

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
NÍVEL DE ENSINO

DANIELLA MOURA PALHA COSTA

Responsabilidade Extracontratual do Estado: Estudo de caso sobre as rebeliões  
no presídio “Urso Branco” - RO

**São Paulo**

**2021**

DANIELLA MOURA PALHA COSTA

Responsabilidade Extracontratual do Estado: Estudo de caso sobre as rebeliões  
no presídio “Urso Branco” - RO

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação  
da professora Mônica Sapucaia Machado apresentado  
para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e  
Desenvolvimento.

**SÃO PAULO**

**2021**

DANIELLA MOURA PALHA COSTA

Responsabilidade Extracontratual do Estado: Estudo de caso sobre as rebeliões  
no presídio “Urso Branco” - RO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de  
Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça  
e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção  
do título de Mestre em Direito, Justiça e  
Desenvolvimento.

São Paulo, 18 de junho de 2021

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Mônica Sapucaia Machado**

**IDP**

---

**Prof. Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo**

**IDP**

---

**Prof. Denise Almeida de Andrade**

**UNICHRISTUS**

*Com todo o meu amor, ao meu marido Marcelo  
e ao meu filho Pedro Augusto, que tornam a  
minha vida cheia de alegria.*

## AGRADECIMENTOS

À Deus, toda honra e toda glória! Minha fonte constante de capacitação, a Quem recorro em todos os instantes da minha vida.

À minha mãezinha Penha, meu exemplo de fortaleza, quem me ensinou e me ensina a lutar e acreditar que, com esforço e fé, tudo posso.

Ao meu marido, meu companheiro e amigo Marcelo, que há 21 anos sempre esteve ao meu lado, oportunizando e acreditando nos meus sonhos.

Ao meu filho Pedro Augusto, que, com pouca idade é capaz de trazer assuntos tão complexos e sensíveis sobre a sociedade. As nossas conversas sobre racismo e o sistema prisional no mundo, sem dúvida, me instigaram a refletir sobre as questões trabalhadas nesse estudo.

À minha irmã Virna, minha sócia, companheira de todas as horas, minha parceira de vida e de alma, por toda a torcida pelas minhas conquistas.

Ao meu irmão Afonso, meu companheiro e amigo de todas as horas.

À minha tia Ruth, que, mesmo do outro lado do Atlântico é capaz de se fazer presente na minha vida, quem torce e ora pela realização de meus sonhos.

À minha orientadora, professora Mônica Sapucaia Machado, que me deu todos os passos, que segurou em minhas mãos do início ao fim deste trabalho e com todo seu imensurável conhecimento e sensibilidade, foi fundamental para a realização deste sonho.

Ao meu coorientador, professor Leandro Bessa que tão generosamente aceitou ao meu convite e, com todo o seu conhecimento me trouxe inúmeras ideias sobre as questões trazidas neste estudo.

Aos meus colegas do mestrado IDPSP, especialmente aos meus amigos Suzzane Rodrigues e Kallyd Martins, pelo apoio e companheirismo durante todo esse processo.

## SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....8

### **CAPÍTULO I. O direito à efetividade da dignidade humana dos encarcerados**

1.1. O STF em 2020 e a Dignidade da Pessoa Humana.....12

1.2. As Convenções Internacionais de Direitos Humanos como instrumentos de reconhecimento dos direitos fundamentais dos presidiários.....24

1.3. A teoria do estado de coisas inconstitucional: adequação à realidade brasileira .....32

### **CAPÍTULO II. A responsabilidade extracontratual do Estado e sua inter-relação com a dignidade da pessoa humana**

2.1. A *desordem* no sistema prisional brasileiro: os sujeitos encarcerados, *juntos e misturados*.....43

2.2. A Lei de Execução Penal: realidade ou utopia?.....53

2.3. A indenização como consequência indelével da inefetividade dos direitos assegurados aos encarcerados.....61

### **CAPÍTULO III. Uma nova mirada envolvendo a teoria da responsabilidade extracontratual: Estudo de caso – as rebeliões no presídio Urso Branco - RO**

3.1. Rebelião na Casa de Detenção José Mário Alves (Urso Branco): o caso.....71

3.2. Responsabilidade e indenização: os prisioneiros vítimas da rebelião.....81

3.3. O empréstimo do princípio *mise en danger*: construindo paradigma.....91

CONCLUSÃO.....102

## RESUMO

O presente trabalho é resultado da pesquisa sobre a crise do sistema prisional brasileiro e suas implicações quanto à responsabilidade extracontratual do Estado frente as violações de direitos humanos dos encarcerados. As atrozidades rebeldes ocorridas no presídio Urso Branco que deram ensejo à denúncia do Estado brasileiro à Corte Interamericana de Direitos Humanos são o retrato da crise do sistema prisional pátrio que se arrasta por toda a história até os dias atuais, as razões se repetem: ausência de alimentação adequada, de água potável, limitação de medicamentos, superlotação dentre outros bens necessário à vida digna com respeito ao mínimo existencial dos encarcerados. Agregado a este fato, ainda emergiram as organizações criminosas que acabaram por agravar ainda mais o cenário catastrófico, de modo que a inação do Estado se torna evidente. Para responder os motivos ensejadores desses acontecimentos, recorreremos à análise doutrinária do Direito e da Sociologia, além de pesquisas realizadas nos órgãos oficiais de dados estatísticos onde foi possível verificar, em números, a realidade dos fatos. Por derradeiro, a partir das atestações obtidas na pesquisa, suscita-se a ideia de adequação de uma teoria de responsabilidade civil que possa, pela necessária aproximação do instituto com a dignidade da pessoa humana, a teoria desenvolvida por Geneviève Chammps, denominada *mise en danger*, a qual tem como pressuposto a redução das hipóteses de excludente de responsabilidade tendo em vista a maximização dos riscos da atividade.

**Palavras-chave:** sistema prisional; responsabilidade civil extracontratual do estado; direitos humanos; mínimo existencial.

## ABSTRACT

The present work is the result of research on the crisis in the Brazilian prison system and its implications for the extra-contractual responsibility of the State for human rights violations of inmates. The atrocious rebellions that took place in the Urso Branco prison that gave rise to the denunciation of the Brazilian State to the Inter-American Court of Human Rights are a portrait of the crisis in the country's prison system that has dragged on throughout history until today, the reasons being repeated: the absence of adequate food, drinking water, limited medication, overcrowding, among other goods necessary for a dignified life with respect to the existential minimum of inmates. Added to this fact, criminal organizations emerged that ended up aggravating even more the catastrophic scenario, so that the State's inaction becomes evident. To answer the motives behind these events, we resorted to the doctrinal analysis of Law and Sociology, in addition to research carried out in official statistical data bodies where it was possible to verify, in numbers, the reality of the facts. Finally, based on the attestations obtained in the research, the idea of adequacy of a theory of civil liability arises that can, due to the necessary approximation of the institute to the dignity of the human person, the theory developed by Geneviève Chammps, called *mise en danger*, which presupposes the reduction of the hypotheses of excluding responsibility, with a view to maximizing the risks of the activity.

**Keywords:** prison system; non-contractual civil liability of the state; human rights; existential minimum.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado da pesquisa sobre a crise do sistema prisional brasileiro e suas implicações quanto à responsabilidade extracontratual do Estado frente as violações de direitos humanos dos encarcerados.

Frequentemente, os meios de comunicação vêm noticiando inúmeros casos de rebeliões nos presídios brasileiros. A chacina ocorrida no Carandiru, as rebeliões ocorridas no presídio Urso Branco no estado de Rondônia que será objeto de análise no presente trabalho, as rebeliões no Estado do Maranhão e, recentemente, em Altamira no Pará, são apenas alguns dos exemplos. Como podemos observar, a crise do sistema prisional não é produto do momento atual, ao revés, vem se arrastando ao longo de toda a história do Brasil, desde a colonização até os dias atuais. Deveras, as péssimas condições que se encontram alguns dos estabelecimentos prisionais vêm carregando consequências desastrosas, as mais impensáveis atrocidades têm alcançado um número significativo de presidiários. Dos costumeiros motins e rebeliões resultam as mortes mais cruéis.

Diante deste fenômeno, o problema da pesquisa que pretendemos responder é: a responsabilidade extracontratual do Estado, tal qual como concebida no ordenamento jurídico pátrio, se mostra como um instrumento adequado para garantir a realização dos direitos violados dos indivíduos sob tutela do Estado no ambiente prisional, tendo em vista as frenéticas mutações havidas na sociedade, como por exemplo, o fortalecimento das facções criminosas que acabam por agravar ainda mais esta crise?

Para responder à essas indagações, primeiramente devemos ater às atenções para o fato de que os encarcerados, de acordo com os dados obtidos por órgãos oficiais, são compostos por pessoas negras, pobres, jovens e de baixa escolaridade e todas essas características se entrelaçam, há uma verdadeira simbiose entre elas. Desta atestação, portanto, verificamos que ditas características são a herança do Brasil colonial escravocrata que acabou por gerar, nas palavras de Juliana Borges, o “racismo como ideologia fundante da sociedade brasileira”<sup>1</sup> muito embora os esforços hercúleos revelados em meio às lutas pelo direito à igualdade.

Nesta toada, portanto, compreender o que se passa no sistema prisional brasileiro é descortinar as raízes de formação da sociedade brasileira que está totalmente imbricada com o fenômeno da política criminal contemporânea, posto que os indivíduos presos são

---

<sup>1</sup> BORGES, Juliana. **Encarceramento em Massa**. São Paulo: Pólen, 2019. p. 38.

a representação viva do racismo, da penúria, do preconceito atestados pelos órgãos oficiais que, em números, traduzem e ratificam a realidade. Destacamos ainda que o racismo gera exclusão em razão do preconceito, dessa exclusão retrai oportunidades de trabalho e sem trabalho, prepondera a marginalização e a criminalização.

Assim, é a partir deste complexo emaranhado que exsurge a primeira falha do Estado, ora, o Brasil, sendo um Estado Social e Democrático de Direito tem o dever de garantir condições mínimas para a existência digna de seus cidadãos, como o direito à saúde, à alimentação, à segurança, enfim, à própria vida, justamente por se entender, que uma sociedade socialmente equilibrada, naturalmente gera menos violência.

Portanto, essas condições devem ser garantidas a todos os integrantes da sociedade indistintamente, incluindo os indivíduos privados de liberdade, e, é neste ponto que a segunda falha se evidencia, posto que no momento da Execução Penal, em que os delinquentes são submetidos à tutela do Estado, este, ocupando o papel de garante, tem o dever inarredável de manter o núcleo duro dos direitos básicos exarados nas legislações interna e normas internacionais que o Brasil é Parte no que tange à manutenção do vital básico dos encarcerados. No entanto, os presídios brasileiros em grande parte, expõem o oposto.

A gravidade dos acontecimentos engendrados nos presídios ao longo dos anos trouxe e continua trazendo perplexidade em âmbito nacional e internacionalmente, não por outra razão, o Estado brasileiro responde à Corte Interamericana de Direitos Humanos pelas violações sistemáticas dos direitos humanos dos presidiários.

Neste contexto, portanto, o objetivo do trabalho é instigar o repensar sobre a responsabilidade do Estado, tendo em vista que a exegese das violações, partem antes mesmo da ocorrência do dano advindo das revoltas em parte dos presídios que se mostram apartados das qualidades mínimas à manutenção dos internos, ou seja, totalmente fora dos padrões estabelecidos nas normas, de modo que se constata que o Estado assume um risco que extrapola o grau de normalidade aceitável pelo exercício da atividade, mas ao revés, segue muito além do razoavelmente esperado.

Neste sentido, em âmbito jurídico questionamos se a legislação brasileira, especialmente a Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais dos quais o Brasil ratificou e a Lei de Execução Penal estão sendo respeitadas.

Ainda vale ressaltar que o presente trabalho foi desenvolvido pelo estudo conjunto da Sociologia e do Direito, partindo da premissa que o assunto exige e mantém a relação íntima entre elas.

A metodologia utilizada é preferencialmente bibliográfica, com leitura de livros e artigos científicos sobre o tema, além das pesquisas em órgãos oficiais. O primeiro passo para o desenvolver do estudo, foi a leitura em abundância de autoras e autores nacionais e estrangeiros sobre os direitos humanos e responsabilidade civil, no Brasil, especialmente Ingo Sarlet, Caçado Trindade e Giselda Hironaka. Já em plano internacional, às atenções foram focadas nos ensinamentos de Alexy e Konrad Hesse.

Agregado às doutrinas, como complementação indissociável para a compreensão da crise do sistema prisional brasileiro, ainda houve necessidade da obtenção de dados estatísticos como comprovação dos fatos a partir de números, então órgãos como: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Instituto de Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foram fundamentais.

Já quanto a metodologia utilizada no estudo de caso, o fio condutor partiu de uma análise retrospectiva concentrada nas rebeliões perpetradas no Presídio Urso Branco que, acabam por representar os dilemas havidos no sistema prisional brasileiro como um todo. Para isso, recorreremos à análise de documentos, doutrina e jurisprudência sobre as violações ocorridas naquele ambiente prisional, e, a partir daí, chegamos à proposição da necessidade de uma possível revisitação da responsabilidade objetiva do Estado para a aplicação da teoria *mise en danger*, teoria esta que tem seu fundamento na existência de um risco acentuado que ultrapassa o grau de risco normalmente esperado para determinada situação de perigo, o que cremos ser o ambiente prisional no estado degradante que alguns se encontram.

A partir desses dados, autores como Sérgio Adorno, Fernando Salla, Juliana Borges, dentre outros, foram imprescindíveis para que pudéssemos nos aprofundar na relação entre os números para a explicação dos fatos sob a ótica da sociologia.

O trabalho é dividido em três capítulos. Cada um deles traz um elemento de análise atrelado à realidade do sistema prisional, que juntos, nos instigam a repensar e quiçá, alterar os parâmetros da responsabilidade extracontratual do Estado, agora sob o viés da dignidade humana dos presidiários.

No primeiro capítulo, apresentamos a visão do Supremo Tribunal Federal em 2020. Com isso, analisamos o modo como a Suprema Corte vem se manifestando sobre a temática da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que lhes são afetos. Para isso, são apresentados os dispositivos constitucionais sobre o tema, os tratados internacionais de direitos humanos. Neste contexto, são apresentados alguns julgados e

dando ênfase, talvez, ao mais emblemático dos casos sobre direitos humanos da atualidade: a ADPF 347, na qual se requer ao Supremo o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” dos presídios brasileiros.

O capítulo segundo tem seu foco especialmente na questão social que reflete diretamente a crise que se instalou no sistema prisional brasileiro, é neste momento que são demonstrados, a partir de dados retirados de órgãos oficiais, quem são os sujeitos encarcerados, o gênero, a idade, a classe social e de que modo são agasalhados nestes presídios. Com isso, elegemos como paradigma a Lei de Execução Penal, e, a partir de sua interpretação, a confrontamos com a situação fática dos cárceres, para enfim, refletirmos se seus dispositivos são *realidade* ou *utopia*, ou seja, se não passam de letra morta. A partir desta reflexão, trazemos o instituto da responsabilidade civil como meio jurídico de restabelecimento dos danos porventura sofridos pelos indivíduos encarcerados cujos direitos sejam violados.

No terceiro e último capítulo, é apresentado o estudo de caso sobre as gravíssimas rebeliões que ocorreram ao longo dos anos no presídio Urso Branco - RO. Para o desenvolvimento do estudo de caso, nos baseamos nas informações e conclusões dos capítulos precedentes, ou seja, a visão do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos fundamentais e a realidade vista a partir de dados estatísticos que refletem as questões sociais sobre os presidiários e o presídio Urso Branco. Paralelamente, destacamos algumas ações nas quais podemos constatar a inação do Estado de Rondônia sobre o sistema carcerário, bem como o processo internacional no qual o Brasil responde perante a Corte Internacional de Direitos Humanos.

A partir do estudo de caso, tivemos a intenção de construir a ideia de que a responsabilidade objetiva do estado, com as características que lhes são inerentes, já não se mostra suficientemente adequada quando os indivíduos privados de liberdade estão submetidos a violações aos direitos humanos nos presídios como o Urso Branco. Assim, tendo em vista a busca incessante pelo alcance máximo da dignidade da pessoa humana, suscitamos a teoria belga denominada *mise en danger* como um critério de indenização, cuja premissa básica se atém no altíssimo risco da atividade desenvolvida e por isso mesmo se defende a redução do campo das excludentes de responsabilidade.

Por fim, acreditamos que o presente trabalho, inicialmente, propicie uma reflexão sobre quem são os indivíduos privados de liberdade, apartando-nos de uma visão

imediatista concentrada apenas no adjetivo “criminoso”, mas, de outro modo, que possamos, a partir de uma compreensão macro, lembrar as complexas questões sociais envolvidas, de modo que, o despir do preconceito é o primeiro passo ao alcance da efetivação da dignidade da pessoa humana dos encarcerados. Daí então, o Estado, como representação da sociedade, tem o dever de reparar os danos sofridos pelos prisioneiros que estejam sob sua custódia nos presídios marcados pelas violações aos direitos humanos, no maior grau possível de reparação.

## **CAPÍTULO I - O direito à efetividade da dignidade humana dos encarcerados**

### **1.1. O STF em 2020 e a Dignidade da Pessoa Humana**

Do autoritarismo ao Estado Constitucional e Democrático de Direito. Este foi o caminho árduo percorrido pelo povo brasileiro até 05.10.1988 com a promulgação da Constituição e, portanto, com o rompimento do regime ditatorial e o restabelecimento da democracia. Foi a partir deste processo de redemocratização, conquistado à duras penas, que hoje celebram-se os valores consagrados de proteção e reconhecimento dos direitos humanos, sendo todo e qualquer indivíduo, em igualdade de condições - em devoção ao princípio da igualdade - o núcleo duro de proteção e dignidade na Constituição Federal de 1988.

Portanto, com a promulgação da Constituição Cidadã, houve um avanço significativo no que toca aos direitos assegurados aos presidiários e encarcerados. Tamanha é a importância que se inserem os indivíduos, que o constituinte de 1988 já apresentou no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil; Já o artigo 4º, inciso II, prescreve que nas relações internacionais, o Estado brasileiro rege-se pela prevalência dos direitos humanos; o artigo 5º, o qual agasalha os direitos fundamentais, traz vários direitos subjetivos aos presidiários, dentre eles estão: o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLV), a vedação à pena de morte (art. 5º, XLVII, “a”), o dever do Estado em oferecer estabelecimentos prisionais distintos de acordo com o sexo, a idade e natureza do delito (art. 5º, XLVIII), além do dever do Estado, igualmente, zelar pela integridade física e moral dos presos, dentre outros direitos assegurados. Ademais, ao refletir sobre o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, da Constituição Federal, ao informar taxativamente que o Estado brasileiro se utiliza das disposições estabelecidas em tratados internacionais dos quais faça parte, corrobora e fortalece o alcance de tutela dos direitos humanos e, portanto, incluídos evidentemente, os presos como destinatários dessa proteção.

Assim, tratar do sensível, fascinante e sempre atual tema dos Direitos Humanos exige inicialmente apresentar algumas terminologias utilizadas doutrinariamente para designar ao final, seu centro de atenção, qual seja, o próprio ser humano. Isso se faz

necessário tendo em vista a imprescindível delimitação dos institutos<sup>2</sup>, de maneira que possam, por rigor metodológico, permitir apropriar-se, seguramente do assunto.

Rotineiramente, são apresentados os termos “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos fundamentais”, dentre outras designações como sinônimas. No entanto, inseri-los num mesmo nicho é demasiado inseguro e simplista, visto os critérios de fundamentação e abrangência característicos de cada qual.

Gregorio Robles, apresenta a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais da seguinte maneira:

Quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser *direitos fundamentais* em um determinado ordenamento jurídico. No entanto, isso só ocorre quando o ordenamento lhes confere um *status* especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Do contrário, não seria possível distinguir os direitos fundamentais daqueles outros que são, por assim dizer, direitos ordinários.<sup>3</sup>

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a distinção entre as nomenclaturas aparta-se do autor supracitado nos seguintes termos:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais” comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> *Definir un concepto jurídico consiste entonces en mostrar los criterios empleados en la comunidad lingüística para el uso de un cierto concepto y, en su caso, establecer estipulaciones acerca de caules deberpian ser esos criterios a fin de lograr una comunicación más precisa y transparente. Se trata de tareas distintas, pero que no pueden separarse por completo: limitarse a catalogar (sin depurar) el uso que se hace de las palabras desembocaría en un catálogo más o menos exhaustivo, pero en el que seguirían presentes los problemas de vaguedad y ambigüedad propios de todo lenguaje; estipular significados enteramente nuevos tal vez resultaría inútil para los hablantes, es decir, para los juristas. Los conceptos de la ciencia del Derecho, por tanto, han de reflejar los criterios vigentes en el uso común, pero depurándolos a fin de eliminar su imprecisión y de perfilar su significado.* In SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de Teoría del Derecho**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 289.

<sup>3</sup> ROBLES, Gregorio. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri. São Paulo: Manole, 2005. p. 7.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

Portanto, apresentadas as ideias distintas dos autores mencionados, e tendo em vista a busca cada vez maior de abrangência quanto a proteção aos indivíduos tanto em plano nacional, quanto internacional, perfilha-se do entendimento racionalizado por Ingo Sarlet, o qual trabalha com dois planos que, embora distintos (direitos humanos e direitos fundamentais), desemboca na finalidade única, cujo objeto de estudo concentra-se na proteção, em todos os aspectos, do ser humano. Porém, é justamente a partir desta divisão proposta pelo autor, que didaticamente torna-se mais compreensível visualizar *onde* se encontra cada direito assegurado, e, *como* podem ser exercidos.

A preocupação com os direitos fundamentais, embora seja temeroso definir o marco temporal inicial<sup>5</sup>, pode-se dizer, a partir da análise de dados históricos<sup>6</sup>, que nasce

---

<sup>5</sup> “Os direitos fundamentais nascem de um processo histórico que, a partir da elaboração das Constituições (constitucionalismo), gradativamente, a partir das novas exigências sociais, reconheciam-se direitos dos mais diversos aos indivíduos. A este processo de evolução e reconhecimento de direitos, a doutrina denominou de “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais, esta última mais apropriada por significar e dar sentido a continuação e evolução de direitos e, portanto, não abandonando aquelas conquistas do passado quando se utiliza o termo “geração”. Portanto, podemos concluir que os direitos fundamentais, nascem com os direitos de 1ª geração, tem como característica o afastamento do Estado, pois a aspiração daquele momento era a liberdade dos indivíduos. São exemplos de direitos de 1ª dimensão, a vida, a segurança, a propriedade etc...os de segunda geração são os direitos sociais e que neste momento já demandavam a participação do Estado que passa a ser prestacionista e os de 3ª geração, são aqueles que abrangem a coletividade como um todo, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado. Importante frisar, que a CF/1988 apresenta todos os direitos mencionados das gerações/dimensões citadas. Neste sentido, Hanna Arendt: “O elenco dos direitos humanos contemplados pelo Direito Positivo foi se alterando do século XVIII até os nossos dias. Assim, se caminhou historicamente dos direitos humanos de primeira geração – os direitos civis e políticos de garantia, de cunho individualista, - voltados para tutelar a diferença entre Estado e Sociedade e impedir a dissolução do indivíduo num todo coletivo – para os direitos de segunda geração – os direitos econômicos, sociais e culturais concebidos como créditos dos indivíduos em relação à sociedade, a serem saldados pelo Estado em nome da comunidade nacional. O processo de asserção histórica destas duas gerações de direitos humanos, que são direitos de titularidade individual, foi inspirado pelo legado cosmopolita e universalista do liberalismo e do socialismo”. In LAFER, Celso. **Hannah Arendt: Pensamento, Persuasão e Poder**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 113. Também neste sentido diz a doutrina: “A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. Saliente-se que o papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo (abstenção de violar os direitos humanos, ou seja, as famosas prestações negativas) quanto ativo, pois há de se exigir ações do Estado para a garantia da segurança pública, administração da justiça entre outras. Os direitos de 2ª geração são frutos, como vimos, das lutas sociais da Europa e Américas. Já os direitos de 3ª geração são aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado”. In RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral do Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95-96-97.

<sup>6</sup> “Creemos que está claro que desde nuestra perspectiva teórica los derechos humanos no son algo dado y construído de una vez por todas en 1789 o en 1948, sino que se trata de procesos. Es decir, de dinámicas y luchas históricas resultado de resistencias contra la violencia que las diferentes manifestaciones del poder del capital han ejercido contra los individuos y los colectivos”. In FLORES, Joaquín Herrera. **Los Derechos Humanos como Productos Culturales. Crítica del Humanismo Abstracto** Madrid: Los Libros de La Catarata, 2005. p. 219.



com maior força a partir das atrocidades cometidas após a Segunda Guerra<sup>7</sup>, fato este que impulsionou a comunidade mundial a reconhecer o ser humano como sujeito de direitos, abandonando definitivamente a concepção de “coisificação” de seu *status*. É neste cenário, que o anseio pela dignidade da pessoa humana se fez presente.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao fazer reflexão à dignidade da pessoa humana, assevera:

Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.<sup>8</sup>

Assim, entende-se que a dignidade da pessoa humana<sup>9</sup> é o elemento justificador dos direitos fundamentais, justamente por serem aos indivíduos destinados. Esses direitos, portanto, são inerentes a todo ser humano na sua inteireza, bem por isso, Béatrice Maurer afirma que “o estudo da dignidade leva, desse modo, necessariamente, a considerar o homem em sua globalidade”<sup>10</sup>. Portanto, os direitos fundamentais são direitos subjetivos reconhecidos, positivados e outorgados pela Constituição de um Estado que se prestam a servir o indivíduo em sua dignidade.

Embora não haja conceito jurídico definido sobre dignidade humana, os esforços da filosofia e da doutrina jurídica conseguiram dar um sentido ao termo *dignidade*, e, pelo patamar de importância que a cada dia se coloca o indivíduo, o melhor sentido é aquele que insere o homem como o centro de cuidado, respeito e proteção da maneira mais ampla

<sup>7</sup> Neste sentido, vale a transcrição: É, entretanto, somente a partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, efetivamente, se consolida. Nascido dos horrores da era Hitler, e da resposta às atrocidades cometidas a milhões de pessoas durante o Nazismo, estes acordos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição.<sup>7</sup> In MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados internacionais:** Estudo Analítico da Situação e Aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 215.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 100-101.

<sup>9</sup> Neste sentido, o art. 1º da Declaração Universal da ONU estabelece que: “todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos”.

<sup>10</sup> MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. Cap. 3, p. 87.

possível e, a dignidade ao indivíduo, portanto, passa a ser tida como um princípio jurídico de *status* constitucional<sup>11</sup>

Neste sentido, Béatrice Maurer:

Primeiramente, temos pensadores tão diferentes como *Cícero, Pascal, Kant, Levinas, Mounier*, ou ainda *Gabriel Marcel*, para quem a dignidade é um valor absoluto inalienável, um *a priori* fundamental e transcendental. Para eles, a dignidade é aquilo que faz com que um ser humano seja uma pessoa humana, e isso não pode ser questionado.<sup>12</sup>

Por todas essas razões, sendo o ser humano o núcleo de proteção, a Constituição Brasileira de 1988, apresenta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CF/1988) e, ao mesmo tempo, como princípio jurídico. Em consequência deste reconhecimento, outorga uma série de garantias aos cidadãos (art. 5º, CF/1988), que são os direitos fundamentais consagrados e fortemente protegidos, como se verifica a partir da leitura do art. 60, §4º da CF/88, o qual determinou como cláusula pétrea, portanto, imutável, os direitos e garantias individuais coincidentes com os direitos fundamentais.

Esse novel olhar nasce com a própria Constituição Federal de 1988, como resultado da ruptura com o regime militar e a inclusão desses direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos. Neste aspecto, importante refletir sobre esta característica da Carta de 1988, pois, uma vez que traz a dignidade da pessoa humana como fundamento, logo passa a ser o centro de atração de todos os outros princípios. Observa-se que, se a dignidade é atributo de todo indivíduo, que já nasce sendo seu titular, todos os princípios existentes na Constituição são instrumentos que visam e possibilitam sua efetivação, isso quer dizer, que são meios de alcance deste irrenunciável direito, ou seja, um direito absoluto. Portanto, crê-se que, nem mesmo aquele que deseja ceifar a própria vida no interior dos presídios tem direito de fazê-lo; eis um exemplo: o ordenamento jurídico pátrio, assegura o direito à vida e integridade física dos presidiários, inclusive, frise-se, segundo jurisprudência, o Estado tem o dever de proteger sua integridade física, ainda que o próprio preso atente contra a própria vida, ou seja, o Estado tem de oferecer meios para impedir qualquer dano aos presos sob sua custódia.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 273

<sup>12</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>13</sup> Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no RE 841526/RS

No entanto, em que pese os vários direitos fundamentais esparramados na Constituição Federal de 1988, além da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, ainda se observa, não raras vezes, alguns desses direitos escancaradamente violados, mormente quando focam-se as atenções às minorias como é o caso dos presidiários - a quem este estudo se volta - que vivem, como já pronunciado por José Eduardo Cardoso, em verdadeiras “masmorras medievais”<sup>14</sup>. Esta lamentável realidade contradiz por completo, os direitos que deveriam ser efetivamente assegurados, e não o são. Exemplos não faltam: a proibição da tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF/88), o dever de o Estado oferecer presídios específicos para cada realidade fática, a permitir que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos conforme a natureza do delito, o sexo e idade do apenado (art. 5º, XLVIII, CF/88). O próprio direito à vida (caput, art. 5º, CF/1988), frequentemente é violado nos presídios brasileiros em razão dos frequentes conflitos, e a morte, muitas vezes, a consequência. Esses, portanto, são alguns dos exemplos, que, embora presentes no texto, nem sempre são respeitados, muito embora, como lecionam Fernando Rodrigues da Motta Bertoncello e Monica Sapucaia Machado “Os direitos humanos, apesar da necessidade da sua positivação, se baseiam nesse entendimento de que todos e todas nascem com direitos inerentes a condição humana e por isso exigíveis da sociedade.”<sup>15</sup>

Desse modo, reconhecendo a dura realidade fática da situação precária dos presídios brasileiros com o frontal ferimento à dignidade humana dos encarcerados, e, ao mesmo tempo, a presença dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, nota-se um grave e evidente conflito, isso porque, de um lado, se conhecem as garantias estabelecida no texto da Lei Maior outorgando direitos subjetivos inalienáveis aos cidadãos encarcerados, de outro, a realidade fática de não tê-los na prática.

Deste fenômeno contraditório fático-jurídico existente, Konrad Hesse reconheceu que há duas espécies de Constituição; a real, qual seja, aquela cujo texto prescreve direitos aos indivíduos, mas não são efetivados na prática, e, a jurídica, a ideal, a qual aproxima aqueles direitos que estão prescritos na Constituição à realidade fática e, portanto, efetivos. Desse modo, trazendo a teoria de Hesse à realidade dos encarcerados, tem-se

---

<sup>14</sup> Pesquisa realizada em: <<https://www.cnm.org.br/>> Acesso em: 09.06.2021.

<sup>15</sup> BERTONCELLO, Fernando Rodrigues da Motta; MACHADO, Mônica Sapucaia. Direitos Humanos e seus Sistemas de Proteção. **Coletânea Paradigmas do Direito Constitucional Atual**. Portugal: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017. p. 115.

por certo que se está a falar de uma Constituição real, pois aquilo que está no texto constitucional está demasiadamente distante, há um verdadeiro abismo entre norma e realidade.

O referido autor, neste sentido afirma:

Considerada em suas consequências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. O fato é que, entre a norma fundamental estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica.<sup>16</sup>

Esta constatação creditada a Hesse, exprime exatamente a crise do sistema carcerário que parece em constante duelo fático-normativo. Por isso, a coincidência utópica do caso fático ideal com aqueles direitos mínimos fundamentais estabelecidos nas normas constitucionais, sem dúvida alguma, são a exceção; a regra, lamentavelmente, é a descoincidência fático-normativa.

Assim, a dignidade humana, inerente a todo ser humano indistintamente, parece dissociar-se desta parcela da sociedade. O descaso, o preconceito, os maus-tratos sofridos pelos já estigmatizados presidiários, revelam o desprezo para com aqueles que, ao revés, deveriam receber apoio integral do Estado, para que, ao fim e ao cabo, seja possível sua reinserção na sociedade em plenitude de sua dignidade.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet:

Não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo.<sup>17</sup>

E é em razão desse reconhecimento indelével de que a todo ser humano deve ser garantida a dignidade, todos, sem exceção, são destinatários dos direitos mínimos fundamentais consagrados na Constituição. Por essa razão, é que Konrad Hesse defende

---

<sup>16</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional** (Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 125.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**, cit., p. 20.

a ideia de que os direitos assegurados na Constituição de um Estado devem ser efetivados<sup>18</sup> em razão de sua força normativa.

Afirma o referido autor:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltung I anspruch*) não pode ser separada das condições históricas, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.<sup>19</sup>

Não sem razão, o constituinte de 1988 optou por reforçar a ideia de cumprimento das normas que regem os direitos fundamentais, ou seja, indicando a força normativa que lhes é inerente, informando que as normas que tratam sobre direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, como se pode extrair da simples leitura do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, ou seja, não são meras normas programáticas. Mas, pode-se questionar sobre este ponto. E o direito à liberdade estabelecido no artigo 5º, caput? E o direito ao voto, o qual para presos com condenação penal transitada em julgado têm seus direitos políticos suspensos de acordo com o artigo 15, inciso III? A resposta parece ser simples. Em que pese as restrições de direitos impostas a quem comete algum delito, ainda sim, sendo o preso o maior dos criminosos, deve-se manter sua dignidade, este princípio absoluto jamais, em nenhuma hipótese pode ser relativizado. Para deslindar este ponto, retorna-se ao assunto dos votos. É assegurado aos presos provisórios o direito ao voto, no entanto, na grande maioria das vezes, não exercem esse direito simplesmente pelo fato de não chegar até os presídios os meios (urnas) para realizá-los, conseqüentemente, há nítido ferimento à sua dignidade. Portanto,

---

<sup>18</sup> Marcelo Neves traçando as distinções entre eficácia e efetividade, bem esclarece: Da eficácia, compreendida como conformidade dos comportamentos ao conteúdo (alternativo) da norma, tem-se procurado distinguir a efetividade, sugerindo-se uma referência aos fins do legislador ou da lei. Formulando com outras palavras, pode-se afirmar que a eficácia diz respeito à realização do “programa condicional”, ou seja, à concreção do vínculo “se-então” abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação se refere à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo “meio-fim” que decorre abstratamente do texto legal. Mais adiante, o mesmo autor conclui: “para finalizar, quero advertir que tanto a “eficácia” quanto a “efetividade” são conceitos relativos, graduais. Nos casos, porém, que a ineficácia e inefetividade atingem um grau muito elevado, implicando que as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de uma forma generalizada, não se orientem pelos dispositivos legais, encontramos-nos diante da falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal. In NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 47-48.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. Op. cit., p.128.

como notório, deve haver esforços mútuos de todos os Poderes<sup>20</sup>, Legislativo, Executivo e Judiciário, para a efetivação em grau máximo da dignidade humana quanto às normas constitucionais e infraconstitucionais garantidoras desse direito, tudo isso conforme o estabelecido no artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição de 1988.

Ocorre que, na inércia de um comportamento proativo oriundo de cada Poder à realização dos direitos constitucionalmente determinados, cabe ao Supremo Tribunal Federal dirimir e fazer cumprir as determinações constitucionais, onde o Poder Legislativo deixa a desejar na elaboração de leis mais efetivas à realização dos direitos dos presidiários; o Poder Executivo, não cumpre os deveres traçados nas leis já existentes e o próprio Poder Judiciário estadual, embora em menor grau, ainda apresenta decisões que parecem não reconhecer os detentos como sujeitos de direitos, como se verá na análise do estudo de caso apresentado no último capítulo deste estudo.

Diante deste cenário, o papel do Supremo Tribunal Federal tem sido fundamental, muito embora haja vozes dissonantes em sentidos extremos.

Para Christine Oliveira Peter da Silva, fazendo um paralelo em relação ao Tribunal Constitucional Alemão e Supremo Tribunal Federal no que toca a interpretação das normas fundamentais, entende que:

A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão tem reduzido o principal problema das normas de direitos fundamentais, qual seja, o da sua vaguidade, mas, segundo afirma Alexy, ainda não o eliminou. O mesmo, infelizmente, não se pode dizer do caso brasileiro: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro ainda está muito distante desse objetivo, não por falta de esforço ou brilhantismo de seus ministros, mas por força da própria estrutura processual-constitucional brasileira, a qual acaba por estabelecer condições materiais adversas ao pleno desenvolvimento do trabalho daquela Corte.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup>Carlos Ayres Brito, neste sentido, nos brinda com importante reflexão: “Acontece que a Constituição, por mais humanista que seja, por mais que ela prestigie a Democracia de três vértices, não pode fazer o milagre de atuar sem os seus humanos aplicadores – são eles – e somente eles que particularizam por modo progressivo os comandos dela constantes. Particularização que obedece à seguinte e natural ordem cronológica: principia com atos do Poder Legislativo, passa em imediata sequência pela atuação do Poder Executivo (ou dos particulares que atuam ou deixam de atuar após a edição do Direito-Lei), para terminar nas decisões do Poder Judiciário”. In BRITO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 700. Ainda neste sentido, Flávia Piovesan: “Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. In PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad. 2004, p. 59.

<sup>21</sup> SILVA, Christiane Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: Uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica. 2005, p. 28-29.

Porém, em que pese a opinião da autora, não parece, pela realidade fática que tal entendimento prospere, ao revés, o número de julgados no Supremo, mormente no que toca aos direitos humanos, estão avolumando-se diuturnamente, e as respostas, cada vez mais abrangentes à sociedade, fato este que resultou, inclusive, no desenvolvimento da teoria batizada de “Supremocracia”.<sup>22</sup>

Na outra ponta, está Alexandre Vitorino Silva para quem:

Essa visibilidade é relevante a ponto de certos setores da doutrina falarem na criação anormal de uma juristocracia constitucional, inspirados na expressão utilizada por Ran Hirschl, ou, em termos mais brasileiros, com atenção ao protagonismo de órgão de cúpula do Judiciário, em uma Supremocracia.<sup>23</sup>

Igualmente, não parece que tal entendimento prosperará. Isso porque, a sociedade urge por respostas à efetividade<sup>24</sup> de suas necessidades, aspirando terem seus direitos básicos garantidos. A realidade que paira sobre o sistema prisional brasileiro é a prova concreta de ferimento dos direitos humanos, e por isso mesmo, nada mais faz o Supremo do que exercer seu papel na defesa desses direitos, tal qual como traçado na Constituição, refletindo a alma do *neoconstitucionalismo*.<sup>25</sup>

Nesta toada, Carlos Ayres Brito instiga reflexão no seguinte sentido:

---

<sup>22</sup> Em que pese a riqueza dos argumentos trazidos pelo autor, não perfilhamos de seu entendimento, tendo em vista o árduo e louvável trabalho desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à efetividade dos direitos humanos evidenciados nos seus vastos julgados que acabam por reascender a própria alma da Democracia, a qual se evidencia, em maior grau, quando direitos de minorias são defendidos.

<sup>23</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Estrutural**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020. p. 10.

<sup>24</sup> Tradicionalmente, a doutrina analisa os atos jurídicos em geral, e os atos normativos em particular, em três planos distintos: o da existência (ou vigência), o da validade e o da eficácia. As anotações que se seguem têm por objetivo um quarto plano, que por muito tempo foi negligenciado: o da efetividade ou eficácia social da norma. A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu direito. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. In BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 243.

<sup>25</sup> Quando ouvimos o termo neoconstitucionalismo, devemos compreender que não é algo estanque que se instaurou instantaneamente, ao revés, é resultado de um processo da evolução social que se deu ao longo do tempo. Assim, a primeira característica, talvez a mais evidente, é a ideia de limitação do Poder, isso porque, consagrou-se a Constituição como Lei Maior onde todos, indistintamente devem seguir, rigorosamente seus termos. Detalhadamente, vale transcrição neste sentido de Paulo Gustavo Gonet Branco para quem: “O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a quem se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo”. In MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53.

Não se diga, todavia, que esse modo mais orgânico de entender e praticar a Constituição termina por fazer do Judiciário uma instância de governo da *pólis*. Um usurpador de funções que só podem ser exercidas pelos Poderes eminentemente políticos da nossa República Federativa, que são o Legislativo e o Executivo. Não é isso, porque uma coisa é governar (que o Judiciário não pode fazer). Outra coisa é impedir o desgoverno (que o Judiciário pode e tem que fazer). É como falar: o Judiciário não tem do governo a função, mas tem do governo a força. A força de impedir o desgoverno que será tanto pior quanto resultante do desrespeito à Constituição.<sup>26</sup>

Primeiramente, porque a função precípua do Supremo Tribunal Federal é de “guardião” da Constituição, e, portanto, cumpre-lhe o dever, o *munus* de fazer cumprir as leis, deveras, as próprias normas constitucionais. Bem por isso, “o Supremo, nos dias atuais, conta com diversos instrumentos para assegurar a sua autoridade e a prevalência da Constituição”<sup>27</sup>. Neste sentido, a jurisdição constitucional está munida desses instrumentos para tornar possível a efetivação de direitos, a exemplo do mandado de injunção, da ADPF, a própria Reclamação com o fito de fazer cumprir a autoridade de suas decisões e etc...

Além deste fato, a Emenda Constitucional n. 45/04, propiciou a democratização no sentido de tornar possível a participação de outros “atores” à propositura das ações em controle abstrato de constitucionalidade e dessa forma, como consequência, propiciar, ainda mais aos cidadãos à realização de seus direitos. A partir da referida Emenda, o leque de legitimação ativa se avolumou consideravelmente como se pode verificar dos termos das Leis 9.868/99 e 9.882/99 ao incluir como legitimados ativos, por exemplo, a mesa do senado federal, a mesa da câmara dos deputados, partido político com representação no Congresso Nacional, dentre outros.

Desta expansão de legitimados, portanto, torna o STF um órgão mais democrático em razão da participação dos legitimados alhures mencionados, sendo possível, a partir desta abertura, escutar a “voz” das minorias.

Alexandre Vitorino Silva, fazendo uma análise sobre o Supremo Tribunal Federal conclui que:

Na sua origem, a mais alta Corte Brasileira não dispunha, em rigor, de quaisquer mecanismos especiais de disciplina judiciária. Tal cenário, porém, muito se modificou na história da Corte e atingiu seu ponto máximo de transformação com a promulgação da Constituição de 1988, com o advento das Leis 9.868/99 e 9.882/99 e com a promulgação da Emenda Constitucional 45/04<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup>BRITO, Carlos Ayres. Op. cit., p. 768-769.

<sup>27</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. Op. cit., p. 11.

<sup>28</sup> Idem.



Sendo assim, o STF vem se posicionando sobre a necessidade do Estado efetivar os direitos humanos dos encarcerados. Essas respostas à sociedade, por meio de suas decisões podem ser observadas em diversas ações como o julgamento do RE n. 592.581 de 13.08.2015, que trata sobre o uso de algemas em audiência por presos que não demonstram periculosidade; da Medida Cautelar na ADPF 347 de 09.09.2015, a qual trata da falência do sistema prisional como um todo, que será comentada pormenorizadamente adiante; o RE 580.252 de 16.02.2017, o qual reconhece que o Estado deve indenizar os presidiários quando as condições mínimas de encarceramento não são satisfeitas, além de já ter se manifestado sobre a situação das mulheres encarceradas na Medida Cautelar na Reclamação 25.371, julgada em 26.10.2016, dentre outras.

Portanto, como se vê, a preocupação com os direitos humanos é uma verdade facilmente verificável na realidade hodierna, mas, que ainda aspira, urge, pela efetividade dos direitos de parcela da sociedade, das minorias que sofrem, visivelmente o menoscabo por parte de alguns Estados.

Ressalte-se, que a preocupação com os direitos humanos transcende a esfera do direito interno. Isso porque, após o terror vivido pelos indivíduos na Segunda Guerra Mundial<sup>29</sup>, o indivíduo passa a ter reconhecidos direitos mínimos à sua dignidade, alguns valores de caráter absoluto.

Em consequência, a comunidade mundial se une a fim de juntar seus esforços em busca da proteção dos direitos humanos, e, como meio de dar efetividade a esses direitos, é que surgem os tratados internacionais, os quais, em vários deles o Brasil é signatário. Com isso, os direitos humanos, os direitos fundamentais acabam por ganhar ainda mais força, podendo ser o Estado, inclusive, responsabilizado internacionalmente por seus atos violadores das normas internacionais. É o que se convencionou denominar de universalidade dos direitos humanos. É neste sentido, portanto, que o tópico seguinte será trabalhado.

---

<sup>29</sup> A historiadora Lynn Hunt elucida os terrores vividos na Segunda Guerra Mundial da seguinte maneira: “A Segunda Guerra Mundial estabeleceu uma nova referência para a barbárie com seus quase incompreensíveis 60 milhões de mortos. Além do mais, a maioria dos mortos dessa vez era de civis, e 6 milhões eram judeus mortos apenas por serem judeus. A confusão e a destruição deixaram milhões de refugiados no final da guerra, muitos deles quase incapazes de imaginar um futuro e vivendo em campos para pessoas desalojadas”. In HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**: uma história. Tradução. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 2717.

## 1.2. As Convenções Internacionais de Direitos Humanos como instrumentos de reconhecimento dos direitos fundamentais dos presidiários

A Constituição Federal de 1988 inovou fortemente em relação aos direitos humanos, não por outra razão, ficou conhecida como Constituição cidadã. Flávia Piovesan em reflexão à esta nova era de reconhecimento de direitos aos indivíduos, frisa que “a Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais”.<sup>30</sup>

Desta assertiva, pode-se retirar duas significativas conclusões. A primeira e mais visível delas é, que a partir da interpretação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o Brasil se apresenta como um Estado aberto e receptivo aos ditames internacionais que versem sobre os direitos humanos, visto que, expressamente informa que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros direitos previstos em tratados internacionais aos quais o Brasil haja ratificado. Além desse dispositivo, o artigo 4º, inciso II indica que o Brasil, em suas relações internacionais é regido pela primazia dos direitos humanos. A segunda observação, é mera consequência da primeira, pois, se o Estado brasileiro se dispõe a relacionar-se internacionalmente pelo princípio dos direitos humanos, logo se dispõe a incorporar em seu sistema jurídico normas internacionais que versem sobre tais direitos e, naturalmente, cumpri-las. Robustecendo tal argumento, Flavia do Valle Rocha, defende que “a Constituição Brasileira consagrou o princípio da primazia dos direitos humanos, o que implicava no engajamento do Estado brasileiro na elaboração e aceitação das normas e processos internacionais de proteção humana.”<sup>31</sup>

Ademais, a análise do artigo 5º, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, da Constituição, retrata essa indiscutível intenção do Estado brasileiro em aderir aos ideais universalmente consagrados na proteção dos direitos humanos, bem como torná-los efetivos.

Neste sentido, Denise Andrade *et., al*:

É uma decisão da CF/88 recepcionar em seu texto artigos e premissas que ultrapassam a mera organização do Estado, mantendo diálogo e estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, com os direitos humanos e com a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> HUNT, Lynn. Op. cit., p. 60.

<sup>31</sup> ROCHA, Flavia do Valle. **Comentários de Jurisprudência**: Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 348.

<sup>32</sup> ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Mônica Sapucaia; CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. **50 Anos do Pacto De São José da Costa Rica**: Reflexões Sobre Justiça Social No Brasil. In: *Revista*

Desse modo, para a incorporação de tais direitos no ordenamento jurídico interno, é necessário o uso de instrumentos jurídicos que permitam sua incorporação. Esses instrumentos jurídicos são os tratados, também conhecidos como “Convenções” ou “Acordos”, dentre outras denominações que são utilizadas<sup>33</sup>.

Neste sentido, importante ressaltar a importância desses instrumentos para o próprio exercício e defesa de direitos a todos os integrantes de uma sociedade indistintamente, sobretudo, às minorias. Portanto, é um meio valiosíssimo igualmente à sociologia que traz à tona os fenômenos causadores das próprias mazelas sociais e aqui, encontra-se com o Direito para, ao fim e ao cabo, tornar possível, a “realização da justiça”.<sup>34</sup>

Nesta toada, Cançado Trindade pronunciou que:

Um dos aspectos mais importantes dos avanços na realização do ideal da justiça internacional reside na afirmação e no reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana, para vindicar os direitos que lhes são inerentes como ser humano, *vis-à-vis* seu próprio Estado, perante os tribunais internacionais de direitos humanos (a Corte Européia, em operação desde 1953; a Corte interamericana, atuando desde 1978; e a Corte Africana funcionando desde 2006)<sup>35</sup>

Portanto, os tratados são acordos internacionais entabulados entre Estados que, por sua livre manifestação de vontade, consentimento, manifestam seu interesse em aderir aos seus termos por meio da ratificação, sendo, a partir daí, reconhecidos como Estados – Partes. Neste momento, passam a vincular-se aos seus exatos termos, ou seja, seu conteúdo passa a ser de observância obrigatória como qualquer outra norma jurídica, sob pena de responsabilização internacional.

Conceituando o instituto, Francisco Rezek assevera:

---

*Prima Facie*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Vol. 18, n. 39, set-dez 2019, p. 24.

<sup>33</sup> Quanto ao uso das expressões, Francisco Rezek leciona: “a análise da experiência convencional brasileira, ilustra, quase à exaustão as variantes terminológicas de *tratado* concebíveis em português: *acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento*. Esses termos são de uso livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística: as mais das vezes, por exemplo, *carta* e *constituição* vêm a ser os nomes preferidos para os tratados constitutivos de organizações internacionais, *enquanto ajuste, arranjo e memorando* têm largo trânsito na denominação de tratados bilaterais de importância reduzida. Apenas o termo *concordata* possui, em direitos das gentes, significação singular: esse nome é estritamente reservado ao tratamento bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, e que tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesiástica, missões apostólicas, relações entre a Igreja católica local e o Estado copactuante”. In RESEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 319.

<sup>34</sup> Expressão já consagrada de Cançado Trindade.

<sup>35</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais Internacionais e a Realização da Justiça**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 73.

Tratado é todo o acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos [...] pelo efeito compromissivo e cogente que visa a produzir, o tratado dá cobertura legal à sua própria substância.<sup>36</sup>

Também, neste sentido, vale trazer elucidação de Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Os tratados internacionais equiparam-se aos contratos de direito interno, onde, para sua conclusão as partes contratantes estabelecem direitos e obrigações mútuas. Expressam, assim, a livre manifestação do consentimento de dois ou mais Estados, destinada a produzir *efeitos jurídicos*, sendo, portanto, um ato jurídico internacional. Faltando o *animus contrahendi*, ou seja, a vontade livre de contratar com vistas a criar obrigações mútuas para as partes, inexistente *tratado internacional*.<sup>37</sup>

Para torná-los efetivos, os Estados devem cumprir determinados procedimentos que são variáveis conforme os ditames de seu ordenamento jurídico interno. Em razão do objeto do estudo, a análise do procedimento de incorporação dos tratados internacionais será restrita ao Brasil. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, estabelece no artigo 84, VIII, que é de competência privativa do Presidente da República a celebração de tratados, convenções ou atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional e, paralelamente, o artigo 49, I, reza que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, convenções ou atos internacionais. Desse modo, se está diante de um ato complexo, pois, para alcançar a efetividade dos tratados, é imprescindível a convergência de duas vontades, quais sejam, a do Poder Executivo e a do Poder Legislativo.

A fim de tornar mais evidentes os procedimentos, a Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 7.030 de 2009, nas palavras de Francisco Resek, ficou conhecida como “o grande tratado que se preparou com paciência, trabalho tenaz e conjugação de talentos incomuns para reger o destino de todos os demais tratados”<sup>38</sup>. Nela, encontra-se definido seu conceito, bem como suas peculiaridades.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o nascimento dos tratados<sup>39</sup> se dá pela negociação, este é o ponto de partida. Na negociação, que cabe por força da Constituição

<sup>36</sup> RESEK, Francisco. Op. cit., p. 38.

<sup>37</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 29.

<sup>38</sup> RESEK, Op. cit., p. 37.

<sup>39</sup> PIOVESAN, Flávia tece as minúcias do procedimento de incorporação dos tratados da seguinte forma: “Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado que são de competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz o aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado com relação à força e ao conteúdo final do tratado. Após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, o segundo passo é sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo. Em sequência, aprovado o tratado pelo Legislativo, há o ato de ratificação do mesmo pelo Poder Executivo”. Op. cit., p. 70-71.

ao Poder Executivo, este manifesta o interesse em celebrar o tratado, seguindo a conclusão e à sua assinatura. Frise-se que, até o momento da assinatura, o Estado ainda não o incorporou, ou seja, o ato ainda não está perfeito, e isso se dá justamente em razão da característica de ato complexo, e, portanto, imprescindível que haja a comunhão de vontade dos Poderes Executivo e Legislativo. Na sequência, após a assinatura pelo Chefe do Poder Executivo, este remete o texto ao Congresso Nacional apenas para referendá-lo (competência *ad referendum*), não sendo de sua competência fazer qualquer tipo de alteração. Assim, chegando ao Congresso, passa o texto a ser “projeto de decreto legislativo”, o qual, se aprovado, será reencaminhado ao Poder Executivo para celebração definitiva do tratado.

Nesta mesma toada, Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Os tratados e convenções internacionais são atos, em princípio, solenes, cuja conclusão requer a observância de uma série de formalidades rigorosamente distintas e sucessivas. São *quatro* as fases pelas quais têm de passar os tratados solenes, até sua conclusão: a) a das negociações preliminares; b) a da assinatura ou adoção, pelo Executivo; c) a da aprovação parlamentar (*referendum*) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte do tratado; e, por fim, d) a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca dos instrumentos que a consubstanciam.<sup>40</sup>

Estes detalhamentos, são deveras importantes, pois, conforme o procedimento adotado pelo Poder Legislativo, os tratados podem ser incorporados com *status* normativos diversos. Explica-se: a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, informa que os tratados internacionais de direitos humanos, acaso aprovados nos termos ali definidos, serão equivalentes às emendas constitucionais. Neste sentido, também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em alguns de seus julgados<sup>41</sup> a respeito das diferentes hierarquias dos tratados conforme o rito utilizado pelo Legislativo no momento da votação.

Em breve síntese, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento, até o presente momento, que: I – os tratados de direitos humanos anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004 que não forem aprovados pelo

---

<sup>40</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. Cit., p. 42.

<sup>41</sup> Na ADI 4.424, julgada em 9.02.2012, publicado em 1.08.2012, o Ministro Marco Aurélio em seu voto decidiu: “No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. [...] Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária”. Neste sentido também: HC 100.888; RE 466.343, STF. Pesquisa realizada em 15.07.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>.

procedimento descrito no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, terão *status* supralegal, ou seja, estão acima de toda e qualquer lei do ordenamento jurídico, e, abaixo da Constituição II – já na hipótese de seguir os ditames procedimentais prescritos no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, portanto, rito especial, serão equivalentes à emendas constitucionais.

Portanto, apresentadas as considerações alhures sobre a incorporação dos tratados, o Brasil ratificou vários instrumentos internacionais de direitos humanos. Neste sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli:

É ainda com o processo de democratização, iniciado em 1985, que o Estado Brasileiro passa a ratificar os principais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Impulsionado pela Constituição de 1988 – que consagra os princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana – o Brasil passa a se inserir no cenário de proteção de direitos internacional de direitos humanos.<sup>42</sup>

São exemplos de tratados ratificados pelo Brasil: a Carta das Nações Unidas de 21.09.1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada em 10.12.1948 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 24.01.1992, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificada em 28.09.1989, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 25.09.1992, dentre outros.

Por tudo isso, percebe-se a abrangência de proteção aos direitos humanos, direitos esses universalmente reconhecidos e consagrados que exigem seu cumprimento pelos Estados que os ratificam, uma vez que a eles estão vinculados. O artigo 76, “c” da Carta das Nações Unidas<sup>43</sup>, estabelece, dentre outros objetivos, o de incentivar o respeito aos direitos humanos; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo em seu artigo 1º, reza que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, já o artigo 3º, estabelece que todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa

---

<sup>42</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. XXX.

<sup>43</sup> Neste sentido, diante da clareza significativa da importância e valor que passam a ser reconhecidos aos indivíduos no pós Segunda Guerra, vale transcrição de parte do preâmbulo da Carta das Nações Unidas, promulgada por meio do Decreto n. 19.841 de 22.10.1945, capazes de externar esse novo ideário: CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS - NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla [...] Disponível em: [www4.planalto.gov.br/legislação/](http://www4.planalto.gov.br/legislação/)

Rica), no mesmo sentido tutela o direito à vida em seu artigo 4º, já no artigo 5º prescreve o direito à integridade física, psíquica e moral, além de proibir torturas, penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Portanto, esses são alguns dos inúmeros exemplos de direitos universalmente reconhecidos.

André de Carvalho Ramos, em alusão ao aumento significativo dos tratados, assim ressalta:

O corpo de normas internacionais de direitos humanos cresce continuamente: o Brasil ratificou vários tratados de direitos humanos nesses últimos anos, sem contar as inúmeras declarações e resoluções internacionais sobre direitos humanos que também foram aplicadas nos casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal. O auge dessa disposição brasileira em aceitar tratados de direitos humanos ocorreu em 2009, quando o Brasil incorporou internamente, após aprovação pelo rito especial do art. 5º, §3º, da Constituição, dois tratados agora com *estatuto constitucional indiscutível*, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo.<sup>44</sup>

Deveras, dessa abertura autorizada constitucionalmente à adesão dos tratados, nasce a ideia da teoria do “bloco de constitucionalidade”<sup>45</sup>, cuja constatação no Brasil parte da interpretação do artigo 5º, §2º, da Constituição, cujos termos expressamente dispõem que o Brasil não se limita aos direitos e garantias previstos na Constituição, mas vai além, alcançando os tratados internacionais, e seu espírito repousa na busca pela maior efetividade à proteção dos direitos humanos. Desse modo, trata-se do reconhecimento de abrangência do parâmetro de constitucionalidade e convencionalidade, ou seja, as leis e os atos normativos devem ser produzidos conforme as prescrições da Constituição e igualmente, dos tratados, a eles lhe devem obediência. Em outras palavras, Flávia Piovesan, assevera que “os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado bloco de constitucionalidade, densificando a regra constitucional positivada no parágrafo 2º, do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta”.<sup>46</sup>

Neste sentido, Gilmar Mendes assevera:

Em suma: os tratados de direitos humanos podem ser: (a) equivalentes às emendas constitucionais ou, ainda (b) supralegais, o certo é que, estando acima das normas infraconstitucionais, não de ser também paradigma de controle de produção normativa doméstica. Assim, para além do controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro atual de controle de

<sup>44</sup> RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 265.

<sup>45</sup> O que hoje se entende por bloco de constitucionalidade, tem sua raiz no Direito Francês. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso, “No direito francês se desenvolveu a ideia de bloco de constitucionalidade, que serve para identificar a existência de normas materialmente constitucionais fora da Constituição. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu corpo, mas inclui outros textos normativos. No caso da decisão n. 71.44 DC, de 16.7.1971, do Conselho Constitucional (disponível em: [www.conceil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm](http://www.conceil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm), acesso em: 26.7.2005), considerou-se ter caráter materialmente constitucional a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946. In BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit., p. 106.

<sup>46</sup> PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 78-79.

convencionalidade das normas domésticas. Daí ter o Ministro Celso de Mello proposto que se submetessem as normas que integram o ordenamento positivo interno “a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico”.<sup>47</sup>

Sob essa perspectiva, portanto, conclui-se que a partir do momento em que o Estado brasileiro ratifica os tratados de direitos humanos, sejam eles incorporados ao ordenamento jurídico pelo rito especial do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, ou não, ainda assim, se a matéria for de direitos humanos, serão objeto de controle de constitucionalidade (no primeiro caso, por ser equivalente às emendas, nos termos da Constituição) ou controle de convencionalidade (por possuir *status* supralegal).<sup>48</sup>

Portanto, evidente está o dever de cumprimento por todos os Poderes do Estado. Ressaltando que, da violação às normas previstas nos tratados ratificados, exsurge a responsabilização internacional do Estado infrator, bem por isso, Cançado Trindade já alerta que “o descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário”.<sup>49</sup>

No entanto, embora o vasto arcabouço jurídico-protetivo de tutela dos direitos humanos, a situação dos encarcerados nos presídios brasileiros demonstra o notório desprezo à aplicabilidade desses direitos básicos fundamentais que diuturnamente são violados. A precariedade da realidade do sistema carcerário brasileiro se arrasta por longo tempo, e o Brasil, até o momento hodierno, parece ignorar este fato. Razão merece ter Norberto Bobbio, para quem “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de *protegê-los*”.<sup>50</sup>

De fato, basta voltar os olhos à realidade para concordar que, ainda que se esteja diante do reconhecimento inegável da necessária proteção aos indivíduos pelas mais diversas razões que se apresentaram e se provaram ao longo do tempo e; ainda que em consequência desse reconhecimento universalmente consagrado, tanto pelo direito interno, por meio de suas Constituições democráticas, quanto internacionalmente, por

---

<sup>47</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p.1087.

<sup>48</sup> Importante ressaltar que, até o momento atual, no Brasil só a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência foi aprovada pelo rito especial do art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição e, portanto, com *status* de emenda constitucional. O restante dos tratados, têm *status* supralegal.

<sup>49</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 139.

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer – Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 43.



meio dos instrumentos como os tratados, fato é, que o descaso, o preconceito e o menoscabo desafiam *Themis*.

Norberto Bobbio, neste mesmo sentido esclarece que:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.<sup>51</sup>

O Brasil vem demonstrando no que tange às violações de direitos humanos, mormente quanto ao sistema prisional, uma contínua violação aos direitos fundamentais aos que ali se encontram. Ressalte-se que tais violações culminaram na apresentação de várias denúncias contra o Estado Brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A primeira delas, cuja matéria se resumia à precariedade do sistema carcerário brasileiro ocorreu em 2002 em relação aos presidiários na Casa de Detenção José Mário Alves, mais conhecida como Presídio Urso Branco” (objeto de estudo no último capítulo), eis a razão de o caso ser conhecido com tal denominação. Além do caso “Urso Branco”, há outros em tramitação na Corte, a exemplo do presídio de Curado. Frise-se que, até o momento da elaboração do presente trabalho, ainda não houve sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os casos mencionados.

Ocorre que, inobstante não haja decisão sobre os casos citados, dentre as competências da Corte, está a possibilidade de determinar as denominadas “medidas provisórias”, que, pode-se dizer, são medidas cautelares.

Em breve síntese do procedimento, esclarece André de Carvalho Ramos:

Após a propositura da ação, há observância do exercício do contraditório e ampla defesa, com plena instrução probatória, em um processo internacional de direitos humanos dotado de razoável semelhança com o processo civil brasileiro. Por outro lado, a Corte tem o poder de adotar *medidas cautelares* (denominadas “medidas provisórias”) para o resguardo de direitos em perigo. Por exemplo, no que tange ao Brasil, foram proferidas decisões cautelares nos casos Penitenciária Urso Branco, Penitenciária Araraquara e do Complexo Tatuapé da FEBEM de São Paulo.<sup>52</sup>

Foi nesse contexto então, que a Corte requereu ao Estado brasileiro que adotasse medidas para a adoção da proteção à vida e a integridade dos presidiários, inclusive os visitantes; que ajustasse as condições físicas do presídio de acordo com as normas internacionais de direitos humanos; que investigasse as razões que motivaram aquele

---

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 45.

<sup>52</sup> RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. p.131.

conflito e ainda que fosse realizado um relatório a ser encaminhado à Corte sobre todas as questões mencionadas.

Portanto, a cruel realidade da maior parte dos presídios brasileiros, onde são aqueles indivíduos simplesmente amontoados como objetos destinados a descarte, é realidade conhecida que ultrapassa as fronteiras locais, chegando à Corte Interamericana de Direito Humanos, como apresentado.

Em razão desta constatação, o Supremo Tribunal Federal<sup>53</sup>, vem se posicionando em relação às demandas apresentadas constantemente. Como exemplo, aponta-se nesse trabalho a decisão em Medida Cautelar na ADPF 347, conhecida por declarar o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, assunto este a ser desenvolvido no próximo item.

### **1.3.A teoria do “estado de coisas inconstitucional”: adequação à realidade brasileira**

O cenário caótico do sistema prisional brasileiro instigou o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) a ingressar com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal, para que a Corte reconhecesse o “estado de coisas inconstitucional” nos presídios brasileiros. Seu fundamento baseou-se no ferimento frontal aos direitos humanos, à dignidade da pessoa humana dos encarcerados, direitos esses assegurados na Constituição Federal de 1988, bem como em tratados internacionais os quais o Brasil faz parte, como já demonstrado em tópico anterior.

Na ADPF 347, o PSOL requereu ao Supremo, inclusive com pedido de medida cautelar, que fosse declarado o “estado de coisas inconstitucional” e, em consequência desse reconhecimento, que igualmente fossem determinadas medidas de caráter urgente, em razão de inúmeras e sucessivas violações como: o encarceramento massivo, onde as celas são ocupadas por um número bem maior de detentos do que poderia agasalhar; ausência de alimentação adequada, de água potável, de condições sanitárias mínimas, ausência de cuidados médicos adequados, assistência jurídica adequada, além das constantes atrocidades cometidas entre os próprios encarcerados e até mesmo das autoridades contra os presos. Das rebeliões e dos motins frequentemente noticiados,

---

<sup>53</sup> Luís Roberto Barroso, traz reflexão sobre a crescente judicialização das questões sociais ao dizer: “Ao longo dos anos, verificou-se uma crescente *judicialização* da vida, rótulo que identifica o fato de que inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância final decisória no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal”. Op. cit., p. 446.

resultaram mortes das mais cruéis, as quais, em princípio, quando relatadas, pareciam inimagináveis pelo momento de “civilização” que hodiernamente a humanidade deveria viver, inclusive com tortura, decapitação dentre outras práticas atrozes.

Embora a doutrina divirja sobre o conceito de “estado de coisas inconstitucional”, nesse trabalho define-se como o reconhecimento fático de violação sistêmica, maciça, aparente e inquestionável de direitos fundamentais, é desse modo, a prova viva e cabal de violação à Constituição de um Estado Democrático de Direito, cuja essência axiológica fundamental baseia-se na ampla proteção a todo e qualquer indivíduo em plenitude de dignidade a partir dos direitos fundamentais ali consagrados. Por essa razão, recai à Corte Constitucional o dever de manter posicionamento ativo na tentativa de restabelecimento desses direitos subjetivos violados.

Em consequência deste reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, o Tribunal Constitucional, em exercício de função atípica, se utiliza desta técnica decisória impondo medidas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em vista a sanar ou amenizar as violações à dignidade humana dos cidadãos. Daí em diante, a Corte supervisiona a execução, o cumprimento da ordem e, por isso mesmo, em razão desta interferência entre Poderes, a medida deve ser excepcional.

Neste sentido, Alexandre Vitorino Silva:

Essa técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais e *supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Considerando que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes*, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado.<sup>54</sup>

Esta técnica decisória ineditamente utilizada no Brasil, foi importada do direito comparado<sup>55</sup>, precisamente da Corte Constitucional Colombiana, a qual foi instaurada no

---

<sup>54</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. Op. cit., p.181.

<sup>55</sup> A utilização do direito comparado é meio legítimo capaz de aperfeiçoar o alcance ainda mais satisfatório das decisões judiciais. Neste sentido, autorizada doutrina já se manifestou: “A citação de precedentes judiciais entre cortes de diferentes jurisdições não é algo novo no mundo jurídico. A novidade está nos efeitos que essa prática pode trazer, tendo em vista o alto grau de integração normativa que vivenciamos. Essa espécie de “troca”, que ocorreria na citação cruzada de precedentes judiciais, seria uma forma indireta e informal de promover a integração normativa em temas que são objetos de acordos internacionais ou em temas que ainda se encontram em fase de consolidação nacional ou internacional”. MARINHO, Maria Elvadey; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **O Uso de Precedentes Judiciais de Jurisdições**

país em referência, pela primeira vez, no ano de 1997, no julgamento da *Sentencia de Unificación*, SU -559, de 1997. Porém, foi na *Sentencia de Tutela*, T-153/98<sup>56</sup> que exsurge uma novel postura da Corte Constitucional Colombiana quanto as determinações enfáticas na tentativa de tornar efetivos os direitos fundamentais Constitucionais. Nesta ação, a Corte reconheceu, pela situação caótica do sistema prisional colombiano, especificamente das penitenciárias de Bogotá e Bellavista de Medellín, que deveria intervir diretamente em busca de solução aos sistêmicos danos à dignidade da pessoa humana dos presidiários. Após essa decisão, outras mais foram, igualmente, objeto de reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”.

Tal decisão (T-153/1998) da Corte Constitucional da Colômbia, dirigiu-se ao reconhecimento das mazelas do sistema carcerário colombiano, apresentando superlotação das celas, fragilidade e ineficiência dos serviços públicos, violência, dentre outros demais problemas, foram razões suficientes para que a Corte reconhecesse que esses fatos configuraram algo tão cruel e violador dos direitos humanos, que acabaram por nomear a situação fatídica de “estado de coisas inconstitucional”.

Segundo o entendimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Colombiano na sentença mencionada, foram estabelecidos alguns requisitos para a aplicação do “estado de coisas inconstitucional”. Ficou convencionado, portanto que deverão estar presentes: I- violação a um número expressivo de pessoas, ou seja, violação

---

**Estrangeiras em Matéria de Propriedade Intelectual.** Diálogo Entre Juízes. Marinho, Maria Elvadecy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão (Org.). Brasília: UniCEUB, 2014. p. 209.

<sup>56</sup> Vale, neste sentido, transcrever trecho da decisão T-153/98, da Corte Constitucional da Colômbia, apresentando a situação fática justificadora do reconhecimento do que a Corte convencionou denominar “estado de coisas inconstitucional”. *Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.* Disponível em <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 15.07.2020.

em massa II – que o problema seja estrutural III- que as ações envolvam diversas entidades governamentais que porventura venham falhando na execução de políticas públicas e IV- que haja possibilidade de um número excessivo de demandas individuais capazes de congestionar o Poder Judiciário, caso todos aqueles que se sentirem lesados por este meio e de uma vez só, se socorram.<sup>57</sup>

Reconhecidos esses pressupostos<sup>58</sup> na apreciação do caso fático, a Corte dá ciência às autoridades de todos os Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário e impõe, diversas medidas na tentativa de restabelecimento da ordem Constitucional. Dentre as variadas medidas, traz-se como exemplo algumas delas constantes da sentença T-153/1988, que serviram como fundamento para aplicação em outros casos análogos, não apenas na Colômbia, mas igualmente no Brasil, como adiante será apresentado na polêmica ADPF 347. Como exemplos, a Corte Colombiana determinou ao *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario* (INPEC), ao Ministério da Justiça, dentre outros, que realizassem, no prazo de 3 meses um plano de construção para as penitenciárias capazes de garantir condições mínimas aos encarcerados e dando prazo de 4 anos para concluir as obras.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> A própria sentença na T-153/1998 definiu os requisitos à aplicação do “estado de coisas inconstitucional”, o que podemos extrair do seguinte trecho: *Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.* Disponível em <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 15.07.2020.

<sup>58</sup> Nesse julgamento, a Corte Constitucional sistematizou, ainda, os pressupostos para a declaração de um estado de coisas inconstitucional de forma mais cartesiana, tendo assentado, basicamente, quatro elementos. O primeiro pressuposto, de natureza quantitativa e processual, é que o Tribunal receba, em grau de revisão, um número considerável de *acciones* de tutela para o exame de questões constitucionais. A disseminação do uso de ações de tutela funciona, com efeito, como um indicador, como um autêntico sintoma institucional de que estaria a ocorrer uma violação sistemática de direitos, fruto de uma falha de coordenação de Poderes. O segundo pressuposto é a verificação concreta de violações sistêmicas e estruturais de diversos direitos fundamentais de uma forma generalizada e sistêmica. O terceiro requisito para a declaração de um estado de coisas inconstitucional diz respeito ao agente que perpetra a violação. A técnica só é aplicável se a falha decorrer não de uma ação individual, mas do mal funcionamento do Estado como um todo(...). O quarto e último requisito, refere-se ao remédio da violação. Somente se admite o uso da técnica do estado de coisas inconstitucional acaso a solução do problema dependa da ação combinada de um número considerável de ramos e órgãos do Estado, ou seja, se a solução para a condição inconstitucional exigir a elaboração de um remédio estrutural, não sendo, pois, adequada a declaratória se a ação de tutela puder discriminar com exatidão o responsável por uma ação remedial única. SILVA, Alexandre Vitorino. Op. cit., p. 152-153.

<sup>59</sup> De acordo com alguns trechos retirados da Sentença T-163/1998, ficou consignado: (...) *Tercero- ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción*

Portanto, foi exatamente nos moldes do desenvolvimento da teoria Colombiana, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, igualmente (ainda em sede cautelar), o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro na ADPF 347. De fato, a situação carcerária colombiana, no momento em que ficou reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” de seus presídios, em nada se diferencia daquilo que o sistema prisional brasileiro vem vivenciando ao longo do tempo, ousa-se dizer, deveras, é sua exata *imagem e semelhança!*

Portanto, foi a partir da constatação desta similitude fatídica dos sistemas prisionais com o conseqüente ferimento aos direitos humanos no país alienígena e no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal, aplicando a teoria colombiana, ainda que em cautelar, reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” dos presídios brasileiros, acolhendo algumas das medidas requeridas na ação. Dentre os pedidos elencados na petição inicial estão o reconhecimento da aplicação imediata do Pacto de Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para a realização de audiência de custódia, a determinação ao Conselho Nacional de Justiça para que pratiquem mutirões capazes de identificar as mazelas do sistema prisional, a liberação dos recursos do Fundo Penitenciário (FUPEN) aos Estados enquanto durar o “estado de coisas inconstitucional”, dentre outros.

Porém, o Supremo Tribunal Federal concedeu apenas dois deles, quais sejam: I – que os juízes e tribunais realizem audiência de custódia e II – que a União libere os recursos contingenciados da FUPEN<sup>60</sup> aos Estados. Além da concessão desses pedidos cautelares na ADPF 347, o Ministro Luís Roberto Barroso, propôs cautelar de ofício,

---

*y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. Cuarto-**ORDENAR** al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. Quinto- **ORDENAR** al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá. (...) Disponível em <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>> Acesso em: 15.07.2020.*

<sup>60</sup> O Fundo Penitenciário foi instituído pela lei nº 79/1994, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994, com a finalidade de destinação de verbas para manter a infraestrutura do sistema penitenciário brasileiro.

determinando que a União e os Estados encaminhem relatório ao supremo sobre a situação prisional e especificamente ao Estado de São Paulo, o que foi deferido por maioria dos votos dos Ministros.

Esta decisão cautelar inédita suscitou incômodo por parte de juristas por algumas razões: uma de cunho processual e outra, material<sup>61</sup>. Primeiramente, em relação a questão processual, porque o instrumento, a via utilizada no Direito comparado colombiano se difere do meio processual utilizado no Brasil<sup>62</sup>. Segundo, sob o viés material, e talvez o mais polêmico deles, seria o possível ferimento a separação dos poderes quando o Judiciário interfere em políticas públicas que, em princípio seria de competência reservada aos Poderes Legislativo e Executivo.

Alexandre Vitorino Silva, em visão crítica à ADPF 347, defende que:

Foi com base nessa concepção procedimental de jurisdição constitucional que a Suprema Corte Brasileira resolveu dar o seu último passo – e, a nosso ver, mais ousado passo – em direção a um governo de juízes: a admissão teórica da declaração de um estado de coisas inconstitucional, que lhe permitiria não só realizar escolhas materiais em situações de políticas públicas massivamente violadoras de direitos fundamentais, mas também supervisionar e aprovar ou rejeitar novas políticas públicas que abranjam burocracias altamente ineficientes e desorganizadas, como é o caso do sistema prisional e carcerário no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, e inclusive da União (presídios federais).<sup>63</sup>

Contudo, a posição do autor não é inequívoca, nem unânime. O fundamento primeiro que se socorre à defesa da via processual eleita, encontra-se na compreensão da própria finalidade para a qual o constituinte de 1988 introduziu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o que nas palavras de Lênio Luiz Streck, “é instrumento relevante de proteção dos direitos fundamentais”.<sup>64</sup>

A Arguição de Descumprimento de Prefeito Fundamental (ADPF), está prevista no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal e na Lei 9.882/1999. Desse modo, o

---

<sup>61</sup> Para Alexandre Vitorino, que não compartilha com a postura do STF em relação a ADPF 347, defende que: “Pode-se levantar, porém, uma série de objeções – algumas de natureza processual, outras de natureza material – que em muito dificultam a transposição pura e simples do estado de coisas inconstitucional, ao menos na forma tal como desenvolvido na Colômbia, para o direito constitucional brasileiro. SILVA, Alexandre Vitorino. Op. cit., p. 188.

<sup>62</sup> Na Colômbia, o estado de coisas inconstitucional foi criado a partir de uma radical mutação constitucional do instituto da *acción de tutela*, que se converteu, de instrumento de defesa de direitos subjetivos, em instrumento de defesa da Constituição como ordenação objetiva de valores. Em consonância com o art. 86 da Carta Colombiana, a proteção judicial na ação de tutela consiste em uma ordem, de imediato cumprimento, dirigida para aquele contra quem se solicita a tutela, a fim de que atue ou se abstenha de violar ou ameaçar um direito fundamental. SILVA, Alexandre Vitorino. Op. cit., p. 134.

<sup>63</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. Op. cit., p. 39.

<sup>64</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 531.

artigo primeiro, *caput* da referida lei, estabelece que é cabível a ação para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental por ato do Poder Público.

Portanto, ao deparar com o trágico sistema prisional brasileiro, o qual sistematicamente vem ferindo a dignidade humana dos presos, é de clareza solar, que há frontal ferimento a preceito fundamental<sup>65</sup>, e, portanto, passível de apreciação pela Corte Constitucional por meio da ação em comento. Desse modo, robustecendo o argumento em defesa do instrumento processual (ADPF) ao caso (reconhecimento do estado de coisas inconstitucional), necessário recorrer à doutrina e jurisprudência sobre o significado de “preceito fundamental”, em razão de ser este, o elemento nuclear inarredável que justifica a adequação da referida ação.

Ana Paula de Barcellos, traçando paralelo entre “preceito fundamental” e Arguição de Preceito Fundamental, didaticamente leciona que:

O próprio texto constitucional identificou, dentre todos os enunciados constitucionais, um grupo que considerou *fundamentais*, ao criar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Já se fez referência a esse ponto. Embora nem a Constituição nem a Lei 9.882/1999 (que regulou a arguição) tenham definido quais são os preceitos considerados fundamentais, a doutrina e a jurisprudência têm se ocupado desse mister. E em todas as listas propostas figuram como fundamentais os preceitos relacionados com a dignidade humana e com os direitos fundamentais.<sup>66</sup>

No mesmo sentido, Uadi Lammêgo Bulos, já se pronunciou:

Qualificam-se como *fundamentais* os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária. Qualquer ato ou omissão, capaz de atingi-los, afrontando-lhes a forma ou correndo-lhes a substância, suscita o ingresso no Supremo Tribunal Federal, com base no §1º do art. 102, para que o *guardião da ordem constitucional* decida a respeito da controvérsia.<sup>67</sup>

Assim sendo, parece estar justificado o meio processual utilizado à busca da tutela dos direitos fundamentais dos presos, isso porque, a Arguição de Preceito Fundamental é meio de garantir, como já esclarecido, a dignidade da pessoa humana e

---

<sup>65</sup>O Ministro Gilmar Mendes, em trecho da medida cautelar na ADPF 33, já manifestava entendimento neste mesmo sentido a definir preceito fundamental quando expressa que: “Ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de estado, a separação dos poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII)”. Pesquisa realizada em 27.07.2020 em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96304>. Acesso em: 20.07.2020.

<sup>66</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 248.

<sup>67</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8. ed. São Paulo. Saraiva, 2008. p. 1030.



direitos fundamentais, direitos esses que são diuturnamente violados nos presídios brasileiros.

Atente-se que, ao fim e ao cabo, o pano de fundo gerador do incômodo e controvérsia por parcela da doutrina na decisão cautelar na ADPF 347, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, envolve, verdadeiramente, as políticas públicas. Surge então, neste caso, o debate se há indevida interferência da Suprema Corte nos Poderes Legislativo e Executivo, isto porque, como se sabe, o planejamento, a organização e a decisão sobre questões que envolvam políticas públicas, originariamente, compete aqueles dois Poderes. Ocorre que, inobstante tal reconhecimento, no momento em que tais Poderes deixam de cumprir seus misteres delineados na Constituição, entende-se que seja possível suscitar uma conduta proativa, mais enérgica por parte do Supremo Tribunal Federal, em razão do dever axiológico traçado na Constituição, ao lhe outorgar o nobre papel de guardião da constituição, coincidente com o dever jurídico de cumprir e fazer cumprir as leis e as normas constitucionais, sobretudo na defesa da espinha dorsal do estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que lhes são afetos.

Quanto a possível interferência do Supremo em políticas públicas, Francielle Pasternak Montemezzo esclarece:

Quando direitos fundamentais são negligenciados em decorrência da omissão ou má atuação do Poder Público no seu dever de promover políticas públicas eficientes, as decisões judiciais envolvem mais do que soluções simplificadas, como determinações pontuais de concessão de determinado medicamento para um grupo específico, ou a obrigação de realização de matrículas de crianças que tiveram seu acesso negado por ausência de vagas. Situações deste porte, envolvem a necessidade de respostas difusas e gradativas, que se orientam para um objetivo prospectivo.

[...]

Para que o Judiciário seja capaz de contribuir para o aprimoramento da democracia, deve buscar promover decisões que objetivem eliminar as reais ameaças aos valores constitucionais. A função do processo, pois, vai além de punir condutas individuais dos responsáveis ou de impor determinações arbitrárias ao Poder Público, notadamente ao Poder Executivo. Foca-se, sim, no estabelecimento de resultados e prazos para que as instituições responsáveis pela vanguarda dos direitos envolvidos se realinhem aos objetivos constitucionais.<sup>68</sup>

Este novel olhar sobre o papel do Judiciário, repousa naquilo que se entende sobre o papel hodierno da jurisdição constitucional. Luiz Roberto Barroso, leciona que

---

<sup>68</sup> MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. Jurisdição Constitucional e os Direitos Sociais: A Atuação do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas. In: **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora IASP, 2015. p. 235.

“para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição”.<sup>69</sup> Isso porque, ao longo do tempo, o sentido de Constituição vem mudando, sobretudo após a Segunda Guerra, momento em que se coloca o ser humano como o centro de importância e proteção do Direito, eis a razão de “que o constitucionalismo se funda na limitação do poder e na preservação de valores e direitos fundamentais”.<sup>70</sup> Isso significa dizer, que a Constituição passa a ser o pilar que sustenta todo o ordenamento jurídico, ou seja, instaurou-se, definitivamente a ideia de *constitucionalismo do Direito*.

Luiz Roberto Barroso, neste sentido assevera:

Essa constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo – centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação -, tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Nele, têm-se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar apenas alguns exemplos.<sup>71</sup>

E é justamente neste terreno que o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando seu assento. Isso porque, a complexidade dos fatos que a cada momento a sociedade moderna apresenta, não permite mais ao Poder Judiciário e aqui, especificamente, o Supremo Tribunal Federal, limitar-se ao *formalismo jurídico*, concebido como meros aplicadores da lei, ou seja, reduzindo-se ao papel de “boca da lei”, despido de qualquer possibilidade de interpretação. Em verdade, a Corte Suprema deve amparar-se pela análise da realidade fática, e, como prova desta característica democrática do Supremo, tem-se, por exemplo, as audiências públicas, pois, é um meio de se escutar os cidadãos e compreender as necessidades sociais que se apresentam no tempo. Portanto, limitar-se unicamente ao conteúdo da norma, a sua literalidade, desprezando a realidade, corre-se o grave risco de fragilizar a “entrega” do Direito. E é justamente essa conduta proativa, ativista (na conotação positiva do termo) praticada pelo Supremo que se baseou a decisão cautelar na ADPF 347.

---

<sup>69</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 107.

<sup>70</sup> Idem, p. 184.

<sup>71</sup> Idem, p.109.

Neste mesmo sentido, é importante ressaltar que o termo ativismo judicial possui, de fato, duas acepções, o danoso, e esse, entende-se, deve ser desprezado, o qual o magistrado age com absoluta subjetividade sem pautar-se na lei, e, o que se ousa chamar de legítimo, aquele que, embora praticado subjetivamente, sua aplicação é pautada em absoluto no ordenamento jurídico, mas, logicamente, em atenção à realidade. Este último, pode ser vislumbrado como legítima manifestação das próprias necessidades dos cidadãos ao apresentar suas questões ao Judiciário e conseqüentemente, há, e tem de haver, o compromisso da Corte ao enfrentamento destas questões sociais, ainda que essas decisões toquem, por critério excepcionalíssimo, frise-se, as próprias políticas públicas,<sup>72</sup> uma vez que “a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar, onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios”.<sup>73</sup>

Portanto, o Supremo na ADPF 347, ao declarar, ainda que provisoriamente, o “estado de coisas inconstitucional”, tal qual como concebido pelo Tribunal da Colômbia, está, de fato, realizando seu mister, exercendo em plenitude a competência desenhada pelo Poder Constituinte, ou seja, no exercício da democracia por meio da voz do povo, afinal, está defendendo a dignidade humana dos presos, sendo neste momento, a voz que ressoa a mordaza desta minoria!

Atente-se que, o sistema prisional brasileiro deve ser enxergado como algo profundamente grave, são vidas humanas sendo destruídas de todas as formas, simplesmente por falta de atuação e coordenação adequada por parte dos Poderes. Por isso mesmo, em tentativa extrema, chega ao Supremo, como guardião dos direitos fundamentais, a decisão de fazer valer os direitos ali consagrados, na tentativa última de restabelecer a dignidade dos encarcerados e presidiários.

Neste contexto, claro está que a dignidade da pessoa humana, como valor supremo das democracias ocidentais, é a espinha dorsal da Constituição Federal Brasileira, assim como, por força do artigo 5º, parágrafo 3º, os direitos humanos

---

<sup>72</sup> Luiz Roberto Barroso apresenta o ativismo judicial sob conotação positiva, senão vejamos: 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 abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de Políticas Públicas. Op. cit., p. 306-307.

<sup>73</sup> CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 2. 1997.

consagrados em tratados internacionais passam também a ter *status* de normas constitucionais se aprovados dentro deste parâmetro. Consequentemente, é inegável que todos os direitos consagrados na Carta de 1988 e nos tratados internacionais de direitos humanos, são, deveras, o suficiente para se buscar fundamento na defesa dos direitos dos presidiários, cujos direitos humanos mínimos são diuturnamente violados, reconhecimento tal, que inclusive, fez chegar à Corte Internacional de Direitos Humanos denúncias que acabaram sendo aceitas e que estão em curso.

Constatando esta fatídica realidade, o Supremo Tribunal Federal, em medida excepcional, acolheu o pedido cautelar apresentado pelo PSOL para declarar o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro. As razões para o acolhimento são evidentes aos olhos de todos, não apenas aos Ministros, mas igualmente à sociedade. Portanto, as razões fáticas da realidade do sistema prisional, as quais justificaram o acolhimento pelo Supremo, serão, detalhadamente, apresentadas no capítulo subsequente, onde serão apresentados dados de órgão oficiais indicando os números de presidiários, o gênero, a idade, dentre outras mais situações que se mostram importantes para a compreensão desta realidade. A partir desses dados, o capítulo também trará reflexão sobre a Lei de Execução Penal confrontando com a realidade apresentada em números, para enfim, chegar à conclusão quanto sua efetividade e, apresentar a responsabilidade civil como um meio de restabelecimento daqueles direitos violados dos presidiários.

## **CAPÍTULO II - A responsabilidade extracontratual do Estado e sua inter-relação com a dignidade da pessoa humana dos encarcerados**

### 2.1. A desordem no sistema prisional brasileiro: os sujeitos encarcerados, *juntos e misturados*

*O caminho do inferno está pavimentado de boas intenções*, já pronunciava Karl Marx em citação muito conhecida<sup>74</sup>. Trazendo o pensamento filosófico à realidade contemporânea, pode-se dizer que o caminho do inferno pode ser facilmente verificado em alguns presídios brasileiros. Os números da população carcerária, as circunstâncias vividas nos interiores das cadeias são elementos suficientes à constatação de que a intenção não basta, mas sim, sua realização.

Explica-se. Embora a existência do rico arcabouço jurídico-protetivo de intenção à realização à dignidade da pessoa humana dos encarcerados, esses direitos estão sendo visivelmente violados, como se pode verificar a partir dos fatos apresentados em números a seguir.

De acordo com dados obtidos do Conselho Nacional de Justiça, em junho de 2014, o total da população carcerária era de 711.463<sup>75</sup>, mas, da análise do último levantamento realizado pelo Banco de Monitoramento das Prisões no Brasil (2020)<sup>76</sup>, este número alcançou a marca de 882.641 presos, (sem contar com os 342.226 mandados de prisão ainda não cumpridos!)<sup>77</sup> levando o Brasil a ocupar o terceiro lugar no ranking da maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos da América do Norte e a China.

Neste sentido, como já mencionado em capítulo precedente, a importante e oportuna decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 que, ao reconhecer e declarar o “estado de coisas inconstitucional” dos presídios brasileiros trouxe luzes ao

---

<sup>74</sup> MARX, Karl. O capital (traduzido por Paul Lafargue). São Paulo: Veneta, 2014.

<sup>75</sup> Os números apresentados pelo CNJ de junho de 2014, representam a totalidade do número de pessoas privadas de liberdade, nele incluídos, portanto, a população carcerária, ou seja, os que estão cumprindo suas penas integralmente nos presídios, e, os que cumprem pena em domicílio ou outro estabelecimento não prisional, a exemplo dos hospitais psiquiátricos.

<sup>76</sup> Este número representa apenas os presos, ou seja, aqueles indivíduos recolhidos em estabelecimentos prisionais. Se contarmos com aqueles privados de liberdade, esses números chegam à 885.107.

Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>> Acesso em 16.12.2020.

<sup>77</sup> Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>> Acesso em 20.11.2020.

sombrio “universo” dos renegados indivíduos encarcerados, uma vez que tal reconhecimento escancarou as mazelas do sistema, fazendo com que, a partir de suas determinações aos três Poderes, finalmente exurgisse, ainda que modesta, mas já importante, conduta proativa para a busca da melhoria deste caos carcerário.

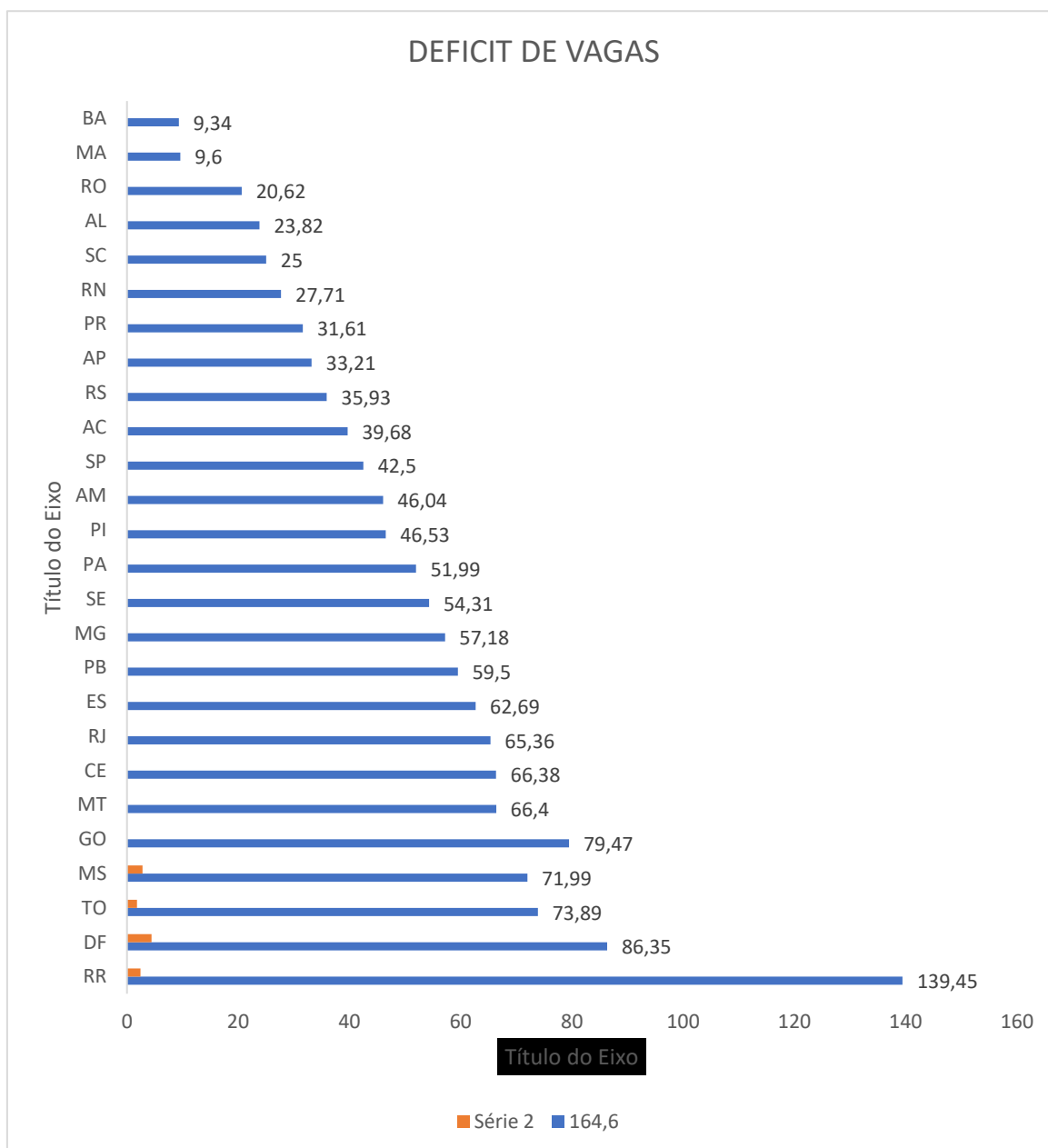
Assim, foi que o Conselho Nacional de Justiça, após a referida decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal, implementou o mencionado Banco de Monitoramento das Prisões no Brasil, o qual trouxe, pela primeira vez na história, as informações e dados sobre os números de presos por decisão judicial. Isso porque, anteriormente a este sistema, os números dos presos informados eram apenas aproximados, estimados, já que eram noticiados por agentes carcerários sem nenhum tipo coordenação. Portanto, a partir da publicação dessas informações que são resultado do cruzamento de dados dos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais, é possível apresentar e informar à toda sociedade a crise que fatalmente se instalou no sistema carcerário e a partir desses números tornar possível tal constatação.

Desse modo e a partir desta atestação, exurgem uma série de consequências gravíssimas que acabam colidindo com a própria dignidade da pessoa humana dos presos. A primeira consequência é a mais evidente delas, a superlotação. Atualmente, todos os estados da federação apresentam presídios com déficit de vagas, como mostra o gráfico<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Informações disponíveis em <<https://www.cnj.jus.br/inspecao.penal/mapa.php>> Acesso em 12.10.2020.

abaixo:



Da análise desses números, pode-se afirmar que a superpopulação carcerária é uma das mazelas do sistema prisional brasileiro, nascedouro de outros tantos problemas ocorridos nos presídios.

Neste sentido, Clarice Nunes Maia *et. al.*, alertam que:

A superpopulação carcerária afronta a condição humana dos detentos, aumenta a insegurança penitenciária, o abuso sexual, o consumo de drogas, diminui as

chances de reinserção social do sentenciado, além de contrariar as condições mínimas dos organismos internacionais.<sup>79</sup>

Desse modo, em decorrência desses fatos vivenciados nos interiores dos presídios, muitas vezes culminam com os motins, as fugas, as tentativas de fugas e as rebeliões. Porém, dentre esses atos de revolta, é esta última (a rebelião) que serão fixadas as atenções em razão das consequências cada vez mais desastrosas, cruéis, em verdade, são barbáries impensáveis para o momento de civilização humana em que se encontra a humanidade. Bem por isso, tem chamado atenção e preocupação dos estudiosos do direito, sociologia e da ciência política.

Neste sentido, a sociologia apresenta uma série de possíveis motivos<sup>80</sup> fomentadores das rebeliões, entretanto, pode-se afirmar que todos eles têm como pressuposto a insatisfação que se concentra nas mais diversas violações de direitos subjetivos dos encarcerados, isso porque, “percebe-se que os atos de transgressão às regras impostas no ambiente carcerário indicam, na grande maioria dos casos, a única possibilidade de manifestação em massa carcerária contra a constante lesão dos seus direitos”.<sup>81</sup> Portanto, as rebeliões são um movimento de revolta que eclode como resultado da luta pela “sobrevivência” nos cárceres marcados pela mácula da supressão de direitos mínimos imprescindíveis à manutenção da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que em grande parte dos presídios brasileiros não são oferecidas essas garantias mínimas de encarceramento capazes de agasalhar os presos com dignidade, ao revés, há verdadeira escassez de recursos, de alimentação, de água potável, de assistência médica, de defesa.

Quanto a este fenômeno, a Confederação dos Bispos do Brasil, em perfeita síntese conclui que:

---

<sup>79</sup> MAIA, Clarice Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos et al. **História das Prisões no Brasil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. p. 5-6.

<sup>80</sup> Fernando Salla, tecendo comentários sobre as possíveis razões que desembocam nos atos de revolta, alerta-nos que “A variedade que assumem as rebeliões não é passível de explicação apenas pelas disposições dos presos (os processos que envolvem o nível da micromobilização devem ser estudados para se entender porque determinadas preferências acabam resultando em ação, mas também pelas características da instituição, pelas formas de organização do staff, pelos esquemas internos de segurança, etc. que são aspectos igualmente importantes na produção de um distúrbio ou de uma rebelião.” In SALLA, Fernando. **As rebeliões nas Prisões**: novos significados a partir da experiência brasileira. **Revista do programa de pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 16. p. 283, 2006.

<sup>81</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 222.



A rebelião geralmente é um protesto contra maus tratos, injustiças, péssimas condições de vida, corrupção, falta de assistência médica ou jurídica. Pode ser também um modo de fazer pressão para obter transferência para outro estabelecimento em caso de violência interna...Normalmente a rebelião é o último recurso dos presos para defender seus direitos, pois correm o risco de perder tudo: a vida, a possibilidade de progressão do regime, benefícios judiciais...Mas há situações em que não aguentam mais, e tentam dizer à sociedade: “somos gente e queremos viver”.<sup>82</sup>

Porém, as violações não param por aí, uma vez que há casos em que a população encarcerada é composta de homens, mulheres, grupo LGBTQIA+ em um mesmo estabelecimento<sup>83</sup>, além do que, em razão de uma efetiva classificação dos presos pelos órgãos competentes, ainda são agrupados criminosos de alta periculosidade com indivíduos de baixa periculosidade, todos juntos e misturados<sup>84</sup>. Este fato é de extrema gravidade, visto que “alguns presos não são violentos, mas a partir do momento em que ficam juntos de outros presos passam a ser iguais.”<sup>85</sup>

Quanto a este aspecto, Fernando Salla adverte:

No Brasil, o Estado não tem sido capaz de assegurar os requisitos básicos para o encarceramento dos indivíduos. Os presos, independentemente de sua periculosidade, idade, reincidência, tipo de crime, são recolhidos, em estabelecimentos, em geral lotados, em condições sanitárias ruins, mantidos misturados desde o período em que permanecem no aguardo do julgamento, até o período pós-julgamento.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 222.

<sup>83</sup> A “Comissão Técnica de Classificação (CTC), hoje relegada ao segundo plano, devido à Lei nº 10.792/03 ter eliminado suas atribuições no sistema penal, não consegue evitar que os apenados primários passem a conviver com presos de alta periculosidade”. TAVARES, Juliano; Lucas SILVA, Daniel Velasco da et al. **Vozes do Cárcere: paz e não violência em busca de um novo modelo de gestão.** p. 39.

<sup>84</sup> Poderíamos apresentar uma série de exemplos de violações à dignidade dos encarcerados, porém, nos limitaremos àquelas que mais chamaram a atenção por sua gravidade. A primeira delas ocorreu em 2007, em Abaetetuba, interior do estado do Pará. Foi noticiada pelos meios de comunicação o fatídico caso que chocou o país e o mundo, onde uma menina, de apenas 15 anos de idade foi mantida presa durante 26 dias em uma cela com 20 homens e frequentemente violentada e torturada pela maioria deles. A razão da prisão? furto. As violações ferem a CF/88 que assegura a separação dos presos, conforme art. 5º; fere os direitos dos menores assegurados igualmente no ECA, além dos direitos assegurados às mulheres pelas leis ordinárias. Tanta crueldade irremediável expõe o ferimento de direitos inquestionáveis assegurados pelo ordenamento jurídico nacional e tratados internacionais. Outro caso mais recente, em 2018, o juízo da Vara de Execuções Penais do DF (Autos nº 00022531720188070015 – processo antigo nº 2018110063380), indeferiu o pedido de 11 presas transexuais que requeriam sua transferência para um presídio feminino, tendo vista sua identidade de gênero. Importante frisar que, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ADPF nº 527 MC/DF já havia se manifestado a respeito da necessária acomodação dos transexuais e travestis nas cadeias femininas, contudo, ainda é possível nos depararmos com decisões violadoras dos direitos humanos como a mencionada.

<sup>85</sup> TAVARES, Juliano; Lucas SILVA, Daniel Velasco da et al. Op. cit., p. 40.

<sup>86</sup> SALA, Fernando. Op. cit., p. 287.

Portanto, esses fatos, agregados à privação da liberdade, como uma verdadeira “panela de pressão” culmina nessas revoltas, como um ato de reivindicação, de desespero que acaba, muitas vezes, na perda de dezenas ou até mesmo de centenas de vidas<sup>87</sup>.

Andrezza Alves Medeiros, alerta que uma das razões para o rebentamento das rebeliões ocorridas no Brasil, é justamente a situação degradante de encarceramento que se encontram os presos, bem por isso, esclarece a autora que:

Outra situação que reflete claramente a decadência do sistema prisional atual adotado no Brasil, é a ocorrência de rebeliões nos estabelecimentos prisionais, cujas causas estão na superlotação carcerária, maus tratos, tortura, falta de infraestrutura e condições básicas de higiene, dentre outras que impedem que os apenados tenham uma vida digna.<sup>88</sup>

[...]

Não se pode esquecer, é claro, da revolta da população carcerária, que não suporta mais a precariedade do enclausuramento, cujas consequências são as fugas cada vez mais numerosas, os motins, guerras entre facções criminosas que disputam o controle das atividades ilícitas da região, as rebeliões, e no seu pior grau, as mortes dos presos e de reféns (dentre estes os agentes penitenciários e os familiares dos apenados).<sup>89</sup>

Ditas condições precárias dos presídios são reveladas a partir das informações obtidas pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual constatou que 48,9% dos estabelecimentos estão superlotados. Outro dado importante é que, desses estabelecimentos, 47,7% são regulares, 28,5% apresentam péssimas condições de encarceramento, 12,0% são bons, 10,3% ruins e apenas 1,5% são excelentes.

Contudo, importante frisar, que esses números podem sofrer alterações significativas, uma vez que alguns estabelecimentos prisionais dos estados de SP, CE, MS, PE, RN, RS, PB e BA até a elaboração e fechamento do presente estudo não foram inspecionados, segundo informação do Conselho Nacional de Justiça.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Ao longo da história o Brasil tem apresentado um histórico de rebeliões que, cada vez mais, resultam nas mais cruéis barbáries. Na década de 50, como resultado da rebelião ocorrida na Colônia Correcional da Ilha de Anchieta em Ubatuba/ SP, houve a morte de inúmeros presos, esses números, que não foram confirmados oficialmente, porém, estima-se que foram perdidas 100 vidas. Outro exemplo de massacre e, talvez o mais conhecido deles, foi o da Casa de Detenção de São Paulo, caso que ficou conhecido como o “Massacre do Carandirú” em 1992. Dessa rebelião, resultaram na morte de 111 presos.

<sup>88</sup> MEDEIROS, Andrezza Alves. **Sistema Prisional Brasileiro: crises e implicações na pessoa do condenado**. *E-book* (55 p.). ISBN: 978-85-8248-139-4. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/>> Acesso em: 08.10.2020.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Informação disponível em <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/>> Acesso em: 10.11.2020

Ocorre que, como uma “bola de neve”, desta ausência de Estado que se materializa e evidencia-se na precariedade do sistema carcerário, decorre outra consequência igualmente grave, a oportunidade da instauração/dominação daquilo que restou compreendido como “poder paralelo” - a atuação das facções criminosas no interior dos presídios. Essas organizações, favorecem-se das fragilidades dos encarcerados, vítimas deste sistema defeituoso, para robustecer seu poder. Àqueles presos recolhidos por cometer infrações de menor potencial ofensivo, acabam sendo “seduzidos” pelas promessas feitas por membros dessas facções ao ofertar tudo aquilo que o Estado deixa de oferecer, e, conseqüentemente, acabam por juntar-se ao grupo tornando-se verdadeiros “soldados” do crime.

Bem por isso, Fernando Salla destaca que:

O Estado não assegura condições elementares de encarceramento como assistência jurídica, social, médica, os materiais de higiene, uniforme e até mesmo alimentação. Esta precariedade nos serviços prestados, estimula a rede de solidariedade entre os presos e coloca muitos deles na dependência dos grupos criminosos bem organizados e que mobilizam recursos para o atendimento das necessidades de seus integrantes, como advogados, apoio à família (por exemplo, para o transporte dela até a prisão, remédios, assistência médica, empréstimos, etc.)<sup>91</sup>

Nessa mesma linha, Emmanuel Vicente Dias, pontua:

Diante da série de problemas estruturais do cárcere, aliados aos abusos da administração deste, inicia-se, ainda que precariamente, uma forma de organização entre os detentos, inicialmente sob o pretexto de busca pela melhoria para a vida na cadeia, reivindicando condições mais humanas de tratamento. É a partir daí que surgem as organizações criminosas.<sup>92</sup>

Como se observa, esses movimentos de revolta são explicados pela ciência sociológica, juntamente com o Direito, indissociavelmente. É algo que transcende a dogmática jurídica de *per si*, uma vez que toca, o *mix* dos aspectos da complexidade humana. Restringir o estudo do Direito unicamente ao estudo da lei, é demasiadamente simplista.

E é com este espírito, que se tem, por dever, como cidadãos integrantes de uma sociedade repleta de contradições e injustiças sociais, saber quem são esses indivíduos

---

<sup>91</sup> SALLA, Fernando. Op. cit., p. 15.

<sup>92</sup> DIAS, Emmanuel Vicente. **Pluralismo Jurídico**: organizações criminosas como um sistema jurídico paralelo ao Estado. In segurança pública, sistema carcerário e direitos humanos. Alagoas: Editora Meraki. 2020. p. 323.

“invisíveis” encarcerados, qual grupo social pertencem, uma vez que revelam a “fratura exposta” da sociedade.

De acordo com informações obtidas por órgãos oficiais<sup>93</sup>, o sistema carcerário é composto por pessoas pobres, negras, jovens e com baixa escolaridade. Note-se que, todas essas características somam-se, estão entrelaçadas, uma vez que, a questão racial leva a exclusão muitas vezes; a baixa escolaridade leva a ausência de trabalho que, conseqüentemente, leva a pobreza e a marginalização. Neste primeiro momento, portanto, vale a pena iniciar os comentários sobre esta última característica: a pobreza.

Falar de pobreza, remete imediatamente à ideia monetária, ou seja, à carência de recursos capazes de trazer o bem-estar material. Embora incompleta, esta visão é verdadeira, prova disto é que órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), estabelecem parâmetro, em valor monetário, o qual indica que indivíduos, cujos rendimentos perfazem o valor abaixo U\$ 2,5 (dois dólares americanos e cinquenta centavos) encontram em situação de pobreza extrema.

Porém, em que pese o critério monetário-material do conceito de pobreza, seu sentido abrange outros aspectos de privação de direitos necessários à busca da dignidade humana. Nesse caminho, Amartya Sen e Bernardo Kliksberg entendem que “as mesmas pessoas que são pobres em termos de riqueza material sofrem também de analfabetismo, trabalham duramente sob condições terríveis, não têm poder político, não têm acesso a advogado e são vítimas de violência policial”<sup>94</sup>. Portanto, como se vê, a pobreza transcende o aspecto meramente monetário, devendo ser levado em consideração outros aspectos que extrapolam tal critério.

A segunda característica dos encarcerados reflete o problema da questão racial que se arrasta desde a colonização do Brasil até os dias de hoje. Assim, os números mostram que os encarcerados são predominantemente negros.

Cabe neste sentido, elucidar ensinamentos de Juliana Borges, para quem:

Esse poder sobre corpos negros, é exercido em diversas esferas. Seja na total ausência de políticas cidadãs e de direitos, como falta de saneamento básico, saúde integral e empregos dignos; seja o caráter simbólico de representação do negro na sociedade como violento, lascivo e agressivo, alimentando medo e desconfiança e culminando em mortes simbólicas, pela aculturação, pela assimilação e pelo epistemicídio, até as mortes físicas que se estabelecem por violência, torturas, encarceramento e mortes.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/>> Acesso em: 15.12.2020.

<sup>94</sup> Citado em Leandro Bessa, **O Papel da Defensoria Pública na Resistência à Criminalização da Pobreza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 12.

<sup>95</sup> BORGES, Juliana. Op. cit., p. 40.

Neste sentido, é importante destacar, que o binômio raça/pobreza está interligado. Segundo dados da OXFAM Brasil<sup>96</sup>, em 2017, os negros pobres auferiam renda média equivalente a R\$804,35 (oitocentos e quatro reais e trinta e cinco centavos), enquanto os brancos pobres, R\$965,19 (novecentos e sessenta e cinco reais e dezenove centavos).

Quanto a esta constatação, Juliana Borges, mais uma vez, traz reflexão no seguinte sentido:

Acreditar que o elemento de classe não está informado pelo contexto e pelo elemento racializado e colonial da sociedade brasileira, é invalidar que negros são 76% entre os mais pobres no país, que três, em cada quatro negros estão presentes entre os 10% com a menor renda no país, ou que, em 2015, negros recebiam em média 52,9 % do rendimento dos brancos, mesmo com as políticas afirmativas e incentivo implementadas nos últimos anos<sup>97</sup>.

A terceira e quarta características dos indivíduos privados de liberdade por serem a face de uma mesma moeda podem ser analisadas conjuntamente. Estar-se a falar, portanto, dos indivíduos jovens e com baixa escolaridade. Esses jovens conseguem chegar apenas ao ensino fundamental<sup>98</sup>. Ora, o fator pobreza, acaba por retirar os jovens da escola, visto que inúmeras vezes estão obrigados a contribuir na economia familiar, ajudando a colocar o alimento na mesa, e, estando fadados ao trabalho informal, muitas vezes penoso e o resultado, é a evasão escolar.

Portanto, a análise das características do perfil dos indivíduos encarcerados deve ser realizada globalmente, uma vez que, é a partir deste imbróglio que resultam as infrações penais, os crimes e o conseqüente encarceramento em massa marcado pelo sistema prisional brasileiro. Com isso, a partir da análise desses fatos, torna-se mais evidente a constatação de que o nascedouro do encarceramento em massa são o reflexo e a conseqüência de todos os problemas sociais<sup>99</sup> citados alhures, e, ao invés de o Estado atacá-los na sua origem, preventivamente, com a conseqüente redução da criminalidade, prioriza a repressão, ou seja, afastar os “indesejáveis” do núcleo social.

Nesta toada, já se manifestou Juliano Tavares, et. al., para quem:

---

<sup>96</sup> Disponível em: <http://www.oxfam.org.br>> Acesso em: 24.11.2020

<sup>97</sup> BORGES, Juliana. Op. cit. p. 59.

<sup>98</sup> Fonte: BNMO 2.0/CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>> Acesso em: 06.08.2018.

<sup>99</sup> Segundo Ivínia dos Santos *et al.*, “aponta-se como principais fundamentos da criminalidade 5 (cinco) espécies de causas: as de ordem social, a de ordem econômica, cultural, estrutural e endógena. **Crime, Violência e Segurança Pública**: Apontamentos para uma política de estado. Org. Walter Nunes da Silva Júnior; Olavo Hamilton. Natal: OWL editora, 2020. p. 128.

O sistema penal, construído historicamente em meio a uma sociedade excludente, reflete a seletividade e acentua as desigualdades no cárcere. Nota-se que a violência é ainda mais reforçada nas condutas das classes sociais desfavorecidas, elas que são tipificadas e perseguidas pelas agências de controle social (Polícia, Ministério Público etc.). Fala-se disso, pois, enquanto se dá ênfase especial para a punição dos ladrões de rua, os grandes crimes econômicos (“de colarinho branco”), ambientais e contra a humanidade praticamente não recebem tratamento igualitário.<sup>100</sup>

No mesmo sentido, Rogério Greco leciona:

Há pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, pois que, como é do conhecimento de todos, a “clientela” do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força como forma de contenção das massas, em benefício de uma outra classe, considerada superior, que necessita desse “muro divisório” para que tenha paz e tranquilidade, a fim de que possa “produzir e fazer prosperar a nação”.<sup>101</sup>

Como se vê, os indivíduos encarcerados são em verdade o reflexo das mazelas da sociedade, são pessoas que integram os grupos desfavorecidos historicamente. Com isso, o que se percebe é uma dupla “penitência”: a) de serem as vítimas das desigualdades e injustiças sociais e; b) serem inseridos num sistema carcerário falido, onde remete a tempos idos, precisamente ao terror das crueldades exaradas na Idade Média.<sup>102</sup>

Refleta-se: esses presos são amontoados em celas em condições degradantes que, como já é notório, em nada modificam suas realidades, não moldam suas personalidades, e, portanto, ao invés de alcançar o objetivo da ressocialização, acabam por torná-los seres piores, quiçá selvagens, e, desta constatação, chega-se à questão: a Lei de Execução Penal, que rege todo o momento da execução da pena, de fato está produzindo os efeitos para o qual foi editada? É uma realidade ou utopia? Essas são questões a serem tratadas no item a seguir.

## 2.2. A Lei de Execução Penal: realidade ou utopia?

Assunto recorrente e debatido na sociedade, bem como nos noticiários cotidianos é a violência. As questões discutidas, geralmente se esgotam na consequência

<sup>100</sup> TAVARES, Juliano; SILVA, Lucas Daniel Velasco da et al. Op. cit., p. 40-41.

<sup>101</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 13.

<sup>102</sup> Na Idade Média, castelos, fortalezas e conventos mantinham espaço como prisão. A Igreja, em suas leis, admitia a pena privativa de liberdade, sendo consagrado, nesse período, o termo “penitenciária”. O criminoso (pecador) aceitava e, às vezes, suplicava, como graça, a penitência. A “reabilitação” vinha da adesão íntima ao sofrimento purificador. Oliveira, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas à Prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 5.

das práticas criminosas, ou seja, na punição dos delinquentes, sufragando a observância de seu nascedouro, os problemas sociais, já expostos no item anterior.

Muito comum, aliás, ouvir a cruel frase que “bandido bom é bandido morto”; ou, quem jamais escutou que bandido tem que “mofar” na cadeia? O que dizer então do clamor público que pressiona o Poder Legislativo a editar leis e mais leis que endurecem as penas? Como resultado, tem-se este cenário de crise do sistema prisional, onde a superpopulação carcerária é marca do Estado brasileiro, que amontoa pessoas como objetos sem serventia destinados ao descarte, eis a razão de que atualmente, dos 882.641 presos, 394.609 são presos provisórios.

Este fato, é o reflexo da “cultura” da prisão no Brasil, já conhecido como um dos países que mais prende no mundo, e, como se vê, uma parcela da sociedade, bem como a mídia contribuem, sobremaneira para o fomento deste fenômeno<sup>103</sup>.

Quanto a este aspecto, Leandro Bessa traz reflexão:

Diante do clamor social no aguardo por respostas imediatas e eficazes à criminalidade, as reações estatais convertem-se em manifestações casuísticas de recrudescimento da repressão penal, aplaudidas por amplos setores da sociedade, em detrimento de políticas públicas aptas a atingir as causas do problema. Assim, em vez de investimentos maciços em educação, saúde, lazer, fortalecimento de vínculos familiares e geração de empregos, o Estado brasileiro – movido pelo apelo público incensado pela mídia sensacionalista – prefere aumentar a severidade das penas e alargar o campo de incidência do direito penal, desconsiderando décadas de pesquisas criminológicas importantes e atacando princípios basilares da moderna ciência penal, relacionados ao garantismo, ao qual são caras as ideias de intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade.<sup>104</sup>

Igualmente neste sentido, Alexis Couto de Brito já se posicionou:

Hodiernamente, é a opinião pública quem tem produzido a política criminal, não aquela pregada por Liszt e lapidada por Roxin, mas inadvertidamente aquela explorada e distorcida por alguns meios de comunicação, a “imprensa marrom”, que não tem nenhum interesse em que a convivência social interrompa a sua atividade rentável. Não como um único fator, mas, como um preponderante, legisladores, juízes e promotores sentem-se acuados e constrangidos em seguir a Constituição, e nem mesmo à legislação rendem atenção. Leis endurecem as penas e restringem os direitos, castrando a individualização da pena. Juízes não têm liberdade para julgar o réu antes de condená-lo, ato praticado previamente pela imprensa. E promotores buscam aumentar as estatísticas de quantos malfeitores denunciaram publicamente. A

---

<sup>103</sup> A força que impulsiona a cultura da prisão no Brasil tem nome: Sociedade e mídia. Quanto a este fato, Rogério Greco assevera que “Definitivamente, o discurso penal agrada à sociedade, pois que nele deposita as suas esperanças. A mídia, que exerce poderosa influência em nosso meio, se encarrega de fazer o trabalho de convencimento da sociedade, mostrando casos atroz, terríveis sequer de serem imaginados, e que como resposta a eles, pugna por um Direito Penal mais severo, mais radical em suas punições. GRECO, Rogério. Op. cit. p. 8.

<sup>104</sup> BESSA, Leandro Sousa. Op. cit., p. 1.

prisão provisória transformou-se em castigo, uma solução imediata para salvar a Justiça Pública da desmoralização.<sup>105</sup>

Note-se que, não se está a negar a existência de práticas criminosas com a conseqüente violência como se se vivesse em um universo paralelo aquém da realidade, muito menos se está a defender um Estado abolicionista<sup>106</sup>, pois, onde há descumprimento da lei penal, deve haver punição, desde que respeitados os parâmetros legais e exercidos pelo Estado com estrita observância ao Devido Processo Legal; o que se defende, portanto, é a medida exata e justa da pena, com fundamento inexorável ao respeito à dignidade da pessoa humana do preso, uma vez que o Estado, ao exercer o *jus puniendi* no momento da aplicação da sanção, não pode furtar-se em efetivar os princípios norteadores do ordenamento jurídico, bem como o cumprimento dos exatos termos das legislações correlatas.

Com isso, o momento da Execução Penal torna-se crucial, uma vez que, de um lado o Estado responde aos anseios da sociedade em retirar o delinquente de seu convívio, punindo-o pelas práticas criminosas, e de outro, esse mesmo Estado repressor, orientado à manutenção da ordem, tem o dever de ressocializar o preso com a observância e efetividade de seus direitos.

É o momento em que as portas da sociedade se fecham para os delinquentes e a saga no novo *habitat* dos renegados se inicia, chegada enfim, a resposta à sociedade: está feita a “justiça”! No entanto, no submundo que (sobre)vivem os encarcerados reina a injustiça, visível nas condições sub-humanas em que se encontram. Mas não só. É nesse momento também, que aquelas vozes que clamam pelo descarte dos “indesejáveis” e pela severidade da pena, como um passe de mágica os esquecem, porém, sem ater-se que eles, os “indesejáveis” retornarão um dia à esta mesma sociedade a qual pertencem.

Trazendo reflexão sobre à condição de esquecidos que sucede ao encarceramento, Collin já se manifestou:

Depois da condenação, o silêncio sucede ao rumor dos salões judiciais e o esquecimento à atenção geral. O público se desinteressa pela sorte dos condenados. É muito raro que o nome de um deles retorne aos lábios, ou reapareça nas colunas de um jornal. A prisão é uma tumba onde se enterram

---

<sup>105</sup> BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 37-38.

<sup>106</sup> Muito embora legítima a teoria abolicionista, não perfilhamos com o entendimento, uma vez que, há crimes que jamais podem ser solucionados por qualquer outra esfera do Direito alternativamente, cabendo, portanto, única e exclusivamente, para a solução do fato, ao Estado punir com a aplicação do Direito Penal. Ao revés, acreditamos que a aplicação de um Direito Penal Mínimo seja mais adequada, tendo em vista que toda a conduta danosa que fere a esfera jurídica de outrem, deve corresponder a uma consequência, no caso do Direito Penal, ou seja, a aplicação da pena, uma vez que essa traz em seu bojo os elementos necessários para o alcance da ordem social, desde que aplicada na exata medida do delito.



vivos. Nenhum epitáfio recorda aos passantes o nome daqueles que estão reclusos atrás daquelas grandes muralhas de pedra.<sup>107</sup>

É fato. Inúmeras vezes, os presos parecem ser esquecidos, não apenas pela sociedade, mas, igualmente pelo próprio Estado que os custodia, e como um ciclo vicioso, aquela “violência vivida na sociedade se reproduz no sistema Penitenciário”.<sup>108</sup> Basta observar as violações sofridas pelos encarcerados.<sup>109</sup>

Paradoxalmente, o aparato jurídico-normativo<sup>110</sup> que regula a Execução Penal é vasto e foi desenvolvido a passos lentos no Brasil em resposta à crise instalada no sistema carcerário que vem de longa data, prova disso, foi que no ano de 1975, a Câmara dos Deputados instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito, em cujo relatório constatou-se graves violações ocorridas nos presídios brasileiros, afrontando a dignidade da pessoa humana dos presos. A partir dessas atestações, iniciou-se um movimento de busca pela humanização da pena, ou seja, os delinquentes passam a ser enxergados como pessoas humanas destinatárias de direitos mínimos assegurados pelo Estado, e, com esse espírito, nasce, enfim, a Lei 7.210/1984, a Lei de Execução Penal, que traça as minúcias dos direitos e deveres dos apenados.

---

<sup>107</sup> BRITO, Alexis Couto de. Op. cit., p. 35-36.

<sup>108</sup> TAVARES, Juliano et al. Op. cit., p. 38.

<sup>109</sup> Até o presente momento em que vivemos, a pena privativa de liberdade ainda se mostra necessária em razão da existência de crimes graves, cuja punição não deve ser outra, senão a privação de liberdade. No entanto, o Estado tem uma dupla função, retirar o delinquente do convívio social e cuidar do preso no momento do cumprimento de sua pena. São como duas faces de uma mesma moeda, o Estado não pode furtar-se em cumpri-las. Nesse sentido, Edmundo Campos Coelho assevera que “É muito provável que a penitenciária seja, definitivamente uma daquelas instituições que, paradoxalmente, são indispensáveis exatamente porque fracassam em sua missão específica. Quanto menos conseguem ressocializar e reintegrar à sociedade o criminoso, mais proliferam e mais recursos consomem. Mas também é certo que a sociedade que produz criminoso não pode, por justiça, investir nas prisões com a lógica do custo-benefício. Tão distante da mentalidade punitiva, que não concede ao preso o direito de um tratamento digno, quanto da demagogia libertária, que o transforma em vítima, ou das ideologias profissionais, que o pretendem um “doente” a ser curado por múltiplas terapias, aí está o dever do Estado: simultânea e simplesmente proteger a sociedade, mas também seu agressor”. COELHO, Edmundo Campos. **A Oficina do Diabo**: e outros estudos sobre criminalidade. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005. p. 38.

<sup>110</sup> O conjunto de regras e princípios que regulamentam a execução penal no Brasil não está reunido em um único estatuto, e precisa ser colacionado de diversas fontes. Dentro desse contexto, as fontes do Direito Penitenciário são: a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, os Tratados Internacionais, os Códigos Penal e de Processo Penal e os atos administrativos emanados dos órgãos superiores de Política Penitenciária. BRITO, Alexis Couto de. Op. cit., p. 96.

Desse modo, os objetivos estabelecidos na Lei de Execução Penal<sup>111</sup> são fazer cumprir as decisões judiciais que se materializam na pena<sup>112</sup> imposta pelo Estado, bem como, durante a execução dessa pena, que esta seja aplicada sob o manto do princípio da humanização, cujo intuito é propiciar a reabilitação do preso para sua futura reintegração à sociedade.

Para isso, a Lei de Execução Penal, inspirada nas Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1955, trouxe expressamente garantias mínimas, a serem aplicadas no sistema prisional dos países signatários. Importante ressaltar, que essas garantias foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, a exemplo do art. 5º, XLVIII, que prevê a obrigatoriedade de os presos cumprirem pena em estabelecimento distinto conforme a natureza do delito, sexo ou idade; o inciso XLIX que impõe o resguardo à integridade física e moral dos presos, dentre outras.

De modo que a promulgação da Constituição de 1988 fez com que esses direitos, já assegurados na Lei 7.210/1983, ainda robustecessem em razão da força normativa da Constituição, sobretudo quando toca aos direitos fundamentais, como é o caso. Como se vê, a Lei de Execução Penal e a Constituição passam a caminhar juntas em prol do asseguramento dos direitos da pessoa humana dos encarcerados.

Isso porque, as vigas mestras que sustentam e dão sentido ao que se reconhece como Estado Democrático de Direito, são a existência e a inafastabilidade de princípios característicos que regem todo o ordenamento jurídico. Dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o fundamento de todos os outros, uma vez que os demais, têm sua razão de existência e de atração no próprio ser humano, o qual deve ser dotado, inflexivelmente, em sua dignidade, independentemente de qualquer que seja a sua característica ou condição social ou política, seu gênero, seu perfil, bastando para isso, ser pessoa humana. Não por outra razão, o Constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o

---

<sup>111</sup> Nos exatos termos do que dispõe a exposição de motivos da Lei de Execução Penal (Lei 1.657/1982), os objetivos, *in verbis* são: “art. 13. A correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças e outras decisões, destinados a prevenir e reprimir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social”. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-demotivos-149285-pl.html>> Acesso em: 22/12/2020.

<sup>112</sup> De acordo com Rogério Greco, “a pena é o preço de cada infração penal, que corresponde à gravidade do fato cometido, ligada à importância do bem. A individualização da pena, pode ocorrer em três fases distintas, a saber: *cominação* – fase da individualização que ocorre no plano abstrato, de competência do legislador; *aplicação* – fase que ocorre no plano concreto, atribuída ao julgador; *execução* – fase que ocorre durante a execução da pena”. GRECO, Rogério. Op. cit., p. 33.

que prescreve o artigo 1º, III, da Constituição Federal Brasileira de 1988. Todos os outros são as garantias que devem ser efetivadas pelo Estado aos seus cidadãos.<sup>113</sup>

Dentre essas garantias, pode-se citar aquelas reconhecidas como fundamentais, de acordo com o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: o direito à vida, à liberdade, a igualdade, à segurança e a propriedade, igualmente como corolário do Estado Democrático de Direito. Porém, importante frisar que, embora nem todos os direitos sejam absolutos, à exemplo da liberdade, que encontra limites quando há violação das prescrições penais, há de se frisar que encontram limites mínimos a serem respeitados pelo Estado, sob pena de figurar como o antigo e bem conhecido *Leviatã* Hobbesiano.

Neste sentido, vale transcrever lições de Rogério Greco, para quem:

O ser humano possui valores inalienáveis que não podem deixar de ser observados pelo Estado, encarregado da manutenção da paz social. Embora sejam poucos os direitos tidos como absolutos, pois que nem mesmo a vida e a liberdade o são, a exemplo do que ocorre com a pena de morte nos casos de guerra declarada e a pena privativa de liberdade, outros existem que devem ser observados a qualquer custo, como o que tem o ser humano de não ser torturado, de ser tratado de forma digna.<sup>114</sup>

Igualmente, Ingo Wolfgang Sarlet, leciona:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houve respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.<sup>115</sup>

Portanto, as garantias estabelecidas na Constituição Federal, bem como na Lei de Execução Penal buscam um só caminho: tutelar os direitos inalienáveis dos indivíduos encarcerados durante a execução de sua pena. Frisando que o núcleo duro, ou seja, os princípios fundamentais de direitos humanos que dão azo à dignidade humana dos presos, estão estabelecidos na Constituição, enquanto a lei de execução penal materializa esses direitos quando trata às minúcias dos direitos e deveres dos presos, ou seja, suas garantias

---

<sup>113</sup> Ana Paula de Barcellos, neste sentido afirma que “não há autor, de direito público ou privado, que não destaque a dignidade da pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, bem como sua superior fundamentalidade da pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, bem como sua superior fundamentalidade, se comprada a outros bens constitucionais. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 252.

<sup>114</sup> GRECO, Rogério. Op. cit., p. 10.

<sup>115</sup> SARLET, Ingo. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **In Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** p. 34-35.

e obrigações. E, sendo lei federal, suas disposições são aplicadas a todos os entes federativos, podendo os Estados, conforme estabelece artigo 24, §§1 e 2, da CF/1988, regulamentar aquilo que não as contrarie.

Dentre as principais garantias trazidas explicitamente na lei de execução penal, estão a alimentação e o vestuário, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; há a garantia de o preso passar por avaliação psicossocial, denominada classificação, já que, parafraseando Raul Seixas, “cada um de nós é um universo”, e com isso, deve o Estado analisar cada um dos indivíduos compreendendo suas peculiaridades para que seja alocado em presídio e espaços adequados e reservados conforme o delito cometido; há igualmente o dever do Estado garantir que a pena privativa de liberdade seja cumprida em estabelecimento prisional, capaz de agasalhar os presos, respeitados os limites de lotação, dentre tantos outros direitos na lei prescritos.

No entanto, todas essas garantias contradizem os fatos. Como já tratado exaustivamente alhures, as violações aos direitos dos apenados são gravíssimas e sistêmicas em muitos dos presídios brasileiros, conforme os dados obtidos dos órgãos oficiais. A primeira e mais evidente delas é a superlotação, o que, não poderia existir, se observado o que prescreve o art. 85 e seu parágrafo único da lei de execução penal. (interessante ressaltar, o art. 88 da mesma lei, assegura que o condenado deve ser alojado em cela individual, com dormitório, sanitário e lavatório) o que gera outra violação, uma vez que, em razão da superlotação, os presos provisórios são recolhidos no mesmo ambiente que os condenados definitivos, contrariando o art. 84, da lei de execução penal; já quanto ao atendimento das necessidades básicas à dignidade do preso, como a alimentação, o vestuário, assistência médica dentre outros, apesar de igualmente garantidos nos arts. 12 e 41, da mesma lei, também são violadas. Esse último aspecto, merece atenção especial.

Em vários estabelecimentos prisionais, são suprimidos direitos capazes de garantir as necessidades vitais mínimas dos encarcerados. Muitas vezes lhes faltam água potável para beber, alimentação adequada, condições de habitação e bem-estar minimamente razoáveis e com isso, o direito ao mínimo existencial é suprimido. Note-se que o direito ao mínimo existencial é um braço dos direitos fundamentais, e com isso, razão assiste Ricardo Lobo Torres quando assegura que “a dignidade humana e as

condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indígenas podem ser privados”.<sup>116</sup>

Ainda nesse sentido, Alexis de Brito frisa:

Essas condições dispostas pelas regras mínimas, colacionam procedimentos considerados indispensáveis aos reclusos e nenhum pode ser considerado como regalia ou luxo. A leitura tranquila dos direitos enunciados evidencia a natureza de *minimum* de dignidade de quem perdeu a liberdade.<sup>117</sup>

O que se percebe, portanto, é que não há lacuna no sistema jurídico brasileiro capaz de relativizar a dignidade da pessoa humana de quem quer que seja, inclusive o pior dos criminosos, no entanto, tais prescrições parecem concentrar-se e restringir-se integralmente no plano da abstração como se programáticas fossem. Porém, quando se trata de direitos humanos, as normas devem ser efetivadas, sem este passo, as normas não passam de matéria sem alma, de uma verdadeira utopia.

Joaquín Herrera Flores, traz reflexão no seguinte sentido:

*Es en este sentido desde el que proponemos una ontología de los derechos humanos como normas de poder, como procesos que empoderen a los débiles o a los afectados por relaciones de violencia estructural. Todos tenemos esa capacidad de encuentro en planos de inmanencia. Pero dichos planos no van a venir a la existencia por sí solos. Necesitamos la creación de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales para que todos y todas puedan hacer valer sus modos de existencia. Todo lo demás, o son buenas intenciones que no llevan a nada o son entregas a algún plano de transcendencia que garantice el juicio moral externo a nuestra condición de cuerpos en interacción.*<sup>118</sup>

Com isso, percebe-se que a Lei de Execução Penal não está sendo aplicada em sua inteireza na maioria dos presídios brasileiros, suas disposições não estão alcançando nem refletindo a realidade.

Neste sentido, já se pronunciou Ívinna Ellionay do Santos:

O Estado precisa recobrar sua legitimidade e credibilidade, e não conseguirá isso se não cumprir as leis que ele mesmo impõe. A Lei de Execução Penal, por exemplo, deve ser cumprida com rigor, porém, em sua integralidade, não apenas no que concerne aos deveres, mas também nos que toca aos direitos do apenados.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

<sup>117</sup> BRITO, Alexis Couto de. Op. cit. p. 155.

<sup>118</sup> FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del Humanismo Abstrato. Madrid: Catarata, 2005. p. 240.

<sup>119</sup> Segundo Ivínia dos Santos et. al., “aponta-se como principais fundamentos da criminalidade 5 (cinco) espécies de causas: as de ordem social, a de ordem econômica, cultural, estrutural e endógena. Op. cit., p. 135.

Mas não apenas a Lei de Execução Penal, sobretudo, a própria Constituição Federal está sendo violada quando seus princípios são feridos, o que torna ainda mais grave o cenário de ferimento dos direitos humanos dos encarcerados.

Bem por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello já alertou para a gravidade de não serem efetivados os princípios constitucionais. Veja-se:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>120</sup>

Desse modo, os sujeitos encarcerados são triplamente penalizados. A primeira pena resulta das injustiças sociais, pois, como afirma Rogério Greco, “o Direito Penal tem cheiro, cor, raça; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado”.<sup>121</sup> Além do que aqui, se pode denominar de “punição social”, (primeira punição), quando esses indivíduos perdem a liberdade em razão do cometimento de infrações penais, o Estado, legitimamente, exercendo o *jus puniendi*, tem o dever de aplicar-lhes as sanções prescritas na lei de acordo com o ato praticado (segunda punição). No entanto, quando recolhidos aos estabelecimentos penais após a pena imposta (execução penal), deparam-se com ambiente incapaz de agasalhar ou ressocializar<sup>122</sup> qualquer pessoa, cujo local, pelas condições oferecidas, ferem frontalmente a dignidade da pessoa humana do preso. É a terceira punição, quiçá, a mais grave delas, uma vez que sofrem com a supressão de direitos mínimos necessários à sobrevivência e muitas vezes, pagam até mesmo com a própria vida, a exemplo dos casos de rebeliões que se tornaram frequentes nos últimos tempos.

---

<sup>120</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 1.018.

<sup>121</sup> Rogério Greco faz distinção entre a criminalização primária (quando o Estado elege situações, condutas ainda abstratamente para transformá-las em lei com as sanções por sua infração) e a chamada criminalização secundária, ou seja, quando já há a norma penal e no caso de descumprimento o Estado exerce o *jus puniendi*. Nesta, segundo o autor, há parcela da sociedade que sofre mais a incidência da lei Penal. GRECO, Rogério. Op. cit., p. 158.

<sup>122</sup> Edmundo Oliveira trazendo reflexão ao ideal da ressocialização, nos informa que “até a primeira metade do século XX, o Direito Penal era apoiado, basicamente, na pena privativa de liberdade. A política criminal, tal como era compreendida de forma preponderante, confiava na força ressocializadora da execução da pena privativa de liberdade, como se fosse capaz de produzir efeito positivo durante o tempo de reclusão. Esse milenar “ideal de reabilitação” foi perdendo por completo o seu valor, por não se crer na possibilidade de realizar uma ressocialização, com êxito, no regime tradicional de prisões, mormente em cárceres superlotados. OLIVEIRA, Edmundo. Op. cit., p. 16-17.

Com isso, o propósito da pena, que é a punição como retribuição de um ato antijurídico praticado pelo infrator, com o conseqüente caráter pedagógico, acaba por perder a finalidade, tendo em vista que cai por terra o intuito ressocializador garantido na lei 7.210/1984 (lei de execução penal), bem como a esperança de transformação do delinquente em um ser-humano melhor capaz de viver pacificamente na sociedade onde posteriormente será reintegrado, ao revés, nessas condições em que é violada a dignidade, os transforma em seres piores.

Edmundo Oliveira, leciona que:

A pena, em qualquer estrutura legislativa do mundo contemporâneo, vai além do propósito de retribuição do ato injusto, porque ninguém pode virar as costas para a alta relevância do escopo preventivo de reintegrar o condenado na sociedade, intimidar os infratores potenciais e fortalecer a consciência jurídica de todos os integrantes do conjunto social. É por isso que devemos combater a prática de transformar o castigo penal num aparato de terror, como se fosse o único fim proclamado a ser cumprindo.<sup>123</sup>

Portanto, as constantes violações aos direitos humanos dos encarcerados, representa violação à própria Constituição Federal de 1988, bem como à Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), com as posteriores alterações. De modo que, os fatos ocorridos nos interiores de vários presídios brasileiros contradizem por completo as garantias prescritas nos termos da lei, bem como nos preceitos constitucionais.

No entanto, no momento que os sujeitos integrantes da sociedade têm sua esfera jurídica atingida, nasce o direito de ter esses direitos restabelecidos pelo ofensor, incluindo o próprio Estado. Este novo viés, tem sua origem no Pós-Segunda Guerra, onde se reconhece que todos devem submeter-se à lei. O Estado, ao exercer sua função, a exerce em prol da sociedade, é serviente a esta, este é o fim para o qual existe, este é o espírito do real Estado Democrático de Direito.

Com isso, a ordem jurídica brasileira, prevê inúmeros mecanismos legítimos para o alcance deste restabelecimento, e, um deles, é o instituto da Responsabilidade Civil, assunto a ser desenvolvido no tópico a seguir.

### 2.3. A indenização como consequência indelével da inefetividade dos direitos assegurados aos encarcerados

O instituto da Responsabilidade tem origem pela necessidade da busca pela recomposição de direitos violados. Isso se dá justamente em razão da consequência

---

<sup>123</sup> OLIVEIRA, Edmundo. Op. cit., p. 16.

lógica de que todo indivíduo integrante de um corpo social organizado deve responder pelos seus atos e, como corolário do Estado Democrático de Direito<sup>124</sup>, o Estado, em razão do dever de submeter-se à lei, deve igualmente responder pelos danos causados aos administrados.

Neste sentido, mais uma vez, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito. Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem.<sup>125</sup>

Nesta mesma toada, Marçal Justen Filho:

A responsabilidade jurídica do Estado, traduz uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal. O Estado é responsável na acepção de que está obrigado perante a sociedade e os órgãos de controle a arcar com as consequências de suas ações e omissões e de adotar todas as providências destinadas a corrigir as imperfeições verificadas.<sup>126</sup>

Portanto, qualquer indivíduo, bem como o Estado (em devoção ao princípio constitucional da igualdade), ao violar um dever jurídico preexiste à conduta danosa que agrida a esfera jurídica de quem quer que seja, será submetido às sanções decorrentes desta violação.

Hans Kelsen, dessa forma já se manifestou. Veja-se:

Costuma-se, na verdade, distinguir norma jurídica e dever jurídico e dizer que uma norma jurídica estatui um dever jurídico. Porém, o dever jurídico de

<sup>124</sup> A submissão do Estado à lei percorreu um longo caminho. O poder concentrado nas mãos do rei, paulatinamente foi se dissipando “principalmente na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França liberais em que se procurava demarcar um campo próprio e definido de atuação do Estado, para que não excedesse as funções de guardião da convivência ordeira, e garantidor de segurança externa e interna, o que deu surgimento ao *Estado de Polícia*, um produto juspolítico original do liberalismo, que foi o seu primeiro modelo de organização política. Mas a fermentação liberal e individualista iniciada não pararia por aí: seria necessário não só *delimitar* os campos de atividade dos indivíduos, de um lado, e do Estado, de outro, como *contê-lo*, para evitar que ele, tendencialmente, exorbitasse esses limites, pois o poder do Estado, desproporcionalmente superior ao dos indivíduos, estaria sempre proclive a excedê-los. Em outros termos: seria necessário substituir a instável autoridade do príncipe pela estável autoridade da lei [...] desabrochava, então, o Direito Público e, com ele, nascia o segundo modelo de organização política histórica do liberalismo: o *Estado de direito*. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17-18.

<sup>125</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 1.058.

<sup>126</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book* (1.897 p.). ISBN: 987-85-7700-555-0. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/>> Acesso em: 19.01.2021.



realizar uma determinada conduta não é uma situação de fato diversa da norma jurídica que prescreve a conduta. A afirmação: um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta é idêntica à afirmação: uma norma jurídica prescreve aquela conduta determinada de um indivíduo; e uma ordem jurídica prescreve uma determinada conduta ligando à conduta oposta um ato coercitivo como sanção.<sup>127</sup>

Assim, na medida em que há determinada norma jurídica, permitindo ou proibindo comportamento suscetível de violar direitos de terceiros, seja comissivo ou omissivo, gera, imediatamente a responsabilidade, ou seja, a responsabilidade é algo que está diretamente vinculado ao dever jurídico, é sua indelével consequência.

Sérgio Cavalieri Filho, nesta toada entende que:

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há sim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.<sup>128</sup>

De modo que para cada dever jurídico existente corresponde a proteção de determinados bens, ou seja, são bens, que pelo grau de importância convencionalmente socialmente, materializam-se nas normas por meio do Poder Legislativo e, conseqüentemente passam a ter a tutela do direito. No campo do Direito Penal, por exemplo, pode-se citar a seletividade do Direito Penal, que para Rogério Greco “pode ser verificada mediante dois momentos distintos, denominados *criminalização primária e criminalização secundária*”<sup>129</sup>.

Explicando esses dois momentos diversos, o mesmo autor reitera:

Por intermédio do processo de criminalização primária, o Estado seleciona determinados comportamentos existentes em nosso meio social, em tese danosos e ofensivos a bens jurídicos, proíbe-os ou impõe sob a ameaça de uma sanção de natureza penal, mediante uma lei por ele formalmente editada. Uma vez que em vigor a lei penal, quando descumprida, surge a possibilidade de levar a efeito a chamada criminalização secundária, oportunidade na qual o Estado fará valer o seu jus puniendi, investigando, processando e, por fim, condenando ao cumprimento de uma pena o transgressor da lei penal editada anteriormente ao comportamento delitivo.<sup>130</sup>

No entanto, os bens tutelados são variados no mundo fenomênico<sup>131</sup>, podem ser materiais, a exemplo do dever de ressarcir/indenizar alguém em virtude do prejuízo

<sup>127</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 129.

<sup>128</sup> Idem, p. 2

<sup>129</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma visão minimalista do Direito Penal. p. 158.

<sup>130</sup> Idem, p. 158.

<sup>131</sup> Segundo Kelsen, “o ato ilícito ou o delito é uma determinada ação ou omissão humana que, por ser socialmente indesejável, é proibida pelo fato de a ela ou, mais corretamente, à sua verificação num processo

sofrido quando, por exemplo, terceiro colide com seu carro causando dano material, ou na hipótese de dano extrapatrimonial, a exemplo do dever de indenizar o sujeito cuja honra foi ofendida. Como se observa, há uma gama de bens jurídicos os quais o Direito tutela e, quando violados, decorre a sanção, ou seja, o direito de ter restabelecida a esfera jurídica lesada, ou ao *status quo ante*, quando possível, ou indenizando/ressarcindo, como o segundo exemplo citado.

Com isso, o instituto da responsabilidade se reveste em instrumento de pacificação social onde todos os integrantes da coletividade são abarcados, e por isso mesmo, o ordenamento jurídico brasileiro traz uma série de meios para dar efetividade a esse direito e cada vez mais, em nome desta pacificação social, arraigada ao senso de justiça, que para Hart “é ao mesmo tempo uma virtude especialmente apropriada ao direito e a mais jurídica das virtudes”<sup>132</sup>, deve-se, por essa razão, repensar e buscar formas de alcance máximo de recomposição de danos, mormente, quando toca os direitos fundamentais, visto que, o instituto da responsabilidade com o correlato direito à recomposição dos danos no contexto do Direito hodierno, deve ser elevado e dirigido a um caminho que transcende o critério único e exclusivamente material, mas deve ir além: o alcance da dignidade da pessoa humana.

Giselda Hironaka neste sentido aduz:

A verdade é que, no contexto da responsabilidade civil – com o perfil da pós-modernidade que se tem buscado traçar para ela -, a garantia da dignidade da pessoa humana resplandece como verdadeiro norte de validação dos pressupostos do dever de indenizar.<sup>133</sup>

No entanto, em que pese o ideal binômio responsabilidade *versus* dignidade da pessoa humana, como já demonstrado, o sistema prisional brasileiro vem passando por grave crise e violados os bens mais preciosos inerentes ao ser-humano que ultrapassa o aspecto material, pois, constantemente têm a honra ferida e algumas vezes a própria vida é ceifada no interior dos presídios quando, por exemplo, há a ocorrência de rebeliões, a par, contraditoriamente, do ordenamento jurídico traçar as minúcias dirigidas ao alcance

---

juridicamente regulado se ligar um ato de coerção, pelo fato de a ordem jurídica a tornar pressuposto de um ato de coerção por ela estatuído. E este ato de coerção apenas pode, como sanção (no sentido de consequência de um ato ilícito), distinguir-se de outros atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica na medida em que o fato condicionante ou pressuposto desse ato de coerção é uma determinada ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente prefixada, ao passo que os atos de coerção não qualificados como sanções, no sentido de consequências do ilícito, são condicionados por outros fatos”. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 45.

<sup>132</sup> HART, H.L.A. **O Conceito de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 9.

<sup>133</sup> HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 159.

da segurança e bem-estar dos indivíduos encarcerados, que parte desde os ditames principiológicos constitucionais até as normas infraconstitucionais como instrumentos de organização e práticas concretas desses direitos.

Importante ressaltar que, para dar efetividade e concretizar os direitos estabelecidos nas normas, há um dever de mútua cooperação entre os Poderes, isso porque o momento da Execução Penal exige a efetiva participação tanto do Poder Judiciário, quanto do Poder Executivo, este último, por meio de seus atos administrativos<sup>134</sup>, que tornam possíveis a materialização dessas mesmas normas. Ressaltando, inclusive, que esta falta de coordenação entre os Poderes foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em decisão cautelar na ADPF 347, como mencionado em capítulo anterior e, portanto, exsurge neste momento a necessária responsabilidade, pois, quando há violação do direito, aquela emerge naturalmente.

Trazendo luz a respeito do assunto, Alexis Couto já se pronunciou.

Por meio da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), os órgãos judiciários adquiriram a integral competência para conduzir o *processo de execução*, não mais relegado ao Executivo, inclusive com recurso próprio (agravo) ao juiz competente para a solução das questões que venham a surgir da execução da pena. Mas não se pode olvidar que a participação e a incidência dos órgãos administrativos é marcante, inclusive com autonomias, na condução de alguns atos, como é o caso da remoção de presos entre os estabelecimentos de um mesmo estado ou da permissão para o trabalho externo. Por isso, a maioria dos autores a qualifica como uma atividade mista.<sup>135</sup>

Ainda nesta toada, observe-se que o art. 24, I, da Constituição Federal de 1988, prescreve que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre o sistema penitenciário e o art. 144, VI, § 5º, A, estabelece ser de competência das polícias penais dos entes federativos os quais pertencem, zelar pela segurança dos estabelecimentos penais. Desse modo, conclui-se que a responsabilidade pelo sistema carcerário é de todos os Poderes, Executivo, a quem cabe a gestão dos presídios, Legislativo, a quem cumpre a elaboração das leis e Judiciário, a quem compete o julgamento das contendas, bem como o acompanhamento da execução da pena, e assim deve ser, uma vez que a Separação dos Poderes está arraigada ao conceito de democracia,

---

<sup>134</sup> O ato administrativo *estricto sensu*, é uma norma jurídica concreta, produzida unilateralmente pelo Poder Público no exercício de suas prerrogativas, em vista do exercício da função administrativa e com a estrita finalidade de dar fiel cumprimento à lei. Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua ato administrativo como: “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 393.

<sup>135</sup> BRITO, Alexis Couto de. Op. cit., p.42.

o que permite o controle de um poder sobre o outro orientados à busca da dignidade humana dos encarcerados correspondente ao asseguramento de seus direitos fundamentais.

Bem por isso, Marçal Justen Filho assevera:

A separação de Poderes é mecanismo organizacional que se justifica pela afirmação dos direitos fundamentais. As diferentes autoridades se vinculam e comprometem com a defesa da dignidade humana e a dissociação de competências adquire uma dimensão finalística. Deixa de se constituir uma simples técnica de organização do poder político e se configura como o meio para atingimento de fins constitucionalmente protegidos.<sup>136</sup>

Com isso, nas hipóteses de danos sofridos pelos que se encontram sob a custódia do Estado no sistema prisional, é este mesmo Estado, que atua em nome de toda a sociedade na defesa da ordem pública, quem deve responder pelos danos causados aos presidiários. Ora, o instituto da responsabilidade, como já informado, incide integralmente a todos os que lesam os bens jurídicos materiais e imateriais de outrem. O que difere neste caso é o campo de incidência, uma vez que podem alcançar bens tutelados na esfera civil e penal.

Neste sentido, vale lições de Leonardo Beraldo:

A questão da responsabilidade jurídica pode ser compreendida em dois grandes campos de atuação: *responsabilidade civil* e *responsabilidade penal*. Os bens e direitos tutelados pelos ordenamentos civil e penal não são muito diferentes uns dos outros, estando todos interligados. São eles o direito à vida, à saúde e à moral da pessoa, ao patrimônio, integridade física etc. Porém, a proteção em sede penal não é igual à da esfera civil, podendo muito bem uma pessoa ser absolvida em um julgamento criminal e, em decorrência do mesmo fato, ser condenada no juízo civil.<sup>137</sup>

Este aspecto merece reflexão. Segundo Kelsen, “o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuída de atos de coerção”.<sup>138</sup> Portanto, pode-se concluir que, aqueles que cometem ilícito (conduta contrária a lei), irão responder pelas consequências danosas. Essa assertiva fica mais inteligível quando relacionadas com o Direito Penal. Exemplificando: de acordo com os dados obtidos do INFOPEN, os crimes contra o patrimônio, o uso e o tráfico de drogas estão no topo dentre

---

<sup>136</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book* (1.897 p.). ISBN: 987-85-7700-555-0. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/>> Acesso em: 19.01.2021.

<sup>137</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. Os Efeitos no Civil da Sentença Penal. In *Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

<sup>138</sup> KELSEN, Hans. Op. cit., p. 121.

os mais praticados no Brasil.<sup>139</sup> Com isso, tanto o Código Penal, quanto a Lei de Drogas (lei 11.343/2006) estabelecem o dever jurídico de não praticar tais atos, sob pena de responder o infrator com a pena de privação da liberdade (consequência do ato, a sanção). De modo que, desta equação surge a responsabilidade, que se materializa com a incidência da norma e após o cumprimento da pena pela prática do ilícito (neste caso, ilícito penal). Portanto e enfim, cumprido pelo infrator o dever de reparar o dano e ao mesmo tempo realizado o direito como ordem de coerção.

Mas, de outra banda, questiona-se: o Estado, ao exercer a função administrativa<sup>140</sup> em prol da coletividade, está cumprindo integralmente os deveres impostos pela ordem jurídica quando mantém a custódia dos indivíduos encarcerados? A resposta é facilmente respondida porque os fatos mostram: na maior parte das vezes, não. São inúmeros direitos fundamentais violados. No entanto, note-se que diante do dever constitucional ao asseguramento da segurança e ordem pública (art. 144, da CF/1988), exsurge ao Estado deveres cumulativos e indissociáveis de garantia tanto à coletividade, no que toca as políticas de segurança no combate ao crime, à violência e, legitimamente, a incidência do poder punitivo, o *jus puniendi*. Mas, paralelamente, há o dever de garantir a dignidade humana, preservando a incolumidade física e psicológica daqueles indivíduos que cometem o delito e que estão sob a sua autoridade. São duas faces de uma mesma moeda.

Deveras, uma vez que pelo princípio da isonomia todos são iguais perante a lei, todos, não apenas os delinquentes/presos, têm dever de reparar os danos causados a outrem, mas igualmente o Estado, quem constantemente fere princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, bem como nos tratados internacionais de Direitos Humanos e normas infraconstitucionais no que tange o sistema carcerário, como

---

<sup>139</sup> De acordo com o INFOPEN, os crimes contra o patrimônio, o uso e tráfico de drogas são os crimes mais praticados no Brasil, mas, importante ressaltar que, a partir da edição da lei de drogas (lei 11.343/2006), houve um aumento significativo de encarceramento, contribuindo sobremaneira para o agravamento da superlotação carcerária, inclusive, atualmente, é também a maior causa de encarceramento feminino.

<sup>140</sup> Etimologicamente a palavra função vem do latim *functio*, que significa dizer “realização, execução, performance”<sup>140</sup>. Cada vez mais, para a melhor doutrina administrativista, a função é um dever. Neste sentido, evidencia-se a importância da teoria Kelsiana, a qual leciona que “constituem funções jurídicas as de produzir, aplicar e observar o direito”<sup>140</sup>. Ainda neste sentido, Weida Zancaner esclarece que “todos os indivíduos de um Estado produzem, aplicam e observam o Direito, inclusive o próprio Estado”<sup>140</sup>. Mais adiante preleciona que: “o Estado exerce funções jurídicas símeles às exercidas pelos particulares; entretanto, também exerce um tipo específico de função jurídica, a qual costuma-se nominar Estatal, que se distingue das demais em razão de ser exercida pelo Estado, por lhe ter sido conferida, pela ordem normativa, a qualificação de órgão especial da sociedade. ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 15.

reconhecido na ADPF 347 ao declarar o estado de coisas inconstitucional. Apenas diferenciando que os indivíduos que cometem ilícito penal, conforme estabelece o art. 32 do Código Penal podem responder com penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa<sup>141</sup>, ao passo que, o Estado, logicamente, responde única e exclusivamente por meio da indenização quando lesa os direitos dos administrados.

Marçal Justen Filho, conceitua a responsabilidade do Estado da seguinte maneira:

A responsabilidade civil do Estado se traduz no dever de executar prestações destinadas a compensar danos. A manifestação mais usual desse dever consiste no pagamento de quantia certa em dinheiro, a título de indenização por perdas e danos. No entanto, vai-se admitindo que, em muitos casos, o pagamento de uma importância em dinheiro não é suficiente ou não é a solução apropriada para compensar os danos. Assim, pode-se cogitar de a responsabilização civil traduzir-se em obrigações de fazer, tal como a execução específica de obrigações inadimplidas ou outras soluções atípicas. Assim, por exemplo, o sujeito que sofreu dano moral derivado da indevida imputação de prática de ilicitude pode ser compensado mediante a publicação de notícia sobre sua inocência na imprensa, custeado pelos cofres públicos.<sup>142</sup>

Quanto a esta novel vertente de responsabilização trazida pelo autor supracitado no que diz respeito à outras maneiras de indenizar que não seja unicamente pela indenização em pecúnia<sup>143</sup>, o Supremo Tribunal Federal, em decisão no Recurso Extraordinário 580.252/MS, ventilou a possibilidade de o Estado indenizar os presidiários

---

<sup>141</sup> A pena de prisão simples é aquela em que é aplicada a quem comete contravenções penais, não podendo ser cumprida em regime fechado, comportando apenas regimes semiabertos e aberto. Formalmente o contraventor não pode ser alocado no mesmo recinto de convivência de criminosos. A pena de reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto e aberto; propicia a internação nos casos de medida de segurança e deve ser cumprida primeiramente em detrimento de outras penas, uma vez que só deve ser aplicada quando se tratar de crime mais grave. A pena de detenção inicia-se no regime semiaberto ou aberto; permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial, bem como é reservada para os delitos menos graves. Já as restritivas de direitos, conforme o art. 43 do Código Penal Brasileiro, seriam a prestação pecuniária, perdas de bens e valores, prestação de serviço a comunidade ou à entidades públicas, interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. MEDEIROS, Andreza Alves. **Sistema Prisional Brasileiro**. P. (posição 189). Kindle.

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book* (1.897 p.). ISBN: 987-85-7700-555-0. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/>> Acesso em: 19.01.2021.

<sup>143</sup> No RE 580.252/ MS, houve discussão sobre a possibilidade de remição de parte da pena como forma de indenização pelos danos morais sofridos em razão das violações constantes do sistema carcerário. No entanto, não prevaleceu o entendimento de parte minoritária dos Ministros (Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello) que a sustentavam, prevalecendo, portanto, a indenização em pecúnia pelos danos morais sofridos. Insta frisar, que esta ideia de remição de parte da pena busca inspiração em decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual sustentava que apenas o valor em dinheiro não seria o suficiente para recompor os danos sofridos pelos presos em constante violação à sua dignidade, e, por isso, uma vez que os presídios não estejam em condições mínimas de encarceramento capazes de cumprir com as normas internacionais de direitos humanos, o “remédio” seria reduzir os dias de pena do preso nesses cárceres, desde que esses presos: não estivessem em prisão provisória, nem cumprido já a pena, o que, nestes casos, o único remédio seria a indenização pecuniária pelos danos morais. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 19.01.2021.

submetidos à constantes violações de direitos humanos nos cárceres com a possibilidade de remição de parte da pena como meio de reparação dos danos, ou seja, como uma nova forma de indenização. Explica-se. No *leading case* citado, a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, pleiteou a indenização pelos danos morais sofridos por detento em razão da precariedade vivida no interior do presídio no qual encontrava-se cumprindo pena. O Supremo reconheceu, por unanimidade, a repercussão geral e decidiu que os detentos que estivessem nessas mesmas condições de violação da dignidade humana, em razão das péssimas condições de encarceramento, tivessem o direito ao reconhecimento dos danos morais sofridos, declarando, portanto, que é dever do Estado indenizar os presidiários que efetivamente tivessem comprovada situação de precariedade do presídio. Embora a tese prevalente houvesse sido a indenização em pecúnia pelos danos morais (dentro dos requisitos definidos no julgamento), já se plantou a semente sobre a possibilidade de remição de parte da pena como nova forma de indenização.<sup>144</sup>

Como se observa, o caminho que o instituto da responsabilidade percorre está em frenética mutação, e seu fundamento é justamente o reconhecimento de sua interligação com a dignidade da pessoa humana, por ser este o núcleo essencial de proteção, eis a razão para que, atualmente tanto a doutrina, quanto a jurisprudência dos

---

<sup>144</sup> EMENTA: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Out [...]). Supremo Tribunal Federa. Tribunal Pleno. RE 580252. Rel. Min. Teoria Zavascki. DJ 11.09.2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 19.01.2021.

tribunais pátrios estejam se manifestando neste sentido. Tal fenômeno de busca pela recomposição de danos, de indenização, vem se avolumando e fortalecendo, inclusive entregando à própria sociedade como um todo, a possibilidade de fiscalizar todos os Poderes, representados por seus agentes, e até mesmo sancioná-los quando lesam seus direitos. Estar-se a falar de um *quartum genus*<sup>145</sup> de reponsabilidade, o *accountability*, cujo fundamento axiológico emerge no Estado Democrático de Direito relacionando-se a ideia de que o fim do Estado é servir a sociedade e esta, de outro lado, como destinatária de direitos, há de exigir-lhes o cumprimento, sob pena de responsabilização daqueles que descumprirem seus misteres.

Neste sentido, vale transcrição literal de Habermas, para quem:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implementados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas de direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.<sup>146</sup>

Portanto, o *accountability* carrega em seu bojo justamente este espírito, o de fazer valer direitos, onde os cidadãos passam a ter o “poder” de exigir quaisquer informações e sancioná-los pelas práticas de atos comissivos e omissivos de agentes públicos.

Conceituando o instituto, Ilton Robi Filho esclarece:

Estruturalmente, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poderes prestar informações ou justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política e/ou pelas suas atividades. Na *accountability* vertical, os cidadãos sancionam por meio da eleição os agentes estatais eleitos (*accountability* eleitoral) pela ação e pelos resultados dos representantes e a sociedade civil e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e exposição pública) agentes estatais eleitos e não eleitos (uma modalidade de *accountability* vertical não eleitoral ou *accountability* social). Por sua vez, *accountability* horizontal acontece quando agentes estatais (pessoas físicas ou jurídicas) podem requerer informações ou justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los. No Poder Judiciário, a *accountability*

<sup>145</sup> Comumente, os agentes públicos no exercício de suas funções podem responder em três esferas distintas: a civil (patrimonial) a administrativa (no caso de cometimento de infrações disciplinares) e penalmente (nos casos de infrações penais). Atualmente, defende-se mais uma possibilidade de responsabilização, o *accountability*, que os cidadãos podem além de fiscalizar, sancionar os agentes públicos quando não cumprem seus deveres específicos estabelecidos no ordenamento jurídico.

<sup>146</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 171.



judicial decisional significa a possibilidade de requerer informações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essa decisão.<sup>147</sup>

De modo que, as atribuições de todos os Poderes devem ser efetivadas na sua integralidade, máxime, quando se trata dos direitos fundamentais dos encarcerados sob custódia do Estado, cuja ausência fica muito mais evidente nesses casos. Com isso, deve-se, pelos instrumentos jurídicos que estão à disposição da sociedade, exigir que os direitos sejam garantidos, essa é a alma da responsabilidade, qual seja, quando violado um direito, que seja então restabelecido no maior grau possível de aproximação do dano sofrido.

A evidência do menoscabo e da supressão dos direitos mínimos a serem assegurados aos encarcerados urge por mudança, no entanto, enquanto não se concretizam os ideais traçados nas vastas normas sobre os direitos humanos dos encarcerados, que, então se busque meios mais eficazes e justos pela reparação dos danos sofridos, eis a razão de se defender neste estudo uma revisitação do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado em razão das violações constatadas pelos fatos evidenciados em grande parte dos presídios. Assim, como representação de um sistema visivelmente falido, elegeu-se o presídio “Urso Branco” que será objeto de reflexão no capítulo que segue.

---

<sup>147</sup> ROBI FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29-30.

### **CAPÍTULO III - Uma nova mirada envolvendo a teoria da responsabilidade extracontratual: Estudo de caso – Presídio Urso Branco - RO**

#### **3.1. Rebeliões no Presídio “Urso Branco”: o caso**

Os vetustos motivos ensejadores da criminalidade já são conhecidos: parte de fatores sociais a exemplo da abissal desigualdade econômica havida no Brasil que trazem consequências desastrosas, de questões raciais, dentre outros fatores já descritos nos capítulos precedentes. Neste sentido, tal qual um espelho reflete as imagens, o presídio conhecido como Urso Branco reflete a crise que assola o sistema carcerário, quase em sua integralidade, é em verdade a representação viva da maior parte dos presídios brasileiros, pois a violência havida no seio social que levam os infratores à perda da liberdade, em muitos casos se perpetuam, quiçá, em maior gravidade por de trás dos robustos muros que os separam da sociedade. Era a terra sem lei, o local da “permissividade” da barbárie. Assim se pode apresentar a Casa de Detenção José Mário Alves, mais conhecida como Presídio Urso Branco.

O presídio Urso Branco foi o segundo maior presídio da região norte do Brasil, projetado inicialmente para ser Casa de Detenção, de modo que os estabelecimentos penais, conforme legislação, devem atender a determinados critérios cujo objetivo é alocar os custodiados de acordo com as infrações cometidas, respeitadas as peculiaridades dos fatos. Neste sentido, as Casas de detenção são construídas para acolher presos provisórios, ou seja, aqueles indivíduos que não foram condenados definitivamente por decisão transitada em julgado. No entanto, o presídio Urso Branco recebia tanto presos provisórios quanto condenados definitivamente, violando assim todas as regras de custódia consagradas na legislação pátria.

Mas não apenas isso. Agregado a este fato, esses detentos ainda eram alojados juntamente com os indivíduos pertencentes a organizações criminosas, o que sem dúvida propiciava, ainda mais, a constante iminência de conflitos em razão da proximidade desses grupos rivais e o natural sentimento de insegurança e temor por parte de todos os envolvidos, presos, agentes e até mesmo familiares dos custodiados.

Outra característica do presídio residia na quantidade de vagas para o acolhimento dos presos, pois, sua construção foi projetada para agasalhar 360 presos, no entanto, de acordo com o relatório<sup>148</sup> encaminhado pelo Diretor da Divisão de Segurança

---

<sup>148</sup> “No dia 12.12.2001, através do Ofício n. 010/DG/PSM/JMAS/SUPEN, o Sr. Superintendente foi alertado acerca do assustador aumento da população carcerária, a qual já ultrapassa o n. de 800 (oitocentos

de Porto Velho ao Gerente Geral do Sistema Penitenciário, em dezembro de 2001 havia mais do que oitocentos presos; até o ano de 2007, detalhado no relatório da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e Justiça Global<sup>149</sup>, o presídio chegou a ser ocupado por nada menos que um número aproximado de mil detentos e, de acordo com o relatório realizado pelo mutirão carcerário regional no presídio Urso Branco, em 2014 esse número alcançou a marca de 1.300 detentos<sup>150</sup>.

Como um retrato da ausência de controle do Estado naquele ambiente, havia pavilhão denominado “seguro” o qual agasalhava os indivíduos que estivessem sofrendo ameaças de outros detentos por razões diversas, a exemplo de serem delatores ou terem cometido crimes como o de estupro, entendido como “imoral” perante os outros criminosos. De outra banda, havia demais detentos que recebiam algumas regalias, como por exemplo, o direito de caminhar livremente pelos corredores, tendo acesso a qualquer dos demais presos, por isso ficaram conhecidos como os “celas livres”, favorecendo a ocorrência de violência de uns contra os outros.

Além da superpopulação carcerária, da corrupção, as condições de encarceramento não eram capazes de garantir um mínimo de dignidade aos presos, sem produtos de higiene, de alimentação adequada, de medicamento, de restrição até mesmo ao acesso de água potável para beber, água para tornar possível a higienização contribuindo para a proliferação de doenças, dificuldades de acesso à defesa, de agentes em número suficiente<sup>151</sup> para assistir e controlar o estabelecimento e a própria segurança dos presos, igualmente demonstram a inoperância e descaso do Estado, fomentando, dessa forma a tensão de todos e, sem dúvida, foram fatos determinantes para a produção dos gravíssimos e repetidos conflitos com as consequentes perdas de vidas das formas mais cruéis possíveis.

---

presos, com capacidade para apenas 360, não apresentando alternativas seguras, a fim de ao menos amenizar o grave problema ainda existente”. Processo n. 501.2002.000549-6, p. 2955, Vol. 12. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/file/ursobranco/VolumesProcesso/Volume12>> Acesso em: 01.04.2021.

<sup>149</sup> Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie. Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho; Justiça Global Brasil, 2007. p. 11. Disponível em: <<http://www.global.org.br>> Acesso em: 02.04.2021.

<sup>150</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/relatorio-do-cnj-cobra-providencias-para-frear-mortes-no-presidio-urso-brancoro>> Acesso em: 02.04.2021.

<sup>151</sup> De acordo com a Resolução n. 9 de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), deve haver 5 presos para cada agente. No ano de 2015, o Estado de Rondônia cumpriu com a recomendação. Notícia disponível em: <<http://www.rondonia.ro.gov.br/proporcao-de-presos-por-agente-em-rondonia-atende-resolucao-do-conselho-nacional>> Acesso em: 19.04.2021.

De modo que os motins, as rebeliões, as fugas e tentativas de fugas, desde 2000 até o ano de 2015<sup>152</sup> passaram a se intensificar, totalmente sem controle, o presídio Urso Branco tornou-se um “paradigma” para o Brasil e para o mundo como um centro de violação massiva dos direitos humanos, demonstrando que o país seguia na contramão dos avanços traçados pelos tratados internacionais dos quais faz parte.

O histórico retratado das principais revoltas no presídio Urso Branco, iniciaram no final do ano 2000 quando houve gravíssima rebelião que culminou com a morte de 3 detentos e mais de 30 feridos, além da depredação de grande parte do presídio<sup>153</sup>; logo em seguida, em 2021, o episódio repetiu-se, porém, com gravidade ainda maior.

No entanto, foi em 1 de janeiro de 2002, quando as autoridades locais, conforme determinação do juízo de execução penal, na tentativa de restabelecer a ordem, iniciaram a reorganização dos internos, recolhendo os “celas-livres” (internos com livre circulação) às celas fechadas, que o pior dos cenários foi apresentado, uma vez que os presos que encontravam-se no “seguro” (internos ameaçados) foram reunidos com os indivíduos das celas da população geral, de modo que grupos rivais passaram a ocupar o mesmo espaço resultando, instantaneamente, em agressões e até mesmo perda de vidas dos presos do “seguro”.

A ocorrência desse fato resultou na eclosão de gravíssima rebelião que acabou por gerar o segundo maior morticínio em presídios da história do Brasil, com 27 internos violentamente mortos, ficando atrás apenas do massacre do Carandiru.<sup>154</sup>

Após este dia fatídico, nos anos posteriores, ainda continuaram as ocorrências de rebeliões. Em 2004, por exemplo, houve rebelião que durou nada menos que 6 (seis) dias, e, até o ano de 2015, essas tragédias se repetiram gerando a morte de mais de 100 presidiários do Urso Branco.

Importante ressaltar que essas revoltas confirmam empiricamente o entendimento científico da sociologia quanto as razões de sua origem, uma vez que, visivelmente, partiam do descontentamento da condição degradante vivenciada no presídio pelos internos que, além das torturas sofridas e praticadas por agentes

---

<sup>152</sup>Disponível em: <<http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2015/10/apos-26h-rebeliao-chega-ao-fim-no-presidio-urso-branco-em-ro.html>> Acesso em: 02.04.2021.

<sup>153</sup>Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fofha/cotidiano/ult95u93141.shtml>> Acesso em 13.04.2021.

<sup>154</sup> Informações colhidas a partir da sentença proferida em 07.05.2009. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/appg/pages/Documento.xhtml>>. Acesso em: 16.04.2021 e <[https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_01\\_portugues.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01_portugues.pdf)>. Acesso em: 14.04.2021.

penitenciários<sup>155</sup>, constantemente requeriam ao poder público medidas proativas em busca da efetividade de garantias de seus direitos mínimos como os já descritos alhures.

No entanto, os acordos de melhorias firmados entre os representantes dos presos e o Estado sempre foram descumpridos por parte deste último, onde no papel se afirmava a aceitação das medidas queridas com as providências a serem tomadas, mas as palavras ali escritas, ali morriam.<sup>156</sup> Esse fato, acirrava os ânimos dos detentos que sentiam-se enganados e ao mesmo tempo alimentava o descrédito do Estado reduzindo ainda mais seu poder de controle da situação, com isso, parte dos presos “vingavam-se” das autoridades cometendo crimes e mais crimes contra seus companheiros.

O conhecimento público desses fatos, passou a exigir de todos os órgãos um comportamento proativo de seus agentes. Assim, desde as primeiras manifestações da desordem no sistema carcerário de Rondônia, a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados passou a reunir-se com o governo do Estado com o fim de alcançar

---

<sup>155</sup> Em 2006, os agentes passaram a torturar os detentos como meio de restabelecer a ordem, segundo relatório da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e Justiça Global, fato que foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie. Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho; Justiça Global Brasil, 2007. p. 25. Disponível em: <<http://www.global.org.br>> Acesso em: 02.04.2021.

<sup>156</sup> Os termos de um dos acordos firmados em 22.04.2004 entre representantes do governo de RO e representante dos presos expressamente demonstrava o descontentamento dos encarcerados em razão das péssimas condições de encarceramento, como se pode concluir da leitura de seus termos: “reivindicações “O Governo do Estado de Rondônia se compromete a atender as reivindicações dos presos amotinados no Presídio José Alves da Silva, dando garantia aos apenados de que após o retorno da normalidade no presídio será garantida a integridade física e moral dos presos conforme determina a Constituição Federal. Dentre os principais itens, destacam-se: 1. Saída do diretor da unidade (segundo determinação do Senhor Secretário de Segurança Pública, o diretor atual da Unidade Prisional foi afastado); 2. Visita das crianças (o juiz da Vara de Execuções Penais informou que a avaliação sobre a possibilidade do pedido será realizada pelos Juízos da Infância e Juventude e Execuções Penais); 3. Respeito com as visitas (foi determinado pelo Secretário de Segurança Pública o retorno das visitas para sábados e domingos. Qualquer caso de abuso no tratamento dos visitantes será passado para o Promotor de Justiça da Vara de Execuções Penais); 4. Queremos nossa enfermaria (a enfermaria funcionará de segunda a sexta-feira, sendo oferecido tratamento odontológico às terças e quintas pela parte da manhã. Caso seja necessário a construção da enfermaria as condições acima mencionadas ficarão a recuperação das instalações); 5. Benefício dos irmãos que estão com pena vencida (o Juiz da Execução Penal, que responderá aos presos até o dia 26.04.2004 – segunda-feira); 6. Queremos um assistente jurídico para presos que não têm advogado (já existe determinação por escrito do Defensor Geral do Estado designando um defensor público especificamente para o trabalho de Assistência Judiciária na Casa de Detenção José Mário Alves). 7. Queremos nosso espaço na Igreja (ficou definido que os Pastores Maicon Borges Pereira e Antônio Marcus Pio Machado serão responsáveis pela retomada da utilização do espaço na Igreja); 8. Queremos a manutenção da rede de energia e água (tal providência será realizada após a avaliação do estado das dependências do estabelecimento penal. O material para a reforma da linha de luz foi adquirido); 9. Queremos uma melhora da nossa alimentação (o Secretário de Segurança Pública providenciará avaliação técnica por nutricionistas quanto a qualidade quanto a quantidade servida a cada detento); 10. Queremos banho de sol duas vezes por semana (foi determinado o banho de sol duas vezes por semana, podendo avançar com a reforma do estabelecimento penal, para banho de sol diário); 11. Queremos repasse mensal de material higiênico para uso diário; 12. Queremos liberação de roupa e calçado para uso interno; 13. Queremos a diminuição da superpopulação carcerária etc. **Presídio Urso Branco:** a institucionalização da barbárie. Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho; Justiça Global Brasil, 2007. p. 15-16-17.

soluções para os problemas enfrentados. Houve pedido ao Supremo Tribunal Federal de intervenção federal, pelo então Procurador Geral da República, Antônio Fernando Souza<sup>157</sup> e reconhecendo a gravidade da crise, o Estado de Rondônia decretou “estado de emergência” de seus presídios (Decreto 13.866/2008).

Desses esforços, resultou na interdição parcial do presídio. No entanto, em que pese os ideais de concretização de políticas públicas e reformas estruturais no Urso Branco, as violações continuaram a ocorrer, visto a insuficiência das medidas adotadas.

Ressalte-se que a violência sofrida pelos internos do presídio José Mário Alves, o Urso Branco, acendeu as luzes, igualmente, para a sociedade civil<sup>158</sup> que, exercendo a nobilíssima função que lhe cabe, de participação de decisões políticas na defesa de direitos, sobretudo de minorias, instigou a Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e Justiça Global, a acompanhar diretamente os acontecimentos nos interiores do presídio, onde foi constatada, a partir das observâncias *in loco*, de entrevista com os presos e agentes públicos, da análises de documentos, de comparações entre notícias veiculadas pelos meios de comunicação, a conclusão pelo reconhecimento de violação dos direitos humanos dos internos.

Desta conclusão, culminou a denúncia do Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A partir do colhimento das informações, em 5 de março de 2002, logo após a chacina ocorrida no Urso Branco, a Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e Justiça Global, baseadas nos artigos 4, 5, 8 e 25, obrigações essas derivadas dos artigos 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, apresentaram petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, requerendo ao órgão que determinasse ao governo brasileiro a adoção de medidas cautelares para proteger a vida e a integridade

---

<sup>157</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp?termoPesquisa=IF%205129>> Acesso em: 13.04.2021.

<sup>158</sup> A participação da sociedade civil em torno de assuntos caros à sociedade, alcançou um patamar de importância indiscutível não apenas em plano interno, mas igualmente nas relações internacionais. Bem por isso, conforme o art. 23 do regulamento da CIDH, foi reconhecida a competência das entidades não governamentais, para apresentar petições perante à Comissão Internacional de Direitos Humanos. Neste sentido, já se pronunciou Cançado Trindade da seguinte maneira: “A recente decisão do Brasil de aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconcilia a posição de seu pensamento jurídico mais lúcido, além de congregar as instituições do poder público e as organizações não-governamentais e demais entidades da sociedade civil brasileira em torno de uma causa comum: a do alinhamento pleno e definitivo do Brasil com o movimento universal dos direitos humanos, que encontra expressão concreta na considerável evolução dos instrumentos internacionais de proteção nas cinco últimas décadas”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça**, cit., p. 490-491.

física dos encarcerados do Urso Branco, tendo em vista o risco real e iminente em razão das ameaças constantes contra integridade física e a própria vida de seus internos<sup>159</sup>.

Em que pese as solicitações de providências de caráter urgente pela CIDH ao Estado, inclusive indicando prazo para a adoção das medidas (15 dias), pouco ou nada foi feito, ao revés, neste ínterim ocorreram mais 3 mortes desde a determinação das medidas para conter a continuidade da violência.

Esta inação estatal, instigou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos a determinação de Medidas Provisórias<sup>160</sup> ao Estado brasileiro, o que foi admitido em razão do reconhecimento da crise instalada no presídio. Assim, após a primeira determinação da Corte ao Brasil em 18 de junho de 2002<sup>161</sup>, pouquíssimas medidas foram adotadas pelo Estado, fazendo com que a Corte, reconhecendo a permanência das violações, ainda continuasse a editar outras mais Medidas Provisórias ao Brasil, sendo a última datada em 2011, conforme notícia obtida no Conselho Nacional de Justiça.<sup>162</sup>

Já no plano interno, paralelamente ao processo internacional o qual responde o Brasil, e como consequência imediata das violações sofridas pelos internos do Urso Branco ao longo dos anos, culminaram numa avalanche de ações penais e cíveis propostas pelas vítimas e familiares das vítimas mortas e até mesmo pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, ressaltando, que até a conclusão deste estudo, ainda permanecem em trâmite várias delas.

Dentre as diversas ações, destacam-se duas delas por retratarem dois dos fatores elementares causadores da violência perpetrada no presídio Urso Branco: a inação do Estado, de um lado, e de outro, as revoltas dos detentos, ou seja, causa e efeito.

---

<sup>159</sup> Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/BRASIL.394.02sp.htm>> Acesso em: 15.04.2021.

<sup>160</sup> A primeira solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos ordenasse ao Brasil Medidas Provisórias seguiu nos seguintes termos: “1) Adotar de imediato as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todos os detentos da Casa de Detenção José Mario Alves, “Penitenciária Urso Branco”, localizada na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, Brasil. 2) Adotar de imediato as medidas que sejam necessárias para apreender as armas que se encontram em poder dos internos da mencionada penitenciária; e 3) Informar à Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos em um prazo breve, que a própria Corte determinar, em relação às medidas específicas e efetivas adotadas”. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_01\\_portugues.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01_portugues.pdf)> Acesso em 15.04.2021.

<sup>161</sup> Idem. Acesso em 15.04.2021.

<sup>162</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/jurisprudencia-corte-idh/medidas-provisorias/>> Acesso em 15.04.2021.

A primeira delas é a Ação Civil Pública<sup>163</sup> n. 001.2000.012739-7 (0127397.56.2000.8.22.0001) da 1ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho<sup>164</sup> proposta pelo Ministério Público de Rondônia. Trata-se de uma ação coletiva em que o *Parquet* demonstra as infaustas condições de encarceramento dos detentos nos presídios Urso Branco e Ênio Pinheiro, destacando os problemas evidentes como as péssimas condições materiais a exemplo da falta de iluminação adequada, saneamento básico deficiente, agentes penitenciários em número reduzido, dentre outras mais observações. A partir destes apontamentos, requereu que o Estado de Rondônia fosse condenado à realização de obras estruturais para adequação às normas correlatas.

Apenas 9 anos depois, em 13 de abril de 2009, foi proferida a sentença em que o pedido foi julgado procedente, portanto, condenado o Estado de Rondônia a realizar as obras necessárias e fundamentais para o acolhimento digno dos internos, bem como organizar concurso público para a contratação de agentes penitenciários. No entanto, em que pese a ordem judicial, houve demora considerável à realização daquilo que foi determinado na decisão e, até o fechamento deste estudo, ainda não transitou em julgado a ação.

Outro processo de destaque é a Ação Penal 0005496.08.2002.822.0501 (0005496.08.2002.822.0501) proposta igualmente pelo Ministério Público do estado de Rondônia, na qual foram denunciados 49 acusados pela chacina ocorrida nos dias 01 e 02 de janeiro de 2002, quando houve a morte de 27 presos. Na sentença de pronúncia<sup>165</sup> proferida em 07 de maio de 2009, 26 dos acusados foram pronunciados; 5 tiveram a punibilidade extinta por terem falecido no curso do processo e 15 foram impronunciados.

---

<sup>163</sup> “Ação Civil Pública é a denominação atribuída pela Lei 7.347/1985, ao procedimento especial, por ela instituído, destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais. Compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente “ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados ao meio-ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular e a outros direitos ou interesses difusos e coletivos (=art. 1.º)”. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 59.

<sup>164</sup> Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/appg/pages/DetalhesProcesso.xhtml?faces-redirect=true>> Acesso em 15.04.2021.

<sup>165</sup> O art. 413, do Código de Processo Penal trata da sentença de pronúncia *in verbis*: “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação”. Já no plano doutrinário, o conceito de pronúncia pode ser compreendido como “uma decisão interlocutória mista não terminativa que encerra uma fase do processo sem condenar ou absolver o acusado. É a chamada sentença processual que, após a análise das provas do processo, declara admissível a acusação a ser desenvolvida em plenário do Júri, por estar provada a existência de um crime doloso contra a vida e ser provável a sua autoria. É tal decisão o divisor de águas entre o *judicium accusationes* e o *judicium causae*”. CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 115.



Ressalte-se que dentre os acusados, 6 eram agentes públicos responsáveis pelo presídio Urso Branco e estavam diretamente envolvidos no dia da chacina, emitindo ordem e gerindo a situação, cujas funções eram de Superintendente de assuntos penitenciários (SUPEN), Agente do sistema penitenciário, Diretor do Presídio José Mário Alves, Diretor de segurança do presídio e Tenente-Coronel da Polícia Militar.

Note-se que apenas três destes agentes públicos foram pronunciados e *todos* absolvidos. De outra banda, a maior parte dos encarcerados envolvidos naquele episódio já foram condenados.

Frise-se que recentemente, em 2019, o presídio Urso Branco, finalmente foi desocupado para passar por reformas a fim de cumprir o objetivo para o qual foi construído: receber presos provisórios.<sup>166</sup>

Portanto, os acontecimentos fatídicos engendrados no presídio Urso Branco, expõe várias das “fraturas expostas” da sociedade brasileira que urgem por mudanças, mudanças essas que partem de questões que envolvem várias nuances da composição da sociedade brasileira, como a pobreza, o racismo, dentre outros aspectos. Não por outra razão, o presídio Urso Branco, tal qual os demais presídios do Brasil, são ocupados por pobres, pretos e jovens com baixo índice de escolaridade.

De modo que se pode identificar dois momentos, que apesar de distintos, se complementam, um prévio ao encarceramento e outro posterior a este. No primeiro, já se evidencia a primeira falha do Estado que acaba por originar a criminalidade, qual seja, de desamparar parte dos cidadãos que restam à margem da sociedade. No entanto, há um segundo momento, quiçá, mais obscuro, de difícil visibilidade para a sociedade, e, portanto, de controle, que é o momento da execução penal, uma vez que a continuidade do descaso do Estado é notória, como se pôde verificar a partir dos fatos ocorridos no Urso Branco.

Neste sentido, vale notar que a magnitude da violação alcança o limiar da gravidade, tendo em vista que os indivíduos ao serem retirados da sociedade em razão do *jus puniendi*, passam a se sujeitar integralmente ao Estado, passando este último a ocupar a posição de garante, portanto, carregando os deveres para garantir a justa tutela como os direitos básicos à saúde, à alimentação, à segurança etc.

---

<sup>166</sup> Notícia disponível em: <<https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2019/06/24/presidio-urso-branco-em-porto-velho-e-desocupado-e-deve-passar-por-reforma.gh.html>> Acesso em: 16.04.2021.

No entanto, como se pôde notar, houve esforços conjuntos e hercúleos de órgãos nacionais e internacionais para que, enfim, o Estado de Rondônia pudesse aproximar seus deveres aos parâmetros normativos internos e internacionais, como por exemplo e respectivamente, à Lei de Execução Penal e a Convenção Americana de Direitos Humanos, daí a importância do caminhar lado a lado da jurisdição nacional e internacional no que toca a defesa dos direitos humanos, visto que dos trabalhos de enfrentamento direto por meio das medidas provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionaram o governo brasileiro à mudança de postura sobre o enfrentamento da crise engendrada no Urso Branco.

Bem por isso, razão assiste Cançado Trindade, quando festeja a decisão do Estado brasileiro ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos. Manifesta-se o autor:

A recente decisão do Brasil constitui, com efeito, uma garantia adicional, a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, da proteção de seus direitos (tais como consagrados na Convenção Americana), quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes de garanti-los [...] a decisão do Brasil de aceitar a competência da Corte Interamericana em matéria contenciosa, que acolheu reivindicações de entidades de nossa sociedade civil, constitui uma manifestação, em termos claros e definitivos do compromisso real do país com a proteção internacional dos direitos humanos. Este passo significativo, que já há muito o Estado devia à Nação, contribuirá certamente à busca da prevalência dos direitos humanos e o fim da impunidade em nosso país. Deve, porém, doravante ser complementado com aplicabilidade *direta*, em nosso direito interno, das normas dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, e com a harmonização de nosso ordenamento jurídico interno com a normativa internacional de proteção.<sup>167</sup>

No entanto, em que pese a interdição do presídio ocorrida em 2019, a morosidade e insuficiência da efetividade das medidas que se alongaram por mais de 19 anos; a morosidade na resolução dos processos que, até o presente momento ainda há várias ações em andamento, são a marca que reveste as mazelas do presídio Urso Branco, mas que, em verdade, representa a maior parte da realidade do sistema prisional brasileiro.

Em razão de todos os fatos narrados e ocorridos no Urso Branco como paradigma de tantos outros que sofrem com as mesmas violações, é indubitável o reconhecimento de que há urgência pela mudança de comportamento tanto da sociedade quanto do Estado, porém, não há como conceber que este Estado e parte da sociedade sejam “agraciados” com a inocência de uma criança, como se se vivesse na *Terra do Nunca de Peter Pan*. Ora, sabe-se que o tema espinhoso do sistema prisional carrega um

---

<sup>167</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça**, cit., p. 494.

peso extremamente impiedoso, é como uma carga em que concentra preconceito, racismo, pobreza etc., e com isso acaba por ficar de fora das pautas políticas de prioridade.

De modo que, enquanto não houver de fato uma real mudança, que possa esvaziar a carga das mazelas sociais; enquanto não se enxergar o presidiário como cidadãos destinatários de garantias mínimas à sua existência, então que no mínimo, o Direito entregue a reparação pelos danos sofridos. É neste ponto, portanto, que se suscita imediatamente o instituto da responsabilidade. Note-se que no caso de Urso Branco, a responsabilidade emergiu antes mesmo da eclosão das revoltas, visto que o próprio presídio, de *per si*, em razão da precariedade de suas condições, já *anunciava* a ocorrência de rebeliões, sendo estas, a consequência indelével do descaso do Estado que, ao receber os internos nessas conjunturas sub-humanas, assume o risco exponencial, que extrapola o risco normal da atividade.

Assim, o que se verifica é que houve evidente violação dessas normas, mas, tal qual os particulares respondem pelas infrações de toda ordem, cabe ao Estado igualmente ser responsabilizado. De modo que o instituto da responsabilidade deve ser observado a partir de um novo viés, considerando que a responsabilidade estatal, em casos de violações massivas como as ocorridas no Urso Branco, deve ser observada e admitida a partir de um novo paradigma em razão do altíssimo risco que revestem os presídios dessa espécie.

Note-se que o próprio Estado de Rondônia reconheceu as falhas de sua gestão quanto ao sistema prisional, mas, “justifica” essas falhas apontando para problemas, como por exemplo, insuficiência de verba, ou seja, entrando em cena a questão da reserva do possível. No entanto, quando se trata de direitos humanos, como já visto, há um núcleo duro inarredável, em outras palavras, significa dizer que o mínimo à sobrevivência digna deve ser mantido, e, portanto, fortalece ainda mais o instituto da responsabilidade do Estado quando falha em seu mister.

Os subitens seguintes apresentarão com mais detença a relação da responsabilidade com a indenização devida aos prisioneiros vítimas de rebelião, dando ênfase à dignidade da pessoa humana na qual a responsabilidade civil da pós-modernidade deve ser revestida.

### 3.2. Responsabilidade e indenização: os prisioneiros vítimas de rebelião

Tal qual o organismo humano apresenta sintomas quando algo atinge e impede o seu bom funcionamento gerando as doenças, as rebeliões, igualmente, podem ser

concebidas como sintoma indicativo da existência de problemas no sistema prisional, de modo que no momento de seu aparecimento devem receber acurada atenção e, conseqüentemente atacados na sua origem, uma vez que somente os conhecendo torna-se possível alcançar a “cura” ou pelo menos controlar o mal, para que, ao fim e ao cabo, evitem-se as piores conseqüências.

No entanto, a averiguação desses distúrbios havidos no sistema prisional não é tarefa árdua, ao revés, são problemas latentes, corriqueiros e bem conhecidos na realidade pátria, pois já enraizados na cultura da sociedade que enxerga a punição dos delinquentes como se inimigos do estado fossem, é o que Günter Jakobs defendia ao dizer que “o Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado”<sup>168</sup>. Porém, não se pode negar haver uma forte tendência de mudança desta perspectiva, a qual busca inspiração no reconhecimento dos direitos humanos.

De modo que dentre as raízes dos problemas enfrentados pelos cidadãos encarcerados que dão azo a essa crise do sistema prisional destacam-se a superlotação, a ausência de condições mínimas para a própria manutenção da vida, a exemplo do que ocorre em alguns presídios brasileiros como a falta de água potável, de alimentação adequada, de medicamentos, dentre outros já amplamente descritos nos capítulos precedentes.

Estes fatos, portanto, revelam o ferimento aos direitos fundamentais<sup>169</sup> dos encarcerados e, de acordo com o art. 5º da Constituição, são direitos vinculantes. É justamente neste aspecto que Alexy traz reflexão sobre “normas juridicamente vinculativas ou não”<sup>170</sup> e conclui que no Brasil, conforme o artigo mencionado, é indiscutível a proibição de relativização desses direitos.

Veja-se o texto literal do referido autor:

No Brasil o caminho de uma declaração de não-vinculatividade de *todos* os direitos fundamentais não deveria ser transitável, porque o artigo 5, parágrafo

---

<sup>168</sup> GRECO, Rogério. Op. cit., p. 22.

<sup>169</sup> Os direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais do ordenamento jurídico nacional respectivo. Por outro, porém, remetem além do sistema nacional. Nesse exceder do nacional deixam distinguir-se dois aspectos: um substancial e um sistemático. Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem poder satisfazer as exigências a serem postas a eles, devem abarcar os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validade universal. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 55.

<sup>170</sup> Idem, p. 62. Para Alexy, a questão da vinculação ou não-vinculação está diretamente relacionada a existência dos três Poderes do Estado o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, este último, portanto, é o que faz com que os direitos fundamentais sejam revestidos daquilo que ele chama de “justiciáveis”, principalmente quando quem julga é um tribunal constitucional como no Brasil.

1, declara, pelo menos, as prescrições de direitos fundamentais desse artigo como imediatamente aplicáveis. Mas também independente de tais ordenações de vinculação jurídico-positivas a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida. Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo.<sup>171</sup>

Com isso, torna-se mais grave a situação quando é o próprio Estado, a quem cabe a guarda desses indivíduos, é o violador direto e/ou indireto desses direitos ao arrepio das vastas garantias esparramadas na Constituição e, por essa razão, vale lembrar a significação e importância de Constituição para a compreensão deste fenômeno fatídico.

Segundo Reinhold Zippelius:

Figuram na Constituição os princípios jurídicos essenciais, princípios políticos e determinações dos fins do Estado que estão na base destas disposições organizativas e garantias jurídicas (como os princípios do Estado de direito e da divisão de poderes), mas que, para além disso, servem também de preceito para a actuação do Estado. Assim, da garantia da dignidade humana resulta não apenas um direito fundamental, mas também a tarefa constante, que vai para além dele, de concretizar tanto quanto possível o respeito e a protecção da dignidade humana, e do princípio do Estado de direito resulta a tarefa de proporcionar justiça social<sup>172</sup>.

Em que pese os asseguramentos estabelecidos na Carta Maior<sup>173</sup>, uma das razões justificadoras da escassez das prestações materiais que culminam nas violações sistêmicas no sistema prisional, quiçá a mais defendida pelo Estado, esbarra na teoria da “reserva do possível” (*der Vorbehalt des Möglichen*), cuja inspiração advém de “fonte germânica, através da doutrina e jurisprudência alemãs”<sup>174</sup>.

Conceituando referida teoria, Cristina Queiroz assevera:

Mas o que deverá entender-se por “reserva do possível”? A dependência desses direitos e pretensões dos “recursos disponíveis”, querendo com isso acentuar a dependência dos direitos fundamentais sociais dos “recursos económicos” existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. No mínimo, uma qualificação que se traduz no reconhecimento de que a inexistência de recursos económicos força os poderes

<sup>171</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, cit., p.62-63.

<sup>172</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. António Francisco de Sousa; António Franco. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157.

<sup>173</sup> José Joaquim Gomes Canotillho nos alerta que “ninguém desconhece que no moderno Estado Social as garantias do cidadão perante os poderes públicos não se compadecem com a protecção de um Estado de Direito Formal, antes exigem a vinculação da actuação estadual a princípios jurídicos fundamentais de significação material. Ao Estado, abandonada a sua posição abstencionista de guardião da ordem e propriedade privada, incumbe a tarefa de assegurar as condições mínimas dos cidadãos que assim ficam com seu âmbito de espaço vital (*effektive Lebensraum*) na dependência de uma legislação-direcção e administração-constitutiva, declaradamente agressivas. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 92.

<sup>174</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: reserva do possível**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.p. 215.

públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer.<sup>175</sup>

Já para CANOTILHO, a teoria se traduz do seguinte modo, muito embora, segundo o autor, seja possível a relativização em alguns desses aspectos.

1. “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. “Reserva do possível” significa a “*tendência para zero*” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais<sup>176</sup>.

Porém, em que pese a legitimidade da teoria, não deve ser admitida quando se tratar do núcleo duro de direitos fundamentais, é que se permitida sua flexibilização, logo se estaria a expungir a garantia à uma existência digna da pessoa humana<sup>177</sup>.

Nesta toada, mais uma vez CANOTILHO frisa que:

Esgrimir aqui com as tradicionais “reservas” – “reserva de lei” constitutiva das prestações e “reserva do possível” em termos económicos e financeiros – significaria que bastaria ao legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização ficarem silentes, para negar a existência de um núcleo essencial de prestações sociais.<sup>178</sup>

Bem por isso, consagrou-se, de outra banda, a teoria do mínimo existencial, que embora não esteja expressa nos diplomas legais toma relevo quando se observa que nas Constituições Ocidentais como a brasileira, há direitos fundamentais e garantias sociais mínimas, à exemplo do art. 5º (direitos fundamentais) e art. 6º que trata dos direitos sociais como a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, à proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados.

No entanto, a crise do sistema prisional prova que em alguns presídios esses direitos não estão sendo garantidos, o que significa dizer que o direito ao mínimo existencial desses cidadãos é inexistente. Interessante observar que o texto da própria lei

<sup>175</sup> QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais:** princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 48.

<sup>176</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 107.

<sup>177</sup> Segundo Ricardo Lobo Torres “o conteúdo essencial é o núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais (da liberdade ou sociais). Constitui limite para a atuação dos poderes do Estado. O tema do conteúdo essencial se desenvolve sobretudo em torno das questões ligadas às restrições a direitos fundamentais. TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 85.

<sup>178</sup> Idem, p. 266.

de execução penal reflete quase na sua integralidade os mesmos direitos do art. 6º da Constituição Federal, a exemplo do direito ao trabalho, à saúde, à alimentação, são direitos coincidentes, fato este que corrobora a tese da existência de direitos e garantias mínimas a serem asseguradas pelo Estado, independentemente da condição de presos. É por essa razão que parte da doutrina, como Ricardo Lobo Torres, defende a ideia de que o mínimo existencial é pré-constitucional, justamente por ser um direito inerente a qualquer pessoa humana<sup>179</sup>.

Segundo o autor, as características do mínimo existencial são:

Pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam; é negativo, pois exhibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula arantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justificável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata<sup>180</sup>.

Deste modo, evidencia-se o constante embate, uma verdadeira “queda de braços” entre as teorias do mínimo existencial e reserva do possível nestes casos. No entanto, não se pode perder de vista que aqueles indivíduos encarcerados, embora privados da liberdade continuam sendo cidadãos destinatários de direitos assegurados a qualquer pessoa integrante do organismo social, sob pena de ferir um dos princípios mais caros ao Estado democrático de Direito: o princípio da igualdade.

<sup>179</sup> A teoria do mínimo existencial como uma condição humana mínima de dignidade a todo e qualquer indivíduo, portanto, universal, busca seu fundamento no direito internacional por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Quanto a ela, a ONU publicou nota explicativa sobre a importantíssima significação que reflete a alma do Diploma nos seguintes termos: “os ideais universais contidos nos 30 artigos da Declaração vão desde os mais fundamentais – o direito à vida, até aqueles que fazem a vida valer à pena, como os direitos à alimentação, educação, trabalho, saúde e liberdade. Enfatizando a dignidade inerente de cada ser humano, seu preâmbulo enfatiza que os direitos humanos são “a base da liberdade, da justiça e da paz no mundo” [...] os 58 membros da ONU concordaram que os direitos derivam do “fato de existir”- eles não são concedidos por nenhum Estado [...] por serem inerentes a toda mulher, homem e criança, os direitos listados nos 30 artigos são indivisíveis. Todos são igualmente importantes e não podem ser posicionados em uma hierarquia. Nenhum direito humano pode ser realizado sem perceber todos os demais. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/81583-onu-publica-textos-explicativos-sobre-cada-artigo-da-declaracao-universal-dos-direitos>> Acesso em 10.02.2021. Igualmente neste sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece o direito à vida (art. 4), igualdade (art. 24), dentre outros direitos inerentes ao ser humano.

<sup>180</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 39-40.

Portanto, quando o Estado deixa de realizar as garantias mínimas aos direitos básicos dos presos recorrendo à justificativa da “reserva do possível” ou limitação orçamentária, logo cai-se em outro terreno de discussão, as políticas públicas. No entanto, importante frisar que é fatal a assertiva de que as políticas públicas sempre irão esbarrar em algum obstáculo, uma vez que as demandas, os programas de governo e os serviços públicos são os mais diversos, e ao mesmo tempo, as verbas, de fato, são limitadas. Bem por isso, tem razão José Canotilho para quem, “hoje, como ontem, os direitos sociais, económicos e culturais colocam um problema incontornável: custam dinheiro, custam muito dinheiro<sup>181</sup>. Mas nem por isso há “licença” para a supressão dos direitos mínimos dos encarcerados, há sim, ineficiência da gestão desses recursos pela Administração Pública ou até mesmo interesse ou desinteresse, conforme o caso, em alocar seus recursos em determinadas áreas cujas prioridades encontram-se em patamares abissais.

Nesta toada, Luís Fernando Sgarbossa alerta que:

Vislumbra-se aqui a existência de uma escolha alocativa pelo órgão competente, notadamente pelos órgãos políticos e pela Administração Pública, privilegiando determinados setores com investimento de recursos que não são escassos por natureza, em detrimento de outros. As escolhas alocativas revestem-se de nítido carácter político, eis que os recursos podem ou poderiam ser alocados de diferentes maneiras no caso concreto, segundo as prioridades definidas pelos órgãos com atribuição legal para tanto.<sup>182</sup>

Neste sentido, Ricardo Lobo Torres chega a defender a ideia no sentido de que, na falta de orçamento, que sejam abertos créditos suplementares em razão da importância de se garantir esses direitos. Veja-se o que diz o referido autor:

A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária se realiza por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que cabe apenas reconhecer a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência da verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, da CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo a dotação necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir o crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (art. 166, § 3º, II e 167, V, da CF).<sup>183</sup>

Portanto, neste contexto das limitações orçamentárias, os estados têm o dever-poder de destinar parte de suas receitas à manutenção do sistema prisional e

<sup>181</sup> CANOTILHO, José. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Op. cit., p. 106.

<sup>182</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit., p. 221.

<sup>183</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 95-96.



consequentemente, tornar efetivo o núcleo duro dos direitos humanos: o mínimo existencial dos presos<sup>184</sup>.

Luís Fernando Sgarbossa ressalta que:

Quanto à categoria das restrições jurídicas a direitos fundamentais, compreendidas como afetações desvantajosas ou redutoras operadas pelo direito em desfavor daqueles direitos, analisaram-se construtos integrantes da teoria das restrições das restrições, nomeadamente a proibição do excesso, a proibição de proteção deficiente, a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, a cláusula de proibição do retrocesso e, finalmente, o mínimo existencial, indissociavelmente conexo, na acepção aqui adotada, com a dignidade da pessoa humana.<sup>185</sup>

Ademais, na remota hipótese de insuficiência de recursos, ainda é possível aos Estados recorrerem ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) criado pela Lei Complementar 79/1994, cujo objetivo é justamente oferecer esses recursos para manutenção do bom funcionamento dos presídios, de suas estruturas etc. Ressaltando que em setembro de 2020, o FUNPEN chegou a acumular a importância de R\$ 473.117,966 (quatrocentos e setenta e três milhões, cento e dezessete mil e novecentos e sessenta e seis reais)<sup>186</sup>!

Deste cenário, é importante tecer um breve comentário sobre a importância de se distinguir aquilo que a doutrina diferenciou entre escassez real (econômica) e ficta (jurídica).

Luís Fernando Sgarbossa as diferencia da seguinte maneira:

É essencial dividir, outrossim, *escassez real – i.e., econômica – ou ficta – i.e., jurídica*. Compreende-se aqui como a primeira escassez decorrente da efetiva inexistência concreta do recurso, nos diversos graus mencionados, ao passo que a segunda é compreendida como escassez decorrente de indisponibilidade jurídica, isto é, em virtude de norma jurídica que determine determinada alocação dos recursos em detrimento de outras, ou ainda que proíba a disposição do recurso de determinada maneira ou acima de certos limites.<sup>187</sup>

Ora, se há verba a ser destinada ao sistema carcerário, não se pode falar em escassez real, uma vez à existência desses recursos, ao revés, trata-se de escassez ficta, e, por isso “enquadra-se no tipo intitulado por John Elster escassez artificial e, portanto,

---

<sup>184</sup> Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido da negação à justificativa da “reserva do possível” pelos estados, em detrimento do dever de garantia dos direitos humanos dos encarcerados que estejam submetidos à precárias condições de encarceramento. Como exemplos, podemos citar o RE 592581/2015; RE 580252/2017 e a ADPF 347/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 07.02.2021.

<sup>185</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit., p. 337.

<sup>186</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-tecnicas/fundo-penitenciario-nacional-funpen/o-grau-de-execucao-orcamentaria-do-3o-trimestre-de-2020-do-fundo-penitenciario-nacional-funpen.pdf/view>>. Pesquisa realizada em: 10.02.2021.

<sup>187</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit., p. 218-219.

ostenta a característica pelo mesmo apontada, no sentido de poder o Estado, por uma decisão política, suprir a demanda”.<sup>188</sup>

Como se percebe, não há lacuna fática ou jurídica ou qualquer terreno nebuloso capaz de afastar a presença do Estado na garantia de efetivar suas políticas públicas destinadas à melhoria do sistema prisional, cuja falta culmina, inúmeras vezes, em desgraça dos cidadãos encarcerados.

Como argumento que corrobora a ideia de ineficiência ou prioridade de políticas públicas desproporcionalmente afetas à determinadas categorias, é que existem, ainda que minoritariamente, presídios brasileiros que são referência de boa gestão como as APAC’S (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) em Minas Gerais, o presídio feminino Ana Maria do Couto May em Cuiabá-MT, o complexo penitenciário da Papuda em Brasília, esses são alguns dos raros exemplos.

Como se observa, é possível e estão disponíveis meios suficientes para que os Estados superem a realidade trágica do sistema prisional. Porém, enquanto não o realizam, os encarcerados vítimas do descaso são movidos pela revolta, quiçá como um “anúncio” da supressão de seus direitos, como um meio para que sejam ouvidos na tentativa última reconquistar sua dignidade. Como consequência, eclodem atos como os motins e as rebeliões, refletindo “o resgate crítico como direito de resistência como possibilidade estratégica para recuperar sua cidadania”<sup>189</sup>.

Neste sentido, vale transcrição literal de Salo de Carvalho no seguinte sentido:

Mais que um “direito”, a resistência à opressão é um mecanismo tipicamente garantista, pois sua natureza reflete instrumentalidade à satisfação dos direitos humanos individuais, sociais e/ou transindividuais. É que o sentido do termo “garantias” deve ser empregado para expressar as técnicas previstas, explícita ou implicitamente, que objetivam minimizar o vácuo entre normatividade e efetividade dos direitos.

[...]

Motins, rebeliões e fugas, realizados conscientemente contra situações injustas como a superlotação, falta de assistência material e atraso injustificado da prestação jurisdicional (que inviabilizam o gozo de direitos públicos subjetivos), não podem ser qualificados como delitos em decorrência da causa supralegal da resistência à opressão<sup>190</sup>

Portanto, o direito de resistência busca seu fundamento axiológico na própria democracia. É uma das manifestações de cidadania que surge no instante em que os

<sup>188</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit., p. 220.

<sup>189</sup> CARVALHO, Sala. Op. cit., p. 239.

<sup>190</sup> Idem, p. 247.

indivíduos integrantes de uma coletividade são vítimas dos mais diversos atos praticados contra sua dignidade. Segundo Fernando Salla, nas décadas de 60 e 70 “os movimentos encaixavam-se no contexto dos conflitos sociais mais amplos daquele período. As rebeliões dentro das prisões seriam desdobramentos desse movimento de revolta que explodia nas ruas”.<sup>191</sup> Os exemplos são variados, mas, os mais comuns são aqueles relacionados a questão racial.

Assim, pode-se fazer um paralelo entre o direito de resistência com os grandes movimentos sociais que modificaram a realidade, deveras, a própria história, como por exemplo o famoso caso *Brown v. Board of Education* sobre a segregação racial nas escolas americanas e o caso mais recente que ficou conhecido como *Black Lives Matter* o qual reivindicava a morte do negro *George Floyd* por um policial americano branco. A repercussão do crime chocou a todos e iniciou-se uma onda de movimentos nos quatro cantos do mundo contra o racismo, sua força foi tão intensa que culminou na condenação pelo júri popular, de um policial americano.

No entanto, frise-se, em que pese a possibilidade de manifestação, há um elemento indeclinável à garantia de sua legitimidade: a não-violência, ou seja, a legitimidade dos atos de manifestação e reivindicação termina quando os direitos individuais são feridos, portanto, deve-se manter o respeito à integridade física de qualquer pessoa.

Porém, as rebeliões ocorridas nos presídios vêm indicando uma outra dimensão, em verdade, muito mais grave daquelas ocorridas em um passado não muito recente, é que pela inação do Estado em promover condições dignas de encarceramento, cedeu espaço para o robustecimento das facções criminosas<sup>192</sup>, as quais enxergaram os presídios

---

<sup>191</sup> Salla, Fernando. Op. cit., p. 281.

<sup>192</sup> Alguns presídios brasileiros se mostram como espaço de desordem, como uma espécie de “cidade sem lei, a total ausência de infra-estrutura de encarceramento que se materializa pela ausência de Estado, vem trazendo gravíssimas consequências, as rebeliões cada vez mais sangrentas. Em pesquisa realizada por Bruno Paes Manso e Camila Nunes Dias, é possível vislumbrarmos claramente esta realidade ao descrevem o retrato da situação da seguinte maneira: “A maior e mais mortal sequência de assassinatos em massa da história do sistema carcerário, do Brasil e do mundo, teve início no dia 16 de outubro de 2016, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo em Roraima. A situação do presídio era precária, como em boa parte do país. Perto de 1,5 mil presos conviviam num espaço para 750 pessoas, o que abria brechas para a criatividade. Em Monte Cristo, os presos construíram uma pequena vila no terreno da penitenciária com lojinhas, uma igreja e até academia de ginástica, com barracas feitas de lona, placas de madeira e embalagens de marmitex. A aparente flexibilidade das autoridades revelava, na verdade, o descaso do Estado. Direitos básicos não eram atendidos, como os relacionados à saúde e à assistência jurídica. Perto de mil pessoas estavam presas provisoriamente, à espera de julgamento. Parte do esgoto do presídio era despejada no meio do pátio, produzindo mal cheiro permanente. Além de construírem pequenas vilas, as facções foram se fortalecendo em Roraima para governar o mundo das prisões. MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A Guerra: a ascensão do PCC e o Mundo do Crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 1. ed., 2018.p.26.

como um terreno fértil para a instalação e fortalecimento de “poder” a partir do discurso de que “o crime passaria a se organizar em torno de uma ideologia: os ganhos da organização beneficiariam os criminosos em geral”<sup>193</sup>.

De modo que pela vulnerabilidade que se encontram os presos, desprovidos de bens mínimos necessários à manutenção de sua saúde física e mental, muitas vezes acabam ingressando nessas organizações criminosas (facções), seja pela força ou mesmo pela sedução ludibriosa dos propósitos prometidos, na ‘esperança’ em (re)conquistar o seu próprio valor, o reconhecimento de sua cidadania com os direitos a ela inerentes, o respeito, a atenção, a dignidade.

No entanto, a instalação dessas facções cada vez mais fortes nos presídios produzem terríficas rebeliões, que muitas vezes eclodem em razão dos conflitos por disputa de poder, e delas advém consequências das mais atrozes, mortes das mais violentas, decapitações, esquartejamento dentre tantas outras formas cruéis e impensáveis como conduta praticada por ser humano minimamente civilizado.

De modo que não há como silenciar diante dos fatos que evidenciam os terrores vividos na maior parte dos presídios brasileiros. O Estado tem o dever-poder de proteção aos cidadãos, mormente quando estão sob seu comando, controle e tutela diretamente, como é o caso dos encarcerados.

Quanto ao direito de proteção, ALEXY manifesta-se no seguinte sentido:

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico de energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas<sup>194</sup>.

Pois bem. Se se reconhece que o direito à proteção está inexoravelmente interligado às funções do Estado, e este falha no exercício de suas atribuições, logo exsurge o dever de reparação em razão dos danos sofridos pelos presidiários, dever esse que toca inclusive a questão da ética e da moral, restando ao Estado reparar, da maneira mais justa possível as vítimas dos danos.

---

<sup>193</sup> Idem, p. 12.

<sup>194</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, cit., p. 450.

Isso porque, se há um dever preexistente definido pormenorizadamente no amplo aparato jurídico-protetivo dos direitos humanos do indivíduo privado de liberdade, logo conduz à ideia de se trabalhar a hipótese de que se trata de uma responsabilidade presumida e direta do Estado nos casos da ocorrência de rebeliões em presídios visivelmente desconformes com o estabelecido nos diplomas nacionais e internacionais garantidores dos direitos humanos.

No entanto, em que pese o instituto da responsabilidade civil como instrumento valiosíssimo de reparação de danos, não parece, pela nova realidade vivenciada nos interiores dos presídios com a presença das facções, formas de danos aos encarcerados pela responsabilidade objetiva do estado como hoje concebida, alcançar a maximização dos direitos lesados à dignidade humana dos presos. É que, essas rebeliões cada vez mais violentas e, agregadas à inação do Estado em garantir o mínimo existencial aos encarcerados em alguns presídios, exigem, pelo momento hodierno, a revisitação da responsabilidade objetiva do Estado.

Portanto, é com a intenção de suscitar um meio de tentar alcançar esta máxima efetividade de direitos humanos dos encarcerados nos casos de rebeliões, que modestamente tentar-se-á adequar o princípio da *mise in danger* à responsabilidade extracontratual do Estado desenvolvida no próximo e último subitem do estudo.

### 3.3. O empréstimo do princípio do *mise en danger*: construindo paradigma

A ideia de Estado Moderno pode ser concebida como uma organização política “definida por dois elementos constitutivos: a presença de um aparato administrativo com função de prover a prestação de serviços públicos e o monopólio da força”.<sup>195</sup> Porém, o que subjaz os dois elementos trazidos por BOBBIO, de concepção Weberiana, é a observância dos direitos fundamentais que está imbricada na ideia das gerações/dimensões dos direitos humanos. É que ao longo dos séculos, o Estado passou por transmutações de cunho axiológico que parte da primeira dimensão, a qual concebe os direitos civis e políticos dos cidadãos até o surgimento dos direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão consagrados na Constituição brasileira de 1988 que eleva os direitos sociais ao patamar de direitos sociais fundamentais.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: fragmentos de um dicionário político. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 23. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 89.

<sup>196</sup> Segundo magistério de Luís Fernando Sgarbossa, “Com a constitucionalização do modelo de Estado Social, os direitos sociais ou direitos sociais originários passaram a integrar o grupo dos direitos

Nesta perspectiva, os direitos sociais constitucionalmente consagrados, devem continuar sendo garantidos aos cidadãos presos, que, ressalte-se, não perdem esta qualidade quando privados de sua liberdade, visto que esses direitos são inerentes à condição humana e, portanto, os acompanham ao longo de toda a sua existência.

Com isso, o Estado, ao desempenhar suas diversas atividades, e aqui especificamente, a guarda e custódia dos presos, deve conduzir-se de modo hígido e sob o inarredável manto da estrita observância ao ordenamento jurídico, do contrário, cai-se na pecha da contradição e da tirania, sobretudo em razão da forma de governo da qual o Brasil elegeu, qual seja, Estado Democrático de Direito, onde o Estado, como pessoa jurídica de direito público está, a par dos particulares, igualmente sob à autoridade da Lei, e, conseqüentemente, sujeito à responsabilização nas hipóteses de violações aos direitos de seus administrados.

Neste sentido, vale magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva. Esta noção é, hoje, crucial no Direito Público. Todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos.<sup>197</sup>

Em atenção aos ensinamentos do autor citado, insta ainda observar que o Brasil jamais experimentou a teoria da irresponsabilidade<sup>198</sup> (característica de Estados absolutistas), pois, desde a Constituição do Império (1824) já havia previsão sobre a responsabilidade do Estado, muito embora fosse limitada aos moldes da teoria francesa da culpa civil, em outras palavras, para que houvesse a responsabilização era imprescindível que o funcionário do Estado agisse com negligência, imprudência ou imperícia (elementos característicos da culpa). Mas, foi com o advento da Constituição Federal de 1946 que expressamente ficou estabelecida a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, quando a atuação do agente prescinde a culpa, bastando,

---

fundamentais, ao lado dos direitos e liberdade clássicos (civis e políticos). SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit., p. 60-61.

<sup>197</sup> MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 1052.

<sup>198</sup> A evolução da responsabilidade civil extracontratual do Estado parte do momento em que, pelo entendimento da ideia do *“the king can do not wrong”* característico dos Estados absolutistas, tem como consequência limitadíssimas hipóteses de responsabilização, apenas respondendo o Estado quando houvesse previsão específica em lei onde “admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitia responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 613.

portanto, a comprovação do dano e nexo de causalidade, o que restou aperfeiçoado nos moldes do art. 37§ 6º, da Constituição Federal de 1988.<sup>199</sup>

Neste sentido, leciona Marçal Justen Filho:

Questionou-se, há longo tempo, se a responsabilidade civil extracontratual do Estado estava sujeita ao modelo do Código Civil. A orientação prevalente foi a de ser dispensável um requisito subjetivo para caracterizar-se ato ilícito, apto a produzir a responsabilização civil. Alude-se, então, à existência de responsabilidade *objetiva*. Segundo essa concepção, seria suficiente a ocorrência de um dano, derivado causalmente de ação ou omissão estatal.<sup>200</sup>

Nesta toada, note-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado<sup>201</sup>, no Estado de Direito, se consolida a partir da compreensão de que, no exercício de suas variadas atividades prestadas em prol da sociedade, não raras vezes, geram risco acentuado<sup>202</sup>, não por outra razão, o Brasil adotou a responsabilidade objetiva do Estado baseada na denominada *teoria do risco*, à exemplo dos presídios, os quais, não se pode negar, são tipicamente ambiente de perigo iminente<sup>203</sup>, visto que acomodam frequentemente a guarda de pessoas perigosas.

Neste sentido, vale reflexão de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem:

A responsabilidade objetiva por danos oriundos de coisas ou pessoas perigosas sob guarda do Estado aplica-se, também, em relação aos que se encontram sob tal guarda. Assim, se um detento fere ou mutila outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada um dos presidiários está exposto a uma

<sup>199</sup> Art. 37, § 6º, CF/1988 *in verbis*: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa.

<sup>200</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book* (1.897 p.). ISBN: 987-85-7700-555-0. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/>> Acesso em: 19.01.2021.

<sup>201</sup> Importante lembrar a diferenciação dos institutos da responsabilidade civil contratual e extracontratual do Estado, uma vez que as consequências jurídicas são diversas quanto uma e outra. O ponto de partida para a compreensão é observar se o dever jurídico parte de um contrato ou da própria lei. Portanto, diz-se que a responsabilidade é contratual quando a obrigação decorre do próprio contrato celebrado entre o Estado e um particular. Neste caso, ambos estão obrigados a cumprir os termos do contrato. No caso da responsabilidade extracontratual, o dever jurídico exsurge da própria lei diretamente, como por exemplo, o dever de o Estado garantir alimentação adequada aos presos, estabelecido na lei de execução penal.

<sup>202</sup> Para Marçal Justen Filho, o Estado tem um “dever de diligência especial e rigoroso. Não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade. A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento de um dever de previsão acurada, de cautela redobrada”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book* (1.897 p.). ISBN: 987-85-7700-555-0. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/>> Acesso em: 19.01.2021.

<sup>203</sup> “O *arrêt Regnault-Desrozières* de 1919 constituiu, em França, a primeira aplicação jurisprudencial da ideia de risco criado por actividades excepcionalmente perigosas. O *Conseil d’État* admitiu que a acumulação de explosivos, mesmo sem qualquer culpa ou actividade particular, implicava a criação de um risco anormal de vizinhança justificador de um dever de indemnização. Posteriormente, a teoria do risco excepcional alargou-se a hipóteses em que a administração utiliza uma coisa considerada perigosa (emprego de armas de fogo, veículos administrativos) e mesmo serviços públicos tais como hospitais de alienados ou prisões em regime de semiliberdade. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos**. Cit., p. 146-147.

situação de risco inerente à ambiência de uma prisão onde convivem infratores, ademais inquietos pela circunstância de estarem prisioneiros.<sup>204</sup>

Mas não apenas isso. É que estes fatos sofrem agravamento quando esses presídios não oferecem as condições adequadas de encarceramento, provocando revoltas entre os presos, o que faz eclodir, muitas vezes as rebeliões com consequências cada vez mais trágicas e fatais.

Portanto, diante deste cenário, percebe-se com bastante evidência os elementos caracterizadores da responsabilidade jurídica do Estado. Explica-se. Diante do arcabouço jurídico que tutela os direitos dos encarcerados, à exemplo dos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, das Convenções Internacionais de Direitos Humanos, da Lei de Execução Penal, dentre outras legislações correlatas, há evidente violação por parte do Estado, eis a razão da existência, de longa data, da crise instalada no sistema prisional que a cada dia se agrava e parece não ter fim.

De modo que desta transgressão ao dever jurídico originário estabelecido nessas normas a serem cumpridas e efetivadas pelo Estado, exsurge o dever jurídico sucessivo de reparar os danos, é o que Sérgio Cavalieri Filho em perfeita comparação sustenta que “assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação”.<sup>205</sup> Portanto, havendo a *obrigação* legal imposta ao Estado em manter os custodiados em conformidade com os direitos lá prescritos, conseqüentemente emerge a *responsabilidade* quando o dever é negligenciado. Por essa razão, é que atualmente, conforme estabelecido na Constituição Federal, o Estado responde *objetivamente* pelos danos causados aos administrados, respeitadas as condições já expostas alhures, quais sejam: o dano e nexo de causalidade.

Todavia, há de se frisar que ainda permanece vigente a hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado baseada na ideia de *faute du service*, ou seja, quando o serviço não funciona, funciona mal ou atrasado, o que configura a omissão do Estado, é que “tradicionalmente, a responsabilidade civil do Estado por ato comissivo tem cunho objetivo, enquanto a responsabilidade por ato omissivo apresenta natureza subjetiva”<sup>206</sup>. Quanto à esta última, Celso Antônio Bandeira de Mello, sustenta:

---

<sup>204</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 1.079.

<sup>205</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2-3.

<sup>206</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book* (1.897 p.). ISBN: 987-85-7700-555-0. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/>> Acesso em: 19.01.2021.



Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe à alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou deixar de impedi-lo quando obrigado a isto. E face dos princípios publicísticos, não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada *faute du service* entre os franceses. Ocorre a *culpa* do serviço ou “falta do serviço” quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.<sup>207</sup>

De outra banda, Marçal Justen Filho defende a ideia de “tratamento unitário para as ações e as omissões, permitindo unificar o tratamento da responsabilidade civil por atos comissivos e omissivos”<sup>208</sup>. Quanto a esses últimos, aduz o referido autor que pode haver condutas omissivas próprias, ou seja, quando há lei definindo detalhadamente a conduta a ser praticada pelo agente e este a negligencia, omitindo-se desse dever, e há casos de omissão imprópria, a qual ocorre quando não há conduta específica a ser praticada pelo agente.

Neste sentido, vale explicação do autor citado:

Nos casos em que o direito estabelecer que a omissão estatal é em si mesma ilícita (omissão própria), o tratamento jurídico será semelhante adotado para a atuação estatal ativa. Nas hipóteses em que existir um comando genérico autorizando o Estado a atuar (omissão imprópria), será descabido reputar que a mera e simples *inação* produzirá a responsabilidade civil do Estado. Nesse caso, a responsabilização apenas surgirá se houver omissão juridicamente reprovável, consistente na infração a um dever de diligência<sup>209</sup>.

No entanto, é de se notar que, muito embora o inquestionável aprimoramento do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, tanto na Constituição, quanto na doutrina e no próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal revelados nos seus mais variados julgados sobre o sistema carcerário brasileiro, há de se refletir sobre a possibilidade de revisitação da responsabilidade objetiva do Estado como concebida hodiernamente. É que os tempos mudam, a sociedade está em permanente transformação nos mais variados campos, à exemplo da política e da economia, o que naturalmente, reflete no próprio comportamento humano diante das necessidades e desafios que se impõem cotidianamente.

Giselda Hironaka traz reflexão no seguinte sentido:

<sup>207</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 1.062.

<sup>208</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book* (1.897 p.). ISBN: 987-85-7700-555-0. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/>> Acesso em: 19.01.2021.

<sup>209</sup> Idem

O sistema expõe a sua crise, incorpora transformações, busca adequar-se às novas descobertas, aos novos desafios de um mundo completamente distinto do mundo de apenas três ou quatro décadas antes. O sistema expõe a sua entranha e revela-se maior do que a moldura a que esteve subsumido até aqui. Reclama revisão de princípios e de conceitos; reclama sua própria reorganização; reclama um novo matiz menos preconceituoso, menos matemáticos, mas muito mais humanizado.<sup>210</sup>

As rebeliões são um exemplo deste reflexo de mutação social visível nos presídios brasileiros. Isso porque, já não mais se sustentam única e exclusivamente as razões dantes conhecidas propiciadoras de tais manifestações, como por exemplo, um meio de reivindicação por melhores condições de encarceramento, de mazelas rotineiramente ocorridas, mas, que embora continuem sendo a essência destes atos, exsurtem as organizações criminosas como mais um gravíssimo acontecimento social decorrente do fatídico comércio das drogas, o que pelo poder econômico angariado, bem como pela estrutura organizacional altamente complexa que detém, sem dúvida se tornou um poder paralelo, o que muitas vezes, em razão de suas constantes disputas de poder, incitam propositalmente verdadeira “guerra” e fazem dos presídios um verdadeiro “palco do terror”, sabendo das vulnerabilidades características dos indivíduos presos.

Por essas razões é que o Direito, nas palavras de BOBBIO, sendo “um ordenamento de relações sociais”<sup>211</sup> deve acompanhar tais mutações em prol do oferecimento em maior grau possível da justiça, o que hoje deve ser perseguida tendo em mira a inafastável busca da efetividade dos direitos humanos.

De modo que os gravíssimos danos sofridos pelos encarcerados em função da inoperância estatal, parece não mais acomodar-se nos moldes da regra geral da *responsabilidade objetiva* como meio de recomposição desses direitos transgredidos durante a severidade das rebeliões, uma vez que no instituto jurídico em tela admite-se exclusão de ilicitude/responsabilidade quando se pode provar o rompimento do nexo de causalidade, o que se dá nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

Isso porque, uma vez que a responsabilidade extracontratual do Estado emerge diretamente das obrigações definidas no ordenamento jurídico (sua fonte direta é a própria lei), o Estado, ao infringir as normas submete-se imediatamente às sanções, o que fatalmente faz surgir a responsabilidade. No entanto, a partir da constatação de violações sistemáticas e massivas ao dever de diligência e efetividade dessas normas, fato atestado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 ao reconhecer o “estado de coisas

---

<sup>210</sup> HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade Pressuposta**, cit., p. 2-3.

<sup>211</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: fragmentos de um dicionário político**. cit., p. 17.

inconstitucional” dos presídios brasileiros, reflete, em verdade, um prenúncio de constante iminência catastrófica atinente aos custodiados.

De modo que os *factos* já evidenciam a pressuposição das violações praticadas pelo Estado, uma vez que não há hipótese de engendrar o desconhecimento, não apenas do cenário degradante em que se encontram os custodiados, mas igualmente daquilo que se deve fazer em prol do restabelecimento das condições mínimas a serem garantidas aos presos o que está minuciosamente previsto na legislação, que, acaso respeitadas, os danos seriam indubitavelmente evitáveis.

Neste último aspecto especificamente, convém lembrar o princípio de que “todos conhecem a lei”, por força do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Assim, se o próprio particular não deve furtar-se em cumprir a lei, uma vez a presunção de que todos devam conhecê-las, mormente o Estado, sendo o garante das normas e concentra as funções de legislar, executar as leis e julgar<sup>212</sup>.

Assim, a responsabilidade do Estado deve tornar-se mais severa diante dessas circunstâncias especificamente, visto que os riscos comuns característicos dos presídios tomaram outra dimensão, bastando observar empiricamente as rebeliões mais frequentes e mais sangrentas como o caso Urso Branco, são situações, deveras, demasiadamente dramáticas, o que representam, em verdade, o retrato da negligência e inércia estatal quando deveria agir cumprindo seus misteres, mas que esbarram no plano do dever-ser.

Nesta toada, indaga-se: como admitir a incidência de *todas* as hipóteses de excludentes de responsabilidade do Estado quando é este mesmo Estado, a quem cumpre o dever de proteção aos seus administrados, tem notícia das mazelas do sistema prisional por ocasião de suas próprias violações ao desrespeitar as normas de direito interno e até mesmo de direito internacional? Admiti-las, em um olhar mais profundo e acurado a partir dos casos dramáticos dessas rebeliões, representa sufragar o princípio da igualdade, onde, de um lado, os indivíduos cumprem legitimamente as penas incidentes pelas infrações cometidas, mas, de outro, ao Estado, abre-se um campo maior de tolerância para aquilo que é intolerável, uma vez que o ambiente degradante, tal qual característico de vários

---

<sup>212</sup> “A atividade designada como administração estadual é, em grande parte, da mesma natureza que a legislação e a jurisdição, a saber, função jurídica no sentido estrito de criação e aplicação de normas jurídicas. A função do órgão administrativo superior, o governo, consiste na participação na atividade legislativa que lhe é adjudicada pela Constituição, no exercício do poder ou competência que lhe é atribuída pela Constituição para concluir tratados internacionais, na publicação, conforme à Constituição, de decretos e de ordens administrativas dirigidas aos órgãos da administração que lhe estão subordinados e aos súditos – quer dizer: na criação e aplicação de normas gerais e individuais”. Kelsen, Hans. Op. cit., p. 291.

presídios brasileiros, já evidencia o risco iminente do dano, potencializando, nas palavras de Giselda Hironaka<sup>213</sup>, a própria *criação de perigo*.

Nesta toada, razão merece a mesma autora para quem:

Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontra-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo.<sup>214</sup>

Portanto, é no âmago pela busca da justa reparação às vítimas de rebeliões, que se recorre neste momento, como parâmetro de aplicação nesses casos, a teoria desenvolvida por Geneviève Schamps denominada *mise en danger* ou como uma das possíveis interpretações, “exposição ao perigo”<sup>215</sup>, cuja configuração tem como pressuposto o exercício de uma atividade de altíssimo risco à terceiros que ultrapassa os parâmetros característicos da responsabilidade objetiva, uma vez que, segundo a referida autora, há hipóteses a serem apreciadas no caso concreto que atrai a redução do campo de incidência das excludentes de responsabilização<sup>216</sup>.

Geneviève Schamps, buscou inspiração para o desenvolvimento de sua teoria a partir da análise e interpretação do art. 2.050<sup>217</sup> do Código Civil italiano, o qual prevê que, se determinada atividade é potencialmente perigosa a ponto de causar danos a terceiros, logo, o causador deste dano deve indenizar a vítima, acaso não comprovar que tomou todas as providências cabíveis para evitá-lo.

<sup>213</sup> HIRONAKA, Giselda. Op. cit., p. 291.

<sup>214</sup> HIRONAKA, G. M. N. Responsabilidade Pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 31, n. 1, p. 34, 2010.

<sup>215</sup> “Ao longo do trabalho da autora belga foi possível extrair uma expressão, correspondente à *mise en danger*, que parece, talvez, adequada para ser adotada em português: exposição ao perigo. HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade Pressuposta. cit., p. 284.

<sup>216</sup> Geneviève Schamps, excepcional jurista belga da contemporaneidade, logrou avanços em sua pesquisa, especialmente no que diz respeito aos contornos do direito europeu – italiano, neerlandês e suíço – e do direito anglo-saxão, sempre em correspondência com os direitos belga e francês, definindo bem o percurso e afinando suas conclusões à volta do padrão que preferiu denominar *mise em danger*. Ela produziu um sistema de estudo do direito estrangeiro, comparando-o ao direito belga, especialmente, e buscando a verificação da existência, ou não, desse padrão de caracterização de determinadas situações que expõem as pessoas a determinado risco, desnudando e fragilizando as vertentes da exclusão de responsabilidades e buscando apresentar, isso sim, os responsáveis pela ocorrência de danos absolutamente ressarcíveis citado em HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade Pressuposta**, cit., p. 230-231.

<sup>217</sup> O art. 2.050, do Código Civil italiano estabelece que: “chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”. “Qualquer um que causa um dano a outrem no desempenho de uma atividade perigosa por sua natureza, ou pela natureza dos meios adotados, deve pagar uma indenização se não provar ter adotado todas as medidas adequadas para evitar o dano”.

Disponível em: < [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/home.html](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html) > Acesso em 09.03.2021.

Neste aspecto, pode-se questionar se seria possível tomar como parâmetro a teoria mencionada para aplicá-la à responsabilidade extracontratual (civil) do Estado, já que a base sustentadora de seu desenvolvimento se deu a partir da interpretação do Código Civil italiano e, portanto, às relações de direito privado na ocasião.

Neste ponto, três questões devem ser observadas. Primeiramente, convém, em apertada síntese, relembrar a importância do Direito comparado, que embora a divergência de pensamentos a respeito de sua natureza jurídica<sup>218</sup> como ciência (a qual se defende neste estudo) ou como método, é matéria historicamente reconhecida pelo direito brasileiro que inúmeras vezes trouxe luzes aos tribunais nas resoluções das mais complexas questões, como por exemplo, na própria ADPF 347, cuja decisão buscou seus fundamentos a partir do entendimento do Tribunal Colombiano sobre o “estado de coisas inconstitucional”.

Neste sentido, Francisco Ovídio considera o Direito Comparado da seguinte forma:

Podemos considerá-lo como a disciplina científica que tem por objeto o estudo comparativo-sistemático de instituições ou sistemas jurídicos diversamente situados no espaço ou no tempo, com a finalidade de estabelecer os pontos comuns e as diferenças existentes entre eles, o aperfeiçoamento e a elaboração de um possível sistema único.<sup>219</sup>

Passado, portanto, este primeiro momento de compreensão do significado de Direito Comparado e de seu reconhecimento como instrumento valiosíssimo de soluções aos *hard cases* pelos tribunais brasileiros, chega-se ao segundo aspecto, que tem como foco a análise de questões mais concretas.

Neste sentido, é sabido que o direito administrativo brasileiro sofreu fortes influências do direito francês, vários de seus princípios e teorias, principalmente no que diz respeito ao tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado foram desenvolvidas no molde gaulês, precisamente das decisões do Conselho de Estado.

---

<sup>218</sup> “A definição do Direito Comparado está diretamente ligada à determinação da sua natureza, ou seja, se é uma ciência ou simplesmente um método. Neste ponto há grande divergência entre os estudiosos. De um lado, entendem que é uma ciência Lévy-Ullmann, Saleilles, Köhler, Maine, Salmon, Wigmore, Holland, Pollock, Bryce, Zweigert, Kutz, Rodière, Caio Mário da Silva Pereira e Marc Ancel, entre outros conceituados especialistas. De outro, vislumbram um simples método (“*Rechtsvergleichung*”) René David, Jescheck, Gutteridge, De Francisci, Káden e Lino de Moraes Leme, apenas para citar os mais conhecidos”. OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. vol. 79, p. 162, 1984.

<sup>219</sup> OVÍDIO, Francisco. Op. cit., p. 165.

Por fim, a terceira e última consideração sobre a possibilidade de aplicação da *mise en danger* se funda no próprio significado amplo<sup>220</sup> que a autora, propositalmente intentou, é que a expressão, semelhante a “exposição ao perigo”, deve englobar qualquer atividade que potencialmente ofereça risco acentuado à terceiros, mas, igualmente aos presidiários por estarem em posição de sujeição ao Estado.

Portanto, a partir dessas considerações, a teoria *mise en danger* mostra-se como um valioso instrumento de aplicação para recomposição dos direitos dos encarcerados por tratar-se de uma teoria de responsabilidade civil que tem sua base axiológica na maximização da reparação dos danos ao oferecer maior proteção àqueles cidadãos que são vítimas de danos em razão de qualquer atividade que ofereça risco, ou seja, o único critério para sua caracterização é o risco acentuado, maximizado.

Neste sentido, Giselda Hironaka traça um paralelo entre a teoria *mise en danger* com a responsabilidade pressuposta da seguinte maneira:

Uma *mise en danger* otimizada tenderia corresponder ao que chamamos de responsabilidade pressuposta e poderiam ser descritos assim os traços principais que ela contém: 1) risco caracterizado (fator qualitativo): é a potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, potencialmente essa que não se pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo nesse sentido; 2) atividade especificamente perigosa (fator quantitativo): subdivide-se em: a) probabilidade elevada: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) intensidade elevada: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as sub-espécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; (não obrigatoriamente)).<sup>221</sup>

Ora, a atividade de guarda e vigilância dos indivíduos presos, ou seja, o sistema prisional, por si só, já se caracteriza como atividade potencialmente de risco, o que eleva ainda mais o elemento periculosidade quando estar-se diante da presença e domínio das facções criminosas em parcela dos presídios brasileiros.

Assim, a partir deste fenômeno, revela-se de imediato a responsabilidade pressuposta do Estado, quer dizer, já são presumidos os resultados danosos, o que acaba por exigir uma responsabilidade civil estatal fundamentada justamente no critério da

---

<sup>220</sup> “A expressão francesa continua sendo empregada, sem tradução, por conter em si mesma – na concepção da autora – do presente estudo – toda a significação que a ela se pretende dar”. HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade pressuposta, cit., p.300.

<sup>221</sup> HIRONAKA, G. M. N. Responsabilidade Pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 31, n. 1, p. 56.

*periculosidade acentuada*, uma vez que transcende o grau do risco padrão, e, por isso mesmo, devem as hipóteses de excludentes de responsabilidade serem reduzidas.

Portanto, a aplicação da *mise en danger*, em apertada síntese nesses casos, representa de um lado, um meio de reparação de danos mais próximo à concepção atual de responsabilidade civil que não se esgota unicamente no critério material, mas vai além, devendo alcançar, em observância ao já consolidado princípio universal dos direitos humanos, a própria dignidade da pessoa humana, e, aqui, especificamente, a dignidade humana dos encarcerados vítimas de rebelião.

De outro lado, há o indissociável caráter pedagógico já inerente ao próprio instituto da responsabilidade civil, ou seja, traduz-se como uma sanção mais severa ao Estado em razão das violações revestidas de uma responsabilidade pressuposta fundada num critério-padrão de imputação.<sup>222</sup>

Atente-se que a *mise en danger* não se assenta em responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva ou muito menos em responsabilidade integral. Explica-se. A responsabilidade subjetiva é baseada na culpa, ou seja, há necessidade de prová-la, o que se traduz em exigência hercúlea para os administrados, mormente aos presidiários que são vítimas de rebeliões, por isso mesmo, já não se mostra um meio adequado de reparação, justamente pela dificuldade em provar o dano causado pelo Estado.

Quanto a responsabilidade objetiva, pode-se afirmar que foi um avanço importantíssimo à persecução dos direitos violados pelo Estado, no entanto, quando se trata das rebeliões revestidas das características já tratadas alhures, já não parece ser salutar, como frisado anteriormente, a possibilidade de incidência de todas as excludentes de responsabilidade inerentes a esta teoria do risco.

Quanto a responsabilidade integral, frise-se, não admitida em nosso ordenamento jurídico brasileiro até o presente momento, é caracterizada pela exclusão de todas as hipóteses de responsabilidade, integralmente, o que não se assemelha à ideia de *mise en danger*.

Portanto, como se percebe a partir da ponderação entre as teorias mencionadas, a *mise en danger* ocupa seu próprio lugar, uma vez que o “fato gerador” de sua incidência é o risco maximizado, potencialmente maior do que aquele normalmente aceitável, o que fragiliza as hipóteses de excludente de responsabilidade, o que neste estudo, defende-se

---

<sup>222</sup> HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade Pressuposta**, cit., p. 54-55.

que apenas deva incidir como excludentes o caso fortuito e a força maior, significando, portanto, um meio mais severo para o alcance de redução de danos.

Desse modo, defende-se que a teoria *mise en danger*, deve possuir caráter residual, sendo restrita sua aplicação a casos específicos e obedecendo alguns requisitos cumulativos como: a) presídios sem estrutura adequada aos moldes delineados pela LEP e padrão definido por tratados internacionais dos quais o Brasil haja ratificado; b) risco maximizado; c) presença de facções criminosas nesses presídios; d) rebeliões.

Portanto, falar no instituto da responsabilidade é crer em constante evolução. É desta evolução que exurgem as teorias que sempre buscam adaptar-se aos tempos vividos com suas peculiaridades, e por essa razão é que se deve compreender que as teorias não se superam, uma não apaga outra, mas cada uma tem seu assento próprio conforme as nuances exigentes de cada caso. Assim, é com base nesta ideia que o estudo se propõe, ou seja, defende-se que a regra geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado deve ser a reponsabilidade objetiva, e, residualmente, aplicada a teoria *mise en danger* com a minimização das hipóteses de excludente de responsabilidade se estiverem dentro dos requisitos mencionados alhures, e quiçá, agregado ao dever de indenização por dano moral coletivo aos encarcerados vítimas de rebeliões.



## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a crise instalada no sistema prisional brasileiro diante das violações massivas perpetradas contra os indivíduos sob custódia do Estado. A pesquisa constatou que a realidade do sistema prisional brasileiro fere frontalmente os parâmetros normativos internos e tratados internacionais dos quais o Brasil é Parte.

Assim, diante da gravidade dos fatos, verificou-se que a crise engendrada no sistema prisional atrai diretamente o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, que já não parece mais garantir o restabelecimento equânime, ideal e mais próximo do que se entende por justiça aos encarcerados, tendo em vista que as razões propulsoras dos motins, das rebeliões, das fugas são em grande parte resultado da inação do estatal em garantir o mínimo existencial aos presidiários, que, não raras vezes, carecem de água, de alimento, de segurança, de defesa, de medicamento, dentre outros.

Observou-se que ao lado destas mazelas, ainda se instaurou nos presídios o poder paralelo das facções criminosas que, “fazendo às vezes de estado”, conseguem corromper os internos que acabam por ceder às promessas ilusórias de tudo aquilo que o estado deveria fornecer, tornando-se verdadeiros “soldados” do crime e acabando por gerar as mais terríveis atrocidades em razão das disputas de poder no interior dos presídios.

Portanto, o fio condutor para a compreensão e conclusão deste fenômeno, foi a análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal em 2020 em relação aos direitos humanos dos encarcerados, que, atestando pela existência de violações massivas de direitos humanos e a conseqüente gravidade da situação, reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” dos presídios brasileiros.

Tal decisão, mostrou-se um passo importantíssimo ao enfrentamento de espinhosas questões que são postas pelos estados como escusas pelo modo de gestão de alguns presídios que se encontram em estado deplorável. Dentre as mais suscitadas está a carência de recursos, ou seja, esbarra-se na seara das políticas públicas e como tal, em princípio o judiciário não poderia intervir.

No entanto, quando se trata de direitos humanos, há um núcleo duro inarredável, que não se pode relativizar, portanto, é neste campo que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Judiciário deve intervir para fazer valer o direito à efetividade dos direitos humanos dos encarcerados, independentemente de quem quer que seja, ainda que o pior dos criminosos.

Assim, chegou-se ao segundo capítulo do estudo cuja intenção foi apresentar quem são os indivíduos encarcerados, isso porque, o desvendar dessas características nos possibilita concernir a base de sustentação e compreensão da crise do sistema prisional, bem como sua dificuldade de mudança, isso porque, a representação da sociedade brasileira formada por negros, pessoas com baixa escolaridade, pobres, são reconhecidamente o grupo que está à margem da sociedade e que, desde o Brasil colonial até a atualidade carregam o peso do preconceito.

Portanto, conhecer quem são essas cidadãs e cidadãos, chega-se ao último o capítulo trazendo o estudo de caso representando a realidade de parte dos presídios brasileiros quanto ao esquecimento pelo Estado desta parcela da sociedade. De modo que se elegeu o presídio Urso Branco em razão das assombrosas e constantes revoltas ocorridas que culminaram, inclusive, à denúncia do Estado brasileiro à Corte Internacional de Direitos Humanos, além de inúmeras ações penais e cíveis na jurisdição interna.

A partir deste cenário de desordem, que parte do reconhecimento de um Estado Social e Democrático de Direito que não provê políticas públicas capazes de reduzir o abismo econômico entre as classes, de reduzir a fome, a ausência de emprego, de fomentar a educação a todos, conseqüentemente conduz à violência e, em razão da política de encarceramento massiva instaurada no Brasil, que hoje ocupa o terceiro lugar dentre os países com maior número de prisioneiros, mais e mais indivíduos são recolhidos e amontoados em presídios incapazes de ressocializar alguém, ao revés, tornam-se seres piores, e é neste momento da Execução Penal que se perpetuam, quiçá em maior gravidade, as violações aos direitos humanos.

Portanto, se há violação a um dever jurídico preexistente, logo emerge a responsabilidade. Ora, se o Estado não é capaz de efetivar os direitos estabelecidos nas vastas normas que regem os direitos dos encarcerados que se baseiam nos princípios de direitos humanos consagrados, deve responder pelos danos ocasionados em razão de seus atos, sejam comissivos ou omissivos, uma vez que são deveres advindos diretamente da própria lei, portanto, há uma responsabilidade que já está pressuposta, a qual o estado que reitera o aprisionamento de indivíduos nesses presídios sem condições mínimas de acolhimento, logo assume um risco que extrapola o limite do aceitável.

Com isso, a consagrada teoria da responsabilidade objetiva do Estado, cuja característica é a possibilidade de excludentes como culpa da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito e força maior, parece não mais agasalhar situações peculiares como os danos

aos encarcerados resultantes das rebeliões havidas em presídios que violam as normas de encarceramento. É nesse espaço, portanto, que suscitamos a *mise en danger*, uma teoria de responsabilidade baseada no altíssimo grau de risco da atividade, como o ocorrido no presídio Urso Branco, bem como em demais cárceres brasileiros marcados pelas violações, as excludentes de responsabilidade devem ser reduzidas, o que acredita-se que nessas hipóteses, apenas sejam admitidas o caso fortuito e a força maior.

Não há como admitir a culpa de terceiro e/ou culpa da vítima quando o Estado, já tendo conhecimento da precariedade de seus presídios, e, portanto, assumindo o risco da eclosão de revoltas, continua internando cidadãos em espaços reconhecidamente inapropriados e violadores de todas as normas que regem os direitos humanos, a começar pela Constituição Federal Brasileira, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como as legislações infraconstitucionais, especialmente a Lei de Execução Penal.

Assim, conclui-se que a responsabilidade objetiva deve continuar sendo a regra geral de responsabilidade do Estado, mas, paralela e residualmente, tendo em vista que na pós-modernidade o instituto da responsabilidade civil deve estar atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, portanto, alcançar de maneira máxima o restabelecimento de direitos violados, acredita-se que a aplicação da teoria *mise en danger* seria uma forma de materializar esta aproximação.

**BIBLIOGRAFIA**

ADORNO, Sérgio. **Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios**. Revista USP, n. 9, 1991.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: J. San José, S.A., 2004.

AGUIAR DIAS. **Responsabilidade Civil**. 6. ed., vs. 1 e 2. Belo Horizonte, 1975.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Mônica Sapucaia; CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. **50 Anos do Pacto De São José da Costa Rica: Reflexões Sobre Justiça Social No Brasil**. In: *Revista Prima Facie*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Vol. 18, n. 39, set-dez 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed., Malheiros, São Paulo, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 4. ed. Saraiva, 2013.

BERTONCELLO, Fernando Rodrigues da Motta; MACHADO, Mônica Sapucaia. **Direitos Humanos e seus Sistemas de Proteção**. In: *Coletânea Paradigmas do Direito Constitucional Atual*. 1. ed. Barcelos, Portugal: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017.

BESSA, Leandro. **O papel da defensoria pública na resistência à criminalização da pobreza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRITO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo e sociedade**. 23ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa: feminismos plurais**. São Paulo: Pólen livros, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALDEIRA, César. **Segurança Pública e Política Penitenciária no Rio de Janeiro: estudo do caso do presídio Ary Franco**. Revista Rio de Janeiro, v. 12, p.11-38, janabril, 2004.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

\_\_\_\_\_. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos**.ed. Fórum, Belo Horizonte, 2019.

CARVALHO, Saulo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CIANCIARULLO, Tamara Iwanow; Panhoca Ivone; BONINI, Luci Mendes de Melo. **Políticas Públicas: Estudos e Casos**. ed. Cone, 2014.

CLEMMER, Donald. **The Prison Community**. New York: Holt, Rinehart & amp; Winston, 2nd edn, 1958.

COELHO, Edmundo Campos. **A Oficina do Diabo: crise e conflito no sistema penitenciário do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: IUPERJ/ Espaço e Tempo, 1987.

CORDEIRO, Juliana Vignoli; Caixeta, Sebastião Vieira. **Vinte Anos da Constituição Cidadã**. LTr, 2009.

DAVIES, William. **Prison Riots**. *The Psychologist*, v. 4, n.3, p.120-122, march, 1991.

DI PIETRO, Maria SiIvia Zanella. **Direito Administrativo**, 8. ed., São Paulo, Atlas, 1989.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FISHER, Rosa Maria. **Poder e Cultura em Organizações Penitenciárias**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Economia e Administração da USP. São Paulo, 1989.
- FLORES, Joaquín Herrera. **Los Derechos Humanos como Productos Culturales: Crítica del Humanismo Abstracto**. Catarata, 2005.
- GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo, Saraiva, 1993.
- GABURRI, Fernando et. al. **Responsabilidade civil**. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GALDINO, Laíse. **Mulheres no cárcere: o combate com destaque na resiliência diante do serviço público brasileiro**. *E-book*
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios Generales del Derecho**. Madrid, Civitas.
- GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Direito à Defesa e a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Renovar, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. vol.I. Tradução de Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo, Martins Fontes ed., 2009.
- HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Saraiva, São Paulo, 2009.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes: **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.
- 
- \_\_\_\_\_Responsabilidade Pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 31, n. 1
- HUNT, Lynn. **Inventing Human Rights: a history**. E.U.A: W.W Norton & Company, inc., 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes ed. São Paulo, 2006.

LAFER, Celso. **Hanna Arendt: pensamento, persuasão e poder**. 2. ed. Paz e Terra, 2003.

LEGALE, Siddharta. *Revista de direitos constitucional internacional e comparado*. vol. 1. n. 1. 2017.

LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça, de John Rawls: explorando grandes autores**. Porto Alegre: Penso, 2013.

MAIA, Clarissa Nunes et. al. **História das prisões no Brasil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra: ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2018.

MARINHO, Maria Elvadeicy; SILVA; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **O Uso de Precedentes Judiciais de Jurisdições Estrangeiras em Matéria de Propriedade Intelectual**. In: Caderno Diálogo Entre Juízes. Brasília: UniCEUB, 2014.

MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. In: Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: Estudo Analítico da Situação e Aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira**. Ed. Juarez de Oliveira. São Paulo, 2002.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. Tese para Titularidade. São Paulo, 1993.

MEDEIROS, Andreza Alves. **Sistema prisional brasileiro: crise e implicações na pessoa do condenado**. São Paulo: Letras jurídicas, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed., atualizada.

MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais Sociais: A Atuação do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas**. In: Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. IASP, São Paulo, 2015.

MORAES, Renato Duarte Franco de. **A Causalidade Alternativa e a Responsabilidade Civil dos múltiplos Ofensores**. LiberArs, São Paulo, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

- NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **O ilícito administrativo e seu Processo**. São Paulo: Ed. RT, 1994.
- NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 79, 1984.
- PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2. ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Portugal: Coimbra Editora, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_ **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo, 2019.
- RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROBI FILHO, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça: estado democrático de direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROBLES, Gregorio. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Manole, 2005.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Editorial Trotta, 2007.
- SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão et. al. **Segurança pública, sistema carcerário e direitos humanos**. Andradina: Meraki, 2020.
- SALA, Fernando. **As rebeliões nas Prisões: novos significados a partir da experiência brasileira**. **Revista do programa de pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 16, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria do Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. 1. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- SEN, Amartya; KIKLISBER, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes; Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos do direito**. Reserva do possível. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010.
- SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Estrutural**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. et. al. **Crime, violência e segurança pública**: apontamentos para uma política de estado. Natal: OWL, 2020.
- TONO, Cineiva Campoli Paulino et. al. **Vozes do cárcere**: paz e não violência em busca de um novo modelo de gestão. Curitiba: CRV, 2015.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Traduzido por António Francisco de Sousa, António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.