi reconhecido por este STF, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45, referida cláusula *“não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade”*. A recusa dos tribunais em reconhecer aos presos o direito à indenização dos danos morais sofridos esbarra justamente nesse limite. A exclusão da responsabilidade do Estado implica negar a uma minoria estigmatizada a própria titularidade de direitos, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

95. Nesse sentido, é sintomático que o Judiciário brasileiro conceda amplamente indenizações em situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento injustificado de voos, a devolução indevida de cheque e a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, mas as negue a detentos muitas vezes tratados como lixo humano nas prisões<sup>43</sup>. Como sugere Ana Paula de Barcellos, a explicação para esta situação está no fato de a sociedade brasileira não ter *“incorporado a noção de dignidade como um atributo inerente ao ser humano, mas como um atributo que pode ou não lhe ser reconhecido, dependendo do que o indivíduo faz ou deixa*

43 STJ, REsp 740968, Súmula 388 e REsp 1105974, respectivamente. Valores previstos em tabela divulgada no site do STJ. Disponível em: <[http://stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679](http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679)>.

*de fazer*<sup>44</sup>. No entanto, tal concepção *desigualitária* não encontra lugar na atual ordem constitucional brasileira. Como já afirmei, a dignidade humana possui em seu núcleo essencial o valor intrínseco de cada pessoa, valor esse que independe de qualquer evento ou experiência e, portanto, não pode ser perdido mesmo diante do comportamento mais reprovável<sup>45</sup>.

96. A terceira e última razão para afastar a aplicação da reserva do possível se liga justamente ao valor intrínseco dos seres humanos. Dele decorre um postulado antiutilitarista, que se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais de outros. Esse postulado impede que preocupações com a saúde financeira dos Estados possam ser utilizadas para negar aos presos a compensação pelos danos morais, ao argumento de que os recursos deveriam ser destinados à reforma do sistema prisional.

97. A solução de determinar aos presos que suportem, sem qualquer indenização, os danos causados pelo Estado, enquanto este supostamente adota providências para a solução do problema, equivale à adoção de uma concepção utilitarista, permitindo a instrumentalização do preso para a execução de políticas públicas, o que é incompatível com a dignidade humana. Mais do que isso, não conceder a reparação por danos morais aos presos não confere nenhuma garantia de que os recursos economizados serão empregados na melhoria das condições carcerárias. Pelo contrário, a exclusão da responsabilidade civil no caso agiria como mais um estímulo para que tudo continue como está, já que as violações aos direitos dos presos permaneceriam impunes.

98. Por fim, devo dizer que não ignoro a situação ultrajante

---

44 Ana Paula de Barcellos, *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*, In *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, pp. 39-65.

45 V. Luís Roberto Barroso, *Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. In *Revista dos Tribunais*, Ano 100, v.. 919, 2012.

das vítimas de crimes e de seus herdeiros, que muitas vezes têm sua vida e sua família destruídas e raramente são indenizadas pelos danos materiais e morais que suportaram. O sofrimento dessas pessoas é uma situação da maior gravidade, que deve ser levado em consideração pelo Direito. No entanto, os crimes cometidos pelos presos não conferem ao Estado a prerrogativa de tratá-los como menos que gente. A pena admitida pela lei e pela Constituição é a de privação da liberdade, e não a de perda da dignidade.

99. Por tudo o que foi exposto, concluo que o Estado é responsável por indenizar os danos morais causados ao recorrente, sendo indevida a aplicação da cláusula da reserva do possível para afastar a responsabilidade civil do poder público no caso.

#### IV.2. A SOLUÇÃO PROPOSTA: REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DO DANO MORAL

100. Até aqui, acompanhei integralmente o voto do eminente ministro relator. A minha divergência, como se verá, não é quanto aos fundamentos, mas quanto à consequência.

101. Diante do estado de inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro, entendo que a fixação de uma compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser empregados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

102. O problema decorre, em boa medida, de deficiências

inerentes à lógica patrimonialista que ainda governa a reparação do dano moral no direito brasileiro. De modo paradoxal, a única resposta que se tem oferecido a lesões a interesses extrapatrimoniais é uma indenização em dinheiro<sup>46</sup>. No entanto, diversamente do que ocorre com os danos materiais, no que diz respeito aos danos à personalidade, o pagamento de uma quantia monetária jamais será suficiente para restituir a pessoa à situação anterior ao dano ou aproximar-se disso: são bens essencialmente diversos em sua natureza e valor<sup>47</sup>.

103. Mais do que ineficaz para reparar os danos sofridos, a exclusividade conferida ao caminho da compensação pecuniária produz diversas distorções, apontadas por Anderson Schreiber em trabalho sobre o tema<sup>48</sup>. Ela gera uma tendência à *precificação* dos direitos da personalidade e da própria dignidade da pessoa humana e induz à adoção de um cálculo utilitarista, de custos e benefícios, na produção dos danos. Se o valor das indenizações for menor que o preço atribuído às qualidades humanas, “melhor” prosseguir com a conduta lesiva do que impedir a ocorrência do dano. Nessa lógica de mercado, ofensas morais passam a ser admitidas desde que se possa arcar com o custo correspondente. Ainda, a compensação estritamente financeira estimula demandas oportunistas – a “indústria do dano moral” –, nas quais a invocação de interesses existenciais volta-se tão-somente à obtenção de lucros.

104. Diante dessas deficiências, vislumbra-se uma tendência da responsabilidade civil brasileira no sentido de oferecer novos remédios não pecuniários de reparação dos danos extrapatrimoniais<sup>49</sup>. Tais

---

46 A respeito, v. Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil Brasileira*, 5a ed., 2009; *Reparação Não Pecuniária dos Danos Morais*, In *Direito Civil e Constituição*, 2013.

47 Anderson Schreiber, *Reparação Não Pecuniária dos Danos Morais*, *op. cit.*, p. 207.

48 *Ibid.* pp. 207-210.

49 Anderson Schreiber, *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*, In *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 22, pp. 45-69.

mecanismos buscam oferecer o chamado ressarcimento *in natura* ou na forma específica, cujo objetivo não é o de compensar monetariamente a lesão sofrida, mas o de aplacar a própria lesão. Um exemplo desse tipo de remédio no campo dos interesses existenciais é a retratação pública. Diversas decisões judiciais já a adotam como meio de reparação de danos à honra, conferindo à vítima um mecanismo eficaz para recuperar sua reputação junto ao meio social em que se insere<sup>50</sup>.

105. Essa lógica de despatrimonialização da reparação dos danos morais é perfeitamente aplicável ao caso em exame. Em um cenário de sistemática violação aos direitos fundamentais da população carcerária, não se pode negar que a indenização em dinheiro é um remédio insuficiente para compensar os danos sofridos pelos presos. Faz-se necessário, assim, buscar um mecanismo de reparação específica das lesões existenciais causadas aos detentos que seja capaz de recuperar, tanto quanto possível, as condições mínimas de dignidade que lhes foram subtraídas.

106. Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à

---

50 A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou que concessionária de energia elétrica a retratar-se publicamente pelos danos causados a cliente, por ter interrompido injustamente o fornecimento de energia de sua casa pelo período de quase um ano sem prévia notificação (TJRJ, Apelação Cível 2009.001.22993, j. em 09.06.2009). Em outro caso, o TJRJ condenou estabelecimento comercial a publicar em jornal de grande circulação uma nota de reconhecimento da abordagem injusta realizada por segurança da loja, que interceptou uma cliente para revistar a sua bolsa (TJRJ, Apelação Cível 2004.001.08323, j. em 18.05.2004).

redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”<sup>51</sup>, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.

107. Esta solução não afasta inteiramente a indenização pecuniária, mas lhe confere caráter subsidiário. O ressarcimento em dinheiro dos danos morais será cabível apenas quando a remição da pena não for possível. Como se verá adiante, isso ocorreria, por exemplo, no caso de detentos que já tivessem cumprido integralmente a pena ou de preso provisório que tivesse se submetido a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido.

108. O mecanismo de reparação de danos proposto, como se viu, é admitido no Direito Comparado, tendo sido adotado pela Itália e aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>52</sup>. Ao analisar o mecanismo, a CEDH concluiu se tratar de “uma reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção”, com “a vantagem inegável de contribuir para o problema da superlotação”<sup>53</sup>.

109. No Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua

---

51 Código Civil, art. 944.

52 As decisões de tribunais internacionais, além de importante fonte doutrinária, devem ser consideradas na interpretação constitucional a partir da lógica de uma integração discursiva entre as ideias, argumentos e soluções empregados. Como apontou Daniel Sarmiento, “existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias constitucionais ‘migram’. Há uma positiva troca de experiências, conceitos e ideias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo” (Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões. In: Cândice Lisbôa. (Org.). *Vulnerabilidades e Invisibilidades*, 2014).

53 CEDH, Caso *Rexhepi et al. v. Italie*, j. em 16.09.2014.

*lógica estruturante*, quanto em sua *forma e modo de execução*. É o que se passa a demonstrar.

110. Primeiro, sua *lógica estruturante* corresponde à ideia de que o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento.

111. Essa lógica não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, trata-se da mesma *ratio* adotada na concessão de aposentadoria especial a quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Nesses casos, por autorização constitucional expressa (arts. 40, § 4º, III e 201, § 1o, CF), adotam-se critérios diferenciados para a contagem do tempo de contribuição, de modo que os segurados possam se aposentar mais cedo, afastando-se das atividades nocivas. A concessão do benefício previdenciário justifica-se exatamente pela presunção de que a exposição a agentes biológicos, físicos e químicos causa um desgaste maior a esses trabalhadores, de modo que, como já decidiu esta Corte, “*não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo*”<sup>54</sup>. O benefício configura, portanto, uma “*compensação legal*”<sup>55</sup>, que se presta a reparar o segurado sujeito a condições laborais inadequadas. Como se vê, trata-se de lógica muito semelhante, se não idêntica, à da remição da pena como forma de compensar os danos morais sofridos pelos presos por condições degradantes de detenção.

---

54 ARE 664335, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. Em 04.12.2014.

55 Fábio Zambitte Ibrahim, *Curso de Direito Previdenciário*, 17a ed., 2012, p 621.

112. Segundo, no que se refere à sua *forma*, a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado. É que nas palavras de Ana Messuti, o tempo é o “*verdadeiro significante da pena*”<sup>56</sup>. A redução do tempo da condenação representa, assim, um remédio específico: a liberdade antecipada conquistada por meio do desconto da pena faz cessar as violações suportadas pelo preso no cárcere. O tempo de liberdade, fora das condições degradantes das prisões, torna-se, portanto, uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro.

113. Essa espécie de reparação é plenamente compatível com a Constituição, que assegura a indenização pelos danos morais (art. 5º, V e X, CF), mas não elege um meio determinado para seu ressarcimento. Mais do que isso, a busca de mecanismos que assegurem a tutela específica dos interesses extrapatrimoniais constitui um imperativo constitucional, que decorre do princípio da reparação integral dos danos sofridos e da prioridade conferida pela Carta de 88 à dignidade da pessoa humana. Afinal, os mecanismos de reparação *in natura* permitem a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais, impedindo que sua satisfação fique exclusivamente a cargo da pecúnia. Como afirmou Anderson Schreiber, “*seria absurdo que a tutela dos interesses mais relevantes da ordem jurídica se concretizasse por instrumento de menor amplitude e efetividade*”<sup>57</sup>.

114. O ressarcimento na forma específica tampouco é novidade. Ele sempre esteve presente no campo da responsabilidade civil, inclusive

56 Ana Messuti. O tempo como pena, 2001.

57 Anderson Schreiber, *Reparação Não Pecuniária dos Danos Morais*, *op. cit.*, p. 215.

em uma posição de precedência em relação à reparação em dinheiro. Basta conferir a redação do art. 947 do Código Civil, que, ao dispor sobre a indenização, prevê que apenas “*se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.*” Mesmo no campo do direito das obrigações, que ostenta caráter patrimonial, já se reconhece de forma unânime a primazia da solução in natura, conferindo ao dinheiro papel subsidiário. A exemplo, o Código de Processo Civil, em seus arts. 461 e 461-A, prevê expressamente que “*a obrigação somente se converterá em perdas e danos (...) se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente*”. Não faz sentido, portanto, permitir que os danos patrimoniais causados pelo descumprimento de obrigações possam ser reparados na forma específica, mas apenas admitir a pecúnia como forma de compensação dos danos extrapatrimoniais<sup>58</sup>.

115. Terceiro, e por fim, o *modo de execução* do remédio proposto corresponde exatamente ao do instituto da remição penal, previsto na LEP. É certo que os mecanismos não se confundem. A remição da Lei de Execução Penal consiste no direito do preso de reduzir o tempo de cumprimento da pena, em razão do trabalho ou do estudo. O instituto possui, assim, um sentido ressocializador. Busca estimular o interno a desenvolver atividades que lhe darão melhores condições de reingressar na sociedade. Já a remição penal aqui proposta é um mecanismo de reparação de danos. No entanto, ela deverá ser executada a partir do mesmo *modus operandi* da LEP<sup>59</sup>. De um lado, em linha com o art. 126 da LEP, a remição será executada por meio de redução proporcional da pena<sup>60</sup>. De outro, conforme previsto no art. 128 da lei, o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os fins, inclusive para a

---

58 *Ibid*, p. 217.

59 Saliente-se, porém, que, como se trata de medida de caráter indenizatório, inaplicável o art. 127 da LEP, que dispõe que: “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

60 LEP, art. 126: 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.

progressão de regime<sup>61</sup>. Também quanto a este ponto não há qualquer inovação.

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

117. Além de encontrar amplo respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, a remição de parte do tempo de execução da pena como meio prioritário de compensação de danos extrapatrimoniais suportados pelos presos possui incontáveis vantagens em relação à indenização em dinheiro. A solução é melhor em termos de responsabilidade fiscal, é melhor para o sistema prisional e é melhor para o preso.

118. Do ponto de vista do *preso*, a medida atende de forma mais plena os seus interesses na mitigação do dano e na proteção dos direitos da personalidade. Afinal, uma compensação financeira seria de pouca valia para a pessoa que está presa. O detento continuaria a se submeter às mesmas condições degradantes de vida, sem poder fazer uso da quantia

---

61 LEP, art. 128: O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.

arrecadada. A solução alvitrada, ao revés, efetivamente minora as violações à sua dignidade, pois permite que o detento cumpra um menor tempo de prisão, aplacando o prejuízo moral a que é submetido diariamente. Trata-se, assim, de uma construção mais atenta ao princípio da reparação integral dos danos morais, viabilizando que interesses existenciais sejam tutelados com maior eficácia pela ordem jurídica.

119. Ainda, o remédio proposto evita que o baixo valor usualmente atribuído às indenizações seja compreendido pelos detentos como novo desvalor moral. No caso em exame, o juízo de 2o grau entendeu que o recorrente, que permaneceu por cerca de 5 anos em presídio superlotado e insalubre, fazia jus à módica quantia de R\$ 2 mil. Enquanto isso, a título de exemplo, o STJ atribui uma indenização de R\$ 8 mil a quem apenas teve o voo cancelado sem justificativa. Nesta comparação, não há dúvida de que a extensão do dano experimentado pelo detento é muito maior do que aquele suportado pelo sujeito que deixou de embarcar no avião. A diferença do quantum indenizatório constituiria, assim, mais uma prova de que a ordem jurídica brasileira julga que os presos não são merecedores da mesma consideração e respeito que os demais cidadãos.

120. A medida traz também benefícios do ponto de vista do *sistema prisional*. Primeiramente, a remição da pena reduz a superlotação dos presídios, ao permitir que os detentos sujeitos a tratamento desumano conquistem a liberdade de forma mais acelerada. Atua, assim, diretamente sobre uma das principais causas do problema. Em segundo lugar, o remédio possibilita a efetiva responsabilização dos Estados pelos danos que causarem aos presos, sem, contudo, comprometer a sua capacidade de investimento na melhoria do sistema prisional. Por fim, as condenações deverão surtir um efeito moral e pedagógico. A perspectiva de que condenados deixarão mais cedo os cárceres por conta das condições atroztes dos presídios produzirá, inevitavelmente, o aumento da visibilidade e da deliberação pública sobre o tema. Com isso, criam-se

estímulos a que os Estados promovam melhorias em seus sistemas prisionais, a fim de que não sejam responsabilizados perante o Judiciário e a sociedade.

121. Por fim, trata-se de uma solução que, do ponto de vista da *responsabilidade fiscal*, está mais atenta ao particular momento vivido pelo Estado brasileiro, de redução dos gastos públicos e ajuste fiscal. De fato, ao conferir ao remédio pecuniário um caráter meramente subsidiário, o remédio proposto vai ao encontro da manutenção do equilíbrio das contas públicas. A concessão da remição da pena como meio prioritário de reparação não apenas permite que os governos estaduais apliquem verbas no sistema prisional, sem prejuízo da sua situação fiscal, mas também pode produzir, no médio prazo, a diminuição de custos suportados pelos Estados com a manutenção de presos nos cárceres. E isso tudo sem negar à população carcerária o direito à reparação das lesões morais comprovadamente suportadas.

122. Em que pese suas inegáveis virtudes, a solução alvitrada pode, à primeira vista, produzir inquietações. Para evitar a compreensão equivocada do sentido e alcance do mecanismo proposto, passo a algumas considerações sobre alguns de seus aspectos processuais.

#### IV.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA SOLUÇÃO PROPOSTA

123. O pedido de indenização não pecuniária por danos morais causados em decorrência de condições degradantes de detenção deverá ser formulado pelo preso junto ao Juízo da Execução. Essa possibilidade é extraída da própria Lei de Execução Penal. Veja-se que, nos termos do art. 66 da LEP, compete ao juiz da execução “*decidir sobre (...) a remição da pena*” (inc. III, al. “c”), “*zelar pelo correto cumprimento da pena*” (inc. VI), “*inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade*” (inc. VII) e, ainda, “*interditar, no todo ou em parte,*

*estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei” (inc. VIII).*

124. Da leitura conjunta desses dispositivos, verifica-se que o Juízo da Execução Penal possui amplas atribuições administrativas e jurisdicionais para a garantia de condições adequadas nos presídios. Sua competência vai desde a inspeção dos estabelecimentos até a apuração de responsabilidade pelo seu funcionamento impróprio e a interdição dos estabelecimentos inadequados. É possível, portanto, extrair dessas competências a autorização para que o juiz da execução promova a remição da pena como meio de responsabilização do Estado por condições degradantes de detenção decorrentes do funcionamento impróprio dos estabelecimentos penais.

125. Essa possibilidade não constitui uma anomalia no sistema jurídico brasileiro. Atualmente, admite-se, sem maiores problemas, a mitigação da autonomia das esferas de responsabilização penal e cível para permitir a fixação de indenizações cíveis pelo juízo criminal, em nome do princípio da tutela jurisdicional efetiva. É o caso, por exemplo, do dever atribuído ao juiz criminal de fixar na sentença condenatória o *“valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”*, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

126. A fixação da competência no Juízo da Execução se dá, ainda e principalmente, por três razões de ordem prática. Em primeiro lugar, porque garante maior precisão à fixação da indenização. Como ao juiz da execução compete realizar inspeções prisionais mensais, é ele quem tem maior capacidade de aferir as condições de detenção dos internos, examinando a sua compatibilidade com os padrões mínimos de dignidade e a extensão dos danos causados. Em segundo lugar, porque permite a uniformização dos critérios indenizatórios que serão utilizados pelo Juízo da Execução Penal em relação aos detentos de cada presídio

sob sua jurisdição. Em terceiro e último lugar, porque confere efetividade à medida. Caso coubesse ao juízo cível julgar os pedidos de reparação in natura dos danos, muito provavelmente a remição da pena seria inviabilizada, pois dificilmente os processos seriam julgados a tempo de executar a medida enquanto o preso ainda estivesse cumprindo pena.

127. Deverão postular a remição da pena como meio de reparação dos danos morais causados pelo encarceramento em condições desumanas e degradantes os detentos que ainda estejam cumprindo pena, independentemente do atual regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto) e da eventual concessão de livramento condicional ou de prisão domiciliar. Também os presos provisórios que forem posteriormente condenados deverão requerer a redução de parte do tempo de execução da pena, a título de indenização de danos, de acordo com a lógica da detração, prevista no art. 42 do Código Penal<sup>62</sup>.

128. É certo que a remição conferirá um benefício maior àqueles presos que ainda estiverem cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, porque reduzirá o tempo de encarceramento. No entanto, mesmo para aqueles que se encontram fora dos cárceres, há vantagens consideráveis na abreviação do tempo para que alcancem o término da execução da pena com a sua conseqüente extinção. É que o cumprimento de pena, ainda que em regimes mais benéficos, possui caráter punitivo, impondo ao apenado diversas obrigações e restrições. No caso do livramento condicional, por exemplo, o liberado deve comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação, não pode mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste, e pode ficar ainda sujeito ao recolhimento à habitação em hora fixada e à proibição de frequentar determinados lugares. O descumprimento de qualquer das obrigações constantes da sentença produz a revogação do benefício, com o retorno do condenado à prisão, e todo o tempo em que esteve solto

---

62 CP, art. 42: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

passa a não ser descontado da pena<sup>63</sup>.

129. Além de deixar de se sujeitar às obrigações e condições para o cumprimento da pena e ao risco de perder o benefício e regressar ao presídio, a remição de parte do tempo restante de cumprimento da pena traz, ainda, os seguintes benefícios ao apenado: (i) o reestabelecimento antecipado dos direitos políticos suspensos em decorrência da condenação criminal, permitindo que possa votar e ser votado e que possa recuperar o título de eleitor, muitas vezes exigido para a obtenção de trabalho (arts. 14, § 3º, III, CF), (ii) a antecipação da contagem do prazo de 5 anos para retornar à primariedade (art. 64, Código Penal)<sup>64</sup>, e (iii) a antecipação do prazo para requerimento da reabilitação criminal, assegurando o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação (art. 93, Código Penal)<sup>65</sup>. Finalmente, a abreviação do prazo para a extinção da pena possui um efeito ressocializador importante, diminuindo o estigma que pende sobre o indivíduo que cumpre pena, tornando-o menos vulnerável a abordagens policiais e facilitando o reingresso no mercado de trabalho.

130. O procedimento judicial para a concessão da remição de parte do tempo de execução da pena seguirá o disposto no art. 196, da Lei de Execução Penal<sup>66</sup>. O apenado, por meio de seu representante, deverá

63 CP, art. 88: Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.

64 CP, art. 64, I: Para efeito de reincidência: não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos, computando o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

65 CP, art. 93: A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

66 LEP, art. 196: A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida. § 1º Sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano, em igual prazo. § 2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará,

requerer a remição da pena como reparação dos danos morais causados pela superlotação e pelas condições degradantes de detenção. O Juízo da Execução deverá, então, *a*) verificar concretamente se as condições a que o preso foi submetido no presídio são causadoras de dano moral (como já se disse, apesar de o problema prisional ser generalizado, há diversas unidades que possuem condições dignas de detenção) e *b*) aferir a existência de nexo de causalidade com a atuação da Administração.

131. Caso o Juiz da Execução entenda pela configuração dos danos morais no caso, caberá a ele a fixação da razão entre dias cumpridos em condições degradantes e dias remidos, de acordo com a extensão dos danos suportados pelo preso<sup>67</sup>. Entendo, porém, que é razoável – e mesmo desejável – que este Tribunal fixe quocientes mínimo e máximo de remição da pena, de modo a criar balizas para a atuação dos juízes e permitir que a redução da pena confira uma reparação efetiva ao detento, tendo um impacto mensurável sobre o tempo de prisão. Essa técnica me parece mais correta do que a fixação de um quociente único por meio do qual a remição se opere. Tal remição automática seria incompatível com a ideia básica de que a métrica da responsabilização civil é a extensão do dano, e, ainda, com o princípio da reparação integral, que somente é possível a partir da análise individualizada das condições da pessoa lesada.

132. Nesse sentido, proponho, em primeiro lugar, que o quociente máximo, aplicável aos casos de maior violação à dignidade humana, seja de 1 dia de remição para cada 3 dias de cumprimento de pena em condições degradantes, em analogia ao art. 126 da LEP. Já com relação ao quociente mínimo, não vislumbro outro parâmetro legal que pudesse ser empregado por analogia. No entanto, parece evidente que este quociente não pode ser fixado em razão menor do que aquela que tem sido empregada para a remição da pena pela leitura, sob pena de

---

decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.

<sup>67</sup> A decisão será recorrível por meio do recurso de agravo em execução penal, sem efeito suspensivo, nos termos do art. 197 da LEP.

barateamento da dignidade do preso. Afinal, não se pode admitir que a compensação a que o preso faz jus pela submissão a condições desumanas de detenção seja menor do que a que ele obteria pela leitura de um livro. Segundo a Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276, de 2012, a remição pela leitura pode atingir o máximo de 4 dias por mês e 48 dias no prazo de 12 meses, o que representa a remição de 1 dia de pena para cada 7 dias de cumprimento de pena<sup>68</sup>. Esta, portanto, deve ser a razão mínima a ser observada nos casos de violações de menor intensidade à dignidade humana dos presos.

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

134. Apenas subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena e não seja possível aplicar-lhe a remição, a indenização das lesões existenciais suportadas pelo detento poderá se dar sob a forma pecuniária. Nessa hipótese, a ação para ressarcimento dos danos morais deverá ser proposta no juízo cível.

135. No caso concreto, verifico que é possível aplicar ao recorrente a remição como forma de reparação dos danos morais que lhe foram causados. Conforme certidão de objeto e pé, emitida pela 1ª Vara

---

68 A rigor, a redução de 4 dias por mês equivale à remição de 1 dia por cada 7,5 dias de pena cumprida. No entanto, para que o quociente proposto seja um número inteiro e, ao mesmo tempo, não confira uma compensação menor do que aquela a que o preso faz jus pela leitura de um livro, entendo que se deve arredondar o algarismo decimal para baixo.

Criminal da Comarca de Corumbá, o recorrente foi preso em flagrante em 21.10.2000, tendo sido recolhido ao Estabelecimento Penal de Corumbá-MS. Em 03.07.2001, foi condenado a 20 anos de reclusão. Após permanecer por mais de 5 anos preso no regime fechado, em 07.12.2005, concedeu-se ao sentenciado a progressão ao regime semiaberto e, posteriormente, em 11.09.2009, para o regime aberto. Desde 26.10.2012, o recorrente encontra-se em livramento condicional e a data prevista para o término do período de cumprimento da pena é 28.07.2019.

136. Como é sabido, o livramento condicional constitui a última etapa do sistema progressivo adotado para a execução da pena privativa de liberdade. Apesar de configurar benefício ao apenado, é forma de execução da pena, na qual o condenado é liberado do cárcere sob condições obrigatórias e facultativas fixadas pelo juízo da execução. Portanto, o recorrente ainda se encontra em cumprimento de pena e, conforme já apontado acima, a redução do tempo do livramento lhe trará ganhos efetivos, na medida em que poderá abreviar o prazo para alcançar a extinção da pena e, em consequência, liberar-se das obrigações e restrições impostas para a manutenção do livramento condicional, afastar mais rapidamente o estigma da condenação, recuperar o seu direito de voto, pleitear sua reabilitação e retornar à primariedade<sup>69</sup>.

137. Do ponto de vista processual, cumpre esclarecer que não há, nesta solução, qualquer violação ao princípio da congruência. Apesar de o recorrente ter pleiteado uma indenização em dinheiro (o recebimento de um salário mínimo mensal) a título de compensação dos danos morais sofridos, o juiz não está limitado a essa solução. Nas ações

---

<sup>69</sup> É importante destacar que o legislador impôs período mais longo de pena cumprida para os reincidentes em crimes dolosos e aos condenados por crimes hediondos e estabeleceu como condição para fruição do livramento a reparação do dano causado. Quanto a este último aspecto, registre-se o esforço desta Corte em conferir efetividade aos comandos legais que buscam impor seriedade à execução das penas, a exemplo dos recentes julgados que reafirmaram a necessidade de reparação do dano e pagamento de multa para progressão de regime (EP 22; EP 12, EP 16 e EP 20, todas sob minha relatoria).

de indenização por danos morais, o direito material do autor a ser tutelado não é o recebimento de dinheiro, mas a efetiva reparação das lesões suportadas. E, como já se disse, a pecúnia é apenas um dos meios ou mecanismos para se alcançar a compensação, que, ademais, assume caráter subsidiário em relação à reparação específica. Assim, fica claro que os limites impostos pelo princípio da congruência devem se relacionar com a tutela do direito material do autor, e não com o remédio efetivamente pleiteado.

138. A interpretação já é conferida pela doutrina processualista mais avançada. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhard, admite-se que *“o juiz deixe de atender ao pedido formulado pelo autor para determinar providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material.”*<sup>70</sup> Os mesmos autores defendem que essa solução é ainda mais importante no caso dos danos morais, nos quais *“o ressarcimento na forma específica é o único remédio que permite que o dano não seja monetizado e que o direito, assim, encontre uma forma efetiva de reparação”*<sup>71</sup>. Para eles, *“[n]a realidade o direito à tutela jurisdicional efetiva tem como corolário a regra de que, quando possível, a tutela deve ser prestada na forma específica. Isso porque o direito do credor à obtenção de uma utilidade específica sempre prevalece sobre a eventualidade da conversão do direito em um equivalente.”*<sup>72</sup>

139. Em linha com esse entendimento, assento o direito do recorrente à reparação dos danos morais em razão da superlotação e das condições de encarceramento degradantes suportadas, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena. Conforme afirmado, o arbitramento do quociente de remição no caso do recorrente deverá ser fixado pelo Juízo da Execução Penal competente, observados os quocientes máximo (3) e mínimo (7) fixados para a contagem dos dias remidos.

---

70 *Curso de Processo Civil*, vol. 2. Processo de Conhecimento, 10 ed., 2012, p. 440.

71 *Ibid*, p. 435.

72 *Ibid*, p. 435.

140. Por fim, é importante ter em conta que a solução proposta se justifica pelo caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções do sistema prisional brasileiro. Como se viu, o descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária. Trata-se de um verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, cuja superação é complexa e custosa e exige a execução de um amplo conjunto de medidas, articulado por todas as esferas de poder. É diante desse contexto que se afirma que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos e que é preciso adotar um modelo de reparação alternativo, que opere de forma não pecuniária, por meio da remição da pena.

## V. CONCLUSÃO

141. Por todo o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário interposto para reconhecer o direito do recorrente a ser indenizado pelos danos morais sofridos, em decorrência da superlotação e do encarceramento em condições desumanas e degradantes, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, conforme quociente a ser fixado pelo Juízo da Execução.

142. Em consonância com o raciocínio desenvolvido acima, a tese a ser fixada, com os efeitos inerentes ao instituto da repercussão geral, é a seguinte: *“O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução*

**RE 580252 / MS**

*Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente”.*

143. É como voto.

Em elaboração