



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATO LEMOS SANDES NETO

**A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS
APENADOS: UMA ANÁLISE DO PRECÁRIO SISTEMA
PRISIONAL BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE DO
ESTADO.**

Salvador
2020

RENATO LEMOS SANDES NETO

**A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS
APENADOS: UMA ANÁLISE DO PRECÁRIO SISTEMA
PRISIONAL BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE DO
ESTADO.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Geovane Mori Peixoto.

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATO LEMOS SANDES NETO

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS: UMA ANÁLISE DO PRECÁRIO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020.

A
Minha família, especialmente, minha
mãe, Rita Margarete Teodosio Sandes
e meu pai, Renato Lemos Sandes
Júnior, com muito amor e imensa
gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Rita Margarete Teodosio Sandes e Renato Lemos Sandes Júnior, meus pais, por todo amor, dedicação à minha criação, educação e desenvolvimento pessoal, serei eternamente grato e fiel.

A Rafaela Sandes, minha irmã, pelo amor, paciência, pelos conselhos, momentos alegres e engraçados que compartilhamos.

A José Teodosio, Carmem Presa, Maria das Graças e Renato Lemos Sandes, meus queridos avós, por todo amor, carinho e dedicação incondicional que me oferecem, e por serem grandes responsáveis pela minha formação como ser humano, serei eternamente grato.

Ao Prof. Dr. Geovane Mori Peixoto, meu nobre orientador, por todos os ensinamentos, não só na confecção do presente trabalho monográfico, como também ao longo da presente graduação, como um exemplo de professor.

Aos estimados professores da Faculdade Baiana de Direito pelos ensinamentos passados durante a minha jornada nessa conceituada Instituição de Ensino Superior.

E por fim a todos aqueles que contribuíram direta e indiretamente à minha formação acadêmica.

“O êxito da vida não se mede pelo caminho que você conquistou, mas sim pelas dificuldades que superou no caminho.”

Abraham Lincoln

RESUMO

Pretendeu-se neste trabalho abordar aspectos teóricos e práticos em razão da relação do Estado de Coisas Inconstitucional com a situação atual do sistema prisional brasileiro, demonstrando a violação massiva de direitos fundamentais dos detidos, em virtude da inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas, verificando a responsabilidade estatal em relação a este cenário. Sendo assim, de início, almejou mostrar qual seria a função da pena que é aplicada sobre o indivíduo e sua importância na sociedade, observando se na prática essa finalidade é exercida de forma eficiente, e analisar a precariedade do sistema prisional brasileiro por conta da permanência do estado omissivo do Estado quanto às violações de direitos fundamentais dos presos. Em seguida abordar sobre os aspectos teóricos e históricos do que seria o Estado de Coisa Inconstitucional e tratar sobre a seu impacto no sistema prisional brasileiro por conta das violações dos direitos fundamentais que ocorrem neste ambiente, abordar sobre o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional no Brasil com a ADPF 347 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), e exibir como aconteceu o julgamento do Supremo Tribunal Federal e quais seriam as soluções cabíveis para que ocorra uma melhora nesse quadro lastimável o qual vivemos. E por fim discorrer sobre o mecanismo da responsabilidade civil, dando enfoque à responsabilidade civil do Estado no tocante àqueles submetidos às condições degradante de privação de liberdade presentes no sistema prisional brasileiro, definindo as noções relacionadas à responsabilidade civil, a responsabilidade objetiva do Estado, bem como, demonstrar a responsabilização estatal a partir da análise da violação dos direitos resguardados aos presidiários, trazendo situações recentes em que decisões dos Tribunais Superiores julgaram acerca de diversos temas relacionados à responsabilidade civil do Estado pertinente aos presos que seriam os casos dos Recursos Extraordinários 580252/MS e 592581/RS.

Palavras-chave: Estado de Coisa Inconstitucional; sistema prisional brasileiro; direitos fundamentais; ADPF 347; responsabilidade civil do estado; responsabilidade objetiva.

ABSTRACT

The aim of this work is to address theoretical and practical aspects due to the relationship of the Unconstitutional State of Things with the current situation of the Brazilian prison system, demonstrating the massive violation of fundamental rights of detainees, due to the repeated and persistent inertia or incapacity of public authorities, verifying state responsibility in relation to this scenario. Therefore, at the outset, it intends to show what the function of the penalty that is applied on the individual and its importance in society would be, observing if in practice this purpose is exercised efficiently, and to analyze the precariousness of the Brazilian prison system due to the permanence the State's omission to the violations of fundamental rights of prisoners. Then address the theoretical and historical aspects of what the State of Unconstitutional Thing would be and address its impact on the Brazilian prison system due to violations of fundamental rights that occur in this environment, address the recognition of the State of Unconstitutional Thing in Brazil with ADPF 347 (Failure to Comply with Fundamental Precept), and show how the Supreme Federal Court judgment happened and what would be the appropriate solutions for an improvement in this pitiful situation in which we live. Finally, discuss the mechanism of civil liability, focusing on the State's civil liability with regard to those subjected to the degrading conditions of deprivation of liberty present in the Brazilian prison system, defining the notions related to civil liability, the State's objective liability, as well as how to demonstrate state accountability based on the analysis of the violation of the rights protected to prisoners, bringing recent situations in which decisions of the Superior Courts have ruled on various issues related to the civil liability of the State pertaining to prisoners, which would be the cases of Extraordinary Appeals 580252 / MS and 592581 / RS.

Keywords: The Unconstitutional State of Affairs; Brazilian prison system; fundamental rights; ADPF 347; Civil liability of the State; strict liability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	artigo
CC	Código Civil
CCC	Corte Constitucional da Colômbia
CF	Constituição Federal da República
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
des.	Desembargador
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DP	Defensoria Pública
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execuções Penais
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RE	Recurso Extraordinário

rel.	Relator
SE	Sentença Estrangeira
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SU	Sentencia de Unificación
TJ	Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO: UMA BREVE EVOLUÇÃO	15
2.1 PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	17
2.2 FINALIDADE DA PENA.....	19
2.2.1 Teoria da Retribuição	20
2.2.2 Teoria da Prevenção	22
2.2.3 Teoria Unificadora	23
2.3 SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.	24
2.4 VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS.	26
2.5 PROBLEMAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	33
3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	35
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	37
3.2 CONCEITO	40
3.3 O ECI E O ATIVISMO JUDICIAL.....	44
3.4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O LITÍGIO ESTRUTURAL	47
3.5 RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO BRASIL - ADPF 347.....	49
3.5.1 Julgamento da ADPF 347	51
3.5.2 Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário Brasileiro	55
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	57
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS	57
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	61
4.2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado	65
4.2.2 Caracterização e Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado	72

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL QUANTO À SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS.....	73
4.4. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, ALTERNATIVAS: INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	76
4.5 A POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO REALIZAR POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS VISANDO BUSCAR A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (RE 592581/RS)	78
4.6 DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR O PRESO QUE SE ENCONTRE EM SITUAÇÃO DEGRADANTE (RE 580252/MS).....	81
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS.....	86

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro, na prática, é completamente oposto ao que era desejado pelo legislador na confecção da parte teórica, eis que este desejava um sistema que contribuísse na recuperação do indivíduo, reintegrando-o ao meio social no qual estava inserido. Porém, como dito, tal finalidade não é atingida, pois o Estado, que seria responsável por efetivar a ressocialização, se faz omissivo em, sobretudo no que se refere a garantia dos direitos fundamentais dos detidos, bem como permanece inerte a respeito dos tratamentos desumanos que são dados aos apenados.

Em que pese a evolução temporal social, mesmo estando no século XXI, é cada vez mais constante as discussões acerca do atual sistema prisional brasileiro. Nesse sentido, destaca-se a ADPF 347 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), responsável por levantar ainda mais os questionamentos voltados ao nosso sistema prisional, estabelecendo que o sistema penitenciário brasileiro vive o chamado Estado de Coisa Inconstitucional (ECI), caracterizado pela violação massiva de direitos fundamentais dos detidos, em virtude da inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos.

Além disso, inúmeras são as ferramentas que estão à disposição do Estado, para que este cumpra com seu papel de garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos presos, haja vista que o Estado é responsável por aqueles jurisdicionados que estão sob sua tutela em estabelecimentos prisionais, cabendo, por óbvio, ao Poder Público, responder pelas violações dos direitos fundamentais dos seus apenados.

A responsabilidade civil do Estado, no que tange a integridade física do preso é legítima, necessária e proporcional ao ressarcimento das constantes violações dos direitos dos custodiados e em decorrência das condições de sobrevivência precárias, às quais são diariamente submetidos, enquanto estes estão sobre a guarda do Estado, e traz consequências à atuação estatal, possivelmente, tais consequências são capazes de alavancar mudanças no sistema carcerário brasileiro que diariamente viola a dignidade de centenas de milhares de indivíduos encarcerados.

O presente estudo busca abordar aspectos teóricos e práticos em razão da relação do Estado de Coisa Inconstitucional com a situação atual do sistema prisional brasileiro. Com isso, tem-se que o presente instrumento de estudo pretende mostrar qual seria a função da pena, que é aplicada sobre o indivíduo, observando se na prática essa finalidade é exercida de forma eficiente e respeitando os limites estabelecidos.

Em seguida, este trabalho também visa abordar os aspectos teóricos e históricos do que seria o Estado de Coisa Inconstitucional e tratar sobre o seu impacto no sistema prisional brasileiro, por conta das violações dos direitos fundamentais que ocorrem neste ambiente. Além disso, também busca discutir os aspectos sobre o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional no Brasil com a ADPF 347 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), cujo julgamento do Supremo Tribunal Federal será demonstrado, e quais seriam as soluções cabíveis para que ocorra uma melhora nesse quadro lastimável o qual vivemos.

Por fim, este estudo também discorre sobre o mecanismo da responsabilidade civil, dando enfoque à responsabilidade civil do Estado no tocante àqueles submetidos ao sistema carcerário brasileiro, procurando definir as noções relacionadas à responsabilidade civil, a responsabilidade objetiva do Estado, bem como, demonstrar as situações recentes em que decisões dos Tribunais Superiores julgaram acerca de diversos temas relacionados à responsabilidade civil do Estado perante os seus apenados.

É essencial, para tanto, a análise de aspectos relacionados ao papel do Estado no cumprimento de suas obrigações constitucionais básicas de garantia e promoção dos direitos fundamentais dos detidos, à finalidade da pena privativa de liberdade, à situação atual do sistema prisional brasileiro e à violação dos direitos fundamentais dos presos.

A discussão sobre o tema revela-se indispensável por conta de sua associação direta com a falha na execução do que está estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, eis que, são previstos direitos e garantias fundamentais aos presos que, contudo, não são devidamente assegurados pelo Estado, que em tese seria justamente o ente responsável por tais garantias.

Para demonstrar a responsabilidade estatal, se faz necessário analisar os direitos resguardados aos apenados, bem como a efetividade dos seus exercícios e cumprimentos, eis que, somente assim poderá concluir-se pela necessidade de responsabilização do Estado pelos prejuízos causado aos seus tutelados, evitando a injustiça, nas suas diversas formas, bem como efetivando-se os direitos e garantias impostas pela Constituição Federal.

A ONU (Organização das Nações Unidas) tem afirmado que a crise que se verifica nos presídios brasileiros é resultado do tratamento desumano destinado aos detentos que ali estão cumprindo sua pena ou mesmo apenas e tão somente aguardando seu julgamento. Ademais a entidade internacional tem procedido a inspeções e elaborado relatórios detalhados sobre a situação, alertando o Governo brasileiro de sua responsabilidade sobre as falhas e gargalos existentes, e sua inércia em relação a criação de políticas públicas para que seja, capazes de garantirem a efetividade quanto a proteção dos direitos fundamentais dos apenados. (TANGERINO, 2017)

O presente estudo é dividido em três partes, sendo a primeira responsável por demonstrar a finalidade da pena privativa e sua importância na sociedade, por qual motivo que ela teria sido criada, e analisar a precariedade do sistema prisional brasileiro por conta da permanência do estado omissivo do Estado quanto às violações dos direitos fundamentais dos presos, além de não disponibilizar ferramentas que incentivem o preso a ser reintegrado na sociedade.

Na segunda parte, será discutido o Estado de Coisa Inconstitucional que é caracterizado pela violação massiva de direitos fundamentais dos detidos, em virtude da inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos, de modo que apenas transformações estruturais e a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos são capazes de modificar a conjuntura. No mesmo tópico será analisado a violação dos direitos fundamentais e o tratamento desumano que os presos sofrem. Feito isso, será verificado se o Estado de coisa inconstitucional por conta da omissão do Estado em detrimento da violação das garantias fundamentais dos presos acaba impactando o sistema brasileiro, avaliando de que maneira ocorre e o que deve ser feito para que ocorra uma mudança dessa situação.

Já na terceira e última parte, foram apresentadas as impressões doutrinárias a respeito do instituto da responsabilidade civil, bem como foi realizada o estudo da aplicação da responsabilidade civil objetiva estatal frente à população carcerária brasileira evidenciando a omissão do Estado no seu dever de proteção dos direitos fundamentais dos apenados que se encontram sob sua tutela jurisdicional.

Por fim, restará demonstrada a responsabilização estatal a partir da análise da violação dos direitos resguardados aos presidiários, trazendo situações recentes em que decisões dos Tribunais Superiores julgaram acerca de diversos temas relacionados à responsabilidade civil do Estado pertinente aos presos que seriam os casos dos Recursos Extraordinários 580252/MS e 592581/RS.

2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO: UMA BREVE EVOLUÇÃO

O direito de punir do estado foi resultado da vida comunitária. Tendo em vista que para conseguir ser mantida a paz na sociedade foram criadas regras comuns de convivência e a conseqüente punição para aquele que as infringissem. Não obstante o conceito de pena nunca tenha gerado grandes discussões, sua finalidade foi uma preocupação constante na história do direito penal. Em suma, a pena sofreu um processo de evolução simultâneo às modificações das relações humanas e, constatando que a punição com a pretensão exclusiva de castigar o infrator e vingar o mal por ele praticado sempre culminou em crise modificou-se a tendência penal estritamente repressiva, dando azo às penas alternativas à prisão, um dos objetos deste estudo. (BEZERRA, 2015)

Entretanto, o Direito Penal, até o século XVIII, era marcado por penas cruéis e desumanas, não havendo até então a privação de liberdade como forma de pena, mas sim como custódia, uma garantia de que o acusado não fugiria enquanto aguardaria o julgamento e a pena subsequente, portanto estaria privado de sua liberdade, em cárcere. (CARVALHO *et al*, 2006)

No século XVIII que a pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal, com o gradual banimento das penas cruéis e desumanas, a pena de prisão passa a exercer um papel de punição de facto, é tratada como a humanização das penas. (DI SANTIS, 2019)

A origem do conceito de prisão como pena teve seu início em mosteiros no período da Idade Média. Com o propósito de punir os monges e clérigos que não cumpriam com suas funções, estes que faltavam com suas obrigações eram coagidos a se recolherem em suas celas e se dedicarem à meditação e à busca do arrependimento por suas ações, ficando, dessa forma, mais próximos de Deus. (MACHADO, 2013)

A partir do século XIX, os primeiros sistemas penitenciários consolidaram-se como local de cumprimento de prisão, nos Estados Unidos, a primeira prisão norte-americana foi construída em Walnut Street Jail. (BITENCOURT, 2018)

O Sistema Prisional brasileiro baseou-se no regime Inglês ou progressivo, avançando posteriormente ao sistema pensilvânico, o qual era dividido em três etapas: o inicial (isolamento), o de trabalho em conjunto e o de livramento condicional. Atualmente, os presos podem cumprir suas penas em três diferentes regimes: fechado, semiaberto e aberto. (ADORNO, 2000)

No entendimento de Hartman (2003) o sistema penitenciário brasileiro foi marcado por episódios que revelam e apontam para o descaso em relação às políticas públicas na área penal, bem como para a edificação de modelos aos quais se tornaram inviáveis quando de sua aplicação. No Brasil, foi a partir do século XIX que se deu início ao surgimento de prisões com celas individuais e oficinas de trabalho, bem como arquitetura própria para a pena de prisão. O Código Penal de 1890 possibilitou o estabelecimento de novas modalidades de prisão, considerando que não mais haveria penas perpétuas ou coletivas, limitando-se às penas restritivas de liberdade individual, com penalidade máxima de trinta anos, bem como prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar.

Arruda (2011) explica que o Direito Penal deve ser a última intervenção do Estado e não a primeira, como forma de controle social e proteção do bem jurídico. Quando um cidadão estiver cumprindo pena, sob a custódia do Estado, é de sua responsabilidade transformá-lo num indivíduo capaz de viver em sociedade. O sistema penitenciário transformou-se numa instituição que, ao mesmo tempo em que exerce o Direito Disciplinador do Estado, tem o dever de zelar pelos direitos inerentes à personalidade, como a integridade do detento e conseqüentemente (res) socializá-lo.

Atualmente são muitos os fatores que fizeram com que o sistema carcerário brasileiro chegasse à precariedade na situação em que se encontra. Dessa forma, aquele sistema que tinha o intuito de se tornar um instrumento de substituição das penas desumanas, como as de morte e tortura, não tem desempenhado o seu papel e, muito ao contrário, tem se tornado um motivo para o aperfeiçoamento de criminosos, além de ter como principal atributo a insalubridade, já que se trata de atmosferas sujas, sem espaço suficiente para todos os detentos, sendo assim, impossível tratar da ressocialização de qualquer um deles. (MACHADO, 2013)

Diante disso, a história mais recente registra uma nova reflexão em torno da punição, exurgindo uma manifesta preocupação dos pensadores do direito penal em associar a punição à efetiva reabilitação do ser humano, através de sanções que não privem a liberdade do condenado. Esse objetivo encontra-se respaldado na constatação de que o cárcere proporciona a perda das referências de uma vida saudável em coletividade, por impor um cotidiano monótono, estático e privado dos estímulos positivos. Assim, as preocupações dos dias atuais visam adequar as modalidades punitivas à tendência moderna do direito penal, priorizando a reabilitação intrínseca do delinquente e a preservação de sua dignidade, uma vez que as punições que agiram extrinsecamente, agredindo e castigando os condenados, trouxeram apenas resultados negativos. (BEZERRA, 2015)

2.1 PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema carcerário no Brasil está falido. A precariedade e as condições subumanas que os detentos vivem hoje são de muita violência. Os presídios se tornaram depósitos humanos, onde a superlotação acarreta violência sexual entre presos, faz com que doenças graves se proliferem, as drogas cada vez mais são apreendidas dentro dos presídios. (BEZERRA, 2015)

O sistema prisional brasileiro é um mecanismo que é utilizado no intuito de conseguir promover o controle social sobre a sociedade, buscando punir aqueles que descumprem o que determina no ordenamento jurídico pátrio. Porém, na prática acabou sendo utilizada essa estrutura como uma forma de exclusão social, onde a maioria dos apenados são provenientes de classes sociais mais baixas, e quanto a

estrutura, o sistema prisional vem cada vez mais se instalando num panorama de crise, permeado de calamidade que se baseia na particular consequência da não eficácia da pena.

É fato público e notório que as condições das penitenciárias no Brasil são extremamente preocupantes. São inúmeras rebeliões, fugas, violência entre os presos, transmissão de doenças contagiosas, entre outros. Por outro lado, também é facilmente perceptível que o que não ocorre dentro do sistema penitenciário são mecanismos eficazes na ressocialização do preso. Inegável que isto ocorre devido ao cenário degradante do sistema penitenciário brasileiro, que sujeita o condenado a condições demasiadamente precárias dentro da prisão.

O sistema prisional vem atingindo índices de ocupação alarmantes. Logo, essa superlotação que ocorre mediante a inflação carcerária terá como efeito um contingente maior de pessoas submetidas às condições degradantes dos estabelecimentos prisionais, afastando-as de qualquer perspectiva da finalidade de reintegração social que é buscada pela pena, o que se conclui a partir de uma análise superficial dos índices de reincidência. (SAAB, 2017)

O Ministro Marco Aurélio registrou que a responsabilidade por essa situação que o sistema prisional brasileiro enfrenta atualmente seria atribuída aos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário -, tanto da União quanto dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Por conta dos problemas encontrados na criação e execução de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. As ausências de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes demonstrariam a falta de coordenação institucional que acaba sendo evidenciada na violação reiterada dos direitos fundamentais. (ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015)

Dessa forma, o Estado tem o dever de proteger e garantir a segurança da sociedade, de modo que, nenhum direito deverá ser absoluto, logo, o direito a liberdade deverá ser restringido ao indivíduo que venha a cometer algum ilícito penal. Entretanto, essa restrição não pode ser de maneira exagerada, pois, não pode ocorrer a perda de todos os direitos em função da prática de um crime, não seria justificável a perda de direitos fundamentais necessários ao indivíduo em face disso, até mesmo porque, a legislação brasileira fixa justamente premissas e direitos básicos que devem ser preservados e garantidos. Assim, o sistema carcerário deve ser estruturado numa perspectiva de que o indivíduo esteja pronto para retomar ao

convívio social, ambiente do qual foi retirado, o que não vem acontecendo na prática tendo em vista a situação precária em que ela vem se encontrando.

O sistema prisional brasileiro vêm chegando nos dias atuais a um ponto precário com número de presos maior do que as vagas disponíveis, por isto, o sistema não tem conseguido alcançar suas metas que é o de recuperar e reintegrar os detentos a sociedade. (DE ANDRADE, 2015)

Assim, tem-se que a crise do sistema prisional brasileiro se revela não apenas pela sua superlotação carcerária, mas também pelas precárias condições de higiene que os apenados são submetidos levando-a a indignação, ocasionando rebeliões e homicídios internos. (WERMINGHOFF *et al.*, 2010)

Por tanto, é notório que o objetivo do sistema penitenciário não vem sendo cumprido, pois esse objetivo seria de ressocializar o apenado, fazer com que ele consiga retomar ao convívio social.

2.2 FINALIDADE DA PENA

Durante muito tempo, o Direito Penal tem trazido respostas diferentes a questão de como solucionar o problema da criminalidade. Essas respostas se configuram as chamadas Teorias da Pena, funcionariam como diferentes opiniões sobre a real finalidade da pena, isto é, qual seria a função que ela teria em relação à pessoa que cometeu o ato delituoso.

Beccaria (2004) em seu clássico “Dos delitos e das penas” sabidamente se refere ao direito de punir como a agregação de mínimas porções individuais da liberdade dos súditos, e as penas serão tanto mais justas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos Beccaria ainda define que a finalidade da pena é apenas impedir que o réu causasse novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros a fazer o mesmo.

Guilherme Souza Nucci (2015) diz que, a pena seria sanção imposta pelo Estado, ao criminoso como forma de retribuição ao delito cometido pelo mesmo, visando à prevenção de novos crimes.

Salo de Carvalho (2010, p. 23) destaca que:

O postulado da utilização da pena, em geral, e da pena de prisão, em particular, como último recurso sancionatório do sistema penal é legado do pensamento liberal clássico, consolidado pelo direito penal contemporâneo nos princípios de intervenção mínima, de fragmentariedade ou de subsidiariedade que concentram a ideia de ultima ratio.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, as penas são: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

O conceito da pena não é o mesmo que a finalidade da pena, enquanto um é responsável por explicar o que seria pena, a outra serve para explicar para quê a pena serviria. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2018) em sua obra conceitua que a pena é um mal que se impõe por causa da prática de um delito, conceitualmente, a pena é um castigo. Porém admitir isto não implica como consequência inevitável, que a função – isto é, fim essencial - da pena seja a retribuição.

Há diversas teorias que discutem o sobre a finalidade da pena de um lado, as teorias absolutas, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação; e de outro lado, as teorias relativas, que se analisam em dois grupos de doutrinas (as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual). E por fim, as teorias mistas ou unificadoras.

2.2.1 Teoria da Retribuição

Na obra de Rogério Greco (2017), o mesmo trata que a ideia da teoria absoluta é de retribuição, ou seja, o infrator terá de compensar o dano causado, por isso, a teoria também é conhecida por retributiva, não teria efeito na sociedade a não ser no próprio agente. Segundo Kant, um adepto desta teoria, a pena é um fim em si mesmo, o homem e a pena não podem ser utilizados para alguma utilidade que não seja o castigo pelo que praticou. Também para Hegel, a pena é a “negação da negação”. A ideia principal que pode ser extraída é basicamente: o indivíduo nega a norma e o Estado nega a conduta delitiva do agente, com isto, ocorre a reafirmação do poder da lei vigente.

Dessa forma, se tratando da teoria absoluta o Estado se baseia na ideia de contrato social com os cidadãos da sociedade, devendo governar a sociedade visando evitar o conflito entre indivíduos estabelecendo a harmonia, a partir disso, aquele que descumprisse as regras impostas pelo Estado deveria ter a sua culpa retribuída pela pena.

Para Kant (2003), o Estado não pode punir um cidadão para amedrontar os outros (Teoria da Prevenção, que será vista posteriormente), ou seja, o utilitarismo, segundo Kant, deve ser ignorado, levando-se em consideração somente o imperativo categórico de dever.

Assim, Kant observa o homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para um fim. Logo, não é correto que se castigue o homem simplesmente pela utilidade que essa sanção vai trazer para o meio social ou até mesmo para o condenado, colocando o mesmo em uma situação de coisa útil.

Enquanto que Hegel (1997) percebe a pena como uma retribuição, porém como uma retribuição jurídica e não uma retribuição ética, como afirma Kant. Desta forma, afirma que a pena também é da vontade do próprio criminoso, pois vem de um ser de razão, e o ato de aplicar uma sanção constitui uma universalidade que o próprio criminoso reconheceu, pois ela é necessária para que esse tenha liberdade.

Para a teoria retribucionista pena deve ser sim um mal àquele que não soube lidar com o livre arbítrio e agir dentro das leis, e esse é, portanto, o fundamento da sanção estatal.

A Teoria da Retribuição justifica até mesmo a pena de morte, pena essa que foi contrariada por Beccaria. Para o aristocrata, não é possível presumir que, ao firmar o contrato social, o homem tenha colocado à disposição sua própria vida.

O Estado, segundo Ferrajoli, vai exercer o jus puniendi para que proteja a pessoa do condenado da vingança privada, que seria ainda pior e desproporcional. O Estado vai fazer essa punição da maneira mais limitada e restrita possível, não devendo assim existir pena de morte (FERRAJOLI, 2002).

2.2.2 Teoria da Prevenção

As teorias relativas a pena se justificam, não teriam finalidade de retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Ou seja, a justificativa da pena deixa de ser baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos. Existem basicamente quatro grupos de teorias preventivas: teorias de prevenção geral positiva e negativa e as teorias de prevenção especial positiva e negativa. (BITENCOURT, 2018)

A teoria preventiva geral está direcionada à sociedade. Para a teoria negativa a pena poderia ser concebida como forma de ameaça; intimidação, servindo assim como uma forma para intimidar aos delinquentes potenciais, esse “medo” da execução da pena afastariam as pessoas de cometerem fatos criminais, seria um tipo de coação psicológica. Para a teoria positiva a pena seria concebida para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e da sua confiança no direito, ou seja, o Estado por meio da pena iria reforçar a confiança da sociedade na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal. (GRECO, 2017)

Enquanto que para Greco, a teoria preventiva especial está direcionada a imagem da pessoa que cometeu um fato criminoso e será castigado com uma pena. Ou seja, continua com a ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delincente, com o fim de evitar que, no futuro ele cometa novos crimes. Diferencia-se da prevenção geral, em virtude de que o fato não se dirige a coletividade. Ou seja, o fato se dirige a uma pessoa determinada que é o sujeito delincente.

A finalidade da prevenção positiva é a ressocialização do criminoso, por meio da sua correção. Deve ocorrer uma pena dirigida ao tratamento do próprio criminoso, para que incida em sua personalidade, evitando a sua reincidência. A pena terá efeito suficiente para que o agente desista de cometer novos crimes, promovendo a ressocialização após o cumprimento da pena. A prevenção negativa a pena teria efeito de neutralizar o poder lesivo do criminoso retirando do convívio em sociedade, busca tanto a intimidação, por meio a privação da liberdade. Busca evitar a

reincidência através de técnicas, ao mesmo tempo, eficazes e discutíveis. (BITENCOURT, 2017)

Dessa forma, as teorias relativas se diferenciam das absolutas na medida em que apresentam o objetivo de buscar fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social, podendo ainda ser divididas entre geral e especial.

A pena com fim de ressocializador foi enunciada na famosa Conferência de Marburgo, em 1982, ao afirmar que o direito penal tem por finalidade não só retribuir com a pena o fato passado ou prevenir novos delitos, mas também corrigir o corrigível. A pena seria uma pena preventiva e ressocializadora, e é dirigida contra o delinquente, livre e moralmente responsável e não contra o delito. (BOSCHI, 2014)

Por fim, doutrinariamente a teoria preventiva seria dividida em prevenção geral negativa e positiva e prevenção especial negativa e positiva. A prevenção geral negativa teria a finalidade de intimidar a sociedade com a pena aplicada ao autor da infração penal. A prevenção geral positiva a finalidade seria a confiança da sociedade no direito, pois a sociedade estaria vendo a aplicação do Direito na prática. A prevenção especial negativa a finalidade da pena seria de a neutralização do criminoso com a sua segregação no cárcere privado. Enquanto a prevenção especial positiva a finalidade seria de garantir a ressocialização do indivíduo na sociedade, fazendo com que o mesmo desista de cometer futuros delitos. (GRECO, 2017).

2.2.3 Teoria Unificadora

A teoria mista ou unificadora tenta agrupar em um conceito único os fins da pena. Essa corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas congrega as duas finalidades em torno da pena, que cumpre a função preventiva e retributiva ao mesmo tempo. Como pode ser visto no próprio ordenamento jurídico brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro adota essa teoria em seu Código Penal que em seu artigo 59 diz:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ou seja, não existe prevalência da retribuição, nem da prevenção, porque tais fatores coexistem, somando-se, sem que exista uma hierarquia. Da mesma maneira que o agente repara ou é punido pelo Estado, a pena servirá para a sociedade e para o próprio indivíduo, mantendo sua função ressocializadora.

Logo, a pena deve perseguir um fim condizente com a democracia e os ditames constitucionais. O mais importante é perceber que o Estado só deverá recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, por isso o Direito Penal possui como umas de suas características a “Ultima ratio”, será utilizado após os outros ramos do direito não consigam solucionar o problema. “A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, por tanto, necessariamente com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão”. (BITENCOURT, 2017)

2.3 SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.

O Brasil convive com um abandono do sistema prisional, o que deveria ser um instrumento de ressocialização, na maioria das vezes, funciona como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo estado e pela sociedade (ASSIS, 2007).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, diz que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e em seu inciso III, diz que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Infelizmente o que a Constituição prevê ultimamente não vem sendo respeitado.

Entretanto, por mais que sejam previstas direitos e garantias constitucionalmente, o Estado não vem cumprindo o seu papel, não somente com o que lhe é encarregado pela Carta Magna Brasileira, mas também, no que tange ao que está estabelecido em diversos diplomas legais, como a Lei de Execuções Penais, Código Penal, além das regras internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso (ASSIS, 2007).

Anote-se, que a Lei de Execuções Penais, em seu art. 1º, estabelece que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, além disso, a mesma norma prevê a classificação, assistência, educação e trabalho, aos apenados, o que visivelmente, fato que não é cumprido na sua integralidade.

De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgado em 08 de Dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016. Em dezembro de 2014, era de 622.202. Houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas. Cerca de 40% são presos provisórios, ou seja, ainda não possuem condenação judicial. Mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros.

De acordo com o Ministro da Justiça Marco Aurélio:

No sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia.

Ainda segundo o Ministro, as penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.

Não obstante no cenário histórico e normativo apresentado verificamos, nas práticas diárias do nosso País, grandes violações aos Direitos Humanos e ao pleno exercício da cidadania, que além de repercutir de forma negativa no cenário

mundial, mostra nossa ainda incompleta e ineficaz compreensão da temática, bem como nossa frágil ou inexistente inserção de tal debate na educação do País, mesmo frente ao ordenamento legal que apresenta como função da própria educação formar o indivíduo para o exercício da cidadania. Nesse passo, relevante destacar a atual – e sempre piorada – conjuntura brasileira no que se refere ao sistema carcerário. (TANGERINO, 2017)

O Plenário reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. Assim, as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Diante disso, o STF declarou que diversos dispositivos constitucionais, bem como, documentos internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitadas. (MACEDO, 2016)

2.4 VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS.

O art. 5º, inciso XLIX da Constituição Federal dispõe de maneira paradigmática que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Dessa forma, a carta magna expressamente limita o *ius puniendi* do Estado garantindo um tratamento punitivo que respeite as condições da pessoa humana. Contudo, o Estado não vêm garantindo a execução da lei. Seja por abandono do governo ou pelo descaso da sociedade, que muitas vezes se sente aprisionada pelo medo e insegurança, é fato incontestável a violação dos direitos e garantias do apenado.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010), o direito à integridade física compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo vivo ou morto, quer na sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, quer ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento médico.

No que tange ao direito do preso, o Código Penal dispõe em seu artigo 38 que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

Na mesma linha, a Lei de Execução Penal que tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do apenado prevê em seu artigo 40 que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Ainda na lei de Execução Penal no artigo 41 descreve inúmeros direitos dos presos tais como: alimentação suficiente e vestuário; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas etc.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio consagra inúmeros direitos fundamentais dos presos, assim como, formas humanitárias para serem tratadas, entretanto, não se observa efetividade ao passo que não há cumprimento das disposições normativas para garantir qualidade ao sistema prisional tendo em vista o abandono e descaso por parte das autoridades e da sociedade.

Alguns dos principais problemas que atingem o sistema penitenciário brasileiro, são a superlotação, a violência, as violações de direitos humanos e o domínio de facções criminosas, o que acaba proporcionando assim a não aplicação do real sentido da pena restritiva de liberdade, que seria e reinserção da pessoa privada de liberdade à sociedade de forma digna. No entanto, atualmente, em muitas situações a prisão está sendo vista como sinônimo de punição.

Nascimento (2011) afirma que a prisionização nos moldes atuais constitui grave problema e aprofunda as tendências criminais e anti-sociais, pois perde sua eficácia ressocializadora. Isto é, a crise que o sistema prisional vive, com a violação massiva dos direitos fundamentais dos presos tem como consequência a não ressocialização do preso, ou seja, a finalidade que a pena busca, perde a sua eficácia.

As violações aos direitos humanos dos presos têm sido consequência da omissão dos poderes estatais, legitimado pela sociedade, que vê no sofrimento do preso uma espécie de pena retributiva. Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda do Estado, o qual tem o dever de zelar pelos demais direitos do apenado, não atingidos pela sentença. Lamentavelmente, não é essa a realidade.

Desta maneira, esse tratamento desumano que os criminosos acabam sofrendo ao invés de satisfazer a finalidade que a pena possui que seria na ressocialização do condenado na sociedade, acaba garantindo que o mesmo cada vez mais esteja inserido nesse mundo criminoso.

O fato de não possuir seus direitos fundamentais assegurados acaba desmotivando o criminoso a querer de fato melhorar por conta desse exercício contínuo e degradante. A Constituição ora vigente inaugurou um Estado Social e Democrático de Direito vocacionado para a progressiva consecução de um projeto de igualdade material, ela estabelece ao Poder Público um destino de justiça social a ser alcançado. Logo, não basta que a Constituição seja pródiga na previsão de direitos fundamentais, é igualmente importante que suas disposições constitucionais sejam cumpridas para que os direitos sejam concretizados. Dessa forma, os direitos sociais garantidos pela Constituição não podem ser eliminados ou reduzidos, devendo ser respeitados e efetivamente assegurados a todos como é posto na Constituição Federal, não admitindo o retrocesso. (NETO e SARMENTO, 2007)

Em 1991, foi promulgada a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes por meio do Decreto executivo número 40, que dispõe:

Os Estados Partes da presente Convenção, Considerando que, de acordo com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. Reconhecendo que estes direitos emanam da dignidade inerente à pessoa humana. Considerando a obrigação que incumbe os Estados, em virtude da Carta, em particular do Artigo 55, de promover o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Na prática é conhecido que o sistema penitenciário brasileiro esta vivenciando uma crise, não vem cumprindo o seu papel de ressocializador do criminoso. Infelizmente, grande parte da sociedade acaba omissa diante essa realidade, por acreditar que aqueles que cometem fatos criminosos são merecedores de tal sofrimento, isto é, acreditam que o criminoso sofrendo desses males acabarão sem querer cometer futuros delitos.

É notório que o Brasil então não só descumpre o seu ordenamento pátrio, diante do tratamento desumano e na violação dos direitos fundamentais dos detentos,

como também viola tratados internacionais em que estaria obrigado a cumprir. Visto que, com a finalidade de criar condições de estabilidade e bem-estar social, deveria ser respeitado o princípio da igualdade de direito a todos.

A concepção do valor humano do respeito à dignidade dos homens em sua acepção originária vem de um fundamento religioso e bíblico, como se transporta a ideia do homem comparado à imagem e semelhança de Deus. Depois, ela passa para o âmbito filosófico, como consequência do fato histórico iluminista, se pautando na autodeterminação do indivíduo, a razão e a capacidade de valoração moral. (DA VEIGA, 2017)

A realidade dentro dos estabelecimentos prisionais em nosso país é cruel, onde os presos são submetidos a tratamentos desumanos, vivendo em celas imundas, misturados com outros presos que não deveriam dividir o mesmo espaço, em razão de diferença entre os perfis dos condenados e os tipos de delitos por eles praticados, assim vivem sem as condições mínimas necessárias de recuperação para voltar a sociedade de maneira ressocializada. (LIMA, 2019)

A superlotação carcerária, a violência física e sexual, agrava ainda mais os problemas da execução da pena obstaculizando a efetividade da ressocialização. A própria concretização do princípio da dignidade humana pressupõe a proteção e defesa dos direitos fundamentais. A expressão dignidade humana apropria-se da noção de direitos fundamentais. A identificação dos casos dentro sistema penitenciário brasileiro de violação a dignidade humana toma por critério as situações de lesão aos bens jurídicos que contemplam os mais elementares direitos fundamentais. (LIMA, 2019)

O tratamento desumano ou degradante consiste em toda conduta que leva a humilhações, rebaixando e errodindo a autoestima e a estima social de uma pessoa, violando sua dignidade. É aquela tratamento que humilha e degrada, e além disso, provoca severo sofrimento físico ou mental irrazoável, ele é responsável por criar nas vitimas sentimento de inferioridade e humilhação. (RAMOS, 2017)

O Código Penal em seu artigo 136 que trata dos maus tratos diz que:

Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Segundo Assis (2007) o Brasil convive com um abandono do sistema prisional, o que deveria ser um instrumento de ressocialização, muitas vezes, funciona como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo estado e pela sociedade. Com relação ao papel do Estado, o mesmo não está cumprindo o estabelecido, em diversos diplomas legais, como a Lei de Execuções Penais, Constituição Federal, Código Penal, além das regras internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.

Portanto, a crise em que se encontra o sistema carcerário brasileiro demonstra que não há como ser cumprida a pena com o mínimo de dignidade humana, como preceitua o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário.

Acontece que, o Estado, mesmo ciente de todas as condições desumanas que os encarcerados são expostos, permanecem omissos a situação do preso. Isso não apenas agrava a situação carcerária, como também demonstra o descaso das autoridades, com a violação do princípio garantido Constitucionalmente: os Direitos e Garantias Fundamentais.

Como retrata Gonçalves (2010, pág. 5446):

Mostra-se necessário que o Brasil, enquanto país em processo de desenvolvimento garanta a seus cidadãos a possibilidade de superarem a pobreza e a miséria sendo que, para tanto, devem ser promovidos mecanismos de concretização os direitos fundamentais, sendo esta uma das principais estratégias no combate ao vertiginoso aumento da criminalidade, uma vez que, afastado o estado de penúria, o cidadão deixará de encontrar tantos estímulos para a prática de delitos.

Sobre a falência do sistema carcerário brasileiro, menciona Dassi (2007, p. 5.400):
“No panorama brasileiro, o estado desordenado do sistema carcerário constitui-se mais um dos efeitos da falência dos paradigmas da modernidade. A prisão serve tão-somente para deportar do meio social aqueles indivíduos que representam um risco à sociedade.”.

Nota-se a escassez do mínimo para garantir a vida digna do preso, uma vez que sequer é garantido o básico para sobrevivência: alimentação digna e saúde. Assim, Assis (2007, p. 75) menciona em sua obra que:

A superlotação das celas, sua precariedade e insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais, como também a má-alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão fazem com que o preso que ali adentrou numa condição sadia de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas..

Para Sarlet (2002) é justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

Há um real descaso do Estado Brasileiro para com os direitos das pessoas privadas de liberdade que se encontram sob sua custódia, há desde a extrapolação dos limites de pena até a violação dos direitos humanos, isto é a dignidade humana, um valor universal que deveria ser respeitado por todos os países componentes da Comunidade Internacional de Direitos Humanos.

No que tange a responsabilização do Estado que mantém pessoas em sua custódia, a Corte determinou que medidas necessárias a manutenção da vida e da integridade física dos indivíduos que se encontram reclusos fossem adotadas. De acordo com Nascimento (2011) se faz necessário com urgência que medidas sejam tomadas, para “socorrer” esses “infelizes” que estão emprestados para o “inferno”. Importa uma maior preocupação com a integridade física, mental e moral desses indivíduos.

Segundo Cardoso, Showder, Blanco (2014) o Sistema Prisional Brasileiro é bastante falho no que tange o respeito dos direitos intrínsecos das pessoas privadas de liberdade.

É importante ressaltar que para dar efetividade a lei, assegurando assim as pessoas privadas de liberdade as garantias que lhe são atinentes, é necessário criar um ambiente digno e adequado a manutenção da integridade física e moral de um ser humano, visando sempre a reeducação e a ressocialização na sociedade. Dessa forma, deve pautar-se por um sistema em que os direitos humanos sejam respeitados bem como basear-se pela observância das leis brasileiras e tratados

internacionais possuindo como objetivo principal o caráter educativo para aderência a sociedade atual e os meios que a rondam.

Necessário se faz a consideração de que, sem a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, não há Estado Democrático de Direito e tão pouco democracia, posto que falta a proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. Forçoso reconhecer que não há que se falar em reabilitação de uma pessoal que se encontra em situação de tamanha degradação.

A falta de motivação e de intervenção do Estado nos estabelecimentos penitenciários dificulta o correto acompanhamento do cumprimento da pena, desviando a finalidade instituída da reclusão. Celas superlotadas, além da precariedade e insalubridade, tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças, o que inviabiliza a busca e a concretização dos direitos sociais, principalmente o relacionado à saúde.

Bitencourt (2018) considera que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações.

Dessa forma, quando se fala em responsabilização do Estado frente aos direitos fundamentais relacionados ao preso, se fala também em uma experiência constitucional de possuir e gozar os direitos em âmbito de igualdade com os demais cidadãos, o que não ocorre como demonstrado no estudo. Mesmo com todo o esforço com elaboração de Leis e Tratados nacionais e internacionais que visam garantir a dignidade e os direitos sociais à população encarcerada, ainda é visível sua falta de operacionalização, gerando grande preocupação em relação à situação em que se encontram essas pessoas.

Portanto, o Brasil, em modo geral, não vem cumprindo o que determina a Constituição de 1988, vez que esta reconheceu, no âmbito do direito constitucional positivo, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso II, da CF), especificamente no que diz respeito ao estudo apresentado quanto à dignidade humana no cumprimento da pena.

2.5 PROBLEMAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A Lei de Execução Penal que trata da aplicação das penas no Brasil, trás em seu bojo meios para que haja efetiva concretização da sua aplicação. Entretanto, é de notório saber que a infraestrutura, a superlotação e outros descasos conspiram contra o êxito da pena privativa de liberdade. (CACHONE, 2019)

A crise carcerária é o resultado, principalmente, da inobservância, pelo Estado, de algumas exigências indispensáveis ao cumprimento da pena privativa de liberdade. São, portanto, inúmeros os fatores que contribuíram para a crise penitenciária, fazendo surgir um movimento no sentido de repensar o modelo estatal. Pode-se destacar, dentre eles, conforme sugerem as autoras acima mencionadas: Ausência de compromisso por parte do Estado no que diz respeito ao problema carcerário, Controle ineficiente por parte daqueles que deveriam atuar /fiscalizar o sistema penitenciário Superlotação carcerária, Ausência de programas destinados à ressocialização dos condenados, Ausência de recursos mínimos para a manutenção da sua saúde, Despreparo dos funcionários que exercem suas funções no sistema prisional. (GRECO, 2017)

Nos últimos anos, observa-se em escala mundial a perda do ideal reabilitador das prisões, concomitante a um recrudescimento das políticas de segurança pública, o que resulta em ampliação da população presa e no abandono das medidas ditas ressocializadoras no interior dos sistemas penitenciários. (NÚÑEZ, 2017)

O crescimento vertiginoso da população prisional e do déficit de vagas, a falta de esforços dos governos dos estados e da federação para a geração de novas delas, é um elemento revelador de que a construção de novas unidades não pode mais ser o componente fundamental das políticas penitenciárias, senão que apenas mais um componente, dentro de um mosaico bem mais amplo. É bem verdade que entre a superlotação de estabelecimentos penitenciários e a qualidade desses serviços subsiste uma relação de mútua implicação. Mas ainda assim, restam ainda outros fatores que devem ser trabalhados junto à gestão dos sistemas penitenciários estaduais, como estratégias para torná-los melhores. .(NÚÑEZ, 2017)

As superlotações, os envolvimento de presos em organizações criminosas e a falha de pessoal, são os principais problemas enfrentados pelas penitenciárias brasileiras.

Outro fator que estamos acostumados a ver nos noticiários é a questão das rebeliões em presídios, sempre com resultados lastimáveis de sentenciados que são mortos por seus próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos transformados em reféns, resgates e fugas audaciosas e espetaculares realizadas por criminosos, e por fim, a incapacidade das autoridades em face de organizações de criminosos, cada vez mais presente nos Estados brasileiros. (NÚÑEZ, 2017)

A ociosidade, como demonstra Fabiano Mazzoni (2007), pode causar vários efeitos danosos à saúde física e mental dos condenados, pois, a falta de atividades educativas, de lazer e esportivas, associadas as péssimas condições de higiene e saúde, é capaz de produzir a deterioração físico-psíquica do preso.

Segundo a Lei de Execução Penal em seus artigos 12 e 14 o preso ou internado, terá assistência material, em se tratando de higiene, a instalações higiênicas e acesso a atendimento médico, farmacêutico e odontológico. No entanto, a realidade atual não é bem assim, pois muitos dos presos estão submetidos a péssimas condições de higiene.

O artigo 12 dispõe que: “A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.” Porém, o direito do preso à alimentação, que apesar de muitas vezes não faltar, chega a ser desigual. Sendo que na maioria das vezes a cozinha nos presídios ainda está em atividade, porém estas se apresentam velhas e sem manutenção, sem as mínimas condições de higiene, onde até as áreas destinadas ao estoque de mantimentos são geralmente sujas.

O artigo 14 da Lei de Execução Penal dispõe que: “A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.”. Nas palavras de Lídia Mendes (2008, p.78), “a falta de serviços médicos ou tratamento deficiente, nos estabelecimentos prisionais, é um dos principais motivos das reclamações dos presos, pois, não é raro, encontrar estabelecimentos prisionais, apenas com fornecimento básico de medicação”.

Ainda conforme a mesma autora, o acompanhamento médico adequado, além de gerar um efeito preventivo e de conscientização sobre os cuidados que os presos devem ter, como uso de preservativos, objetos coletivos e cuidados básicos com

higiene, previne diversas doenças, e facilita a constatação de maus tratos, espancamentos e qualquer tipo de sinal de violência entre os presos.

O reflexo da falência do sistema penal brasileiro é a situação degradante da vida nos cárceres. Prova disso são os problemas de superlotação, consumo de drogas, maus tratos, violência sexual, doenças, motins, rebeliões e tantas outras afrontas aos direitos humanos. O que se observa são os fenômenos da invisibilidade pública e da humilhação social, que negam o reconhecimento da dignidade humana e excluem um grupo da sociedade. (OBREGON, 2017)

Os poderes públicos são omissos e grande parte da população, muitas vezes influenciada pela mídia, reproduz o discurso de que presos não são sujeitos de direito. Essas manifestações legitimam a crueldade do sistema e ignoram direitos fundamentais de cidadãos que cumprem pena restritiva de liberdade. (OBREGON, 2017)

Diante do quanto exposto, é certo afirmar que o sistema prisional não está passando por uma crise, ele é uma crise, porque permanentemente é uma crise, e não se fala apenas do caso brasileiro, pois o sistema penitenciário tem se mostrado como ineficiente no mundo inteiro, uma vez que a pena prisional não faz sentido, é ilógica, desequilibrada, contraditória, não pode por consequência serem atendidas as finalidades, os objetivos que se pregam não podem ser alcançados pela pena prisional. Este argumento pode ser mais bem compreendido se o leitor aceitar o sistema prisional como um apêndice do sistema econômico então vigente. Ou seja, se a economia do país vai bem, se há pouca desigualdade social, os cárceres tendem a ter menos pessoas presas; o contrário também é verdadeiro, quanto mais desigual é uma sociedade maior o número de excluídos e de pessoas encarceradas. (DE ANDRADE, 2015)

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.

Como visto anteriormente, existe uma grave omissão inconstitucional relacionada a falhas estruturais do sistema carcerário brasileiro, cuja situação torna-se mais grave quando se depara com o despreparo estatal em solucionar o problema, causando

assim, uma violação massiva e persistente dos direitos fundamentais do encarcerado.

O Estado de Coisa Inconstitucional (ECI) teve sua origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC), conforme a *Sentencia de Unificación* – SU 559, de 6 de novembro de 1997.

Trata-se de medida que conduz o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e a almejar garantir os direitos fundamentais, visto que, havia a constatação de violações massivas por conta de clara omissão da Administração Pública.

Dessa forma, ao usufruir do mecanismo do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte não consiste apenas à função de garantidora de direitos individuais em casos pessoais, mas assume uma conduta muito mais ativa, a de formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução. (CAMPOS, 2015)

O ECI surgiu a partir da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais que teria por finalidade a construção de soluções estruturais, dialógicas e pactuadas voltadas à superação dessa violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face de ações e omissões lesivas do poder público. (CUNHA JÚNIOR, 2017,)

Ou seja, declarando uma vez o ECI, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e chama todos os órgãos responsáveis para que passem a adotar medidas eficazes para solucionar o problema. Nesse sentido, o ECI funcionaria como uma forma de alertar o quadro lamentável em que se encontra a situação buscando o compromisso real de todos os envolvidos para que o problema seja resolvido de forma planejada e efetiva.

Assim, assumir a ideia do Estado de Coisas Inconstitucional seria de grande importância e relevância pela grave crise de desigualdades sociais, assim, com a sua declaração o juiz procura aproximar-se da realidade social, superando as promessas formalizadas na Constituição e passando a garanti-las para as pessoas.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, §1º, diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Logo,

essas normas teriam uma eficácia máxima, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social.

Dessa forma, o juiz passaria a atuar como um agente de transformação social, garantido o respeito de tais normas. Vez que, cria-se a possibilidade de o juiz influir e exigir a produção de leis e políticas públicas, com o fito de superar as violações a direitos constitucionais, ao invés de deixar o Estado livre para decidir sobre leis e orçamentos para enfrentar os problemas estruturais.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O Estado de Coisas Inconstitucionais é um instituto ou conceito jurídico novo, com quase 20 anos de existência, bastante atual em alguns países latinos, mas que já ganha rumo em países fora do continente americano. (ARRUDA, 2016)

Apesar de não estar positivado, tem sido um mecanismo essencial no que diz respeito a garantia de direitos humanos e fundamentais dos apenados que vêm sendo violados, por meio da iniciativa das cortes constitucionais, no Brasil, pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

Ele surgiu no ano de 1997 com a *Sentencia de Unificación* prolatada pela Corte Constitucional Colombiana, quando 45 professores das cidades de Zambrano e Maria La Baja, tiveram direitos previdenciários que era inerente à entidade de classe dos docentes, pelas autoridades daquela localidade, então com isso a Corte Constitucional Colombiana passou a investigar o caso e chegou à conclusão que havia omissões estruturais e problemas generalizados que maculava direitos humanos, do qual se elencava aquele pleiteado pelos 45 professores, só que, as omissões do Poder público não abrangiam apenas estes professores específicos, mas sim toda a classe. (ARRUDA, 2016)

Dessa forma, conforme afirma Dirley Cunha (2017), o Estado de Coisas Inconstitucional tem sua origem das decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Possuindo como finalidade a construção de soluções

estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.

Assim, com a publicação da primeira decisão da Corte Constitucional Colombiana que reconheceu o ECI foi proferida em 1997 (*Sentencia de Unificación- SU 559*, de 6/11/1997), numa demanda promovida por diversos professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados pelas autoridades públicas. Ao declarar, diante da grave situação, o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Colombiana determinou às autoridades envolvidas a superação do quadro de inconstitucionalidades em prazo razoável. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

Segundo a Corte Constitucional Colombiana, o ECI caracteriza-se, fundamentalmente, diante da constatação de que: é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta a ocorrência de uma proteção insuficiente), há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas.

Também deve existir um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação, bem como, há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais. (CUNHA, 2017)

Para Lazari (2018), no momento do surgimento do Estado de Coisa Inconstitucional, um primeiro contexto, estava em jogo a aplicação de direitos previdenciários a professores colombianos (*Sentencia de Unificación nº 559/1997*); em um segundo contexto, a questão penitenciária colombiana (após provocação envolvendo as penitenciárias de Medellín e Bogotá) (*Sentencia de Tutela nº 153/1998*); em um terceiro contexto, o deslocamento forçado de pessoas por conta da violência desencadeada pela ação de grupos armados (*Sentencia T-025/2004*).

Dessa forma, em todos os casos, pontos em comum partiram da existência de três requisitos (cumulativos) para que o instituto em comento fosse reconhecido: o primeiro deles, a existência de verdadeiro litígio estrutural envolvendo a questão submetida à apreciação judicial, não bastando, portanto, a mera proteção ineficiente para o reconhecimento do ECI. (LAZARI, 2018)

Enquanto que, o segundo deles, ainda de acordo com Lazari (2018) um contexto de massiva violação de direitos fundamentais, não bastando, pois, pontuais afrontas para que o instituto se materialize isto porque violações a direitos fundamentais importam a necessidade de movimentação do aparato estatal a fim de que estas cessem, afinal, a compreensão dos destinatários das normas constitucionais é individualizada; desrespeitos pontuais e casuísticos, contudo, não ensejam a inconstitucionalidade generalizada de um Estado de Coisas.

E por fim, o terceiro deles, a deliberada omissão dos Poderes Públicos em fazer cessar o contexto estrutural de massiva violação de direitos (deste modo, caso fique demonstrado que as autoridades que compõem a Administração Pública estão na tentativa de cumprir com o seu papel visando à garantia dos direitos fundamentais dos encarcerados, de modo que esta violação somente ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente público, não restará caracterizada omissão suficiente a ensejar Estado de Coisas Inconstitucional). (LAZARI 2018)

Assim, a Corte Constitucional Colombiana analisou e julgou a questão do problema do Sistema Carcerário, que era um caos e violava os direitos humanos daquela comunidade, sendo assim, reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucionais. (ARRUDA, 2016)

Por mais que o conceito de ECI tenha evoluído com o tempo, foi a Corte Constitucional colombiana foi a principal responsável em permitir a delimitação desse instituto o qual passou a ser uma ferramenta usada pelas Cortes para declarar uma realidade contrária àquela prevista pelas normas constitucionais, possibilitando a tomada de decisões com o objetivo de reverter o quadro inconstitucional. (CAMPOS, 2015)

Diante disso, verifica-se que a Corte Colombiana teve papel fundamental na construção desse instituto, sendo que sua atuação na sentença SU 559 de 1997 foi o marco determinante na qual se denominou o ECI.

3.2 CONCEITO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que teve sua origem na Corte Constitucional Colombiana, conforme visto anteriormente, pode ser entendido como uma técnica ou mecanismo jurídico criado e empregado por uma Corte constitucional, mediante o qual ela reconhece e declara um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. (CAMPOS, 2015)

Dessa forma, Campos (2015) defende que o ECI estaria relacionado com a constatação e declaração de um quadro de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos humanos fundamentais que, para ser superado, requer a ocorrência de transformações na estrutura e na atuação dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), que importem na construção de soluções estruturais aptas a extirpar a situação de inconstitucionalidades declaradas.

Em relação à conceituação do ECI, Campos (2014, p.187) destaca que:

Um Estado de coisas inconstitucional é uma figura de caráter processual e de vocação oficiosa, para a defesa objetiva de direitos humanos, a fim de resolver casos em que se apresenta uma violação sistemática de direitos fundamentais de um grupo significativo de pessoas, cujas causas guardam relação com falhas sistemáticas ou estruturais e com políticas públicas, onde se requer envolver a todos os órgãos públicos necessários e adotar medidas de caráter impessoal que tendem a superar esse status quo injusto, e no qual o juiz constitucional mantém a competência para vigiar o cumprimento da decisão.

A declaração do ECI seria uma afirmação acerca da existência de um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma

legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. (CAMPOS, 2015)

De acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015), são três os pressupostos do ECI: a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; e a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais.

Dessa forma, o primeiro pressuposto para o reconhecimento e declaração do ECI, consiste na constatação de um quadro generalizado e massivo de violações de direitos fundamentais, que seja capaz de atingir um indeterminado número de pessoas. Em razão disso, quando a Corte decide determinado caso, sua decisão não atinge exclusivamente aqueles que demandaram em juízo em determinado caso concreto, mas sim a todas as pessoas que se encontram na mesma situação quanto aos direitos violados, para proteção do aspecto ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O segundo pressuposto consiste em constatar a existência de um quadro de inércia, omissões e falhas persistentes e reiteradas dos órgãos estatais, autoridades competentes e todas as entidades envolvidas com a proteção e garantia dos direitos fundamentais, que acaba por dar ensejo a uma série de inconstitucionalidades e por confirmar a incapacidade dos poderes públicos (no exercício de suas funções típicas) em modificar a conjuntura das violações perpetradas. Isto ocorre quando se deixa de legislar para dar cumprimento e efetivação aos mandamentos constitucionais, ou quando se deixa de adotar as medidas administrativas e orçamentárias necessárias para evitar ou suprimir as violações etc.

Por fim, o terceiro pressuposto para a caracterização do ECI é a verificação de um conjunto de violações de direitos fundamentais que exigem da Corte ou Tribunal “a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes”, sendo necessárias, portanto, “mudanças estruturais, novas

políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.” (CAMPOS, 2015).

Após a identificação dos três elementos a partir da análise do caso concreto, o Tribunal ou Corte constitucional então declara o ECI e em face da excepcional gravidade do quadro de violações de direitos que se constata. Afirma estar legitimado a intervir na atuação de outros poderes e como consequência por vezes determina a elaboração de leis específicas ao Poder Legislativo e também a aplicação de leis já existentes, enquanto não for elaborada a lei específica para o caso. Também intervém na formulação e implementação de políticas públicas que são atribuições do Poder Executivo, notadamente quanto à alocação de recursos orçamentários e à coordenação de medidas concretas, necessárias para a superação do estado de inconstitucionalidade constatado, posturas que importam numa manifestação de ativismo judicial.

Importante assinalar que, ante o reconhecimento da complexidade da situação, a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. A corte se encontra diante da figura do “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas. (CAMPOS, 2015)

A partir das decisões da Corte Constitucional Colombiana, pode-se concluir que o ECI seria caracterizado pela constatação de que é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas, há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais que deixam de adotar medidas necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falha estrutural das instancias políticas e administrativas. Além da existência de uma necessidade de a solução ser construída pactuada (solução dialógica) pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis (CUNHA JÚNIOR, 2017).

Portanto, são três os pressupostos do ECI, que seriam a violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número indeterminado de pessoas, a inércia do Poder Público ocasionado pela falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, gerando uma falha estatal estrutural, que terá como consequência tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação e a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios institucionais dos órgãos responsáveis com a finalidade de realizar as mudanças estruturais necessárias, criando novas políticas públicas ou ajustando as já existentes.

Após o reconhecimento do ECI, surgiram críticas a esse mecanismo, vez que, a declaração do ECI seria como uma forma ativista da Corte reconhecer um quadro grave de violação massiva a direitos fundamentais.

Assim, a crítica seria sob à objeção de ordem democrática, na qual se afirma que o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para intervir em políticas públicas, tendo em vista que seus membros não foram eleitos por voto popular, tem-se que tal argumento não prospera, pois a democracia não significa apenas a escolha da maioria, mas é também a proteção a direitos fundamentais, essencial para um estado democrático de direito. (STF; ADPF 347. Petição Inicial. 2015)

Ainda em sede de Exordial da ADPF 347, foi dito que em uma situação de omissão estatal, onde a atuação do judiciário seja a única saída para reverter um quadro de violação massiva a direitos fundamentais, é dever do judiciário intervir na realização e implementação de políticas públicas a fim de tutelar tais direitos, de forma que, ao contrário do que propõe tal crítica, a atuação do Poder Judiciário estará reafirmando a democracia, especialmente quando se tratar de direitos fundamentais de minorias, como é o caso dos presos, pois em um estado democrático de direito é dever do Estado, o qual é representado pelos Três Poderes, a tutela de direitos fundamentais.

Em relação à segunda crítica, na qual se afirma que o Poder Judiciário não teria capacidade para lidar com a resolução dos problemas apresentados em um ECI, visto que é desprovido de conhecimentos sobre políticas públicas, tal argumento também não prospera, uma vez que no ECI a forma dialógica com a qual o Judiciário deve atuar, permite à Corte a possibilidade de trabalhar em conjunto com os demais órgãos do Estado para que, juntos, encontrem soluções para os

problemas apresentados, de forma que cada órgão estatal atuará em sua especialidade, devendo haver, posteriormente, uma fiscalização do judiciário a fim de verificar o cumprimento das decisões tomadas. (STF; ADPF 347. Petição Inicial. 2015.)

3.3 O ECI E O ATIVISMO JUDICIAL

A doutrina traz vários conceitos para o ativismo judicial, dentre eles pode-se inferir que é uma postura, ou seja, uma escolha de um determinado magistrado que visa buscar através de uma hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade é a de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão legislativa, e até mesmo executiva. (GRANJA, 2013)

Diante de novas necessidades, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito (MIARELLI, 2012).

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008).

Acontece que, o Estado de Coisas Inconstitucional foi considerado pela doutrina brasileira como um modo de ativismo judicial, sendo criticada a adoção da referida técnica decisória. Isto acontece porque, como já visto, o Estado de Coisas

Inconstitucional buscou favorecer a proteção dos direitos fundamentais, em face da inércia ou omissão dos demais Poderes, embora ser evidente que não se trata de algo fantástico capaz de sanar toda a problemática dos presídios com o simples reconhecimento desse instituto, pois se trata de uma questão estrutural, e não apenas de responsabilidade de um único Poder, mas do Estado como um todo. Assim, eles consideram o ECI como uma forma de ativismo judicial pelo fato do Poder Judiciário não possuir legitimidade democrática para intervir em políticas públicas.

Nessa linha Dirley da Cunha Júnior aduz que apesar das conhecidas críticas ao ativismo judicial, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode reforçar o sistema de garantias dos Direitos Fundamentais, sobretudo de segmentos populacionais mais vulneráveis e afetados pelo estado de inércia e indiferença dos poderes públicos. Para o Autor, o ECI não seria um remédio milagroso a estimular ilusões, entretanto, ele poderia ser utilizado pedagogicamente para (a) estimular a adoção de medidas reais e efetivas; (b) provocar um sério e sincero debate a respeito da falta ou insuficiência de políticas públicas em determinados setores sensíveis (não apenas no sistema penitenciário, mas também nos caóticos sistemas públicos de saúde, de ensino e de segurança pública); e (c) proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas.

Seguindo o Autor Lênio Streck (2015) a decisão do STF (ADPF 347), permite interpretar que o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica sob a qual as normas incidiriam. Portanto, o autor defende que o ECI pressupõe uma leitura dualista da tensão entre fatos e normas, desconsiderando que o problema da eficácia do direito, sobretudo após o giro linguístico, não pode ser mais tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade, um, como referi acima, verdadeiro ranço jusnaturalista, sob pena de se agravar ainda mais o problema que por meio da crítica se pretende denunciar.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) minimiza a radicalidade da tese: “O ECI funciona como a “senha de acesso” da corte à tutela estrutural: reconhecido o ECI, a corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária.”

Uma parte da doutrina vem defendendo que o Estado de Coisa Inconstitucional seria uma nova modalidade de ativismo judicial, visto que, o Poder Judiciário age para além das funções conferidas pela ordem jurídica. O ativismo judicial seria a atuação excessiva do Judiciário, através de uma hermenêutica jurídica excessiva. No caso do reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional, o Judiciário acabaria exercendo função atípica, diante a omissão dos poderes Executivo e Legislativo. (PORPINO, 2017)

Para a caracterização ECI é necessário que em decorrência da insuficiência da atuação estatal haja uma lesão massiva e sistêmica aos direitos constitucionais, de forma que afete um número amplo de pessoas. Essa violação massiva a direitos fundamentais decorre, não só de atos omissivos, como também pode derivar de atos comissivos praticados por distintas autoridades públicas, acentuados em razão da inércia reiterada das mesmas autoridades, de forma que somente mudanças basilares na atuação dos poderes são capazes de superar a conjectura de inconstitucionalidade. (PORPINO, 2017)

Com isso, a competência para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional cabe o órgão da cúpula máxima do Poder Judiciário que, diante da seriedade e importância especial do quadro, implementa políticas públicas, determina a alocação de capitais e estrutura as providências necessárias para remover o estado de inconstitucionalidades. A Corte desempenha, assim, condutas de ativismo judicial estrutural em face da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não adotam medidas concretas para solucionar o problema, geralmente por falta de vontade política. (PORPINO, 2017)

Marmelstein (2015) defende que o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos, pelo contrário, a ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convocam-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados

órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas.

George Marmelstein (2015) ainda apresenta alguns princípios-guias, que norteariam o nível de intervenção judicial: O primeiro refere-se ao grau de inação dos órgãos estatais. Quanto maior a situação de abandono e de descaso com a solução do problema por partes dos órgãos competentes maior será a intensidade da atuação judicial. O segundo está relacionado à vulnerabilidade das pessoas envolvidas. Quanto maior for o grau de vulnerabilidade das pessoas afetadas (em razão da privação de direitos e incapacidade de articulação política) maior será a necessidade de uma atuação judicial mais rigorosa.

Outro princípio importante relaciona-se à essencialidade do direito afetado, pois quanto maior for a essencialidade daquele, maior deverá a busca pela implementação. Em todo caso, a atuação judicial deverá mirar um diálogo para que a solução do problema seja construída pelos próprios órgãos responsáveis. Quanto mais sincero e efetivo for o engajamento dos demais órgãos para a solução do problema, menor deve ser a intervenção judicial. (MARMELSTEIN, 2015)

Por fim, a importância do reconhecimento do ECI seria buscar de forma sistematizada com o engajamento de todos os órgãos responsáveis nos demais Poderes a resolução das graves lesões aos direitos fundamentais da população carcerária, não envolvendo apenas um Poder, porém todos juntos dentro cada um de sua esfera de atribuição.

3.4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O LITÍGIO ESTRUTURAL

Após o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional passamos a pensar em seus efeitos práticos sendo possível notar uma correlação direta com a ideia de litígio de reforma estrutural, cujo objetivo é pôr fim a situações fáticas que contrariem os ditames constitucionais, prejudicando um número indeterminado de pessoas.

Entende-se como litígio estrutural a busca pela tutela jurisdicional, em que se pretende a transformação estrutural de instituições do Estado em prol do respeito

aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, ou seja, recorre-se à Corte para a realização de mudanças sociais. (NERI, 2018)

Assim, Neri (2018) defende que a característica marcante do litígio estrutural é a primordial atuação conjunta de diversas entidades, visto que o problema não está na ação ou omissão de apenas um órgão específico, mas sim em toda a estrutura. Nesse sentido, o presente trabalho reforça a necessidade de adotar um modelo dialogal, de cooperação entre os poderes constituídos, buscando a máxima efetividade e concretização dos direitos fundamentais.

Pelas características do litígio estrutural, exigem-se novas formas de pensar sobre a atuação do Poder Judiciário. Isso porque o litígio estrutural vincula o ECI a fixar soluções estruturantes. Assim, diante de uma situação grave, que atinge um grande número de pessoas as quais se veem desrespeitadas em seus direitos fundamentais devido às falhas do Estado, faz-se necessário que as Cortes se comportem em uma espécie de “ativismo judicial estrutural” (CAMPOS, 2015).

Nas palavras de Campos (2015):

É verdade que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional fracassou no enfrentamento do sistema carcerário colombiano; contudo, é enganoso afirmar que o instrumento não é capaz de servir ao propósito de solucionar litígios de caráter estrutural. Como será demonstrado, o erro da corte no caso do sistema carcerário foi proferir ordens sem qualquer acompanhamento ou diálogo na fase de implementação.

Ante o reconhecimento da complexidade da situação, a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. A corte se encontra diante da figura do “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas. (CAMPOS, 2015)

Portanto, o ECI acaba gerando um “litígio estrutural”, visto que, inúmeros indivíduos acabam sendo atingidos pela violação de direitos. Diante disso, a Corte deve formular políticas públicas para enfrentar litígio dessa espécie, como meio de um remédio estrutural. Logo, ela adota uma postura de ativismo judicial estrutural em frente à omissão dos Poderes Executivo e Legislativo. (MACEDO, 2016)

3.5 RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO BRASIL - ADPF 347.

Recentemente, seguindo a mesma linha da Corte Constitucional Colombiana, o STF reconheceu o ECI em relação aos presídios brasileiros por ocasião do julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC/ADPF) n. 347/DF, ocorrido em 09 de setembro de 2015, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL).

Assim, em junho de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 (ADPF 347) pedindo que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e, diante disso, imponha a adoção de providências para sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no País.

Nesta ação constitucional o partido defendeu não haver cenário mais incompatível com a Constituição Federal do que o do sistema prisional do país, assim, requereu que fosse reconhecida a figura do ECI em relação ao sistema prisional brasileiro, bem como postulou perante a Corte Suprema brasileira, a adoção de providências estruturais frente a diversas lesões a preceitos fundamentais dos detentos, responsabilizando atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Em sua inicial, o partido político requer, liminarmente: a) a determinação para que os juízes e tribunais motivem expressamente os motivos pelos quais afastam as medidas cautelares diversas da prisão quando da decretação da prisão provisória; b) o reconhecimento da aplicabilidade da Convenção Interamericana de Direitos

Humanos para realização das audiências de custódia; c) a determinação para que os juízes considerem o quadro fático do sistema carcerário na aplicação e durante o processo de execução penal; d) o reconhecimento do caráter violador dos direitos fundamentais do cárcere, determinando a aplicação de medidas descarcerizadoras quando possível; e) a afirmação para os juízes da execução abrandarem os requisitos temporais para fruição de benefícios e direitos dos detentos; f) a possibilidade de abatimento do tempo de pena em razão das severas condições do cárcere; g) a implementação de mutirões carcerários para revisão dos processos de execução penal em curso no país e, por fim; h) o descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN.(STF, 2015)

Em apertada síntese, o partido afirmou que a superlotação dos presídios e as condições degradantes do sistema prisional configuram um cenário fático totalmente incompatível com a Constituição brasileira. Nele se fazem presentes ofensas a uma pluralidade de direitos fundamentais tais como “a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos”. Afirmou que o quadro é resultante de uma “multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial” (STF, 2015, p. 8).

O partido ressaltou ainda que os órgãos administrativos menosprezam os preceitos constitucionais e legais ao não providenciarem a criação do número de vagas prisionais compatível com o tamanho da população carcerária, de modo a “viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição” (STF, 2015, p.8-9).

Ao abordar especificamente as condições dos presídios brasileiros, o partido argumentou serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”, destacando as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária

adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho [...] instituições prisionais dominadas por facções criminosas (STF, 2015, p. 9).

Assim, o partido além de defender na inicial pela existência dos pressupostos necessários ao estado de coisas inconstitucional, inferiu também que, ao ser declarado, o Supremo imporá aos outros poderes do Estado, a consecução de medidas céleres e imprescindíveis para se superar as violações massivas aos direitos fundamentais dos encarcerados, e também acompanhar a efetiva implantação dessas medidas.

Sendo assim, a ação tem como finalidade, além do deferimento das cautelares interpostas, o providencialmente de um novo método abrangente a todo o sistema, uma nova realidade para a prática da execução penal. O equacionamento do que o “ECI” do sistema penitenciário envolverá necessariamente a realização de despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais, à melhoria das condições dos estabelecimentos existentes e dos serviços prestados aos detentos.

Dessa forma, o Estado de Coisas Inconstitucional tem por finalidade o reconhecimento formal desse quadro de violações a direitos fundamentais, construção de soluções estruturais, dialógicas e pactuadas voltadas à superação desse lamentável panorama de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face de ações e omissões lesivas do poder público. (CUNHA JÚNIOR, 2017)

Portanto, o reconhecimento do ECI no Brasil ficou marcado pela sessão plenária realizada em 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu expressamente a existência do ECI no sistema penitenciário brasileiro. Isso aconteceu pelo fato de terem deferido parcialmente o pedido de medidas cautelares formulados na ADPF 347, proposta em face da crise do sistema carcerário brasileiro (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 592).

3.5.1 Julgamento da ADPF 347.

De início, em 2015, o STF entendeu como cabível a ADPF para considerar como degradantes as condições dos cárceres brasileiros, constatando a crise no sistema

penitenciário brasileiro, uma vez ausente outros meios eficazes para sanar a violação dos direitos fundamentais vergastados.

O relator da ADPF 347, Ministro Marco Aurélio, em seu voto afirma que “com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, isto é, a maioria dos detentos do sistema penitenciário brasileiro estaria sujeitos a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas etc.

Ainda em seu voto o Ministro afirma que “o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”, ou seja, ele ratifica que de fato no sistema prisional brasileiro está ocorrendo uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade.

Acontece que, para ocorrer esse afastamento do ECI pretendido na ação a mudança deveria ocorrer a partir do Poder Público que seria o responsável pela implementação de políticas públicas. Isto pode ser ratificado com a fala do Ministro Marco Aurélio (2015) ao dizer que:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Falta coordenação institucional.

Portanto, para ele, existem problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal.

Como já dito, foram deferidas pelo Supremo Tribunal Federal parcialmente as cautelares postuladas no tocante às audiências de custódia e no que diz respeito ao Fundo Penitenciário Brasileiro. Porém, além dessas cautelares deferidas parcialmente, por multiplicidade de votos, o Supremo aceitou proposta do Ministro Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema carcerário no prazo de um ano, para que os elementos da pesquisa sirvam como parâmetro para o julgamento do mérito da ação.

Ainda no contexto do julgamento, o Min. Edson Fachin afirmou que:

Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetiva – um dia – reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência.(ADPF 347)

Ainda em seu voto, o mesmo complementa que avistando um estado em que direitos fundamentais dos presos, sejam esses definitivos ou provisórios, padecem de proteção efetiva por parte do Estado, o que não vem sendo cumprido.

O relator do processo, Ministro Marco Aurélio de Mello, elencou ações em trâmite na Corte Constitucional nas quais o sistema prisional brasileiro figura como objeto de insurgência. Em apertada síntese, as ações questionam: a responsabilidade do Estado nos casos de danos morais decorrentes de cumprimento de pena em presídios com condições degradantes (RE nº 580.525/MS e ADI nº 5.170/DF); a possibilidade de cumprimento de pena em regime aberto ou em prisão domiciliar quando ausente acomodação adequada nos presídios (RE nº 641.320/RS); a impugnação de lei estadual que determina a instalação de bloqueadores de sinal de celular em presídios (ADI nº 5.356/MS); a possibilidade do Poder Judiciário determinar a realização de obras em presídios, independentemente de dotação orçamentária, para garantia dos direitos dos presos (RE nº 592.581/RS).

Durante os debates, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou também que será firmado um termo de cooperação entre o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) para a identificação de 600 mil presos por biometria. Além disso, afirmou que será elaborado um sistema nacional de cumprimento das penas e também dos benefícios prisionais.

Para o ministro Marco Aurélio, o papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentarem a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional”, concluiu.

Ao reconhecer o ECI em relação ao sistema prisional, o Ministro também salientou em seu voto que a responsabilidade pelo estado de coisas a que se chegou não pode ser atribuída única e exclusivamente a apenas um poder, mas aos três (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União, como dos Estados federados e do Distrito Federal.

Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural” (STF, 2015).

Apesar das bastantes críticas ao ativismo judicial, o reconhecimento do ECI pode reforçar o sistema de garantias de Direitos Fundamentais, sobretudo de segmentos populacionais mais vulneráveis e afetados pelo estado de inércia e indiferença dos poderes públicos. Pode servir pedagogicamente para estimular a adoção de medidas reais e efetivas, provocar um debate sobre a insuficiência de políticas públicas em alguns setores sensíveis além de proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos (CUNHA JÚNIOR, 2015).

Conforme se percebe, os três pressupostos caracterizadores do ECI foram reconhecidos pelo STF em relação à caótica situação dos presídios brasileiros que tem sido narrada ao longo deste trabalho. Contudo, é importante aqui tecer uma crítica à decisão da Corte, destacando-se o lamentável fato de, ao julgar o caso, não ter deferido a maioria das medidas cautelares que foram solicitadas, perdendo a oportunidade, pelo menos naquele momento, de contribuir significativamente para a atenuação dos deletérios efeitos da superlotação dos presídios.

Assim, ao deferir parcialmente a liminar o STF proibiu o Poder Executivo de contingenciar valores disponíveis no FUNPEN, ou seja, a União deverá liberar o saldo acumulado do FUNPEN para ser utilizado com a finalidade para o qual foi criado. Determinou também aos Juízes e Tribunais que passem a realizar

audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão. Os outros pedidos solicitados na ADPF 347 ainda serão examinados pelo STF no momento do julgamento de mérito da ADPF 347 (CUNHA JÚNIOR, 2015).

3.5.2 Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário Brasileiro

Uma vez demonstrados os pressupostos teóricos do ECI, cumpre agora investigar especificamente a situação de violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, causado pela inércia do Poder Público e pelas falhas estruturais na concretização de políticas públicas eficientes.

Em 2009, a Câmara dos Deputados realizou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário brasileiro. Foi realizada uma visita aos presídios de todos os Estados e foi feito um relatório que evidenciou um quadro de grave violação de direitos fundamentais.

A partir desse relatório, foi constatado pela CPI que no ambiente carcerário, existe uma realidade cruel, desumana, animalesca, ilegal, em que presos são tratados como lixo humano. Foram observados que em muitos estabelecimentos penais, tensão, medo, repressão, torturas e violência – ambiente que, em certa medida, atinge e se estende aos parentes, em especial, quando das visitas nas unidades prisionais. A realidade encontrada pela CPI, em suas diligências nos mais variados estabelecimentos penais, é de confronto com a legislação nacional e internacional, de agressão aos direitos humanos e de completa barbárie.

A permanência desse estado é uma clara violação aos direitos dos presos previstos em diversas leis que compõem nosso ordenamento jurídico e, em especial, na nossa Constituição, a começar pelo fundamento que norteia toda legislação infraconstitucional e do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. Esta está prevista fundamento da República no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. O art. 5º, que trata dos direitos individuais, no seu inciso XLIX estabelece que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Existem ainda tratados internacionais sobre Direitos Humanos incorporados ao ordenamento pátrio, como o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, a

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

As celas superlotadas, pessoas dormindo umas em cima das outras, proliferação de doenças contagiosas, falta de acesso à educação, à saúde e à justiça, alimentação inadequada, violações que se agravam quando se tratam de minorias dentro das prisões como mulheres, homossexuais e pessoas com deficiências, todos esses motivos foram apontados na sustentação oral feita pelo professor Daniel Sarmento durante o julgamento das medidas cautelares da ADPF 347.

De fato, ilustrativamente, os detentos, com base no art. 11 da Lei de Execução Penal, possuem direito à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde. O Estado, que é o responsável pela custódia dos encarcerados, deve garantir-lhes a assistência necessária, o que, porém, geralmente não acontece. “Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas”

Esse sistema carcerário não permite o cumprimento da finalidade da pena, de modo que esta, na prática, não ostenta o caráter ressocializador apregoado na doutrina e na legislação.

Portanto, restaria evidenciada a violação sistemática e recorrente dos direitos fundamentais das pessoas em custódia do Estado, havendo nítida mácula aos princípios constitucionais da dignidade humana (art. 1º, inciso III); da vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e); da proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); do dever de cumprimento de pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, idade e sexo (art. 5º, XLVIII); da segurança e da integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX); além dos direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade (art. 6º). Bem como, a violação a diversos dispositivos da Lei de Execução Penal, Lei nº 9.720/84, e da Lei Complementar nº 79/94, que criou o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS

O instituto da responsabilidade civil é essencial no âmbito jurídico tendo em vista que contribui para que eventuais danos que são causados por um agente a uma vítima, por meio de um nexo de causalidade, seja ressarcida economicamente, perseguindo o status quo ante ao evento danoso.

Existe uma diferença entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral. Enquanto na primeira é necessária a utilização de uma força organizada por meio do Estado para que se cumpra a reparação, na segunda, o responsável será punido apenas no campo psicológico, como quando um católico fervoroso comete um pecado. (SOARES, 2019)

Evidente também que há enorme diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal. Esta só ocorre quando um fato é qualificado como ilícito, a partir do momento que o responsável age em discordância com a lei, devendo o mesmo ser punido dentro da legislação penal. Já aquela se estabelece quando o agente comete ato cuja obrigação é reparar o dano patrimonial ou moral causado, e se isso não for mais possível, converter o pagamento em indenização. Importante destacar que uma responsabilidade não exclui a outra, sendo possível cumular a responsabilidade civil e criminal. (SOARES, 2019)

A responsabilidade civil se caracteriza quando existe a obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral como consequência de um dano causado pela conduta humana. Ao se falar de responsabilidade civil é necessário se rememorar que há três elementos que a configuram, são eles: a conduta, o nexo causal e o dano, ou seja, diante da inexistência de um desses elementos, não há como se discutir a responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2017).

De acordo com Maria Helena Diniz (2006) a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a

terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A reparação do dano mencionada pela autora acima pode vir tanto de um ato que infrinja as regras necessárias de convivência social e cause lesão aos interesses jurídicos da vítima, como atropelar alguém ou danificar um objeto de terceiros, como também no descumprimento de uma obrigação imposta por norma contratual.

Na visão de Cavalieri Filho (2009), a força motriz que rege a responsabilidade civil é a possível reparação do dano causado à vítima pelo agente. A ideia cerne do instituto da responsabilidade civil está pautada em tentar restituir, mesmo que ao menos economicamente, o status quo ante ao dano sofrido pela vítima, gerado pelo agente e sustentado pelo condão do nexo causal.

Assim o autor afirma que toda pessoa que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Impera, no campo da responsabilidade civil, o desejo de ver o agente causador do dano obrigado a reparar o equilíbrio jurídico-econômico que rompeu com sua conduta, restabelecendo para a vítima o que se chama de status quo ante (CAVALIERI FILHO, 2009)

Ou seja, esse instituto desde sempre trouxe consigo a noção de que quem causa um dano, de quem causa um prejuízo, um risco ou, em outras palavras, de quem diminui o patrimônio de outrem, tem o dever de recompor, de indenizar, de responsabilizar-se por tal fato. Dessa forma, a responsabilidade civil tem sua origem calcada na vingança privada, a qual, diante da total ausência da noção de Estado, era executada contra o ofensor imediatamente sem qualquer julgamento objetivo ou subjetivo do ofendido e, quase sempre, desmedida e totalmente desproporcional. (MORAES, 2018)

Assim, deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos, como pelo apelo à virtude de prudência. (FARIAS *et al*, 2015)

A partir da análise do Código Civil de 2002 no que diz respeito a responsabilidade civil temos que o art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Dessa forma, é notório que para se configurar a responsabilidade civil são necessários alguns requisitos. São eles: existência de uma ação seja ela, comissiva ou omissiva, que seja qualificada como ilícita ou, que sendo lícita, haja risco; ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou terceiro por quem ele seja responsável, observando-se que não existe responsabilidade civil sem que haja o dano, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão; nexos de causalidade entre o dano e ação, já que sem essa ligação entre a conduta do agente e o dano causado à vítima não se é possível falar em responsabilidade civil.

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior da coisa. Decompõe-se, pois, nos seguintes elementos: conduta (positiva ou negativa), dano, nexos de causalidade. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Já de longa data se estabeleceu a dicotomia entre a responsabilidade civil *stricto sensu* (delitual ou aquiliana) e a responsabilidade contratual (negocial ou obrigacional). Apesar de atualmente haver uma interpenetração entre as duas responsabilidades, esta bipartição entre as fontes da obrigação de indenizar ainda faz sentido teórico e prático. (FARIAS *et al*, 2015)

Ou seja, no que concerne à responsabilidade civil, ademais, esta possui duas diferentes modalidades: a contratual e a extracontratual, esta última também chamada de “aquiliana”. Quando deriva da prévia relação contratual existente entre as partes, seja em razão de inadimplemento total, seja por ocorrência de mora no cumprimento do estabelecido entre as partes, fala-se em responsabilidade contratual. Por outro lado, havendo tão somente a infringência de um dever legal, inexistindo vínculo jurídico entre a vítima e o causador, ocorre a responsabilidade extracontratual, alvo deste trabalho. (DE OLIVEIRA, 2017)

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme se verifica após a interpretação do artigo 159 do Código Civil de 1916, que determina

que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano", essa ideia acabou sendo aperfeiçoada e passou a ser definida, pelo artigo 186 do Código Civil de 2002 nos seguintes termos: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato lícito". (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015)

Entretanto, possuem hipóteses em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou a chamar de responsabilidade civil objetiva, nessa modalidade de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Em busca de atender os anseios da sociedade moderna passou a existir a responsabilidade civil objetiva que se encontra retratada no vigente Código Civil brasileiro em seu artigo 927, parágrafo único, que passou a ser utilizado como sistema subsidiário, segundo a qual deve o ofensor reparar, restituindo ou restaurando o ofendido independentemente de culpa, bastando a comprovação do dano e do nexo causal. (MORAES, 2018)

Ou seja, conforme as disposições do Código Civil, a culpa, em regra, é necessária para caracterização da responsabilidade, juntamente com o dano e o nexo causal entre este e a conduta. Não obstante, o parágrafo único do art. 927, Código Civil de 2002 trata da responsabilidade objetiva, que basta ter a comprovação da conduta e do nexo de causalidade entre esta com o dano, independentemente da existência do elemento subjetivo, o artigo dispõe que:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para justificar a responsabilidade objetiva, a doutrina expõe a teoria do risco, segundo a quais determinadas atividades, quando exercidas, criam, por esse fato, risco de dano a terceiros, havendo o dever de indenizar ainda que a conduta seja desprovida de culpa. Assim explica Carlos Roberto Gonçalves (2017):

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Destarte, como já exposto, o vigente Código Civil brasileiro adotou como regra geral a responsabilidade civil subjetiva (art. 186), segundo a qual, baseada na teoria clássica, o ofensor tem o dever de reparar ou de restituir o mal causado desde que comprovado o dano, o nexo causal e a sua culpa. (MORAES, 2018)

Observa-se, assim, que para a conduta humana ser passível de responsabilização civil, é necessária a presença da voluntariedade, que se consubstancia no núcleo fundamental deste elemento. Para falar-se em responsabilidade civil é indispensável a conduta humana, seja ela positiva (ação), ou negativa (omissão), efetivada pela vontade do agente público, que culmina em dano ou prejuízo. Logo, tanto a ação quanto a omissão são fatores que geram a obrigação de reparar o dano a terceiro causado, cumprido os requisitos inerentes à responsabilidade civil.

Importa ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não adotou a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral como regra. Portanto, mesmo havendo responsabilidade objetiva, a existência de excludentes de responsabilidade afasta o dever de indenizar no caso concreto, como ocorre com as hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, força maior, caso fortuito.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é pautada por princípios específicos, os quais decorrem da posição jurídica que ocupa na sociedade, motivo pelo qual se afigura

mais abrangente do que a responsabilidade decorrente de atos de pessoas privadas. Um aspecto relevante por conta disso é acerca da dispensa da comprovação de culpa.

Dessa forma, em regra, o Estado responde objetivamente por danos causados a terceiros, o que quer dizer que os lesionados não estão obrigados a demonstrar a culpa do Estado, mas tão somente a conduta, dano e nexos causal. Portanto, há uma diferenciação significativa na teoria da responsabilidade civil objetiva e subjetiva que concernem à responsabilização do Estado junto a seus jurisdicionados. (NORONHA, 2017)

Como já visto anteriormente, a responsabilidade civil do Estado se divide em duas relações distintas. A existente entre o particular e o ente estatal que seria a objetiva e a existente entre o agente público e o ente estatal que seria a subjetiva.

Esse dever do Estado de indenizar os particulares pelos danos causados em decorrência de sua atuação decorre da já explicitada responsabilidade extracontratual, pelo fato de que não deriva de qualquer contrato ou vínculo jurídico prévio com a vítima.

Como leciona Matheus Carvalho (2017):

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de o poder público recompor os prejuízos causados a particulares, em dinheiro, em decorrência de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, quando imputados aos agentes públicos, no exercício de suas funções.

Neste aspecto, assegura Bandeira de Mello (2009) que a responsabilidade civil objetiva não encontra respaldo na necessidade de identificar a motivação do dano, bastando haver a mínima relação entre causa e efeito do dano para se configurar a necessidade de indenização por parte do agente que lhe deu causa. É o que entende o autor no excerto abaixo:

A responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

Neste sentido, Matheus Carvalho (2017) defende que deve ser atribuída ao Estado a responsabilidade pelo risco criado por sua atividade administrativa. Ou seja, se esta atividade é exercida no benefício da coletividade, deverá a coletividade suportar o ônus do seu mau funcionamento. Ainda, basta para sua comprovação a mera relação causal entre o comportamento do agente público e o dano, tendo fundamento no princípio da legalidade.

José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.462), ensina:

Passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com o risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes havia de corresponder um risco maior. Surge então a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

Assim, como os particulares não dispõem de poder suficiente para impedir os efeitos da atuação danosa do Estado sobre seus bens, direitos e interesses, vez que a este cabe definir seus parâmetros de atuação e as correspondentes consequências jurídicas, a serem suportadas por aqueles em face do princípio da supremacia do interesse público, que pauta o regime jurídico-administrativo a que rege o Poder Público.

Os danos causados pelo Estado decorrem de sua atuação em prol da satisfação do interesse público, ou seja, da coletividade em geral, em conformidade com seu interesse primário. Por conta disso, muitos acreditam ser injusto que os administrados sofram as consequências negativas das atividades desenvolvidas pelo Poder Público em proveito de todos.

Pelos motivos expostos, a responsabilidade do Estado obedece a regras próprias, que visam compatibilizar as peculiaridades da pessoa jurídica de direito público com os possíveis danos advindos de suas atividades, resguardando-se, o quanto possível, o patrimônio privado em face dos riscos ligados às ações e omissões estatais.

O sistema jurídico brasileiro adota a responsabilidade subjetiva como regra, no entanto, existem ainda algumas leis que tratam de alguns casos excepcionais que mesmo sem a devida existência da culpa ou dolo, podem ainda gerar o dever de

indenizar. Isto porque, a regra geral, que deve se presidir a responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas sendo insuficiente está para atender as imposições do progresso, cumpre o legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção (GONÇALVES, 2010).

Para Matheus Carvalho (2017) a responsabilidade do Estado pode ser por omissão ou por ação. A responsabilidade por omissão ocorre quando o dano é causado a um particular em decorrência da não atuação do Estado. Nestes casos o agente tem o dever de atuar previsto em lei e se omite. A parte majoritária da doutrina entende que a conduta omissiva não se enquadra no artigo 37, parágrafo 6º da CRFB/88 e que por este motivo não geraria responsabilidade objetiva do Estado aplicando-se nestes casos a Teoria da responsabilidade subjetiva.

Assim, nas palavras de Matheus Carvalho (2017, pág. 340)

Sendo assim, são elementos definidores da responsabilidade do Estado em casos de omissão de seus agentes: o comportamento omissivo do Estado, o dano, o nexo de causalidade e a culpa do serviço público. Com efeito, a responsabilização, neste contexto, depende da ocorrência de ato omissivo ilícito, ou seja, a omissão do agente deve configurar a ausência de cumprimento de seus deveres legalmente estabelecidos.

Portanto, vêm entendendo que a responsabilidade objetiva do Estado existe diante de uma conduta comissiva (ação) praticada pelo agente público e ainda nos casos em que podemos aplicar a Teoria do Risco Criado, em que o Estado através de um comportamento positivo cria situações de risco que lesam particulares. (CARVALHO, 2017)

Com a evolução da responsabilidade do Estado, conforme será demonstrado a seguir, passou-se da absoluta irresponsabilidade estatal e posterior responsabilidade subjetiva à responsabilidade objetiva, que, conforme explicitado anteriormente, independe da comprovação de dolo ou culpa, sendo bastante a conduta e o nexo de causalidade entre esta e o dano para a obrigação de indenizar a vítima.

4.2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado

Historicamente, no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, a doutrina especializada registra posicionamentos que vão desde a irresponsabilidade absoluta até a teoria do risco integral. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

A teoria da irresponsabilidade abordava que o Estado não assumia a responsabilidade pelos danos causados a terceiros por ele ou por seus agentes. Ou seja, imperava a ideia da total irresponsabilidade do poder público. O Estado absolutista não admitia a possibilidade da reparação por eventuais danos causados pela Administração. Sendo assim, esta fase assumiu maior notoriedade sob os regimes absolutistas, nos quais a lei era a figura do Rei, baseando-se na teoria que não havia como um Estado (Rei) lesar seus súditos, os quais no sistema atual são os administrados. Dessa forma, nem mesmo os agentes estatais, que representavam o rei, poderiam ser responsabilizados pelos danos causados por eles a terceiros. Entretanto, passou-se a admitir a responsabilidade civil do Estado. Entretanto, o fundamento desta responsabilização passou por um longo período de maturação e evolução. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Da prepotência da teoria da absoluta irresponsabilidade estatal pelos danos causados aos particulares, partiu-se para o reconhecimento da aplicabilidade da concepção da responsabilidade subjetiva. Nesse caso, o fundamento se refere à culpa do funcionário para a atribuição da responsabilidade do Estado, exigindo-se, assim, a presença do elemento anímico para sua caracterização. Cinco teorias procuram explicar tal fenômeno, quais sejam: teoria da culpa civilística, a da culpa administrativa, a da culpa anônima, a da culpa presumida e a da falta administrativa. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Na metade do século XIX, a ideia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. A solução era muito rigorosa para os particulares em geral, assim, o Estado Liberal tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Público assumia naquela época. Modernamente falando, o direito positivo das nações

civilizadas admite a responsabilização civil do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, podendo variar aspectos específicos e de menor importância no que toca a responsabilidade do agente, ao montante de reparação, à forma processual de proteção do direito. (CARVALHO FILHO, 2006)

Evoluiu-se então para a teoria conhecida como da culpa administrativa ou do acidente administrativo, apresenta-se como uma fase intermediária no processo de transição entre responsabilidade civil com culpa e a objetivação da responsabilidade. Em vez de partir da visão do agente público como um preposto ou representante do Estado, passa-se a encará-lo como parte da própria estrutura estatal, assim, gerando o dano, o faz em nome da própria Administração Pública, vez que, é dela apenas um instrumento. Assim, o elemento subjetivo agora seria respaldado na ação e omissão dos seus agentes. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

A teoria da culpa administrativa leva em consideração a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Nesta teoria não há indagação quanto à culpa do agente administrativo, sendo que exige do lesionado que comprove a falta do serviço para obter a indenização, devendo ser ressaltado que esta falta do serviço apresenta-se nas modalidades de inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Ocorrendo qualquer destas modalidades surge a obrigação de indenizar. (ANDRADE, 2008)

Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. (MEIRELLES, 2003)

A teoria da culpa anônima surge por conta da existência de situações em que, dados o gigantismo estatal e a impessoalidade na prestação de serviços, ficava a vítima sem condições de identificar o funcionário causador do malefício. Assim, essa teoria exige a responsabilização do Estado tão somente por provar que a lesão foi decorrente da atividade pública, sem necessidade de saber, de forma específica, qual foi o funcionário que a produziu. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015).

A teoria da culpa presumida, também conhecida como “falsa teoria objetiva” trata-se de uma variante da teoria da culpa administrativa. A sua diferença essencial é que, na teoria da culpa presumida, há presunção de culpa do Estado, com a adoção do critério de inversão do ônus da prova. Embora tenha chegado a ser denominada, equivocadamente, responsabilidade sem culpa ou objetiva, não pode ser assim considerada, justamente porque admitia a possibilidade de demonstração da não concorrência de culpa pelo Estado. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

A teoria da falta administrativa toma como espeque a visão de que a falta do serviço estatal caracteriza a culpa da Administração, não havendo necessidade de investigar o elemento subjetivo do agente estatal, mas sim, somente, a falta do serviço em si mesmo. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

A culpa do Estado ocorre com o não funcionamento do serviço público (inexistência), com o seu funcionamento atrasado (retardamento) ou, ainda, quando funciona mal (mau funcionamento). Nesses três casos ocorrerá a culpa do serviço, independentemente de qualquer inquirição a respeito da falta do funcionário. (DI PRIETTO, 1998)

Embora muitas vezes a inversão do ônus da prova tenha gerado maior facilidade para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, a tendência mundial de estabelecimento de regras de responsabilização sem culpa não poderia passar *in albis* em relação à Administração. Assim foram concebidas teorias que os tribunais denominam como objetivas, o que é simples inversão do ônus da prova. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Das doutrinas civilistas e após a teoria da culpa no serviço, o direito dos povos modernos passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Essa modalidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso, assim, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação casual entre o fato e o dano. Assim, passou a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensando de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos. (CARVALHO FILHO, 2006)

Pela Teoria do Risco Administrativo a atuação estatal que cause dano a um particular faz com que a administração pública necessite indenizar este, independentemente se o dano foi causado pela falta do serviço ou pela culpa de determinado agente público, bastando para isso que tenha ocorrido dano decorrente da atuação da administração sem que para isto tenha concorrido o particular, nessa teoria não cabe ao particular comprovação de qualquer espécie de culpa do Estado, todavia, a administração na sua defesa poderá comprovar alguma excludente – culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior – (há ainda quem fale em culpa de terceiros), caso a administração comprove culpa recíproca, a sua obrigação de indenizar será atenuada. (RODRIGUES, 2017)

Com o reconhecimento da teoria do risco administrativo, se tornou perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado assim, passou-se a considerar que, por mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: a maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Além do risco decorrente das atividades estatais em geral, constituiu também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. Assim, o Estado ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais (CARVALHO FILHO, 2006)

A ideia de risco administrativo avança no sentido da publicização da responsabilidade e coletivização dos prejuízos, fazendo surgir a obrigação de indenizar o dano em razão da simples ocorrência do ato lesivo, sem se perquirir a falta do serviço ou da culpa do agente. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

A Teoria do Risco Integral consiste em um aumento da responsabilidade civil da administração pública. Basta a existência de um evento danoso e do nexo causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, não havendo possibilidade de que este alegue excludentes de sua responsabilidade, porém não há consenso doutrinário acerca da definição de “risco integral”, sendo este conceito apresentado o mais tradicional no Direito Administrativo. Também há divergência sobre se o nosso ordenamento jurídico adotou ou não a teoria do risco integral para a responsabilização extracontratual do Estado – um dos exemplos adotados é dos

danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, d, CF), uma vez que aqui ficaria afastada qualquer possibilidade de alegação de excludentes pelo Estado – já em caso de danos ambientais a jurisprudência e doutrinas reconhecem maciçamente a responsabilidade civil do risco integral. (RODRIGUES, 2017)

A teoria do risco integral leva a ideia de responsabilização às mais altas elucubrações, a sua aplicação levaria a reconhecer a responsabilidade civil em qualquer situação, desde que presentes três elementos essenciais, sendo desprezado qualquer excludente de responsabilidade assumindo a Administração Pública todo o risco de dano proveniente de sua atuação. Trata-se de uma situação extrema, que não deve ser aceita, em regra, pela imensa possibilidade de ocorrência de desvios e abusos. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Por fim, vale destacar a teoria do risco social, também conhecida como responsabilidade sem risco, seu fundamento seria o seguinte: se o Estado tem dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano prove justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. Assim, com tal teoria prescinde-se a conduta humana atribuível ao Estado, através de seus agentes, para lhe responsabilizar. Para não deixar a vítima sem qualquer reparação, assumiria o Estado o ônus da prova de repará-la, sem prejuízo do direito de regresso contra o real causador do prejuízo, que restaria preservado. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

A chamada teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva do Estado foi influenciada pelo individualismo característico do liberalismo, que pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, sendo, portanto, obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses em que tal obrigação existe para os indivíduos. Assim, como o Estado atua por meio de seus agentes, somente existiria a obrigação de indenizar quando estes tivessem agido com culpa ou dolo, cabendo ao particular o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos. (DE SABOIA, 2012)

Essa teoria civil ganhou espaço com o fim do absolutismo e serviu inclusive como inspiração ao art. 15 do Código Civil de 1916, o qual consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado. Perdeu espaço com a difusão da idéia de predomínio das normas de Direito Público sobre as regras de Direito Privado na regência das relações entre Poder Público e administrados. (DE SABOIA, 2012)

O abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado marcou o aparecimento da doutrina da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente, assim, passou a adotar a doutrina civilista da culpa. Porém, procuravam distinguir dois tipos de atitudes estatais: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse caso de ato de império, não haveria responsabilização, pois o fato seria regido pelas normas tradicionais do direito público, sendo assim, protetivas à figura estatal. (CARVALHO FILHO, 2006)

A primeira teoria subjetiva, que propugnava pela responsabilização civil do Estado, estava calçada na ideia de seus agente (servidores), ostentarem a condição de prepostos. Assim, o Estado em culpa, deveria ser obrigado a reparar os danos causados por seus representantes. Tal teoria acabava por abarcar inúmeras situações de irresarcibilidade, pela evidente dificuldade do particular em comprovar a existência do elemento anímico pelo Estado, sendo esse, talvez o maior motivo para o afastamento paulatino. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Quanto ao tema, Hely Lopes Meirelles (2003, p.618) acrescenta:

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015) defende que a grande maioria dos doutrinadores têm entendido eu a teoria adotada no sistema jurídico brasileiro é o da teoria da culpa presumida que foi abarcada no nosso sistema constitucional no seu artigo 37, §6º, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Assim, a responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 é essencialmente objetiva, prescindindo da ideia de culpa, como pressuposto para a obrigação de indenizar. A constatação de “culpa da vítima” fulmina a pretensão reparatória, não pela ausência de elemento subjetivo, mas sim por quebra do nexo de causalidade necessário para o reconhecimento da reparabilidade do dano. Tal conclusão se respalda, ainda mais, quando compreendida no novo sistema de responsabilidade civil no Brasil, que propugna pela mais ampla reparabilidade dos danos causados, justamente com a independência do elemento culpa. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Dessa maneira, a responsabilidade objetiva do Estado abrange os atos por ação da Administração Pública e os atos por omissão voluntária, uma vez sejam demonstrados o nexo causal entre o dano e a omissão específica da administração Pública. Nesse entendimento, a omissão se refere à conduta ou ato em que se é responsável em realizar ou tendo as condições para fazê-lo, mas deixa de fazer. Ou seja, a abstenção do causador do dolo em realizar tal conduta, o que gera o dano a outrem e a consequente obrigação em indenizar.

Ao que se refere à responsabilidade por omissão, “para que possa ser configurada é preciso que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não de omitir) e que se demonstre que, com uma ação efetiva, o dolo poderia ser evitado” (GONÇALVES, 2017, p. 69). Ou seja, para sua configuração é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado.

Ou seja, por fim, passou-se a consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, dispensando-se aferimento de culpa ou dolo por parte do agente para reconhecimento do dever estatal de indenizar. Não obstante, ressalta-se a possibilidade de exclusão da responsabilidade por eventos que rompem o nexo de causalidade, como ocorre com a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, força maior ou caso fortuito. (DE OLIVEIRA, 2017)

4.2.2 Caracterização e Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado

Em decorrência de fundamentos políticos e jurídicos, relacionados à supremacia do Estado em face dos particulares, permaneceu-se a teoria da responsabilidade objetiva no âmbito do direito público. Isso acontece pelo motivo de que o Estado tem um poder que lhe é conferido e a consequência de tal poder seria a responsabilidade de ter que arcar com o risco que decorrem de suas atividades, como afirma a teoria do risco administrativo.

Portanto, essa responsabilidade é legal e não contratual, logo, não decorre de uma atividade direta do Estado, mas sim da constatação de danos causados em razão de suas próprias atividades.

Conforme estabelece, a CF/88, no art. 37, §6º:

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

A partir da análise do dispositivo constitucional acima, é notório a observância de somente três elementos para se averiguar a responsabilização estatal: ato, dano e nexos causal.

Yussef Said Cahali (2012) explana detalhadamente o requisitos. São eles: evento danoso; nexos de causalidade material e por fim a qualidade de agente na prática do ato. São absolutamente essenciais e indispensáveis para configuração da responsabilização estatal.

Ou seja, os pressupostos básicos para caracterização da responsabilidade do Estado. De início, verifica-se que este só pode ser obrigado a reparar o dano caso o agente tenha agido nessa qualidade, isto é, no exercício de suas funções ou, ao menos, a pretexto de exercê-la. Caso contrário, a responsabilidade seria pessoal do agente e regida pelo direito civil, não havendo de ser imputada ao Estado.

Ou seja, pouco importa, para fins de responsabilidade estatal, se o agente agiu de forma culposa ou dolosa, mas apenas se a sua qualidade de agente público fora determinante para a conduta lesiva.

Nesses casos, o elemento subjetivo só possui relevância apenas para eventual ação de regresso do Estado em face deste, pois que necessária a comprovação de culpa ou dolo na hipótese.

Portanto, os pressupostos seriam a ocorrência de fato administrativa, consubstanciada em conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima do Poder Público, por meio do agente que atua como tal. Além disso, requer-se a prova do prejuízo; do dano que lhe foi causado. Por fim, deve ser demonstrada a relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano.

Caso possua fatos que rompam o nexo de causalidade, ou casos em que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio prejuízo, ou tenha contribuído para a ocorrência do dano, pode-se excluir ou atenuar a responsabilidade estatal por sua reparação.

Portanto, para responsabilização do Estado, o lesado precisa se desincumbir do ônus probatório, devendo comprovar a presença de todos os pressupostos essenciais caracterizadores da responsabilidade do Poder Público.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL QUANTO À SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS

O Estado tem responsabilidades diante do efetivo cumprimento de direitos e assistências inerentes ao preso, que está estabelecido em lei. No que diz respeito a crise instaurada no sistema penitenciário, o Estado não se pronuncia, ao que ficamos sabendo, só por parte da mídia, quando acontece algum grande conflito, como rebeliões; é quando se mostra à sociedade uma parcela do imenso cenário de degradação do sistema penitenciário, ou seja, não é um tema que se tenha muita atenção do governo; todos esses problemas que ocasionam a falência da pena privativa de liberdade, em parte, vêm desse descaso do Poder Público, ao não

cumprir as condições que estabelece a lei para o cumprimento da pena de prisão. (DE SOUSA, 2018)

Imperioso destacar que o Estado, vêm sendo omissos quanto ao seu dever de garantir as condições mínimas estabelecidas em lei para o cumprimento da pena e proteção ao detento. Isto fica evidente ao ser constatado que a realidade que se verifica perante o sistema prisional brasileiro é completamente diferente daquele previsto em legislações.

Um fator importante a qual ocasiona a falência da pena de prisão se trata da superlotação nos presídios, o que ocasiona um aumento da violência dentro dos presídios, e muitas rebeliões, por gerar uma maior tensão entre os presos. O surgimento de facções criminosas dentro dos presídios também é um fator que contribui para a falência do sistema penitenciário, isso é resultado da concepção de prisão como resolução da criminalidade, vê a prisão como resolução para problemas sociais, adota-se um direito penal máximo. (DE SOUSA, 2018)

Acontece que, como já dito, é fato público e notório que o sistema penitenciário brasileiro entrou em colapso, as superlotações nos presídios têm ocasionado aos detentos cumprirem suas penas em condições sub-humanas. Essa situação, entretanto, não se vislumbra como uma melhoria em curto prazo, pois o Estado carece de um planejamento eficiente, para a construção de novas unidades prisionais.

De acordo com os dados apresentados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) em 2014 o Brasil encontrava-se no quarto lugar do ranking mundial em número de presos perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia.

Com base em pesquisas feitas, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2017, a população carcerária no Brasil, chega ao número de 654.372 presos, demonstrando um grande número de presos com poucas estruturas, gerando superlotações nos presídios.

Quando o Estado recolhe um indivíduo ao presídio, passa a ter responsabilidade sobre sua guarda, na condição de garantidor, devendo-lhe assegurar condições de segurança e saúde. Assim, torna-se obrigatória uma atuação estatal positiva, assegurando os direitos dos presidiários, inclusive no que concerne à estrutura do

estabelecimento prisional, a fim de que não lhes ofenda o mínimo existencial inerente à sua dignidade. (DE OLIVEIRA, 2017)

A partir da análise do artigo 5º, inciso XLIX, Constituição Federal de 1988, temos que:

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

(...)

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

Dessa forma, o Estado deve garantir ao preso sua integridade física e moral durante a segregação o que se mostra incompatível com a realidade atual, tendo em vista as situações em que se observam nos presídios com celas superlotadas e destituídas de mínimas condições de higiene. Não sendo cumprido o dever estatal, haverá sua responsabilização.

Assim, tem-se que a responsabilidade civil do Estado, nos casos de omissão, é subjetiva, devendo-se comprovar o dano, o nexo de causalidade e a conduta, bem como a violação do dever de agir por parte do agente estatal. Dessa forma, para que se configure a responsabilização estatal por morte do detento, é preciso comprovar que o poder público poderia e deveria ter agido para evitar o dano e não o fez. (DE SOUZA, 2019)

A responsabilidade civil do Estado, de modo geral, faz nascer o dever de indenizar por parte do poder público. No caso da pessoa presa, seja pelas condições sub-humanas de existência no cárcere ou por morte do preso durante o tempo em que está sob custódia do Estado, a responsabilidade civil estatal se consubstanciará em compensação pecuniária pelo dano sofrido. (DE SOUZA, 2019)

Já é certo e sabido que o dano moral busca uma compensação proporcional ficta, visto que é técnica e logicamente impossível quantificar pecuniariamente a dor, a perda sentimental, o sofrimento, o constrangimento, a humilhação. Mas se a compensação do dano se dá mediante pagamento em dinheiro, ainda assim pode o

instituto indenizatório de alguma forma contribuir para a melhoria do sistema carcerário brasileiro e para o sistema de justiça criminal. (DE SOUZA, 2019)

Dito isso, tem-se que o Estado deve responder civilmente pelos danos causados aos seus apenados, ainda que seja através de indenizações morais arbitradas em seu desfavor, garantindo, com isso, que ao menos o indivíduo possa ser, de alguma forma, reparado por toda crueldade a qual fora submetido durante o cumprimento da sua pena.

4.4. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, ALTERNATIVAS: INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

O princípio da separação dos poderes resta positivado no artigo 2º da Constituição Federal, ao prever que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No que tange ao âmbito da criação de políticas públicas, é comum a discussão acerca de uma atuação excessiva do Judiciário, isto porque, o mesmo acaba assumindo o papel do Executivo sob o fundamento de que este estaria sendo omissos, uma vez que estaria desrespeitando a esfera de discricionariedade administrativa, área na qual não deveria se imiscuir, diante da separação dos poderes. A satisfação do mínimo existencial dos detentos, entretanto, justifica a intervenção judicial no caso.

No julgamento do RE 592581, que será analisado em seguida, o ministro relator Ricardo Lewandowski, explica, sobre o tema:

Basta lembrar, nesse sentido, que uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, abrigado no art. 5º, XXXV, de nossa Constituição, segundo o qual “a lei não subtrairá à apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”.

[...]

Ora, salta aos olhos que, ao contrário do que conclui o mencionado aresto, existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais - de eficácia plena e aplicabilidade imediata - daqueles

que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado.

Ou seja, não ocorre a defesa dessa atuação excessiva do Poder Judiciário, em clara ofensa à separação dos poderes, mas sim de dar concretização aos direitos fundamentais, expostos na Constituição da República, ante a omissão do Poder Público na satisfação das necessidades básicas detentos. Pelo motivo de que, cada vez mais vêm lhe sendo condições desumanas nos presídios.

Destarte, devidamente provocados, cabe aos magistrados atuar na garantia de direitos fundamentais básicos ignorados pelo Estado, sob o exercício de sua atribuição garantida pela Constituição, devendo assim agir na criação de políticas públicas para que tenha uma melhora diante a crise do sistema prisional brasileiro e para que os direitos fundamentais dos encarcerados sejam resguardados.

Acontece que, no Brasil, a prisão é o principal recurso para se tratar o crime e, na verdade, o objetivo da prisão seria dissuadir, neutralizar as pessoas na prática do crime enquanto elas estão reclusas. Entretanto, esse objetivo não tem sido alcançado; se os grupos estão se organizando dentro das prisões e praticando crime é porque essas políticas de encarceramento não estão atingindo seus objetivos. Existe aí uma série de fatores que vão contribuir para gerar esse resultado, a saber, a corrupção, a falta de administração, a falta de investimentos na estrutura física e de pessoal capacitado. (DE ANDRADE, 2015)

É notório o caos instalado no sistema prisional, as prisões não tem qualidade, os direitos dos presos não são respeitados. Pode-se inferir desse resultado que a probabilidade de reincidência desses indivíduos é muito alta; acrescido ainda da falta de conhecimento por parte dos administradores a respeito do perfil carcerário. Há poucos estudos sobre a temática, é por isso que muitos presos permanecem por tempo demasiado na prisão, sendo que já tem direito de se livrarem soltos. (DE ANDRADE, 2015)

Assim sendo, o Ministério da Justiça elaborou o Plano Diretor do Sistema Penitenciário, visando diagnosticar os principais problemas encontrados nos cárceres da federação, planejar ações frente às várias alternativas e primar pela busca dos resultados, a saber, colaborar para a concretização dos direitos das pessoas privadas de liberdade, assim como para a atualização qualitativa da gestão

prisional do Brasil, o Depen, a partir do Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Prisional, estimula os estados da federação a elaborarem projetos estratégicos de ações, por meio dos múltiplos âmbitos responsáveis dos órgãos de gestão prisional, o que pode ser possível por meio da subdivisão do Plano em temas estratégicos, a saber: sistema de justiça, modernização da gestão e reintegração social. (DE ANDRADE, 2015)

Neste caso, no sentido de prestigiar as áreas relacionadas aos direitos fundamentais, que gozam de tutela prioritária no bojo do texto constitucional. Se o Poder Executivo afastou-se, no exercício de sua competência discricionária, do cumprimento da finalidade legal e constitucional, incorrendo em desvio de poder, o ato poderá perfeitamente ser controlado e, sendo o caso, declarado nulo pelo Poder Judiciário.

4.5 A POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO REALIZAR POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS VISANDO BUSCAR A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (RE 592581/RS)

O recurso extraordinário 592581 foi interposto pelo MP/RS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no âmbito de Ação Civil Pública, que entendeu que ordem para realização de obras constituiria indevida invasão de campo decisório reservado à Administração Pública, não obstante o reconhecimento da precariedade das condições às quais estão submetidos os detentos, com evidente violação de sua integridade física e moral.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, afirma que o Poder Judiciário não pode se omitir quando os órgãos competentes comprometem a eficácia dos direitos fundamentais individuais e coletivos. “É chegada a hora de o Judiciário fazer jus às elevadas competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, assumindo o status de Poder do Estado, principalmente quando os demais Poderes estão absolutamente omissos na questão dos presídios”

Seguiu afirmando que não seria uma implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés,

trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, regulamentares e internacionais.

Pelas palavras do ministro: “consta dos autos, de forma inconteste, que a situação em que se acha o Albergue Estadual de Uruguaiana é efetivamente atentatória à integridade física e moral de seus detentos.” Confirma que o precário estado de conservação do estabelecimento prisional não foi objeto de disputa ao longo de toda a tramitação, inclusive, em nenhum momento se rebateu a afirmação de que os detentos estariam permanentemente expostos a risco de morte, havendo notícias de um preso ter perdido a vida por eletrocussão”

Por mais que tenha sido reconhecida pelo Tribunal de Justiça local a precariedade das condições a que estão submetidos os detentos do cárcere Albergue Estadual de Uruguaiana, alvo da ação, constituindo assim uma violação aos encarcerados de suas integridades física e moral, atentando contra os princípios constitucionais, decidiram os julgadores por manter entendimento jurisprudencial até então prevalecente, no sentido exposto.

Segundo o acórdão em questão, embora o texto constitucional disponha sobre os direitos fundamentais do preso, deve-se destacar a dificuldade na técnica de efetivação desses direitos, a saber, se a obrigação imposta ao Estado constitui norma programática ou impositiva. Segundo o referido TJ, trata-se de disposição não auto-executável, não cabendo ao Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em prol do direito constitucional do preso, sob pena de substituir o administrador em sua atuação, de forma indevida.

O MP/RS argumentou que a reserva do possível não se mostra como justificativa suficiente para o Executivo abster-se de suas obrigações constitucionais. Para alegar tal cláusula, seria necessária a demonstração de justo motivo, devendo, por outro lado, ser ela afastada quando implicar violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Essa situação de calamidade, disse o ministro, faz das penitenciárias brasileiras “verdadeiros depósitos de pessoas”, impedindo a consecução da função ressocializadora da pena, causando ainda uma exacerbação da sanção, pela aplicação de penas adicionais, na forma de situações degradantes. “A sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o estado

os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização”, afirmou. A intervenção do Judiciário, nesses casos, frisou o relator, também tem a função de impedir esse excesso de execução.

Contrariamente ao sustentado pelo TJ, o ministro disse entender que não é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública. “No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção”.

Nesse mesmo sentido foi fixada a tese de repercussão geral no STF, em 2015, no seguinte sentido:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

O que se percebe é que, ao mesmo tempo em que assegurou aos presos o direito ao tratamento íntegro, a Carta Republicana negou-lhes o acesso direto ao embate democrático. Essa negativa parece assomar como o principal motivo pelo qual os condenados não conseguem influir nas decisões orçamentárias. E o alheamento desse momento decisório possivelmente está a penalizá-los com a falta de recursos para investimento na modernização do sistema carcerário. Forma-se, em torno do destino dos encarcerados, um círculo vicioso, a sentenciá-los não apenas com a segregação física, mas também com o exílio político, social e econômico. (STF. RE 592581/RS.)

O Ministro Lewandowski rechaça este argumento e salienta que as minorias sempre terão acesso ao Judiciário para tornar efetivos os seus direitos, inclusive pelo aspecto contramajoritário que compõe a Corte. Entretanto, afirma que, apesar da possibilidade de o Judiciário intervir, este não pode fazê-lo de ofício ou com “um juízo puramente discricionário, transmutando-se em verdadeiros administradores públicos”. Também esclarece que exercer seu poder contramajoritário não significa implementar políticas públicas de forma ampla. Apenas fornece resistência a opções políticas de maiorias que sejam incompatíveis com valores e princípios básicos da convivência humana.

Dessa forma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 592581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS) contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS). A corte gaúcha entendeu que não caberia ao Poder Judiciário adentrar em matéria reservada à Administração Pública.

4.6 DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR O PRESO QUE SE ENCONTRE EM SITUAÇÃO DEGRADANTE (RE 580252/MS)

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 580252, com a devida repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal, em 16 de fevereiro de 2017, decidiu que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais, assim, os Ministros restabeleceram decisão que havia fixado a indenização em R\$ 2 mil para um condenado.

O referido recurso, interposto pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul (DP-MS), buscava indenização por danos morais em favor de um condenado a 20 anos de reclusão, cumprindo pena no presídio de Corumbá (MS), em razão das condições degradantes por força do desleixo dos órgãos e agentes públicos.

O relator, Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelo plenário, ressaltou em seu voto que a jurisprudência do Supremo reconhece a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia, entendendo pelo dever de indenizar o preso em razão da rotineira violação de seus direitos fundamentais.

O ministro Celso de Mello, ressaltou a necessidade de se sanar a omissão do Estado na esfera prisional, na qual subtrai ao apenado o direito a um tratamento penitenciário digno. Ele concordou com a proposta feita pelo ministro Luís Roberto Barroso, destacando o entendimento de que a entrega de uma indenização em dinheiro confere resposta pouco efetiva aos danos morais sofridos pelos detentos, e drena recursos escassos que poderiam ser aplicados no encarceramento.

Em seu voto o Ministro argumentou Teori: "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 artigo 37, parágrafo 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".

Nesse sentido, o STF rechaçou o argumento estatal da reserva do possível: Argumentou o Poder público, que ainda que a situação carcerária no Brasil seja inegavelmente inadequada, a melhoria imediata das condições às quais os presos são submetidos esbarra na teoria da reserva do possível. Assim, a partir da referida teoria, entende-se que a aplicabilidade dos direitos possui inúmeros custos de ordem econômica e que deve-se observar a capacidade financeira do Estado em arcar com os custos, não podendo exigir do Poder público uma realização que exorbite seus limites financeiros. Assim, segundo a teoria da reserva do possível, a concretização dos direitos dos indivíduos presos estaria condicionada à capacidade dos cofres públicos. (DE SOUZA, 2019)

Logo, considerando-se, pois, que é dever do Estado a manutenção dos presídios conforme padrões mínimos de humanidade configura responsabilidade sua, na forma do art. 37, § 6º da Constituição da República, o ressarcimento dos danos materiais e morais causados aos detentos ante a falta de condições legais de encarceramento. A alegação da teoria da reserva do possível implicaria, no caso, uma negativa aos presos de direitos inerentes à integridade física e moral, como a

proibição do tratamento desumano ou degradante, bem como das penas cruéis, conforme a CF de 1988. Ademais, não merece ser alegada a reserva do possível em casos que levem à anulação de direitos fundamentais conferidos pela Constituição. (DE SOUZA, 2019)

Dessa forma, os ministros votaram pelo provimento da ação, nos termos do voto do Relator à época, Min. Teori Zavascki, para restabelecer o juízo condenatório da apelação, qual seja, o pagamento da indenização em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Vencidos os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, que deram provimento ao pedido, mas divergiram na forma de pagamento, ao adotar a remição da pena como forma de indenização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade penitenciária brasileira e os danos causados pelas degradantes condições expostas aos apenados, que estão cumprindo sua detenção nas cadeias do país, são questões bastante discutidas atualmente. Contudo, diante da crise que o sistema prisional tais discussões não progridem e o real papel do sistema penitenciário tem sido falho e ineficaz.

Tal crise é responsável por dar ensejo a condições subumanas de encarceramento e potencializar uma multiplicidade de violações de direitos humanos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal e por uma série de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

Conforme foi visto, diante dessa crise do sistema prisional brasileiro em relação a violação dos direitos fundamentais dos presos, somente a adoção de medidas estruturais voltadas à formulação e execução de políticas públicas específicas para o setor em crise, são capazes de impedir o agravamento da realidade institucional com a qual a sociedade brasileira é obrigada a conviver há décadas.

Ademais, também foi eficazmente demonstrado no presente estudo, as massivas violações dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro em razão de sua precariedade, evidenciada acabaram configurando o estado de coisas inconstitucional.

O quadro inconstitucional declarado no ECI provém de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais.

Analisada a responsabilidade civil do Estado, seus fundamentos e teorias pertinentes, é possível perceber que a responsabilidade estatal passa pelo nexo de cuidado entre o poder público e o cidadão, quanto aos elementos de cuidado e serviço inerentes à atividade estatal. É inegável que a responsabilidade civil do Estado em relação à pessoa presa, tendo em vista tratar-se de cidadão, sujeito de direitos, submetido à total e integral custódia por parte do Estado. Violado esse dever de cuidado, nasce para o Estado o dever de indenizar, seja por comissão ou omissão.

É obrigação do Estado a proteção aos limites constitucionais dada a cada indivíduo, tornando-se essencial o exercício das garantias resguardados no ordenamento jurídico brasileiro, por tanto, é, dever do mesmo de se organizar financeiramente para arcar com os custos das melhorias substanciais a que fazem jus os presídios brasileiros, com vistas à proteção dos direitos fundamentais dos detento. Sendo omissa o Poder Público, é possível ao Judiciário intervir, excepcionalmente, no âmbito de atuação daquele, para garantir o mínimo existencial dos carcerários.

Logo, a situação degradante das prisões como ofensa a preceitos fundamentais, a responsabilidade do Poder Público, em especial o papel do Supremo, diante desse desrespeito acentuado no sistema carcerário e a importância do diálogo com a sociedade para solucionar esse conjunto de problemas detectados, sintetizam a argumentação apreciada diante da política carcerária do país, objeto da ação, utilizada pelos Ministros na apreciação dos pedidos cautelares da ADPF 347.

Pelo que se percebe, no Brasil, o reconhecimento da figura do ECI caminha para a realização de algumas mudanças estruturais na tentativa de diminuir a crise do sistema e realizar uma atuação mais categórica no que diz respeito à execução de políticas públicas e à alocação de recursos orçamentários. Porém, vale salientar que se não forem tomados os devidos cuidados, estará fadada ao fracasso.

Assim, cabe ao Estado implementar políticas públicas que viabilizem a ampla e integral proteção jurídica dos encarcerados, ressaltando-se que as condutas ilícitas omissivas estatais terão como consequência a responsabilidade jurídica no âmbito

civil. Assim, no momento em que o Estado é omissivo em seu papel de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais dos encarcerados, surge a pretensão jurídico-indenizatória.

Junto a essa atuação do Judiciário, devem os demais Poderes, quais sejam o Legislativo e o Executivo, atuarem de maneira conjunta para tentar solucionar esse problema que está praticamente enraizado no Brasil.

Os três poderes devem ter a noção de que, se o Estado se dá o direito de retirar a liberdade de um cidadão, deve ao menos proporcionar direitos mínimos e condições de dignidade para o preso, por mais grave que tenha sido o crime cometido. Neste campo, é fundamental que a corte atue em respeito aos valores resguardados na Constituição – sejam os direitos fundamentais e sua proteção, sejam a separação e a independência entre os poderes.

Assim, a atuação da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais é essencial para a superação da violação massiva e generalizada de direitos de presos brasileiros. A Corte Constitucional está numa posição mais apta a ouvir os reclamos dos grupos vulneráveis de forma a garantir-lhes o mínimo existencial. No caso dos presos, a obrigação estatal em garantir esses direitos fundamentais mínimos se caracteriza por uma especial relação de sujeição entre Estado e detento, consubstanciada no inciso XLIX do art. 5º da CF/1988: “[...] é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Sistema penitenciário no Brasil - Problemas e desafios**. Revista USP n 9 (2000). Disponível em: <http://www.scielo.org/php/index.php>. Acesso em 18 de junho de 2019.

ANDRADE, Silvia Batista. **A Responsabilidade Civil do Estado**. Publicado em 10 de março de 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/55881/a-responsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em 18 de junho de 2019.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Estado de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF**. Publicado em 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/estado-de-coisas-inconstitucional-uma-nova-formula-de-atuar-do-stf/amp/>. Acesso em 12 de fevereiro de 2020.

ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema Carcerário brasileiro: a ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. Revista Visão Jurídica, São Paulo, ano 2011.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Publicado em 29 maio 2007. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>. Acesso em 18 de dezembro 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 26ª ed.2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Publicado em 22 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 26 janeiro 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora CD, 2004.

BEZERRA, Raphael Lopes Costa. **Breve Histórico do Sistema Penitenciário e a Constituição Federal de 1988**. Publicado em janeiro de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35961/breve-historico-do-sistema-penitenciario-e-a-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - v. 1: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 12 abr. 2018.

_____. **Código Penal..** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso: 12 maio 2018.

_____. **Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014** [online]. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. **Lei de Execução Penal..** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm. Acesso: 12 maio 2018.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro de 2014** [online]. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. **MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 18 maio. 2018.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADPF 347.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+347%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qahlvny>. Acesso: 13 de Maio de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580.252/MS**, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

_____. **Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 592.581/RS**, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 19/07/2019.

_____. **Provimento Conjunto 03/15 da Corregedoria Geral da Justiça e Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** [online]. Diário da Justiça Eletrônico, ano VIII, edição n. 1814, terça-feira, 27 de janeiro de 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF** [online]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: Acesso em: 24 jan. 2017.

CACHONE, Anilton. **A crise carcerária e a privatização do sistema**. Publicado em agosto de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75817/sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em 22 de dezembro de 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Publicado em 1 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 24 jan. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. _____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARDOSO, Tatiana de Almeida F.R., SCHROEDER, Betina Barbacovi., BLANCO, Vinicius Just. **Sistema Prisional e Direitos Humanos: A (In)Suficiente Responsabilização Internacional Do Estado Brasileiro**. 2014. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Tatiana-Betina-Vin%C3%ADcius.pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2017.

CARPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2008

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO. Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 4ª ed. 2017.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Márcia L., VALENTE, Joaquim G., ASSIS, Simone G., VASCONCELOS, Ana Glória G. **Perfil dos internos no sistema prisional do Rio de Janeiro: especificidades de gênero no processo de exclusão social**.

Publicado em junho/2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232006000200023. Acesso em 19 março 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fabiana da Silva. **Sistema Penitenciário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos**. Barbacena. 2011. Disponível em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-977468270a60efdb59cb76f85d8838b2.pdf>. Acesso em 12 dezembro 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Publicado em 18 de junho de 2002. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia_2/index.cfm?lang=es&nId_Estado=6. Acesso em 28 abril 2019.

COSTA, Lídia Mendes da. **O Sistema Prisional Brasileiro e a Ressocialização do Preso na Parceria, Terceirização e Privatização**. 2008. 118 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 11, ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**, Publicado em 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 17 novembro de 2019.

DASSI, M. A. L. M. **A pena de prisão e a realidade carcerária brasileira**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - PENSAR GLOBALMENTE: AGIR LOCALMENTE, 16., 2007, Belo Horizonte. Anais... [s.l.: s.n.], 2007. p. 5396-5396.

DA VEIGA, Victor Henrique. **Violação dos Direitos Humanos-Fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana no Sistema Carcerário Brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://vitorhenrique38.jusbrasil.com.br/artigos/520040396/violacao-dos-direitos-humanos-fundamentais-e-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-sistema-carcerario-brasileiro>. Acesso em 29 de novembro de 2019.

DE ANDRADE, Ueliton Santos. **Crise no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2015. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/Crisenosistemapenitenciariobrasileiro2015.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2020.

DE OLIVEIRA, Lais Nunes. **Responsabilidade civil do Estado no âmbito dos presídios brasileiros**. Publicado em novembro de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61780/responsabilidade-civil-do-estado-no-ambito-dos-presidios-brasileiros>. Acesso em 19 de abril de 2020.

DE SABOIA, Cássio Mota. **A evolução histórica das teorias de responsabilidade extracontratual do Estado e a opção adotada pelo Direito brasileiro**. Publicado em dezembro de 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23251/a-evolucao-historica-das-teorias-de-responsabilidade-extracontratual-do-estado-e-a-opcao-adotada-pelo-direito-brasileiro>. Acesso em 11 de janeiro de 2020.

DE SOUSA, Vitória Regia Teixeira. **O Sistema Prisional Brasileiro e a Responsabilidade do Estado**. Publicado em 06/2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66886/o-sistema-prisional-brasileiro-e-a-responsabilidade-do-estado>. Acesso em: 12 abril 2020.

DE SOUZA, Whathila Costa Ramos. **Responsabilidade civil do Estado na integridade física do preso**, Publicado em março de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72421/responsabilidade-civil-do-estado-na-integridade-fisica-do-preso>. Acesso em 22 de dezembro de 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PRIETTO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 9. ed., São Paulo: Atlas, 1998.

DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Werner; D'ELIA, Fábio Suardi. **A Evolução Histórica do Sistema Prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Publicado em 2018. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145. Acesso em 12 de janeiro de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 1ª Edição. São Paulo: Atlas. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**.– São Paulo : RT, 2002.

FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. **A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF**. Publicado em 30 de novembro de 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5046. Acesso em: 22 de dezembro de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: parte geral. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, L. A. **Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão**. Publicado em abril de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14640/origens-conceito-e-caracteristicas-dos-direitos-sociais>. Acesso em: 11 jan. 2013.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Publicado em 01 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 17 abr. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

_____. **Código Penal Comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HARTMANN, André Müller:. **Análise do Sistema Prisional Brasileiro**. Publicado em 2003. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10878. Acessado em 15-4-2013.. Acesso em 23 de novembro de 2019.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. – São Paulo : Martins Fontes , 1997.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. Bauru, SP: EDIPRO, 2003. (Série Clássicos Edipro).

LAZARI, Rafael. **Estado de Coisas Inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade**. Publicado em 21 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/estado-de-coisas-inconstitucional-um-dilema-judiciario-da-contemporaneidade>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

LIMA, Ezequiel Ivan Santos de. **Uma Análise Acerca do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Ressocialização Nos Presídios Brasileiros**. Publicado em 2019. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27016725_UMA_ANALISE_ACERCA_DO_PRINCIPIO_DA_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_E_DA_RESSOCIALIZACAO_NOS_PRESIDIOS_BRASILEIROS.aspx. Acesso em 18 de fevereiro de 2020.

LIMA, George Marmelstein. **Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?**. Publicado em 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Acesso em: 13 fev. 2018.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. **Sistema Penitenciário Brasileiro- Origem, atualidade e exemplos funcionais**. Revista do curso de direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n 10, 2013.

MACEDO, Roberto. **Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Publicado em 2016. Disponível em: <https://robertomacedosilva.jusbrasil.com.br/artigos/340681146/entenda-a-decisao-do-stf-sobre-o-sistema-carcerario-brasileiro-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional> 2016. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

MAZZONI, Fabiano. **Sistema Prisional, Facções Criminosas e a Criminalidade**. 2007. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª edição, São Paulo, Malheiros, 2003.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MORAES, Rodrigo Jorge. **A responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Contextualização histórico-evolutiva, características e aspectos distintivos, modalidades, aplicabilidade no direito privado, público e difuso**. Publicado em 2 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/284802/a-responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva-contextualizacao-historico-evolutiva-caracteristicas-e-aspectos-distintivos-modalidades-aplicabilidade-no-direito-privado-publico-e-difuso>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

NASCIMENTO, Sheila da Silva. **Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,direitos-humanos-e-o-sistema-penitenciario,32713.html>.. Acesso em 29 de novembro de 2019.

NERI, Bianca Garcia **Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio Estrutural: a Concretização dos Direitos Fundamentais sob uma Perspectiva Dialógica**. Publicado em 2018. Revista Paradigma, 27(1). Recuperado de <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/856>.

NORONHA, Pedro Henrique Baiotto. **A responsabilidade civil do estado no direito brasileiro**. Publicado em 01/12/2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-do-estado-no-direito-brasileiro/>. Acesso em 29 janeiro 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, São Paulo: Editora Forense, 2015.

NÚÑEZ, Benigno. **A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro**. Publicado em 07 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10325/A-realidade-do-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em 18 de junho de 2019.

OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **A violação de direitos humanos no sistema prisional brasileiro e o supercaso da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Publicado em 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/a-violacao-de-direitos-humanos-no-sistema-prisional-brasileiro-e-o-supercaso-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>. Acesso em 14 de abril de 2020.

PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PEREIRA, Aline Ribeiro. **Saiba mais sobre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Publicado em 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/minimo-existencial/>. Acesso em 13 de março de 2020.

PORPINO, Isabela Veras Sousa. **Sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Publicado em 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/sistema-carcerario-brasileiro-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional/>. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Ricardo Ramos. **A responsabilidade civil do Estado**. Publicado em 01 de agosto de 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado/#_ftn14. Acesso em 22 de julho de 2019.

SAAB, Nádia Maria. **A crise do sistema penitenciário brasileiro: um estado de coisas inconstitucional**. Publicado em 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48822/a-crise-do-sistema-penitenciario-brasileiro-um-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 14 de janeiro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang, org. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO; Daniel Antônio de Moraes. **Sustentação Oral – Daniel Sarmento. STF. Brasília**. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kuA1BNi67-o>. Acesso em: 28/06/2018.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: SOUZA NETO, Claudio P. de; SARMENTO, D. (coords.) A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Mila Alves de Oliveira. **Aspectos gerais da responsabilidade civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 janeiro 2019. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52604/aspectos-gerais-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 28 maio 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Publicado em 24 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> . Acesso em: 30 abr. 2019.

TANGERINO, Dayane Fanti. **A Crise do Sistema Prisional Brasileiro: e Eu Com Isso?**. Publicado em 13 de abril de 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/crise-sistema-com-isso/>. Acesso em 18 de dezembro de 2019.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. **Controle judicial de políticas públicas é medida democrática**. Publicado em 26 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-26/mp-debate-controle-judicial-politicas-publicas-medida-democratica>. Acesso em 22 de dezembro de 2019.

WERMINGHOFF, Thiago Rigo; BRONDANI, Michel; DAMETTO, Leandro; CAVALLI, Ana Paula; ROSSI, Anderson; BOGONI, Nádia Mar. **A Realidade Penitenciária Brasileira e uma Breve Evolução Histórica de Privatizações de Presídios**. IX Convibra Administração – Congresso Virtual Brasileiro de Administração – adm.convibra.com.br. Ano 2010.