

16/02/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL**

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REDATOR DO	: MIN. GILMAR MENDES
ACÓRDÃO RISTF	
RECTE.(S)	: ANDERSON NUNES DA SILVA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECDO.(A/S)	: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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

RE 580252 / MS

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 Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, de 1984; e *Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes*, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da *Lei de Execuções Penais*. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da

RE 580252 / MS

ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, apreciando o Tema 365 da Repercussão Geral, por maioria, conhecer do extraordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, para: **(a)** restabelecer o juízo condenatório da apelação, vencidos Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello que lhe davam provimento, mas adotavam a remição como forma indenizatória; e, **(b)** fixar a tese: *“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”*.

Brasília, 16 de fevereiro de 2017.

Ministro GILMAR MENDES

Redator do acórdão – RISTF 38, IV, “b”

Documento assinado digitalmente

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de demanda movida por detento, condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), visando ao pagamento de indenização por dano moral causado pelas ilegítimas e sub-humanas condições a que está submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau, mas a sentença foi reformada, por maioria, em sede de apelação, por fundamentos assim sumariados na ementa do correspondente acórdão (fl. 322):

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E DISCUTIDA PELO ÓRGÃO COLEGIADO – RECURSO PROVIDO.

O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato omissivo, tenha causado dano à particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo.

Demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal (presídio) não foram sanados, após o decurso de um lapso temporal quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do Estado (culpa administrativa).

Não sendo assegurado o mínimo existencial, não há falar em aplicação da teoria da reserva do possível.

Recurso provido.

O valor da indenização por danos morais foi fixado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Opostos embargos infringentes, estes restaram acolhidos, para restaurar a sentença de improcedência, com os seguintes fundamentos básicos:

(...) Desta forma, uma vez reconhecido o direito do autor,

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 212
pelo princípio da isonomia, todos os detentos deveriam ser indenizados, o que geraria um dispêndio vultuoso aos cofres do Estado. Não bastasse isso, a implementação da política pública prisional exige o direcionamento de recursos públicos, mas não sob a égide da conveniência e oportunidade puras do administrador, sendo constitucionalmente permitida a intervenção do Judiciário em questão desta natureza, pois, embora destinados à garantia de direitos individuais, de primeira geração, a ação necessária do Estado é comissiva e não omissiva, o que assemelha à própria das garantias dos direitos sociais, de ação positiva.

(...)

O exercício de ações positivas exige o investimento do ente estatal e, como tal, depende da disponibilidade de recursos. A reserva do possível foi inicialmente desenvolvida para ser aplicada no que concerne à implantação e execução das políticas públicas.

Certo é que não podemos desprezar os direitos constitucionalmente garantidos ao autor, pois é óbvio que o caso exige prestação positiva do Estado. Porém, tal prestação deve respeitar os limites econômicos que derivam do fato de que certas prestações não podem situar-se dentro da 'reserva do possível', das disponibilidades do erário.

(...) os direitos do detento exigem prestações positivas por parte do Estado, por isso se situa, como vimos anteriormente, dentro da chamada 'reserva do possível', ou seja, dentro das disponibilidades orçamentárias da Administração Pública.

Sem sombra de dúvida que o autor, na qualidade de preso, reserva integralmente seus direitos individuais fundamentais, à exceção da liberdade e da privacidade. Também é notório que situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica.

Ademais, em razão de ser custodiado pelo Estado, tem este o dever integral de conservar o preso em condições dignas e saudáveis.

No entanto, o cumprimento deste dever exige ação positiva do Estado, diversamente do que ocorre com o cidadão em liberdade, para o qual basta, de regra, ação negativa.

A ação positiva apresenta-se sob a forma da necessidade de construção, ampliação, reforma e adequação dos estabelecimentos prisionais, até que todos os presos, cautelares

ou condenados, possam ter as condições preconizadas pela Lei de Execução Penal e assegurados seus direitos fundamentais.

(...)

O direito do autor também não pode ser tido como absoluto, ante a necessidade da prática de ação positiva possível quando o Estado age nos limites de sua disponibilidade, de forma a que suas ações venham, no futuro, assegurar os direitos fundamentais do preso.

(...)

Ademais, não podemos acolher a alegação de que a omissão do Estado é ilícita, uma vez que a ação positiva do Estado-administrador, praticada de acordo com o orçamento votado pelo Estado-legislativo, a coloca, dogmaticamente, na esfera da licitude dos atos públicos, tal qual determinada pela doutrina da 'reserva do possível'. Desta forma, não há falar em dever de indenizar.

(...)

Não estamos com isso negando o direito do autor em ver ressarcido seu sofrimento. Apenas entendendo que, se o objetivo principal da ação é obrigar o Estado a dar melhores condições de vida e dignidade aos detentos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais sul-mato-grossenses, não obterá êxito intentando ação indenizatória de danos morais.

(..)

Existe sim a necessidade de se ter uma melhoria urgente no sistema prisional, o qual deverá ser feito por meio de construções e reformas, e não de pagamento pecuniário aos apenados.

Ademais, no caso de provimento do recurso do autor, ele continuará na situação de dano em que se encontra. Ou seja, não é pelo fato de o Poder Judiciário condenar o Estado ao pagamento de determinado valor por danos morais, que a 'situação de dano' se extinguirá, e, desta forma, em poucos meses, as ações serão novamente intentadas a fim de ver indenizado o mesmo dano (fls. 10/14).

No recurso extraordinário (fls. 253/260), a parte recorrente aponta ofensa aos artigos 5º, III, X, XLIX; e 37º, § 6º, da Constituição, e também ao artigo 5º do Pacto de São José da Costa Rica, asseverando, em suma, que (a) a submissão do recorrente e outros detentos na mesma penitenciária a tratamento desumano e degradante foi expressamente reconhecida pelo acórdão recorrido, o que lhe causa anormal sofrimento configurador de

dano moral indenizável; (b) é dever do Estado atender minimamente as condições carcerárias previstas em lei relativamente aos que estão sob sua custódia, inclusive no sentido de reeducá-los para o retorno à sociedade; (c) o próprio recorrido admite, publicamente, o caos do sistema prisional do Estado do Mato Grosso do Sul, tendo o Governador reeditado, por diversas vezes, o Decreto “E” n. 41, de 16/05/2005, no qual faz as considerações necessárias para decretar a “Situação de Emergência” dos Presídios em decorrência “do colapso do Sistema Penitenciário”; (d) o princípio da reserva do possível não pode ser abstratamente invocado, sob pena do Estado utilizar-se desse argumento para afastar sua responsabilidade em diversas áreas de sua atuação (fls. 75/83). Pede, assim, o provimento do recurso, para acolher o pedido formulado na demanda.

O recurso extraordinário teve seguimento negado na origem, sob o fundamento de necessidade do reexame do conjunto fático probatório dos autos, esbarrando na súmula 279/STF. Todavia, o Min. AYRES BRITTO, relator original, em decisão proferida em 10/02/2010, deu provimento ao agravo de instrumento e determinou sua conversão em recurso extraordinário (fl. 112).

Submetidos os autos à apreciação do Plenário desta Corte por seu relator, foi reconhecida a existência de repercussão geral da matéria versada no recurso extraordinário (DJe de 08/06/2011 - *Tema 365: Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária*).

Deferido pedido de ingresso no processo na condição de *amicus curiae*, a União, por seu Advogado-Geral, manifesta-se pelo desprovimento do recurso, sustentando, em síntese, que (a) há de ser aplicada ao caso concreto a teoria de responsabilidade subjetiva, com base na culpa administrativa, só cabendo a responsabilidade do Estado caso esteja ele obrigado a impedir o dano, se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo; (b) é de conhecimento público e notório que todos os presídios do país, não só os do Estado do Mato Grosso Sul, estão em situação de superlotação, o que só vem crescendo ao longo dos anos, conforme demonstram os dados; (c) a construção de unidades prisionais adequadas encontra óbice no princípio da reserva do possível, pois os direitos de segunda geração, que impõem ao Poder Público a implementação de políticas públicas para que os presos possam usufruir de uma prisão digna, são sempre onerosos e dependem da disponibilidade financeira do Estado; (d) não há dano moral a ser

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 212

indenizado, tendo em vista que *“inexiste direito do recorrente a que o Estado promova melhorias no sistema carcerário, sem que haja disposição orçamentária específica e não há norma na Constituição que determine a priorização da construção de presídios”*; (e) *“não é pelo fato de o Poder Judiciário condenar o Estado ao pagamento de um determinado valor a um dos presos, por danos morais, que a alegada situação danosa se extinguirá”*; na verdade, isso agravará a situação, pois o valor da indenização deixará de ser utilizado em prol do sistema penitenciário, havendo prejuízo para os demais detentos e para a sociedade; (f) caso haja a multiplicação de ações nesse sentido, poderá haver um sério comprometimento das políticas públicas carcerárias dos Estados; (g) diversos convênios têm sido firmados entre a União e Estados da federação, o que denota que não há omissão do Poder Público e demonstra sua preocupação em solucionar o problema. Aduz que entre 1995 e 2011 foram celebrados 1.456 instrumentos celebrados com Unidades Federativas, o que resultou num repasse de aproximadamente 1,9 bilhão de reais do FUNPEN para financiar e apoiar as ações de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário brasileiro, e, no Estado do Mato Grosso do Sul, foram firmados 19 convênios *“resultando num valor elevadíssimo de repasse”* (fls. 142/162).

A Procuradoria-Geral da República, em consonância com a Advocacia-Geral da União, opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário, mas sob o fundamento da ausência do nexo de causalidade, porquanto *“o descumprimento do dever constitucionalmente imposto de que seja assegurado ao preso o respeito a sua integridade física e moral (CF, artigo 5º, XLIX) não implica a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos supostamente gerados pela demora na construção e reforma de unidades prisionais e consequente superlotação carcerária”* (fls. 378/386).

É o relatório.

Publicado sem revisão

03/12/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Convido a fazer uso da palavra, pelo recorrente, o doutor Antônio Ezequiel Inácio Barbosa.

O SENHOR OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO (ADVOGADO) - Senhor Presidente, pela ordem, falo em nome do Conselho Federal da OAB, com procuração nos autos. Foi juntada uma petição, hoje pela manhã, excepcionalmente pedindo a admissão do Conselho, ao eminente Relator, e ponderando à Corte a possibilidade de se proceder ao julgamento conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.071, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, que trata exatamente sobre essa questão de possibilidade de indenização de detentos em razão das más condições do sistema prisional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência não é o doutor Antônio Ezequiel, não?

O SENHOR OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR (ADVOGADO) - Não. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. O que posso dizer, aqui da Presidência - ouvirei o eminente Relator -, é que a nossa jurisprudência e as nossas decisões são no sentido de que, depois de pautado o processo, não se admite mais o ingresso de *amicus curiae*. Mas, evidentemente, ouço o eminente Relator quanto à tempestividade da petição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Senhor Presidente, recebi essa petição momentos antes de vir ao plenário. Não tive nem tempo de formalizar o indeferimento desse pedido justamente por isso. Em primeiro lugar, porque a nossa jurisprudência põe aí um certo limite. A petição, como disse o advogado, foi encaminhada hoje. Em segundo lugar, salvo melhor juízo, essa ação que foi proposta pedindo - se não me engano - que desse uma interpretação conforme ao Código

RE 580252 / MS

Civil, para solucionar essa questão da indenização dos detentos, foi proposta há poucos dias.

O SENHOR OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR (ADVOGADO) - Foi proposta agora no mês de outubro.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - No mês de outubro. Não há razão para suspender um julgamento de uma repercussão geral, que já foi aceita quando o relator foi o próprio Ministro Carlos Ayres. Então, proponho que se indefira. Seria importante a OAB participar desse debate, mas, certamente, a essa altura, já não há como acolher o pedido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bom, então, está indeferido o pedido de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. Registre-se, inicialmente, que não há, aqui, qualquer controvérsia a respeito dos fatos da causa, nem quanto à configuração do dano moral, cuja existência é reconhecida. O próprio acórdão recorrido deixa expresso que *“é notório que a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica”* (fl. 11). Realmente, em todos os atos decisórios do processo, sem exceção, está reconhecida a absoluta precariedade das condições carcerárias do estabelecimento penal de Corumbá/MS. O voto vencedor proferido na apelação registrou que *“no caso dos autos, é público e notório que a Vigilância Sanitária do Município de Corumbá-MS, em diligência, ocorrida no ano de 2003, constatou que efetivamente há superlotação, além de outros inúmeros problemas de higiene, havendo, outrossim, até o risco de transmissão de doenças, tendo determinado a adoção de providência para sanar tais deficiências”* (fl. 332 dos apensos). O acórdão dos infringentes, por sua vez, salientou que *“(...) são notórias as condições precárias dos estabelecimentos penitenciários do país, nos quais, em sua grande maioria, não têm o mínimo de higiene ou salubridade, passam pelo problema da superlotação e da falta de agentes, que conseqüentemente, trazem danos aos presos”* (fl. 405 dos apensos). A realidade também está traduzida em documento encaminhado aos autos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Ofício 3.679/2004-DEPEN/GAB, fls. 247/248 dos apensos) e, ainda, em ato do próprio Governador do Estado do Mato Grosso, o Decreto “E” n. 41, de 18 de maio de 2006, publicado no Diário Oficial 6.731, de 19 de maio de 2006.

Portanto, repita-se, os fatos da causa são incontroversos: o recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida.

Sendo incontroversos os fatos da causa e a ocorrência do dano, a questão jurídica desenvolvida no presente recurso ficou restrita à sua

indenizabilidade, ou seja, à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas. É nesses limites e sob esse enfoque que o recurso extraordinário deve ser examinado.

2. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável, não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos, se for o caso, na forma do artigo 100 da Constituição.

3. Sendo assim, e considerando que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o "princípio da reserva do possível", nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições.

Mas não é disso que aqui se cuida. Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição. Conforme antes afirmado, trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

4. Não há dúvida de que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas. E é dever do Estado mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, deixou assentada a responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia. No ARE 662.563 AgR/GO, DJe de 02/04/2012, o Min. GILMAR MENDES, relator, afirmou em seu voto que “ (...) *a jurisprudência dominante desta Corte que se firmou no sentido de que a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados (...)*”. Esse dever de proteção, assentou a Segunda Turma, abrange, inclusive, o de protegê-los contra eles próprios, impedindo que causem danos uns aos outros ou a si mesmos (RE 466.322 AgR/MT, Segunda Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 27/04/07). No mesmo sentido: RE 272.839, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 08/04/05).

5. Não se nega que a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos dependem da adoção de políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tais resultados. Disso não decorre, porém, que as violações causadoras de danos pessoais, mesmo morais, aos detentos, ainda ocorrentes, devam ser mantidas impunes ou não passíveis de indenização, ainda mais nas circunstâncias fáticas descritas na presente causa, em que o próprio acórdão recorrido admite que “*é notório que a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica*” (fl. 11). Porque juridicamente bem diferenciadas e inconfundíveis, merecem tratamento diferenciado as seguintes situações: uma, a de instituir políticas públicas de melhoria das condições carcerárias, que aqui não está em discussão; e a outra, juridicamente bem distinta, a do dever do Estado de indenizar danos individuais – seja de natureza material, seja de natureza moral – causados a detentos. É dessa última que aqui se trata. A obrigação de ressarcir danos, que é imposta pelas leis civis a qualquer pessoa que os caus (Código Civil, arts. 186 e 927), é também do Estado, que, mais que

decorrer de norma civil (Código Civil, art. 43), tem previsão em superior norma constitucional específica, o art. 37, § 6º, dispositivo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo.

6. É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o 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. Ainda que se admita não haver direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular e implantar política pública determinada, inclusive em relação à questão carcerária, certamente não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial, assim consideradas aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. E ninguém pode duvidar de que, em qualquer circunstância, jamais se poderia excluir das obrigações estatais em matéria carcerária a de indenizar danos individuais de qualquer natureza causados por ação ou omissão do Estado a quem está, por seu comando, submetido a encarceramento.

7. Não custa recordar que 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 Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). Sob esse aspecto, pode-se afirmar, como o fez Fernanda Mathias de Souza Garcia em notável estudo doutrinário a respeito, que, *“no que tange ao direito do presidiário à saúde, ao bem estar, à proteção, à vida, cabe reconhecer um verdadeiro direito público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição (...)”* (GARCIA, Fernanda Mathias de Souza. *“O dever de indenização e a superlotação carcerária no Brasil”*, in *Temas Contemporâneos do Direito – Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*, obra coletiva, Coord. Luiz Guerra, Brasília: Guerra Editora, 2011, p. 201).

A despeito do alto grau de positivação jurídica, a efetivação desse direito básico ainda constitui um desafio mundial inacabado, cuja superação é especialmente deficitária em muitos países de desenvolvimento tardio, como nas nações da América Latina em geral e no Brasil em especial, uma das cinco nações com maior população carcerária no mundo. Não por outra razão, o Brasil, nos últimos 10 anos, foi seguidamente notificado pela Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) para tomar medidas emergenciais em relação a pelo menos três presídios específicos, por conta de suas condições intoleráveis (Urso Branco, em Porto Velho/RO; Pedrinhas/MA; e Presídio Central, em Porto Alegre/RS). É significativa, ainda, a menção a excerto do Relatório Final produzido em 2009 por Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, no qual se conclui que *“a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”* (fl. 247).

São evidentemente atuais, nesse sentido, as palavras de Heleno Fragoso:

“12. Embora as leis digam que tem de ser preservada a dignidade humana dos presos, em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis. Aos defeitos comuns em todas as prisões, acrescentam-se, nas nossas, a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. Os presos não têm direitos. A prisão reflete, em ultima análise, condições estruturais da

Inteiro Teó do Acórdão - Página 16 de 212
sociedade, que a mantém, como realidade violenta e totalizante e que dela se serve. A prisão também cumpre uma função ideológica importante, como expressão do castigo, no esquema da repressão, formando falsamente a imagem do criminoso. Sabemos hoje muito bem que não é possível, através da prisão, alcançar a ressocialização ou a readaptação social do condenado.

(...)

14. Os direitos humanos estão interligados. Não é possível suprimir os direitos civis e políticos, para realizar os direitos econômicos, sociais e culturais, ao contrário do que têm afirmado os ditadores. Do mesmo modo, só com reformas sociais importantes, que acabem com a miséria e proporcionem melhor nível de vida, será possível estabelecer regimes de liberdade. Os povos do Terceiro Mundo já compreenderam que o crescimento econômico, por si só, não resolve o problema da pobreza, antes o agrava, como o exemplo do Brasil demonstrou tão bem, quando se adota um modelo de desenvolvimento que só beneficia os que possuem. Daí o crescimento da criminalidade, que se procura inutilmente combater endurecendo o sistema repressivo e desrespeitando, cada vez mais, os direitos humanos.

(...)

16. A realização dos direitos humanos na justiça criminal está, pois, em função de um problema essencialmente político. É preciso compreender que aqui está o fundo da questão. Esses direitos só serão observados na justiça criminal de uma sociedade autenticamente democrática, onde se afirme como valor fundamental, verdadeiramente, o respeito à dignidade da pessoa humana, na luta permanente do povo contra a opressão, pela liberdade, pela justiça e pela paz.” (FRAGOSO, Heleno. Boletim 150, maio de 2005, Instituto Brasileiro de ciências criminais, disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_sumario/179-150---Maio---2005>)

8. Não se pode deixar de reconhecer – pelo contrário, é preciso que isso seja também enfatizado – que a indigência carcerária representa apenas uma parte – importante, mas uma parte apenas – de um todo maior, que é o sistema de segurança pública oferecido pelo Estado brasileiro. É sabido que a disfuncionalidade desse sistema percorre todos os seus níveis, e dele se constata, claramente: (a) baixa eficiência das ações

de polícia preventiva; (b) ínfimo percentual de elucidação de crimes violentos; (c) demora na formação da culpa pelo aparelho de persecução penal; (d) desumanização no cumprimento da pena; e (e) recidiva do comportamento criminoso. Segundo relatório divulgado em abril de 2014 pelo escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC (http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/GSH2013/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf), durante o ano de 2012, o Brasil contabilizou 50.108 homicídios em seu território (25,1 homicídios para cada 100 mil habitantes), o que representou cerca de 11% de todos os assassinatos cometidos no planeta no mesmo período. O dado, alarmante por si só, fica ainda mais perturbador quando analisado conjuntamente com as estatísticas reunidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2012 (http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensap_FINAL.pdf) que estimam em algo em torno de 5% o número de inquéritos que resultam na elucidação da autoria de homicídios. E, como todos sabemos, desses, apenas uma parcela irrisória resulta em condenação judicial.

9. Há, ademais, o lado ainda mais sombrio: as vítimas de crimes violentos, ou seus herdeiros, além de ultrajados pela ação de criminosos que raramente serão submetidos às penalidades da lei, ficam muitas vezes desamparadas de qualquer compensação ou ressarcimento dos prejuízos morais e materiais que a violência lhes infligiu. Tem-se, aqui, o fenômeno da vitimização secundária, ainda não aplacado pelo legislador ordinário, que até hoje não regulamentou o art. 245 da Constituição, segundo o qual *“A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”*.

10. Embora sejam de suma importância todas as questões relacionadas ao sistema de segurança pública e aos direitos que devem ser assegurados às vítimas de crimes e aos seus herdeiros, cumpre renovar a observação de que a presente demanda diz respeito apenas a uma parte restrita dessa problemática: a da lesão à pessoa do detento. A reparabilidade civil a que fazem jus pelos danos que venham a sofrer em função das ilegais e desumanas condições de encarceramento a que se acham submetidos não fica comprometida nem limitada pelo deficiente

funcionamento dos demais elos do sistema de segurança pública. Havendo a transgressão dos limites normativos de aplicação da pena, deve o Poder Judiciário agir para restabelecer prontamente a ordem jurídica, inclusive por meio da tutela repressiva de natureza cível. A responsabilidade do Judiciário não se esgota no controle do processo penal, nem tampouco na fiscalização administrativa das condições dos estabelecimentos penitenciários, mas alcança, igualmente, o aspecto civil decorrente de eventuais violações aos direitos de personalidade dos detentos. Essa tutela chega a ser explicitamente garantida pela Constituição Federal em caso de erro judiciário (art. 5º, LXXV), e compreende, naturalmente, outras dimensões de violações aos direitos humanos dos custodiados. Caracterizada a atitude opressiva do Estado, a ocorrência do dano material ou moral e o nexo causal, deve ser imposta a condenação correspondente. A criação de subterfúgios teóricos (tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos) para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem de Corumbá/MS, afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais antes citadas, transformando o seu descumprimento reiterado em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado.

Convém enfatizar que a invocação seletiva de razões de estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição, já que, acolhidas essas razões, estar-se-ia recusando aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os a descoberto de qualquer proteção estatal, numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Trata-se de uma dupla negativa, do direito e da jurisdição. Não pode a decisão judicial, que é o subproduto mais decantado da experiência jurídica, desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer a sua própria legitimidade.

11. Em suma, a tese de repercussão geral que proponho seja afirmada é a seguinte: considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos

detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 212

12. Diante do exposto, conheço do recurso extraordinário e a ele dou provimento, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação. É o voto.

Publicado sem revisão.

03/12/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL**VISTA**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, ouvi com muito interesse e muita atenção o valioso voto do eminente Ministro Teori Zavascki, que me trouxe muitos sentimentos conflitantes e muitas dúvidas acerca da melhor maneira de enfrentar esse problema que eu colocaria no topo da agenda das prioridades nacionais do ponto de vista do Direito e da aplicação do Direito. De modo, Presidente, que eu vou pedir vista dos autos, porque gostaria de estudar um pouco mais devagar esta questão.

E gostaria, aqui, Presidente, já que nós somos um Tribunal que delibera em público, com essa exposição e essa transparência que caracteriza a atuação do Supremo, eu gostaria de compartilhar uma reflexão e penso que não há ninguém melhor do que Vossa Excelência, pelas virtudes pessoais e intelectuais, para ajudar a equacionar essa questão que eu considero muito importante para o Tribunal.

Essa é uma das questões mais relevantes que eu acho que há no país. Ela foi incluída na pauta sexta-feira, às 16h48. Portanto, na sexta-feira, nós ficamos sabendo que esta questão importantíssima seria julgada hoje, ao lado da questão do seguro de acidente do trabalho, que também é uma questão complexa, e ao lado do equipamento de proteção individual, que será o nosso próximo caso, que também é uma questão complexa. De modo que todos nós tivemos um tempo relativamente curto para nos prepararmos para a discussão dessas questões que são complexas, sendo que, no intervalo, Ministro Marco Aurélio, tivemos a Turma, na terça-feira, em que tínhamos recebimento de denúncia ou não - portanto, inquérito -, tínhamos ação penal, tínhamos extradição, tínhamos **habeas corpus**...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro.

RE 580252 / MS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Veja a minha situação, ainda pior, com a publicação da pauta só às sextas-feiras à noite: falo, na Rádio Justiça, às 9 horas da manhã de segunda-feira sobre a pauta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois então, mas essa é uma reflexão conjunta, e por sorte temos a liderança fidalga e sempre oportuna do Ministro Lewandowski, é por isso que estou suscitando a questão. Eu acho nós precisávamos encontrar uma forma de pautar as grandes questões com uma antecedência maior. Eu sei que não há nada mais tormentoso do que fazer a pauta, sou solidário, mas talvez pudéssemos pensar um modo de selecionar as grandes questões, porque nós precisamos de algumas semanas, quando não alguns meses, mas pelo menos algumas semanas para nos prepararmos e não termos que pedir vista. E eu não falo isso por ser o primeiro a votar, porque em breve deixarei de ser - assim suponho -, mas porque acho que essa questão, por exemplo, eu gostaria de ter refletido mais do que uma manhã, e menos do que uma manhã, porque ainda estava estudando SAT, que, como o Ministro Fux sabe, é uma questão extremamente complexa.

De modo que a reflexão que eu trago aos Colegas e à Presidência é - eu não tenho a solução, se fosse fácil já teria sido dada - de que é preciso encontrar um mecanismo de que, pelo menos as questões particularmente relevantes, a gente consiga saber, com um horizonte de tempo razoável, quando serão julgadas, para que a gente possa se preparar adequadamente e evitar o pedido de vista, que o Ministro Marco Aurélio, outro dia, referia como "perdidos de vista", porque, quando você pede vista, depois, para recolocar o processo em pauta, entra na fila.

Eu devo dizer que me animei a falar isso, Presidente, porque Vossa Excelência, em um semestre, conseguiu colocar em pauta e julgar um número maior de repercussões gerais do que nós havíamos julgado somando o ano passado inteiro e o primeiro semestre deste ano. Sei que a eficiência e o bom funcionamento do Tribunal estão no topo das preocupações de Vossa Excelência, de modo que trago essa reflexão de como podíamos, coletivamente, pensar, pelo menos nas grandes questões, em uma pauta com precedência de algumas semanas.

RE 580252 / MS

É a ideia que respeitosamente submeto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu agradeço a reflexão de Vossa Excelência, que bem pontuou o dilema do Presidente. O Presidente precisa fazer uma pauta alentada, em função dos vários incidentes que temos aqui, ou as intercorrências, se preferirem: ora é a falta de quórum, ora é a ausência de um advogado, ora é um pedido de vista. E é difícil para o Presidente estabelecer o que é mais importante, em termos de temática submetida ao Plenário Virtual e, afinal, reconhecida como repercussão geral. Por que - pergunto eu, faço uma pergunta retórica, evidentemente, - esse tema anterior, que é a fixação da alíquota de contribuição para o seguro de acidente de trabalho, seria menos importante do que essa responsabilidade dos Estados por danos morais? Como é que o Presidente vai dizer: "Não, esse tema é mais importante que o outro." É muito difícil, todos os temas são importantes. No momento em que nós entendemos que um tema tem repercussão geral, é porque ele tem um interesse nacional que transcende as partes. Essa é a primeira dificuldade.

Então a pauta é alentada, não é porque eu queria, eu gostaria de trazer uma pauta com três itens, mas tenho que trazer aqui ações diretas de inconstitucionalidade, que exigem um quórum de oito membros da Corte, eu tenho que trazer mandados de segurança, agravos, uma pauta variável para que haja material para trabalhar até as dezoito horas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, Vossa Excelência acabou de assumir que sempre foi assim, portanto não se sinta pessoalmente responsável, porque não é o caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, absolutamente. E depois eu pondero a Vossa Excelência que todos nós, por presunção constitucional, temos notável saber jurídico, estamos preparados para enfrentar qualquer coisa, de plano, pelo menos em tese. E Vossa Excelência, eminente professor de Direito Constitucional que é, está sempre preparadíssimo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Essa presunção é *juris tantum*.

RE 580252 / MS

E mais, eu acho que talvez, Ministro Gilmar, uma pauta de algumas semanas com espaços para as emergências.

03/12/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu concordo também que, muitas vezes, temos uma sobrecarga na pauta de temas relevantes, como já foi, aqui, dito e há essa dificuldade. Mas concordo que há uma dificuldade - como vimos - de fazer uma programação estrita, tendo em vista os incidentes que acabam por manifestar-se. E, daí, a possibilidade de não se ter, sequer, o mínimo de cumprimento da pauta desenhada.

Concordo que o tema é extremamente difícil, Presidente, mas gostaria, primeiro, de compartilhar a visão já externada pelo ministro Barroso de que Vossa Excelência implementou, e também já o fazia quando Relator, dando prioridade aos processos de repercussão geral. Tanto é que isso eu pude aferir durante minha Presidência. E, agora, Vossa Excelência logrou colocar em marcha esse processo que hoje é causa de travamento da funcionalidade dos tribunais, como todos sabemos e recebemos reclamações. Há tribunais que já estão alugando novos espaços para guardar processos que ficaram sobrestados. E Vossa Excelência, como já foi bem aludido pelo ministro Barroso, deu essa dinâmica. Eu já tive a oportunidade de congratular-me com Vossa Excelência e faço-o novamente.

Em relação ao tema e em respeito ao voto do ministro Barroso, gostaria de fazer algumas notas, que em princípio é de subscrição integral ao voto do ministro Teori, pontuando que, a despeito do desafio enorme que se coloca, tendo em vista a generalização desse mal - e isso assusta, de fato, se diz "Ah, mas todos nós com experiência de advocacia do Estado" -, olha o impacto que isso terá sobre a economia do Estado, ainda que as indenizações que se fixem sejam modestas. É claro que isso certamente vai estimular o Ministério Público, a Defensoria Pública a

RE 580252 / MS

pensar em ações coletivas, mas também numa agenda propositiva.

Acho que, de alguma forma, temos enorme desafio pela frente; quer dizer, ressalvada a impossibilidade de resolver o problema numa solução niilista - todos nos lembramos da proposta do ministro José Eduardo Cardoso, dizendo que, diante da possibilidade de recolhimento à prisão, melhor o suicídio -, mas admitindo que nem todos tenham essa coragem cívica do suicídio, claro que temos de enfrentar esse tipo de questão. Então, temos esse enorme desafio.

Não há nenhuma dúvida quanto à base positiva, já o disse o ministro Teori Zavascki, a partir das condições dignas de prisão. E, quando olhamos todo o sistema de segurança pública - que é complexo, ele é interligado; é interessante isso -, olvida-se que, no sistema de segurança pública, há um elemento importante que é a Justiça. É a Justiça que prende, é a Justiça que solta. É o Ministério Público que fiscaliza. Somos responsáveis por esse sistema e acabamos deixando isso de lado. Precisamos de olhar isso. Temos uma situação gravíssima quando nos deparamos com pessoas que estão presas há cinco, dez, quinze, onze, catorze anos, Presidente! O CNJ encontrou uma pessoa presa há catorze anos, no Ceará, provisoriamente! Então, é uma situação vexatória para todo o sistema. Responsabilidade da Justiça.

No Brasil, de outro lado, prescreve crime de júri. Veja, o ministro Teori aponta em seu voto a situação do número de homicídios, o percentual, mais um campeonato mundial negativo. Não obstante, não conseguimos levar essas pessoas a julgamento. Imaginem o impacto que isso tem. Isso é de nossa responsabilidade. Então, precisamos de discutir isso.

Por outro lado, temos falta de vagas. Vi e li com atenção tudo o que a AGU faz, por conta, inclusive, de minha experiência naquela Casa. E, nesse caso, o cuidadoso memorial assinado pela doutora Grace. Mas,

RE 580252 / MS

vejam, no que diz respeito ao esforço feito, ele é quase que a confissão da responsabilidade do Estado. Desculpem-me dizê-lo.

Em 2011, Presidente, houve a liberação de cinquenta e quatro milhões de reais e o FUNPEN está contingenciado a 1,8 milhão de reais, nesse Fundo. Vejam, temos um sistema que é alimentado basicamente por recursos da loteria nesse valor - 1,8 milhão de reais. E se consegue fazer convênios - quarenta e oito - no valor de cinquenta e quatro milhões. Temos quinhentos e cinquenta mil presos no país...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Parece que chegamos a quase setecentos mil, Ministro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - No último dado oficial, Ministra Cármem, são exatamente quinhentos mil presos, sendo que quarenta por cento deles provisórios. Duzentos mil provisórios.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Para trezentas e cinquenta mil vagas declaradas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é. Mas há algo muito grave que li hoje de manhã na revista CONJUR. Um artigo do promotor André Melo, reportando-se a uma pesquisa do IPEA, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, e do Departamento de Política Penitenciária do Ministério da Justiça, que diz que dos quarenta por cento de presos provisórios, apenas trinta e sete por cento é que são condenados a pena privativa de liberdade. Então nós sabemos que ficam anos e anos e anos aguardando julgamento e quase a metade dos presos provisórios, que afinal são levados a julgamento, não são presos. Isso é gravíssimo e nós temos que dar uma resposta a esta questão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa observação que o

RE 580252 / MS

Ministro Gilmar fez, até por experiência própria, comprova que, na verdade, o problema não é o tratamento degradante, o problema é a superlotação. Esse é o problema que gera...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A degradação das condições.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Exatamente. Agora, só com relação a isso, nós, no STJ, imputávamos a responsabilidade ao Poder Público. Mas, nos termos em que o Ministro Teori encarta no seu voto, evidentemente que a tese jurídica de que há responsabilidade está fixada. Mas a prova caso a caso será feita nas instâncias ordinárias. De sorte que essa ameaça de um risco sistêmico é importante que ela haja e se depreenda do voto para instigar as autoridades públicas a fazer qualquer coisa. Mas não é a consequência do voto do Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Inclusive, Ministro, se Vossa Excelência me permite, nós precisamos estimular os juízes a aplicar as medidas alternativas, à prisão provisória, à prisão preventiva, que estão fixadas no art. 319 do Código de Processo Penal. Mas hoje o primeiro impulso do magistrado é aplicar o art. 312 e prender preventivamente aquele que é detido em flagrante.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na Primeira Turma, Senhor Presidente, nós chegamos a sugerir que haja uma interação entre o Supremo Tribunal Federal e a Justiça de primeiro grau, porque nós temos muita dificuldade, quando aqui vem **habeas corpus, per saltum** - e são inúmeros, as Turmas funcionam quase como juizados criminais -, em que exatamente se reclama da falta de fundamentação das prisões preventivas. Era preciso que chegassem às instâncias inferiores os problemas por que passa a Suprema Corte, em razão da não aplicação das penas alternativas, das medidas cautelares que vieram com esse escopo e também da fundamentação das prisões preventivas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Interessante este tema. Eu não quero me alongar, mas eu acabo de, por meio do CNJ, fazer uma pesquisa entre juízes da

RE 580252 / MS

execução criminal, indagando a eles por que não aplicam as medidas do art. 319. Eles dizem que, basicamente, é por falta de condições materiais. Por exemplo, não existem tornozeleiras eletrônicas suficientes para a demanda.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, Presidente, exatamente. É esse ponto que ia ferir agora. Investimos grande energia do Judiciário na aprovação - isso constava do pacto republicano - desse novo art. 319 do Código de Processo Penal como medida alternativa ao modelo de prisão provisória, uma vez que sabemos da falência do sistema. E verificamos, a toda hora. Concedemos *habeas corpus* até - hoje já há até uma tipologia lá na Segunda Turma - no sentido de dispensar ou isentar da prisão provisória sem prejuízo da aplicação das medidas cautelares. E sabemos que a última medida prevista é a monitoração eletrônica. Mas, diante da situação hoje existente - e Vossa Excelência certamente já se deparou com isso, uma vez que no CNJ funciona o Departamento de Monitoramento do Sistema Prisional, o que está previsto em lei, é uma das responsabilidades institucionais do CNJ -, sabemos que, muitas vezes, falta comida nos presídios. Logo, exigir de alguns estados, com parca força financeira, tornozeleiras eletrônicas, certamente parece risível. De novo, até uma mudança do próprio sistema do FUNPEN, a necessidade de que sejam destinados os recursos também para essa finalidade.

O que choca, em episódios descritos aqui e que têm como pano de fundo o voto do ministro Teori, nesse caso, é que medidas são possíveis de serem tomadas, porque o discurso do representante da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul é brilhante, mas leva a uma solução acomodatória.

A mim, parece-me que, nesse sentido, sem prejuízo de refletir diante das ponderações que virão no voto do ministro Roberto Barroso, de fato, a proposta que o ministro Teori traz certamente deita luz sobre a

RE 580252 / MS

gravidade do problema e sobre a necessidade de sinalizar a nossa irresignação. Porque esse é um capítulo todo, é um plexo de artigos frontalmente descumpridos. E há medidas, por exemplo, que estão ao alcance, doutora Ela, do Ministério Público, como essa de exigir que o Ministério da Justiça libere. Quer dizer, é crime de responsabilidade, até nesta quadra, contingenciar verba do FUNPEN, diante de tanta clareza de falta de vagas.

Ainda há pouco estive no Supremo, a secretária de justiça do Paraná, Maria Tereza Uille, que realiza belo trabalho naquela unidade da federação, mostrando que é possível construir presídios. Veja: estou com uma causa para trazer ao Plenário, a propósito de falta de vagas no sistema semiaberto ou aberto - o caso do Rio Grande do Sul; matéria com repercussão geral. O que os juízes estão fazendo? Duas coisas: ou dizem que, não tendo vaga, continua no regime fechado - e Deus sabe lá como isso é - ou manda para casa. É essa a solução. Agora, não há nenhuma iniciativa, nenhum esforço no sentido da construção. Vivenciamos isso com o julgamento dos condenados da AP 470. Então, é preciso de sinalizar que norma e realidade precisam de dialogar, que precisam de aproximarem-se.

Desse modo, fazendo essas brevíssimas notas, no contexto atual, não vejo outra alternativa senão subscrever o voto do ministro Teori. Mas iria propor - certamente fica reservado - que não só se reconhecesse a repercussão geral, que já está reconhecida, mas que houvesse a comunicação dessa decisão às autoridades responsáveis, para que, de fato, não se possa alegar que estão inscientes da gravidade desse tema. Certamente, virão ações coletivas nesse contexto; certamente, diante de presídios. Todos sabemos, acho que pende hoje de discussão, aqui, uma ação do Ministério Público, da Procuradoria-Geral, pedido de intervenção no Estado de Rondônia, por conta do Presídio de Urso Branco.

Portanto, temos aí esses casos emblemáticos. Mas basta o número -

RE 580252 / MS

350 mil vagas para 550 mil presos - para saber que já estamos incidindo em excesso.

De modo que vou fazer essas notas, à guisa até de sugestão para ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, eu pedi vista porque eu concordo com todos os itens da manifestação do Ministro Teori. Apenas preciso fazer uma reflexão até que ponto esta solução produz esses resultados, que nós queremos, e remedeiam essas questões que nos afligem.

A indenização individual infelizmente não vai aumentar o número de vagas. A indenização individual infelizmente não vai equipar melhor a polícia. Quer dizer, o sistema punitivo brasileiro, ele está desarrumado na porta de entrada, que é a polícia com seu inquérito policial, e está desarrumado na porta de saída, que é o sistema penitenciário. O Ministério Público e o Judiciário se arrumaram, sob a Constituição de 88. Portanto, é um processo complexo de investimento em capacitação humana, em equipamentos, em estruturas físicas. E não me é indiferente a situação individual, inclusive a possível reparabilidade desta situação individual. Mas, como todos nós aqui temos demonstrado, e eu ouvi o Ministro Gilmar e o voto do Ministro Teori, nós temos um problema sistêmico, que eu acho que nós temos que procurar pensar sistemicamente e tentar oferecer soluções na medida do possível.

Eu assisti, Ministro Gilmar, também, todos aqui também, mas eu assisti, ainda como Procurador do Estado, à judicialização da saúde, em que em pretensões individuais, que se multiplicavam aos milhares, dezenas de milhares e centenas de milhares, você deixou de ter a capacidade de traçar políticas públicas e passou a responder a litígios individuais, que reparou muitas injustiças, mas também contribuiu para desarrumar o sistema.

De modo que, diante dessa minha experiência com demandas individuais e a sua potencialidade de resolver os problemas estruturais, é

RE 580252 / MS

que eu pedi vista - e preciso dizer que não é para divergir, porque todos os pontos do voto do Ministro Teori, eu acho que estão de acordo, e alguns deles são puramente factuais, ele está relatando uma realidade que nós todos sabemos, e relatando com a proficiência de sempre.

Deste modo, talvez só possamos resolver essa questão pontual de um pedido de indenização - paciência -, mas talvez possamos transformar essa questão, como acho que já virou, num processo de reflexão coletiva a outros casos conexos, que Vossa Excelência mesmo tem, a Ministra Rosa tem. Quem sabe não conseguimos transformar esse conjunto de litígios numa contribuição efetiva que o Supremo possa dar para o equacionamento desse problema, nos limites das nossas capacidades institucionais? Infelizmente, não podemos resolver todos os problemas.

Eu, de novo, Presidente, e para encerrar, reitero que a minha reflexão é puramente construtiva, todos os meus sentimentos são bons, Vossa Excelência sabe, e a gestão de Vossa Excelência é marcada pela proficiência. A minha única reflexão é: quem sabe nós conseguimos programar, com algumas semanas, pelo menos algumas questões que exigem uma reflexão maior para evitar o pedido de vista? Eu não gosto de pedir vista repetidamente, mas, às vezes, não há alternativa. Eu sou aqui o mártir que vota primeiro, e nem sempre tenho a reflexão, o tempo para reflexão, a presunção do **iura novit curia**, que eu aceito muito honrado, mas é uma presunção **juris tantum**, de modo que, às vezes, não funciona bem assim. Portanto, agradeço a Vossa Excelência.

Então, estou pedindo vista e, oportunamente, trarei essa questão. E, talvez, possa conversar com Vossa Excelência para, eventualmente, vermos se é o caso de trazermos um conjunto de questões sobre essa temática.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu tenho certeza que o voto-vista que Vossa Excelência trará enriquecerá muito a discussão.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S) : ANDERSON NUNES DA SILVA

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Teori Zavascki (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Falou, pelo recorrente, o Dr. Antônio Ezequiel Inácio Barbosa, e, pelo recorrido, o Dr. Ulisses Schwarz Viana, Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.12.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

06/05/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, eu fiz distribuir a todos os colegas o meu voto. Penitencio-me por não ter distribuído uma via para o eminente Procurador-Geral da República, e peço que seja providenciada.

Senhor Presidente, eu trago um voto bastante longo, que evidentemente não pretendo ler, mas a questão, como Vossa Excelência bem sabe - e recentemente, ontem ainda, pronunciou-se sobre isso -, é uma das questões mais complexas em curso hoje no Brasil. Desse modo, pedi vista para fazer uma reflexão mais aprofundada sobre o tema.

Como todos sabem, existem perante o Supremo Tribunal Federal um conjunto de ações nas quais se discute, em diferentes circunstâncias, a situação do sistema penitenciário no Brasil. Eu destaquei três dessas ações: o Recurso Extraordinário nº 641.320, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, no qual se discute a questão do cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime estabelecido na condenação penal. Essa é uma questão que nós teremos de apreciar: a falta de vagas em regime semiaberto e aberto, que faz com que o preso tenha que cumprir a pena ou num regime mais grave ou num regime menos grave do que aquele em que foi condenado. Há um segundo recurso extraordinário, Presidente, da relatoria de Vossa Excelência, em que se discute a possibilidade de o Poder Judiciário determinar aos Estados a realização de obras e a construção de presídios. E há uma terceira ação, uma ação direta de inconstitucionalidade, da relatoria da Ministra Rosa Weber, em que, à semelhança da presente ação, se discute a responsabilidade civil do Estado por danos morais causados aos detentos. Neste caso específico, em que pedi vista, a discussão é sobre o direito à reparação de danos morais

RE 580252 / MS

em razão de más condições no encarceramento. Evidentemente, a solução deste problema não terá como deixar de tangenciar matérias afetas às outras demandas em curso.

A segunda observação introdutória que eu gostaria de fazer é que a sociedade brasileira tem vivido, nos últimos anos, a aflição de um aumento progressivo da criminalidade. E curiosamente, ao lado de uma certa sensação de impunidade, o Brasil tem hoje uma das maiores populações carcerárias do mundo, como tem sido lugar comum repetir. Eu gostaria de destacar, porque considero isso importante para o debate, para conhecimento não só dos Ministros como da sociedade brasileira, que as más condições dos presídios trazem algumas consequências negativas para a sociedade que saltam aos olhos. Dentre elas destaco a realimentação da criminalidade e da violência, porque os presídios se tornam escolas do crime, e as estatísticas impressionantes de reincidência que caracterizam o sistema punitivo brasileiro, a demonstrar que os presídios não têm sido capazes de, minimamente, ressocializar as pessoas.

Eu gostaria de salientar, como última observação introdutória, que uma maior seriedade na aplicação do Direito Penal, não necessariamente o seu endurecimento, exige, como consequência natural, o aporte de mais recursos para o sistema. Portanto, é preciso deixar isso claro para a sociedade, para que ela participe desse debate de maneira esclarecida e, por seus representantes, faça as opções políticas que achar que deve fazer.

Eu dou dois exemplos que considero relevantes: a sociedade, de uma maneira geral, considera leniente o sistema de execução penal no Brasil em que, como regra, o preso cumpre um sexto da pena e, em seguida, progride de regime. Quer dizer, o sistema cria um modelo de rodízio em que o preso fica pouco tempo e abre vaga para o próximo que vai entrar. E, a despeito desse sistema que a sociedade considera leniente, existem mais de trezentas mil vagas faltantes, correspondentes ao número de mandados de prisão que não são executados. E o segundo exemplo que eu gostaria de dar é que a falta de estabelecimentos, para o cumprimento de penas em regime semiaberto e aberto, faz com que, em muitos

RE 580252 / MS

Estados, essas penas sejam cumpridas em regime de prisão domiciliar, o que também causa, em muitas situações, desconforto para a sociedade. Ora, tanto a alteração do cumprimento de apenas um sexto, como a não aplicação de prisão domiciliar exigem a construção de novos presídios, para regime aberto e semiaberto, e a abertura de mais vagas dentro do sistema. Dessa forma, o endurecimento do Direito Penal ou a maior seriedade do Direito Penal tem como consequência natural a exigência de um maior aporte de recursos para o sistema.

Feita essa observação, passo ao caso concreto que é uma ação em que a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul postula, em favor de um preso, uma indenização por danos morais em razão das péssimas condições de encarceramento que se submeteu este indivíduo.

A decisão, na origem, abreviando esse itinerário, foi em apelação. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul julgou procedente o pedido e deu ao autor da ação, ao preso, uma indenização no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Essa decisão, proferida em apelação, foi reformada em embargos infringentes, no âmbito do próprio Tribunal de Mato Grosso do Sul. O Tribunal assentou, então, que não haveria o dever de pagar a indenização com base na teoria da reserva do possível. O Estado de Mato Grosso do Sul alegou, e o argumento foi acolhido, que as más condições dos presídios - e daquele presídio específico de Corumbá - decorria de opções políticas e legislativas feitas no âmbito da representação política da sociedade que não aportou recursos orçamentários para o sistema e, conseqüentemente, não haveria possibilidade de se responsabilizar o Estado porque aquela tinha sido uma opção política dos órgãos responsáveis pela formulação de políticas públicas.

Houve recurso extraordinário desta decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, e, o relator, o eminente Ministro Teori Zavascki, em um voto primoroso, reformou a decisão proferida em embargos infringentes pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para estabelecer o dever jurídico do Estado de pagar a indenização. Basicamente, Sua Excelência restabeleceu a decisão da apelação e deu ao autor da demanda uma indenização no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil

RE 580252 / MS

reais), no que foi acompanhado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes.

Diante desse voto, Presidente, pedi vista e estou trazendo-a depois de ter feito uma reflexão relativamente profunda e de ter elaborado um voto relativamente longo. Gostaria de dizer, desde logo, que estou de pleno acordo com todas as premissas teóricas e filosóficas que embasaram o voto do Ministro Teori Zavascki e que, conseqüentemente, o levaram a dar provimento ao recurso extraordinário e determinar o pagamento de uma indenização a este indivíduo. Porém, agrego aqui algumas reflexões, que me levam a uma solução um pouco diferente. Basicamente, trago duas razões. A primeira delas é que este não foi um caso específico, um caso isolado. O problema do sistema penitenciário brasileiro não é o de Mato Grosso do Sul, é um problema nacional, como Vossa Excelência, Presidente, tem apontado, como o Conselho Nacional de Justiça tem apontado, como diversos Ministros têm suscitado. Assim sendo, estamos diante de um problema que é sistêmico e estrutural e, para o qual, soluções individuais e pontuais de natureza pecuniária podem agregar algum grau de complicação.

A premissa do meu voto é que o critério de pagamento de uma indenização de natureza puramente pecuniária não apenas não resolve o problema deste indivíduo ou do sistema; pelo contrário, pode agregar algumas complicações. Além disso, Presidente, no tocante à reparação de natureza pecuniária, vejo ainda uma outra circunstância: a decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que foi reavivada no voto do Ministro Teori Zavascki - até porque ele não teria muitas alternativas senão restabelecer esta decisão, porque não haveria como se fazer uma instrução aqui para quantificar isso de modo diferente -, atribui R\$ 2.000,00 (dois mil reais), mas não estabelece nenhum tipo de critério, quer dizer, R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mil por quanto tempo? E, se depois de receber a indenização, o indivíduo continuar dentro do sistema, ele tem direito a uma nova compensação?

Penso que a decisão tal como ela chegou aqui e, logo, não há falha e nenhum tipo de impropriedade na decisão do eminente Ministro Teori, não equaciona o problema. Então, o sujeito ficou preso 5 (cinco) anos em

RE 580252 / MS

regime fechado, depois passou para o semiaberto, depois passou para o aberto, depois passou para a liberdade condicional e foi indenizado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sem que se saiba bem por quanto tempo esse valor está cobrindo, ou qualquer outro tipo de critério quantificador desta indenização. Além disso, esse tipo de indenização pecuniária ainda abre o flanco para uma outra consequência, que pode ser grave, que é, diante do problema estrutural e sistêmico das penitenciárias no Brasil, deflagrarem-se ações de reparação de dano aos milhares, talvez às centenas de milhares, em diferentes partes do Brasil, o que agravaria o problema.

Desse modo, Presidente, pedi vista para refletir sobre que alternativa poderíamos oferecer ao debate público e à sociedade para, sem cancelar a gravíssima violação dos direitos fundamentais representada pelos presídios brasileiros, em lugar de defender puramente o pagamento de indenizações individualizadas em dinheiro.

06/05/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

VOTO-VISTA

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

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

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

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

4. Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento.

5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento *in natura* ou na forma específica dos danos, por meio da *reunição* de parte do

RE 580252 / MS

tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.

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

7. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.”

I. INTRODUÇÃO

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

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

RE 580252 / MS

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

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

(iii) a ADI nº 5.170, de relatoria da Ministra Rosa Weber, que, à semelhança do presente recurso extraordinário, discute a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos.

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

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

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

RE 580252 / MS

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

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

II. UM BREVE RESUMO DO CASO**II.1. A HIPÓTESE**

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

RE 580252 / MS

carcerária”.

7. O caso concreto subjacente envolve ação ordinária de reparação de danos morais ajuizada pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, em favor do recorrente, que, condenado a 20 anos de reclusão, cumpria pena no estabelecimento penal de Corumbá (MS). A Defensoria alegou, em síntese, que o preso teria direito a indenização, por estar submetido a tratamento degradante, decorrente da excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio, como condições precárias de habitabilidade, insalubridade e ausência de espaço físico mínimo nas celas. Com base nisso, pleiteou a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de um salário mínimo mensal ao recorrente, enquanto perdurasse o tratamento degradante e a superlotação.

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

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

RE 580252 / MS

obrigação do Estado a garantia de condições de dignidade aos internos.

II.2. O VOTO DO MINISTRO RELATOR

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

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

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

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

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

RE 580252 / MS

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

13. Após o voto do relator, pedi vista dos autos para uma análise mais detida da questão.

II.3. EM BUSCA DE UM CAMINHO ALTERNATIVO

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

15. No entanto, considero que a tese fixada na repercussão geral não confere a devida importância a um fator subjacente à responsabilização civil no caso: a natureza estrutural e sistêmica das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência

RE 580252 / MS

crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa.

16. Nesse contexto, me parece que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. O dinheiro que lhe será entregue terá pouca serventia para minorar as lesões existenciais sofridas. Ao lado disso, a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, esta solução, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

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

18. Há, assim, uma real perspectiva de proliferação das demandas de detentos por danos morais, com inevitável repercussão orçamentária. Considerando-se que nossas prisões acomodam atualmente cerca de 560 mil presos, indenizar cada um deles, ainda que no reduzido valor de R\$ 2 mil, produziria um gasto de mais de R\$ 1 bilhão. E o dispêndio de recursos não se limitaria a esse montante, na medida em

RE 580252 / MS

que cada novo preso seria potencialmente merecedor da indenização, uma vez que não há no horizonte perspectiva de contenção da crise prisional.

19. É certo que preocupações com a saúde financeira dos Estados não podem ser utilizadas para simplesmente negar aos presos a compensação pelos danos morais. Afinal, como justificar o deferimento de indenizações por danos morais em situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento injustificado de voos e a devolução indevida de cheques, e negá-las a detentos que sofrem gravíssimas violações aos seus direitos nas prisões? Ademais, tal decisão não conferiria aos internos qualquer garantia de que os recursos economizados seriam efetivamente aplicados na melhoria das condições carcerárias. Pelo contrário, a exclusão da responsabilidade civil no caso agiria como mais um estímulo para que tudo continue como está, já que as violações aos direitos dos presos permaneceriam impunes.

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

21. Antes, porém, de enunciar a solução proposta, é necessário analisar mais detidamente a natureza e a gravidade da situação carcerária

RE 580252 / MS

no Brasil e apresentar alguns caminhos que podem ser trilhados pelo Estado brasileiro no sentido de garantir aos presos condições adequadas de encarceramento.

III. A NATUREZA SISTÊMICA DO PROBLEMA PRISIONAL**III.1 UM PROBLEMA ESTRUTURAL BRASILEIRO**

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

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

24. O relatório final da CPI do Sistema Carcerário, produzido pela Câmara dos Deputados em 2009¹, e os diversos relatórios de mutirões carcerários, promovidos pelo CNJ em todos os Estados desde

1 CPI do Sistema Carcerário, pp. 114, 123, 156, 163, 192/233, 248, 247, 193, 269, 270.

RE 580252 / MS

2008², apenas confirmam essas estatísticas. De acordo com tais documentos, nenhuma unidade da federação escapa do problema do déficit de vagas. Em grande parte dos presídios, há celas superlotadas, com pessoas amontoadas, dormindo em esquema de revezamento, em cima do vaso sanitário, no chão ou em redes afixadas nas paredes. E quando as celas não oferecem espaço suficiente, presos são alojados nos corredores, pátios e até mesmo em contêineres de aço, semelhantes a jaulas de animais.

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

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

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

RE 580252 / MS

descarga é liberada uma única vez ao dia, independentemente de quantas vezes e quantas pessoas os utilizaram.

27. Na assistência à saúde, faltam profissionais, atendimento médico e medicamentos. Os presos são obrigados a conviver com dores, doenças e feridas, muitas vezes sem qualquer tratamento. Além da falta de profissionais de saúde, os presídios praticamente não possuem medicamentos em estoque. As assistências educacional e laboral também são falhas, sobretudo, pela falta de oportunidades. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), apenas cerca de 10% dos presos estudam e pouco mais de 20% estão envolvidos em atividade laboral³. Os presos são, assim, condenados ao ócio, sendo esse um fator decisivo para os conflitos e revoltas nos presídios.

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

29. Outro componente do caos carcerário é a desestruturação do sistema de justiça, com a falta de pessoal, graves deficiências de funcionamento nas varas de execução penal e carências no acesso à assistência jurídica pelos presos. Esses problemas dificultam o monitoramento do tempo para a obtenção de benefícios e favorecem a lentidão na tramitação de processos, promovendo atrasos significativos

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

RE 580252 / MS

na concessão de benefícios penais, como a progressão de regime. Com isso, presos são muitas vezes mantidos nas cadeias além do prazo legal. É o que revela a ação dos Mutirões Carcerários, do CNJ. Desde o início do projeto, em 2008, até o final de 2013, os mutirões concederam mais de 78 mil benefícios e colocaram em liberdade pelo menos 41 mil detentos que já tinham cumprido integralmente a sua pena, mas permaneciam nos cárceres⁴.

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

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

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

RE 580252 / MS

Desumanos ou Degradantes.

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

33. A degradação a que os presos são submetidos e a ausência de separação dos internos de acordo com a sua periculosidade transformam os presídios em verdadeiras “escolas do crime”. De lá, presos de menor potencial ofensivo saem criminosos perigosos, integrando facções e cheios de novas conexões. O elevado índice de reincidência criminal no país apenas corrobora essa afirmação. Segundo estimativas do CNJ, 70% dos presos voltam a cometer delitos após saírem das prisões⁵. É, assim, fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: além de não prever retribuição na medida certa, não previne, nem ressocializa.

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

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

RE 580252 / MS

pública⁶.

35. Há um evidente paradoxo nesse cenário. A população tem uma sensação difusa de impunidade e de insegurança. Ainda assim, o país pune muito, com índices de encarceramento crescentes. Para que se tenha uma ideia, dentre os 50 países com maior população carcerária no mundo, o Brasil é o que apresentou o segundo maior aumento da taxa de pessoas presas entre 1995 e 2010, na ordem de 136%. O país, na verdade, prende muito, mas prende mal. Atualmente, a maior parte da população carcerária é formada por condenados por crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, como furto e receptação (cerca de 18% dos presos⁷), e por tráfico de entorpecentes (cerca de 26% da população total e mais de 60% das mulheres presas⁸). Por outro lado, o percentual de pessoas presas por homicídio é baixíssimo, de menos de 12%, sendo que o índice de elucidação desse crime é ainda menor, de 5% a 8% dos casos⁹.

36. As deficiências apontadas acima fazem com que o sistema penal brasileiro seja extremamente seletivo em relação à sua clientela preferencial. É por essa razão que, como já afirmei¹⁰, no Brasil de hoje, é mais fácil prender um jovem de 18 anos que porta 100 gramas de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. As estatísticas comprovam que tais afirmações são algo

6 Disponível em <jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>.

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

8 *Ibid.*

9 Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>

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

RE 580252 / MS

mais do que uma simples pré-compreensão. Segundo o Depen¹¹, quase 60% dos presos são negros ou pardos e o nível de escolaridade de aproximadamente 70% dos detentos não passa do ensino fundamental. Apenas 0,4% dos presos completou o ensino superior.

37. Não bastasse, a política de encarceramento em massa é extremamente onerosa aos cofres públicos. De acordo com informações do Depen¹², mesmo nas condições precárias atuais, os Estados gastam, em média, cerca de R\$ 2 mil por mês para a manutenção de cada detento¹³. Já o custo médio de construção de cada nova vaga é de R\$ 43.835,20, no regime fechado, e R\$ 24.165,19, no semiaberto. Dessa forma, para zerar o atual déficit de vagas, seria necessário investir mais de R\$ 10 bilhões somente na construção de presídios.

38. E o quadro tende a piorar. Se o país mantiver o atual ritmo de crescimento da população prisional, de cerca de 7% ao ano, será preciso construir mais 340 mil vagas até 2020, com um investimento adicional de R\$ 12 bilhões¹⁴. Nessas condições, o Estado terá que destinar nos próximos anos cerca de R\$ 22 bilhões somente para fazer face à superlotação. Isso sem contar os mais de R\$ 680 milhões mensais que deverão ser gastos para a manutenção dos novos presos no sistema.

39. Todos esses dados revelam a profundidade do problema prisional, nitidamente insustentável do ponto de vista humanitário, social e financeiro. É preciso urgentemente repensar a atual política de encarceramento e reestruturar inteiramente o sistema de justiça criminal.

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

12 Dados cedidos pelo Depen.

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

14 Dados cedidos pelo Depen.

RE 580252 / MS

Caso contrário, além de perpetuar a inconstitucional e inaceitável violação à dignidade dos presos, corremos o sério risco de um “colapso” do sistema penitenciário, com graves repercussões financeiras e de segurança pública para os Estados.

III.2 UM PROBLEMA NÃO ISOLADO NO CONTEXTO MUNDIAL

40. A situação dos presídios brasileiros não é um fenômeno isolado e sem precedentes no cenário mundial. Diversos países enfrentam problemas de superlotação e graves deficiências em seus sistemas carcerários. Em Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal, realizado em Doha em abril deste ano, declarou-se que a superpopulação de presídios alcançou “proporções epidêmicas”. Apenas no ano passado, dos 193 países-membros da ONU, 77 registraram número de presos superior a 120% da capacidade dos estabelecimentos penais. Para citar apenas alguns exemplos, é o caso dos Estados Unidos, da Itália, da Rússia, da Colômbia e da África do Sul.

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

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

RE 580252 / MS

Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁵.

43. A jurisprudência da Corte Europeia se firmou no sentido da possibilidade de condenação dos Estados a repararem os danos morais causados aos presos nesses casos. A CEDH entendeu, porém, que o tratamento degradante deve atingir um nível mínimo de gravidade para dar causa à indenização. A avaliação desse mínimo de gravidade é relativa. Depende da análise de todas as circunstâncias do caso concreto, incluindo a duração do encarceramento, seus efeitos físicos e mentais e as condições efetivas da detenção, como o espaço físico individual na cela, a privacidade no uso dos lavatórios, a ventilação e a iluminação das celas e a higiene. Para a Corte, porém, quando a superlotação atinge um nível excessivo, a falta de espaço individual na cela pode ser utilizada como o elemento central para a condenação. Em diversos julgados, a CEDH decidiu que a atribuição ao preso de espaço físico inferior a 3m² cria uma forte presunção de tratamento degradante, justificando a condenação dos Estados a pagarem indenizações aos detentos.

44. Em alguns desses casos, a Corte foi além da decisão dos pedidos de reparação formulados pelos requerentes. Isso ocorreu precisamente quando a CEDH observou que a superlotação nas prisões revelava a existência de um problema estrutural e sistêmico do Estado, que consistia em uma *prática* incompatível com a Convenção Europeia. Em hipóteses como essa, a Corte Europeia entendeu que precisava conferir uma resposta mais eficaz às repetitivas reclamações recebidas e passou a adotar um procedimento especial, criado pela via de sua jurisprudência¹⁶. Nesse procedimento, denominado “julgamento piloto”, a CEDH identifica as causas do problema estrutural e determina ao Estado-réu a adoção de medidas para por fim às violações constatadas e

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

16 Em 2010, o procedimento passou a ter previsão no art. 614 do Regulamento da CEDH.

RE 580252 / MS

para minorar, tanto quanto possível, suas consequências, sob a supervisão do Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

45. O “julgamento piloto” vem sendo adotado pela Corte Europeia em diversos casos que envolvem condições do sistema prisional. No caso *Ananyev et al. v. Rússia*¹⁷, a Corte analisou pedidos de indenização por danos morais formulados por dois presos provisórios russos. Ambos haviam sido mantidos em celas superlotadas, com superfície individual inferior a 3m², enquanto aguardavam seus julgamentos. Ao analisar as reclamações, a CEDH entendeu que o sistema prisional da Rússia padecia de um problema estrutural consistente na existência de condições inadequadas de detenção, como a flagrante falta de espaço nas celas, a escassez de lugares para dormir, o acesso limitado à iluminação e ar fresco e a falta de privacidade no uso dos sanitários.

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

47. Também merece destaque o emprego do “julgamento piloto” em relação ao sistema carcerário da Itália. No caso *Torreggiani et al. v. Itália*¹⁸, diversos detentos que cumpriam pena em celas superlotadas ingressaram com requerimentos de condenação do Estado ao pagamento de indenizações. Tal como no julgado anterior, a Corte Europeia, além de determinar a reparação dos danos morais causados aos requerentes,

17 CEDH, Caso *Ananyev e outros v. Rússia*, j. em 10.01.2012.

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

RE 580252 / MS

aplicou o procedimento do julgamento piloto, por ter identificado que a superpopulação carcerária na Itália possuía caráter estrutural. Como consequência, determinou que o governo italiano adotasse, no prazo de 1 ano, um conjunto de medidas aptas a reduzir a superlotação, que compreendesse remédios tanto preventivos, quanto compensatórios.

48. O mais interessante desse caso foi a sua repercussão positiva sobre as condições de encarceramento no país. Atendendo à decisão da CEDH, a Itália apresentou à Corte um plano de ação e adotou diversas medidas de reforma de seu sistema prisional. A título exemplificativo, estimulou a adoção de medidas alternativas à prisão, ampliou as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, sobretudo para crimes de menor potencial ofensivo, previu a expansão do uso da monitoração eletrônica, criou uma ouvidoria nacional das pessoas presas, reduziu as penas de crimes relacionados a drogas leves e ampliou as oportunidades de trabalho para os detentos¹⁹. No que se refere especificamente aos remédios compensatórios, o governo italiano estabeleceu um mecanismo de reparação *in natura* dos danos morais causados aos presos, consistente na remição de 1 dia de pena para cada 10 dias de detenção em condições degradantes ou desumanas²⁰. Apenas os detentos que não estiverem mais sob custódia do Estado, ou cuja pena a cumprir não permita a dedução da totalidade da remição concedida, podem pleitear uma indenização pecuniária, pré-fixada no montante de 8 (oito) euros por dia de detenção.

49. Diante do sucesso das medidas adotadas pela Itália, menos de dois anos após a adoção do “julgamento piloto”, a Corte Europeia declarou inadmissíveis duas novas demandas de indenizações por danos morais formuladas por presos italianos, nos casos *Stella et al. v. Italie* e *Rexhepi et al. v. Italie*²¹. Segundo a CEDH, havia evidências suficientes de

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

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

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

RE 580252 / MS

que as medidas adotadas pelo governo italiano foram eficazes para atacar o problema da superlotação e para garantir os direitos dos presos, inclusive à reparação dos danos causados. De acordo com informações prestadas pela Itália, naquele momento, não havia mais nenhum detento que cumprisse pena em cela com espaço individual inferior a 3 m².

50. A exemplo da União Europeia, os Estados Unidos também possuem uma fértil experiência no campo das reformas do sistema carcerário a partir de intervenções judiciais²². Entre 1965 e 1990, juízes federais concederam amplas ordens de reforma prisional em quase todos os estados norte-americanos²³, por entenderem que determinadas prisões e, em alguns casos, todo o sistema prisional de um Estado impunham punição cruel aos presos, em violação à Oitava Emenda²⁴. As decisões judiciais nesses casos, os chamados *prison reform cases*, tiveram em comum a intervenção em um amplo espectro de condições dos presídios, a formulação de ordens detalhadas para a reestruturação do sistema carcerário e o monitoramento das ações determinadas. São, assim, um dos maiores exemplos de formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

51. O caso mais emblemático dessa intervenção é o *Holt v. Sarver*, relativo ao sistema prisional do Arkansas²⁵. Trata-se do primeiro caso em que o Judiciário norte-americano declarou a inconstitucionalidade de todo o sistema prisional de um Estado, por infligir cruel punição aos presos, em afronta aos seus direitos

22 Sobre o tema, cf: Malcolm Feeley; Edward Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State*. How the Courts Reformed America's Prisons. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1998.

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

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

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

RE 580252 / MS

constitucionais. No caso, os presos do Arkansas alegaram falta de assistência médica, uma política cruel e irrazoável de confinamento dos detentos na solitária e a incapacidade do Estado em proteger os presos de ataques de outros internos. Ao julgá-lo, o juiz J. Smith Henley entendeu que as condições de detenção no Arkansas eram inconstitucionais, mas não impôs imediatamente as soluções que considerava adequadas. Ao invés disso, estabeleceu diretrizes para a humanização das prisões e ofereceu à administração prisional a oportunidade de estabelecer um plano para sanar as violações constatadas, que ficaria sob a supervisão da Corte.

52. Na sequência, realizaram-se diversas audiências para acompanhar os progressos obtidos e verificaram-se melhorias efetivas nas prisões estaduais, de modo que a Corte entendeu que a sua supervisão já não era necessária. Quando as condições prisionais tornaram a se agravar, a Corte interveio novamente, dessa vez, com ordens ainda mais detalhadas ao departamento penitenciário estadual, tais como a limitação do número de presos que poderiam ser confinados em uma cela e a definição de um período máximo de isolamento de 30 dias. Esta última determinação e outras foram questionadas perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, que as validou, por entender que eram necessárias para corrigir as violações constitucionais identificadas²⁶.

53. Mais recentemente, em 2011, o famoso caso *Brown v. Plata*, relativo ao sistema carcerário da Califórnia também foi decidido pela Suprema Corte norte-americana²⁷. No caso, a Suprema Corte declarou constitucional a ordem emitida por Corte distrital colegiada da Califórnia (*Three-judge Court*) no sentido de que o Estado limitasse a população prisional a até 137,5% da capacidade dos presídios, o que representaria a soltura de 46 mil detentos, por entender que a medida foi necessária para remediar as graves violações constitucionais constatadas.

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

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

RE 580252 / MS

54. A decisão da *Three-judge Court* havia sido proferida nas causas correlatas *Coleman v. Brown* e *Plata v. Brown*, relativas à ausência de tratamento adequado para presos com deficiências mentais e à falta de assistência médica aos presos, respectivamente. Nessa ocasião, tal Corte constatou que as graves condições sanitárias e a carência de assistência médica nas prisões estaduais possuíam como causa principal a superlotação e intimou a Califórnia a apresentar, em 45 dias, um plano de redução da população carcerária no prazo de 2 anos, cuja execução seria monitorada pela própria Corte. De acordo com a decisão, o Estado estaria livre para escolher as medidas para alcançar a meta, desde que não se tratasse de medidas meramente provisórias ou que repercutissem negativamente sobre as condições de vida dos presos. Até hoje, porém, a Califórnia não atingiu o limite fixado. Recentemente, o prazo para o cumprimento da meta foi prorrogado até fevereiro de 2016. A despeito disso, a decisão permitiu considerável redução da população prisional do Estado e criou incentivos para a melhoria das condições de vida nos presídios locais.

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

RE 580252 / MS

56. Na Sentença T-153, de 1998, uma das suas mais importantes decisões, a Corte Constitucional da Colômbia declarou que o sistema prisional colombiano constituía um estado de coisas inconstitucional²⁸. O caso teve origem em demandas individuais relativas a duas penitenciárias específicas. No entanto, a Corte constatou que a superlotação e as condições desumanas de detenção eram problemas generalizados, configurando a violação massiva dos direitos fundamentais da população carcerária do país. Como resultado, a Corte colombiana determinou a diversos órgãos do Poder Público a adoção de uma série de medidas para a superação desse estado de coisas. Dentre tais medidas, destacam-se (i) a elaboração, no prazo de 3 meses, de um plano para a construção e renovação de presídios que deveria ser executado no período de 4 anos, sob a supervisão de determinados órgãos estatais, (ii) a disponibilização de recursos orçamentários, pelo governo federal, para a execução do plano, e (iii) a separação dos presos provisórios daqueles já condenados.

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

58. As experiências da União Europeia, dos Estados Unidos e da Colômbia, apresentadas brevemente acima, não evidenciam apenas

28

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

RE 580252 / MS

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

III.3 UM PROBLEMA QUE DEMANDA UMA ATUAÇÃO COORDENADA

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

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

61. De início, o problema mais imediato a ser enfrentado é a *superlotação*, não apenas em razão das violações de direitos humanos dos presos que enseja, mas também pelas dificuldades que impõe à

RE 580252 / MS

gestão dos estabelecimentos prisionais. Como afirmou a CPI da Câmara dos Deputados, ela é “a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”. A ocupação dos presídios em número muito superior à sua capacidade prejudica severamente a manutenção de condições mínimas de higiene, privacidade e habitabilidade. Prejudica, igualmente, a prestação das diversas assistências previstas na LEP e a garantia da ordem e segurança internas, com efeito direto sobre as condições de vida dos presos e sobre a segurança pública.

62. Entendo que há diversas medidas capazes de diminuir o déficit de vagas nos presídios, tais como:

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

(ii) enquanto não forem construídas novas vagas, a oferta de vagas aos presos que tenham direito subjetivo à progressão de regime ou que tenham sido condenados inicialmente ao regime semiaberto, deverá se dar por meio da organização de uma “fila de saída”. Tal fila deverá obedecer a critérios objetivos, que permitam a concessão de prisão domiciliar ou de antecipação do regime aberto a outro preso que já esteja cumprindo a pena no regime semiaberto e já tenha alcançado ou esteja mais próximo de alcançar o requisito objetivo para progredir para o regime aberto²⁹;

(iii) o fim do uso excessivo e desproporcional da prisão provisória, a partir: a) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar tanto o decreto de prisão, quanto a não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, exigindo-se a especificação de fatos concretos que fundamentem a presença dos requisitos legais justificadores da

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

RE 580252 / MS

prisão e que comprovem a insuficiência de cada uma das medidas cautelares não privativas de liberdade, ainda que aplicadas cumulativamente³⁰; *b*) da ampliação, para todas as unidades da federação, da exigência de realização de audiências de custódia, conforme projeto piloto do CNJ³¹; e *c*) da criação de política de incentivo à utilização do monitoração eletrônica como alternativa à prisão provisória, por meio da locação de equipamentos, da instalação ou do fortalecimento de centrais de monitoração eletrônica e de outros mecanismos que garantam a fiscalização do cumprimento da pena^{32 33};

(iv) o estímulo à aplicação mais ampla de penas alternativas à prisão, por meio: *a*) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar a não aplicação das penas alternativas na sentença condenatória; e *b*) do investimento no fortalecimento das centrais de acompanhamento de penas e medidas alternativas e na criação

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

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

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

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

RE 580252 / MS

de outros mecanismos que permitam aumentar o controle e a fiscalização do seu cumprimento³⁴;

(v) o aumento da celeridade e da eficiência da Justiça criminal, pela adoção de providências como: *a)* a ampliação do número de Varas de Execução Penal, *b)* a reestruturação das VEPs já existentes, com o reforço do quadro de pessoal, o estímulo à adoção das boas práticas de gestão cartorária instituídas pelo CNJ e o fornecimento de treinamento a magistrados e servidores de apoio direto, *c)* a implantação de um sistema eficaz de monitoramento do tempo de obtenção dos benefícios da execução penal, e *d)* o efetivo impulsionamento de ofício dos processos de execução penal, sem necessidade de aguardar a manifestação da parte interessada, nos termos da LEP e da Resolução CNJ nº 113/2010; e

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

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

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

RE 580252 / MS

para os cofres públicos e para a sociedade.

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

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

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

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

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

(iv) exigir a elaboração de estudo de impacto político-criminal³⁵ pelo Poder Legislativo previamente à aprovação de qualquer reforma na seara criminal, de modo que as alterações

35 Salo Carvalho, Em defesa da Lei de Responsabilidade Político Criminal, In *Revista da EMERJ*, v. 15, 2012.

RE 580252 / MS

da legislação penal não sejam aprovadas no escuro, mas a partir da consideração de seus efeitos empíricos e impactos financeiros;

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

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

66. Por fim, é preciso suprir as graves *deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios*. Se as medidas apresentadas nos itens anteriores podem oferecer uma boa resposta aos níveis crescentes de encarceramento, tais ações não atuam direta e imediatamente sobre as condições de vida dos detentos. Por isso, qualquer projeto de reforma prisional deve envolver também respostas diretas e efetivas às condições desumanas e degradantes de detenção, dentre as quais destaco as que se seguem:

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

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

(iii) melhoria das assistências *a)* material, mediante o

RE 580252 / MS

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

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

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

RE 580252 / MS

68. De acordo com informações do Depen, atualmente, o Fundo possui saldo contábil de aproximadamente R\$ 2,2 bilhões³⁶. Desde a sua criação em 1994 até 2014, o fundo arrecadou mais de R\$ 4,4 bilhões (em valores não atualizados). No entanto, apenas parcela desse valor, de cerca de R\$ 3,4 bilhões, foi disponibilizada aos Estados³⁷. Isso se deve a dois motivos principais. Primeiro ao contingenciamento de parte do orçamento do Funpen pelo governo federal para obtenção do superávit primário, que vem ocorrendo desde a criação do fundo³⁸. Segundo porque uma parcela significativa dos valores disponíveis não é utilizada pelos Estados, seja porque não conseguem cumprir as exigências formuladas pelo governo federal para o repasse dos fundos, seja porque têm dificuldades para executar os valores repassados.

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

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

36 Dados cedidos pelo Depen.

37 Dados cedidos pelo Depen.

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

RE 580252 / MS

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

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

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

RE 580252 / MS

não tem voto. Faltam, assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias.

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

IV. A SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO**IV.1 HÁ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDIÇÕES DESUMANAS DE ENCARCERAMENTO**

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

76. O sistema de responsabilidade civil tem sua fonte primária na Constituição Federal. Em linha com a centralidade da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, a Carta de 88 assegura a ampla indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de violações a uma ampla gama de interesses existenciais, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, V e X, CF). Como observou Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade humana e os danos morais correspondem a duas faces de uma moeda³⁹. A causa do dano moral nada mais é do que a lesão à dignidade, de modo que “*quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injusto sofrido*”⁴⁰.

77. No caso em exame, a violação à dignidade humana e os danos morais suportados pelo recorrente são incontroversos. Nos autos,

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

40 *Ibid*, p. 326.

RE 580252 / MS

há relatório da Vigilância Sanitária do Município (fls. 50/52), documento do Departamento Penitenciário Nacional (fls. 247/248) e Decreto editado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul (fls. 442/443) que comprovam a situação alarmante a que são submetidos o recorrente e outros detentos que cumprem pena no presídio de Corumbá, causada pela superlotação e por problemas estruturais, como a ausência de condições mínimas de higiene e habitabilidade e de espaço nas celas. A violação a direitos fundamentais do recorrente é igualmente reconhecida em todas as decisões proferidas no processo, mesmo naquelas que afastaram o dever estatal de indenizar. Nesse sentido, o acórdão recorrido reconhece expressamente que “[n]ão há dúvidas quanto à superpopulação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos” (fls. 405).

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

79. O dano moral deve ser demonstrado a partir de elementos concretos da realidade do detento, tais como o espaço físico individual disponível na cela, a salubridade do ambiente, as condições estruturais do presídio e as deficiências na prestação das assistências material, de saúde, laboral e educacional⁴¹. Até mesmo porque, embora constituam minoria,

41 No Brasil, a LEP prevê que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório e que deve ter a) ambiente salubre pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; e b) área mínima de 6,00m². No entanto, ainda não foram identificados critérios objetivos para que se possa avaliar quando a pena passa a ser ilegítima à luz da dignidade humana. À diferença da jurisprudência da Corte Europeia, não há definição a

RE 580252 / MS

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

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

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

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

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

respeito do espaço individual mínimo na cela ou das condições de salubridade e higiene que constituem condições indignas. A falta de parâmetros no contexto nacional pode ser suprida, ainda que parcialmente, pela adoção dos critérios de insalubridade previstos na legislação trabalhista e pelas normativas do CNPCP sobre arquitetura prisional. A título de exemplo, a Norma Regulamentadora 15, do Ministério do Trabalho e Emprego, traz definição sobre o que se considera atividade insalubre em seus graus mínimo, médio e máximo. De forma semelhante, a Resolução CNPCP nº 9/2011 define as dimensões mínimas para celas coletivas para projetos de arquitetura penal.

RE 580252 / MS

com a conduta estatal para que seja deflagrada a responsabilização do ente público.

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

84. Diferentemente do que alegam as partes, entendo que, na hipótese em exame, a responsabilidade civil do poder público é por ação, e não por omissão. Afinal, o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres. Ainda que assim não fosse, a definição da natureza da responsabilidade civil no caso deve considerar a particularidade de que os presos encontram-se sob a custódia do Estado. Nessa situação, estão inseridos em uma instituição total, na qual se submetem inteiramente ao controle do poder público e dependem de agentes estatais para quase todos os aspectos de sua vida, inclusive para o atendimento de suas necessidades mais básicas e para sua autoproteção. Como contrapartida, o Estado assume uma *posição especial de garante* em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação de liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida⁴².

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

RE 580252 / MS

85. Em razão desta posição de garante, o Estado sujeita-se a uma responsabilidade diferenciada, de caráter eminentemente objetivo, que decorre da existência de um dever individualizado de velar pela integridade dos presos (art. 5º, V e X, CF). Nessa hipótese, ainda que o dano moral causado decorra de uma omissão estatal, tratando-se do descumprimento do dever constitucional de guarda, o poder público é obrigado a repará-lo.

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

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

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

RE 580252 / MS

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

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

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

91. Há outras três razões que revelam a improcedência do argumento de aplicação desta teoria no caso. A primeira se relaciona ao fato de a responsabilidade civil submeter-se a uma lógica particular, que

RE 580252 / MS

se afasta da lógica tradicional de aplicação da reserva do possível. A cláusula é comumente invocada como limite à efetivação de direitos sociais de caráter prestacional. Isso se deve ao fato de que a concretização desses direitos se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos consideráveis, de modo que, em um contexto de escassez de recursos, o Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para a alocação desses recursos. Deve realizar *escolhas trágicas*: investir em um determinado setor *sempre* implica deixar de investir em outros. Trata-se, portanto, de uma lógica de justiça distributiva. Por sua vez, no campo da responsabilidade civil impera um racional diverso, fundado na realização da justiça comutativa ou corretiva. O que se busca com a reparação civil não é a distribuição de bens sociais, mas o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa. Exige-se, assim, uma relação de equivalência entre o dano sofrido e a reparação atribuída.

92. Não se ignora que todos os direitos, inclusive os individuais, têm custos⁴³. No entanto, ainda que as limitações financeiras não sejam de todo estranhas à responsabilização civil, não faz sentido impor considerações estritamente distributivas nesse campo, afastando a lógica comutativa que lhe é inerente. Isso, por óbvio, equivaleria a desvirtuar o instituto e criar um regime de irresponsabilidade civil, em que a todo tempo o Estado alegaria a escassez de recursos para se isentar do dever de reparar os danos causados à população. E mais, o mesmo raciocínio legitimaria a invocação da reserva do possível em casos como o de repetição de indébito tributário ou de desapropriação de terras, do que evidentemente não se cogita.

93. O dever de indenizar os danos causados é, porém, norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, que independe da execução de políticas públicas ou de qualquer outra providência estatal para sua efetivação. É por isso que a teoria da reserva do possível deve ter uma aplicação restrita no âmbito da responsabilidade civil do Estado. Em

43Stephen Holmes; Cass Sunstein, *The Cost of Rights*, 1999.

RE 580252 / MS

regra, o reconhecimento da escassez de recursos não deve conduzir à improcedência do pedido, mas deve atuar como vetor interpretativo, a aconselhar aos juízes a devida parcimônia na fixação do montante indenizatório a ser suportado pelo ente público. Apenas em situações muito excepcionais, em que a prestação exigida for irrazoável e o ente público comprovadamente não tenha meios para custeá-la, poderá servir para afastar o direito à indenização. Não se tratando dessas situações, o Estado deve prover os recursos financeiros para a satisfação da indenização por meio da expedição de precatórios (art. 100, CF) ou das requisições de pequeno valor, conforme o caso.

94. A segunda razão, por sua vez, está relacionada à impossibilidade de emprego da teoria da reserva do possível nos casos em que isso serve como meio de anular direitos fundamentais conferidos pela Constituição, tal como ocorre em relação aos presos. Conforme já foi reconhecido por este STF, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45, referida cláusula *“não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade”*. A recusa dos tribunais em reconhecer aos presos o direito à indenização dos danos morais sofridos esbarra justamente nesse limite. A exclusão da responsabilidade do Estado implica negar a uma minoria estigmatizada a própria titularidade de direitos, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

95. Nesse sentido, é sintomático que o Judiciário brasileiro conceda amplamente indenizações em situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento injustificado de voos, a devolução indevida de cheque e a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, mas as negue a detentos muitas vezes tratados como lixo humano nas

RE 580252 / MS

prisões⁴⁴. Como sugere Ana Paula de Barcellos, a explicação para esta situação está no fato de a sociedade brasileira não ter “*incorporado a noção de dignidade como um atributo inerente ao ser humano, mas como um atributo que pode ou não lhe ser reconhecido, dependendo do que o indivíduo faz ou deixa de fazer*”⁴⁵. No entanto, tal concepção *desigualitária* não encontra lugar na atual ordem constitucional brasileira. Como já afirmei, a dignidade humana possui em seu núcleo essencial o valor intrínseco de cada pessoa, valor esse que independe de qualquer evento ou experiência e, portanto, não pode ser perdido mesmo diante do comportamento mais reprovável⁴⁶.

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

97. A solução de determinar aos presos que suportem, sem qualquer indenização, os danos causados pelo Estado, enquanto este supostamente adota providências para a solução do problema, equivale à adoção de uma concepção utilitarista, permitindo a instrumentalização do preso para a execução de políticas públicas, o que é incompatível com a dignidade humana. Mais do que isso, não conceder a reparação por

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

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

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

RE 580252 / MS

danos morais aos presos não confere nenhuma garantia de que os recursos economizados serão empregados na melhoria das condições carcerárias. Pelo contrário, a exclusão da responsabilidade civil no caso agiria como mais um estímulo para que tudo continue como está, já que as violações aos direitos dos presos permaneceriam impunes.

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

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

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

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

101. Diante do estado de inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro, entendo que a fixação de uma compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A

RE 580252 / MS

reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser empregados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

102. O problema decorre, em boa medida, de deficiências inerentes à lógica patrimonialista que ainda governa a reparação do dano moral no direito brasileiro. De modo paradoxal, a única resposta que se tem oferecido a lesões a interesses extrapatrimoniais é uma indenização em dinheiro⁴⁷. No entanto, diversamente do que ocorre com os danos materiais, no que diz respeito aos danos à personalidade, o pagamento de uma quantia monetária jamais será suficiente para restituir a pessoa à situação anterior ao dano ou aproximar-se disso: são bens essencialmente diversos em sua natureza e valor⁴⁸.

103. Mais do que ineficaz para reparar os danos sofridos, a exclusividade conferida ao caminho da compensação pecuniária produz diversas distorções, apontadas por Anderson Schreiber em trabalho sobre o tema⁴⁹. Ela gera uma tendência à *precificação* dos direitos da personalidade e da própria dignidade da pessoa humana e induz à adoção de um cálculo utilitarista, de custos e benefícios, na produção dos danos. Se o valor das indenizações for menor que o preço atribuído às qualidades humanas, “melhor” prosseguir com a conduta lesiva do que impedir a ocorrência do dano. Nessa lógica de mercado, ofensas morais passam a ser admitidas desde que se possa arcar com o custo correspondente. Ainda, a compensação estritamente financeira estimula demandas oportunistas – a “indústria do dano moral” –, nas quais a invocação de interesses existenciais volta-se tão-somente à obtenção de lucros.

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

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

49 *Ibid.* pp. 207-210.

RE 580252 / MS

104. Diante dessas deficiências, vislumbra-se uma tendência da responsabilidade civil brasileira no sentido de oferecer novos remédios não pecuniários de reparação dos danos extrapatrimoniais⁵⁰. Tais mecanismos buscam oferecer o chamado ressarcimento *in natura* ou na forma específica, cujo objetivo não é o de compensar monetariamente a lesão sofrida, mas o de aplacar a própria lesão. Um exemplo desse tipo de remédio no campo dos interesses existenciais é a retratação pública. Diversas decisões judiciais já a adotam como meio de reparação de danos à honra, conferindo à vítima um mecanismo eficaz para recuperar sua reputação junto ao meio social em que se insere⁵¹.

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

106. Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições

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

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

RE 580252 / MS

degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”⁵², a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.

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

108. O mecanismo de reparação de danos proposto, como se viu, é admitido no Direito Comparado, tendo sido adotado pela Itália e aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos⁵³. Ao analisar o mecanismo, a CEDH concluiu se tratar de “uma reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção”, com “a vantagem inegável de

52 Código Civil, art. 944.

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

RE 580252 / MS

contribuir para o problema da superlotação”⁵⁴.

109. No Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua *lógica estruturante*, quanto em sua *forma e modo de execução*. É o que se passa a demonstrar.

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

111. Essa lógica não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, trata-se da mesma *ratio* adotada na concessão de aposentadoria especial a quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Nesses casos, por autorização constitucional expressa (arts. 40, § 4º, III e 201, § 1º, CF), adotam-se critérios diferenciados para a contagem do tempo de contribuição, de modo que os segurados possam se aposentar mais cedo, afastando-se das atividades nocivas. A concessão do benefício previdenciário justifica-se exatamente pela presunção de que a exposição a agentes biológicos, físicos e químicos causa um desgaste maior a esses trabalhadores, de modo que, como já decidiu esta Corte, “*não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo*”⁵⁵. O benefício

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

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

RE 580252 / MS

configura, portanto, uma “*compensação legal*”⁵⁶, que se presta a reparar o segurado sujeito a condições laborais inadequadas. Como se vê, trata-se de lógica muito semelhante, se não idêntica, à da remição da pena como forma de compensar os danos morais sofridos pelos presos por condições degradantes de detenção.

112. Segundo, no que se refere à sua *forma*, a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado. É que nas palavras de Ana Messuti, o tempo é o “*verdadeiro significante da pena*”⁵⁷. A redução do tempo da condenação representa, assim, um remédio específico: a liberdade antecipada conquistada por meio do desconto da pena faz cessar as violações suportadas pelo preso no cárcere. O tempo de liberdade, fora das condições degradantes das prisões, torna-se, portanto, uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro.

113. Essa espécie de reparação é plenamente compatível com a Constituição, que assegura a indenização pelos danos morais (art. 5o, V e X, CF), mas não elege um meio determinado para seu ressarcimento. Mais do que isso, a busca de mecanismos que assegurem a tutela específica dos interesses extrapatrimoniais constitui um imperativo constitucional, que decorre do princípio da reparação integral dos danos sofridos e da prioridade conferida pela Carta de 88 à dignidade da pessoa humana. Afinal, os mecanismos de reparação *in natura* permitem a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais, impedindo que sua satisfação fique

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

57 Ana Messuti. *O tempo como pena*, 2001.

RE 580252 / MS

exclusivamente a cargo da pecúnia. Como afirmou Anderson Schreiber, “*seria absurdo que a tutela dos interesses mais relevantes da ordem jurídica se concretizasse por instrumento de menor amplitude e efetividade*”⁵⁸.

114. O ressarcimento na forma específica tampouco é novidade. Ele sempre esteve presente no campo da responsabilidade civil, inclusive em uma posição de precedência em relação à reparação em dinheiro. Basta conferir a redação do art. 947 do Código Civil, que, ao dispor sobre a indenização, prevê que apenas “*se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.*” Mesmo no campo do direito das obrigações, que ostenta caráter patrimonial, já se reconhece de forma unânime a primazia da solução in natura, conferindo ao dinheiro papel subsidiário. A exemplo, o Código de Processo Civil, em seus arts. 461 e 461-A, prevê expressamente que “*a obrigação somente se converterá em perdas e danos (...) se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente*”. Não faz sentido, portanto, permitir que os danos patrimoniais causados pelo descumprimento de obrigações possam ser reparados na forma específica, mas apenas admitir a pecúnia como forma de compensação dos danos extrapatrimoniais⁵⁹.

115. Terceiro, e por fim, o *modo de execução* do remédio proposto corresponde exatamente ao do instituto da remição penal, previsto na LEP. É certo que os mecanismos não se confundem. A remição da Lei de Execução Penal consiste no direito do preso de reduzir o tempo de cumprimento da pena, em razão do trabalho ou do estudo. O instituto possui, assim, um sentido ressocializador. Busca estimular o interno a desenvolver atividades que lhe darão melhores condições de reingressar na sociedade. Já a remição penal aqui proposta é um mecanismo de reparação de danos. No entanto, ela deverá ser executada a partir do mesmo *modus operandi* da LEP⁶⁰. De um lado, em linha com o art. 126 da

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

59 *Ibid*, p. 217.

60 Saliente-se, porém, que, como se trata de medida de caráter indenizatório, inaplicável o art. 127 da LEP, que dispõe que: “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar

RE 580252 / MS

LEP, a remição será executada por meio de redução proporcional da pena⁶¹. De outro, conforme previsto no art. 128 da lei, o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os fins, inclusive para a progressão de regime⁶². Também quanto a este ponto não há qualquer inovação.

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

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

até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

61 LEP, art. 126: O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

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

RE 580252 / MS

o preso.

118. Do ponto de vista do *preso*, a medida atende de forma mais plena os seus interesses na mitigação do dano e na proteção dos direitos da personalidade. Afinal, uma compensação financeira seria de pouca valia para a pessoa que está presa. O detento continuaria a se submeter às mesmas condições degradantes de vida, sem poder fazer uso da quantia arrecadada. A solução alvitrada, ao revés, efetivamente minora as violações à sua dignidade, pois permite que o detento cumpra um menor tempo de prisão, aplacando o prejuízo moral a que é submetido diariamente. Trata-se, assim, de uma construção mais atenta ao princípio da reparação integral dos danos morais, viabilizando que interesses existenciais sejam tutelados com maior eficácia pela ordem jurídica.

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

120. A medida traz também benefícios do ponto de vista do *sistema prisional*. Primeiramente, a remição da pena reduz a superlotação dos presídios, ao permitir que os detentos sujeitos a tratamento desumano conquistem a liberdade de forma mais acelerada. Atua, assim, diretamente sobre uma das principais causas do problema. Em segundo

RE 580252 / MS

lugar, o remédio possibilita a efetiva responsabilização dos Estados pelos danos que causarem aos presos, sem, contudo, comprometer a sua capacidade de investimento na melhoria do sistema prisional. Por fim, as condenações deverão surtir um efeito moral e pedagógico. A perspectiva de que condenados deixarão mais cedo os cárceres por conta das condições atroztes dos presídios produzirá, inevitavelmente, o aumento da visibilidade e da deliberação pública sobre o tema. Com isso, criam-se estímulos a que os Estados promovam melhorias em seus sistemas prisionais, a fim de que não sejam responsabilizados perante o Judiciário e a sociedade.

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

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

IV.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA SOLUÇÃO PROPOSTA

123. O pedido de indenização não pecuniária por danos morais causados em decorrência de condições degradantes de detenção deverá

RE 580252 / MS

ser formulado pelo preso junto ao Juízo da Execução. Essa possibilidade é extraída da própria Lei de Execução Penal. Veja-se que, nos termos do art. 66 da LEP, compete ao juiz da execução *“decidir sobre (...) a remição da pena”* (inc. III, al. “c”), *“zelar pelo correto cumprimento da pena”* (inc. VI), *“inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade”* (inc. VII) e, ainda, *“interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei”* (inc. VIII).

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

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

126. A fixação da competência no Juízo da Execução se dá, ainda e principalmente, por três razões de ordem prática. Em primeiro

RE 580252 / MS

lugar, porque garante maior precisão à fixação da indenização. Como ao juiz da execução compete realizar inspeções prisionais mensais, é ele quem tem maior capacidade de aferir as condições de detenção dos internos, examinando a sua compatibilidade com os padrões mínimos de dignidade e a extensão dos danos causados. Em segundo lugar, porque permite a uniformização dos critérios indenizatórios que serão utilizados pelo Juízo da Execução Penal em relação aos detentos de cada presídio sob sua jurisdição. Em terceiro e último lugar, porque confere efetividade à medida. Caso coubesse ao juízo cível julgar os pedidos de reparação in natura dos danos, muito provavelmente a remição da pena seria inviabilizada, pois dificilmente os processos seriam julgados a tempo de executar a medida enquanto o preso ainda estivesse cumprindo pena.

127. Deverão postular a remição da pena como meio de reparação dos danos morais causados pelo encarceramento em condições desumanas e degradantes os detentos que ainda estejam cumprindo pena, independentemente do atual regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto) e da eventual concessão de livramento condicional ou de prisão domiciliar. Também os presos provisórios que forem posteriormente condenados deverão requerer a redução de parte do tempo de execução da pena, a título de indenização de danos, de acordo com a lógica da detração, prevista no art. 42 do Código Penal⁶³.

128. É certo que a remição conferirá um benefício maior àqueles presos que ainda estiverem cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, porque reduzirá o tempo de encarceramento. No entanto, mesmo para aqueles que se encontram fora dos cárceres, há vantagens consideráveis na abreviação do tempo para que alcancem o término da execução da pena com a sua consequente extinção. É que o cumprimento de pena, ainda que em regimes mais benéficos, possui caráter punitivo, impondo ao apenado diversas obrigações e restrições. No caso do

⁶³ CP, art. 42: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

RE 580252 / MS

livramento condicional, por exemplo, o liberado deve comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação, não pode mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste, e pode ficar ainda sujeito ao recolhimento à habitação em hora fixada e à proibição de frequentar determinados lugares. O descumprimento de qualquer das obrigações constantes da sentença produz a revogação do benefício, com o retorno do condenado à prisão, e todo o tempo em que esteve solto passa a não ser descontado da pena⁶⁴.

129. Além de deixar de se sujeitar às obrigações e condições para o cumprimento da pena e ao risco de perder o benefício e regressar ao presídio, a remição de parte do tempo restante de cumprimento da pena traz, ainda, os seguintes benefícios ao apenado: (i) o reestabelecimento antecipado dos direitos políticos suspensos em decorrência da condenação criminal, permitindo que possa votar e ser votado e que possa recuperar o título de eleitor, muitas vezes exigido para a obtenção de trabalho (arts. 14, § 3º, III, CF), (ii) a antecipação da contagem do prazo de 5 anos para retornar à primariedade (art. 64, Código Penal)⁶⁵, e (iii) a antecipação do prazo para requerimento da reabilitação criminal, assegurando o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação (art. 93, Código Penal)⁶⁶. Finalmente, a abreviação do prazo para a extinção da pena possui um efeito ressocializador importante, diminuindo o estigma que pende sobre o indivíduo que cumpre pena, tornando-o menos vulnerável a abordagens policiais e facilitando o reingresso no mercado de trabalho.

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

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

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

RE 580252 / MS

130. O procedimento judicial para a concessão da remição de parte do tempo de execução da pena seguirá o disposto no art. 196, da Lei de Execução Penal⁶⁷. O apenado, por meio de seu representante, deverá requerer a remição da pena como reparação dos danos morais causados pela superlotação e pelas condições degradantes de detenção. O Juízo da Execução deverá, então, *a*) verificar concretamente se as condições a que o preso foi submetido no presídio são causadoras de dano moral (como já se disse, apesar de o problema prisional ser generalizado, há diversas unidades que possuem condições dignas de detenção) e *b*) aferir a existência de nexo de causalidade com a atuação da Administração.

131. Caso o Juiz da Execução entenda pela configuração dos danos morais no caso, caberá a ele a fixação da razão entre dias cumpridos em condições degradantes e dias remidos, de acordo com a extensão dos danos suportados pelo preso⁶⁸. Entendo, porém, que é razoável – e mesmo desejável – que este Tribunal fixe quocientes mínimo e máximo de remição da pena, de modo a criar balizas para a atuação dos juízes e permitir que a redução da pena confira uma reparação efetiva ao detento, tendo um impacto mensurável sobre o tempo de prisão. Essa técnica me parece mais correta do que a fixação de um quociente único por meio do qual a remição se opere. Tal remição automática seria incompatível com a ideia básica de que a métrica da responsabilização civil é a extensão do dano, e, ainda, com o princípio da reparação integral, que somente é possível a partir da análise individualizada das condições da pessoa lesada.

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

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

RE 580252 / MS

132. Nesse sentido, proponho, em primeiro lugar, que o quociente máximo, aplicável aos casos de maior violação à dignidade humana, seja de 1 dia de remição para cada 3 dias de cumprimento de pena em condições degradantes, em analogia ao art. 126 da LEP. Já com relação ao quociente mínimo, não vislumbro outro parâmetro legal que pudesse ser empregado por analogia. No entanto, parece evidente que este quociente não pode ser fixado em razão menor do que aquela que tem sido empregada para a remição da pena pela leitura, sob pena de barateamento da dignidade do preso. Afinal, não se pode admitir que a compensação a que o preso faz jus pela submissão a condições desumanas de detenção seja menor do que a que ele obteria pela leitura de um livro. Segundo a Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276, de 2012, a remição pela leitura pode atingir o máximo de 4 dias por mês e 48 dias no prazo de 12 meses, o que representa a remição de 1 dia de pena para cada 7 dias de cumprimento de pena⁶⁹. Esta, portanto, deve ser a razão mínima a ser observada nos casos de violações de menor intensidade à dignidade humana dos presos.

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

134. Apenas subsidiariamente, caso o detento já tenha

⁶⁹ A rigor, a redução de 4 dias por mês equivale à remição de 1 dia por cada 7,5 dias de pena cumprida. No entanto, para que o quociente proposto seja um número inteiro e, ao mesmo tempo, não confira uma compensação menor do que aquela a que o preso faz jus pela leitura de um livro, entendo que se deve arredondar o algarismo decimal para baixo.

RE 580252 / MS

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

135. No caso concreto, verifico que é possível aplicar ao recorrente a remição como forma de reparação dos danos morais que lhe foram causados. Conforme certidão de objeto e pé, emitida pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, o recorrente foi preso em flagrante em 21.10.2000, tendo sido recolhido ao Estabelecimento Penal de Corumbá-MS. Em 03.07.2001, foi condenado a 20 anos de reclusão. Após permanecer por mais de 5 anos preso no regime fechado, em 07.12.2005, concedeu-se ao sentenciado a progressão ao regime semiaberto e, posteriormente, em 11.09.2009, para o regime aberto. Desde 26.10.2012, o recorrente encontra-se em livramento condicional e a data prevista para o término do período de cumprimento da pena é 28.07.2019.

136. Como é sabido, o livramento condicional constitui a última etapa do sistema progressivo adotado para a execução da pena privativa de liberdade. A despeito de configurar benefício ao apenado, é forma de execução da pena, na qual o condenado é liberado do cárcere sob condições obrigatórias e facultativas fixadas pelo juízo da execução. Portanto, o recorrente ainda se encontra em cumprimento de pena e, conforme já apontado acima, a redução do tempo do livramento lhe trará ganhos efetivos, na medida em que poderá abreviar o prazo para alcançar a extinção da pena e, em consequência, liberar-se das obrigações e restrições impostas para a manutenção do livramento condicional, afastar mais rapidamente o estigma da condenação, recuperar o seu direito de voto, pleitear sua reabilitação e retornar à primariedade⁷⁰.

70 É importante destacar que o legislador impôs período mais longo de pena cumprida para os reincidentes em crimes dolosos e aos condenados por crimes hediondos e estabeleceu como condição para fruição do livramento a reparação do dano causado. Quanto a este último aspecto, registre-se o esforço desta Corte em conferir efetividade aos comandos legais que buscam impor seriedade à execução das penas, a exemplo dos recentes julgados

RE 580252 / MS

137. Do ponto de vista processual, cumpre esclarecer que não há, nesta solução, qualquer violação ao princípio da congruência. A despeito de o recorrente ter pleiteado uma indenização em dinheiro (o recebimento de um salário mínimo mensal) a título de compensação dos danos morais sofridos, o juiz não está limitado a essa solução. Nas ações de indenização por danos morais, o direito material do autor a ser tutelado não é o recebimento de dinheiro, mas a efetiva reparação das lesões suportadas. E, como já se disse, a pecúnia é apenas um dos meios ou mecanismos para se alcançar a compensação, que, ademais, assume caráter subsidiário em relação à reparação específica. Assim, fica claro que os limites impostos pelo princípio da congruência devem se relacionar com a tutela do direito material do autor, e não com o remédio efetivamente pleiteado.

138. A interpretação já é conferida pela doutrina processualista mais avançada. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhard, admite-se que *“o juiz deixe de atender ao pedido formulado pelo autor para determinar providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material.”*⁷¹ Os mesmos autores defendem que essa solução é ainda mais importante no caso dos danos morais, nos quais *“o ressarcimento na forma específica é o único remédio que permite que o dano não seja monetizado e que o direito, assim, encontre uma forma efetiva de reparação”*⁷². Para eles, *“[n]a realidade o direito à tutela jurisdicional efetiva tem como corolário a regra de que, quando possível, a tutela deve ser prestada na forma específica. Isso porque o direito do credor à obtenção de uma utilidade específica sempre prevalece sobre a eventualidade da conversão do direito em um equivalente.”*⁷³

139. Em linha com esse entendimento, assento o direito do

que reafirmaram a necessidade de reparação do dano e pagamento de multa para progressão de regime (EP 22; EP 12, EP 16 e EP 20, todas sob minha relatoria).

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

72 *Ibid*, p. 435.

73 *Ibid*, p. 435.

RE 580252 / MS

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

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

V. CONCLUSÃO

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

142. Em consonância com o raciocínio desenvolvido acima, a tese a ser fixada, com os efeitos inerentes ao instituto da repercussão

RE 580252 / MS

geral, é a seguinte: “O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente”.

143. É como voto.

06/05/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Barroso, tenho uma dúvida, a qual quero compartilhar com Vossa Excelência, não sem antes cumprimentá-lo pelo brilhante voto que acaba de proferir, sempre trazendo alternativas muito engenhosas.

Quero também - pensando em voz alta, mas pedindo a colaboração de Vossa Excelência - suscitar a seguinte questão: não é incomum, em nosso sistema penal, condenações que ultrapassam os trinta anos. Muitas vezes, alguém comete latrocínios em série, sequestros, estupros, lesões corporais, e as penas, muitas vezes ultrapassam os cem anos ou se aproximam dos cem anos.

O nosso Código Penal estabelece, no art. 75, que "o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos". Sabemos disso. Por quê? Porque a Constituição veda a pena de caráter perpétua. Quando o Código Penal foi editado, havia uma certa expectativa de vida e considerava-se, então, que trinta anos seria um tempo de vida ou de expectativa de vida do preso. O § 1º do art. 75 diz o seguinte: "Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo".

Então, por maior que seja a pena do criminoso condenado, a pena privativa de liberdade jamais pode ultrapassar os trinta anos. Ninguém pode ficar mais de trinta anos encarcerado. No entanto, temos a Súmula 715, do Supremo Tribunal Federal, que diz o seguinte: "A pena unificada para atender ao limite de 30 (trinta) anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução".

Ocorre que alguém condenado, por exemplo, a setenta e seis,

RE 580252 / MS

oitenta, noventa e poucos anos de prisão, ele não pode ficar encarcerado mais de trinta anos, fisicamente; não pode ter cerceado fisicamente sua liberdade acima desse lapso temporal. Mas os benefícios prisionais devem ser calculados com base na pena total. Então, não sei como se aplicaria essa solução engenhosa de Vossa Excelência para esses inúmeros casos que existem, no mundo do Direito Penal. Não sei como isso se aplicaria, porque a remição da pena não faria sentido para quem é condenado a uma pena muito longa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu precisaria pensar, Presidente, se faríamos essa remição, tomando por base os trinta anos, ou tomaríamos por base a pena integral. Mas o que eu observaria - não fui advogado criminal, e sou juiz criminal aqui, no Supremo, relativamente há pouco tempo -, da minha vivência, é que a média das penas que me cruzaram é entre cinco e dez anos, tirando homicídios. Quer dizer, não é comum eu me deparar com penas superiores a dez anos.

Desse modo, entendo que essa hipótese que Vossa Excelência aventa seria residual. Mas seria o caso de se imaginar e se decidir se usaríamos como marco, para fins da remição, os trinta anos ou, eventualmente, a pena integral, quarenta, quarenta e cinco, que talvez não me impressionasse tanto, mas considero a indagação pertinente. Não me sinto em condições de respondê-la sem mais indagação, mas acho que ela cobre um espectro residual, e, talvez, não majoritário.

Pois não, Ministro Marco Aurélio. Com muito prazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Considerado o somatório ultrapassando os trinta anos, qual seria, no caso de reconhecimento da indenização, o benefício do custodiado?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Provavelmente, então, a referência deveria ser os trinta anos. Só que essa é uma questão tão séria, e também não somos obrigados a decidi-la agora. Mas provavelmente ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu peço escusas por trazer uma questão de queima-

RE 580252 / MS

roupa. Mas o voto de Vossa Excelência é tão instigante, que me fez refletir sobre as várias hipóteses. Eu, que participei de um Tribunal penal, em São Paulo, há muitos anos, militei durante quase sete anos lá, essas penas extensas não eram incomuns. São Paulo é uma cidade muito violenta, não é incomum que a pessoa cometa múltiplos latrocínios e outros crimes contra a integridade física, e mesmo contra a vida das pessoas, e as penas se somam com muita facilidade, e se ultrapassa esse limite do art. 75. E o Supremo e a jurisprudência dos tribunais, de modo geral, têm entendido realmente que os benefícios não se limitam a esse teto de trinta anos, apenas a privação da liberdade do apenado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu entendo. É que, se por acaso passar essa ideia, Presidente, eu acho que muitas situações concretas surgirão que exigirão algum tipo de reflexão e de ajuste. Essa que Vossa Excelência observa é uma delas, certamente haverá outras.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Aliás, uma questão interessantíssima, até aqui pesquisando um pouco, a partir do voto brilhante de Vossa Excelência, Ministro Decano, eu tenho visto que existem já manifestações da doutrina entendendo que esta nossa Súmula 715, tendo em vista a evolução jurisprudencial da Corte, poderia eventualmente ser considerada inconstitucional, porque ela impede a individualização da pena, que é um dispositivo constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acaba inviabilizando a outorga de certos benefícios.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Esse enunciado sumular **realmente distingue entre a pena unificada para efeito** do art. 75 do CP **e a pena efetivamente imposta para fins** de cálculo dos benefícios legais, **como, p. ex.,** a progressão de regime **ou** o livramento condicional.

RE 580252 / MS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tem-se o exemplo recente – de Marcos Valério.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O teor da Súmula 715/STF talvez possa justificar a reapreciação de seu conteúdo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Senhor Presidente, antes de Vossa Excelência prosseguir, como Relator do caso, gostaria de fazer um registro, porque nós ouvimos, aqui, na tarde de hoje, um voto magnífico, desses votos que certamente têm vocação para ficar na história do Supremo. Sua Excelência, de um modo geral, concordou com as premissas que lancei em meu voto e propôs uma solução alternativa para a questão da prestação indenizatória.

Em meu voto, até pelas limitações processuais do caso - e o Ministro Barroso colocou -, simplesmente restaurei um acórdão do julgamento da apelação, que fixou em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a indenização nesse caso. Provavelmente, se fôssemos julgar isso originariamente, como acontece em geral na quantificação de dano moral, a indenização deveria ser maior. Mas Sua Excelência foi muito além dessa solução puramente pecuniária e propôs uma solução diferente, inteligente e criativa. Quero dizer que fiquei vivamente seduzido com essa proposta. Nós vamos, provavelmente, ter muitos debates a respeito disso.

Eu tenho algumas dúvidas e gostaria de colocá-las para esse debate. A primeira e fundamental dúvida é a questão de como criar essa solução alternativa sem comprometer o princípio da reserva de lei, quer dizer, o princípio da legalidade. Por que digo isso? Porque a ação de responsabilidade, a demanda por responsabilidade civil decorrente de dano moral tem base normativa na responsabilidade civil do Estado, portanto se trata de um demanda cível, cuja prestação também se dá no campo civil e cuja competência é do juiz civil.

A solução proposta pelo Ministro Barroso é de retirar dessa responsabilidade civil do Estado uma consequência não civil, uma consequência penal. Retiraria da responsabilidade civil do Estado uma consequência penal, remissão da pena. Mas, mais do que isso, a competência para essa demanda civil também passaria ao juiz penal em grande medida, a não ser naqueles casos - como Sua Excelência colocou - em que não houvesse possibilidade dessa aplicação, chamada por Sua Excelência de prestação **in natura**. Nesse ponto, eu até discordaria, porque, mesmo com a remissão da pena, não se trataria de uma prestação **in natura**. A indenização por dano moral, pela sua própria natureza, não comporta uma prestação **in natura**, a rigor. A remissão da pena não deixaria de ser uma prestação alternativa. Enfim, isso é secundário. O importante é que, de uma infração, de um ilícito civil, se buscava uma

reparação penal. A demanda passaria ser de competência do juiz da execução criminal. Isso tem uma consequência importante, porque, no juiz civil, o Estado que comete o dano moral é parte na demanda civil. Na ação proposta perante o juiz de execução, o Estado não será parte, não haverá um réu, a rigor. Tratar-se-á de uma pretensão de remissão... Não saberia exatamente como se configuraria isso. Enfim, alteraria essa natureza da prestação, não só transformando a prestação em dinheiro em prestação alternativa de natureza penal, mas mudaria a competência e transformaria o juiz da execução penal no juiz que deveria, a rigor, fazer um exame de uma demanda de natureza civil.

Eu quero dizer, com essa minha perplexidade diante disso, essa minha dúvida, que não saberia como aderir à tese do Ministro Barroso. Talvez, seja realmente uma tese que resolveria ou atenuaria esse grave problema. Sua Excelência colocou que, na Europa, soluções semelhantes foram adotadas com sucesso, de modo que eu acho interessante. Apenas eu ficaria em dúvida se nós poderíamos superar isso mediante uma decisão judicial com todas essas transformações, sem ofensa ao princípio da legalidade. Talvez não fosse o caso de, vamos dizer, continuarmos com uma solução tradicional no campo civil e, quem sabe, sugerir, a partir da decisão que o Tribunal tomar, uma proposta legislativa para, enfim, enfrentar a questão.

Veja-se o caso concreto, mesmo no caso concreto, toda a ação percorreu o âmbito civil. E, no entanto, aqui, a propósito de Sua Excelência, é de nós, agora, aplicarmos uma consequência de natureza penal, desde logo.

Enfim, essa é a minha dúvida, mas eu quero dizer que o voto do Ministro Barroso é um voto magnífico, eu já tinha externado isso a Sua Excelência, eu tinha lido o voto porque o recebi; é um voto que realmente fez um estudo aprofundado sobre essa enorme problemática que nós temos.

Acho e concordo com Sua Excelência que a solução do caso concreto de estabelecer R\$ 2.000,00 (dois mil reais), realmente, não é uma solução adequada. Acho que a solução proposta por Sua Excelência é uma solução que, certamente, teria valia muito maior sob todos os aspectos. Mas eu fico com essa perplexidade de como nós superaríamos isso, sem ofensa ao princípio da legalidade, como nós poderíamos criar pretorianamente essa solução?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Teori, antes de Vossa Excelência concluir, as indagações de Vossa

Excelência, como de costume, têm toda a pertinência e agudeza. Eu, muito breve e objetivamente, responderia da seguinte forma: como criar sem comprometer a reserva de lei? Há dois caminhos. Primeiro, é possível dizer que já há precedentes na história e na evolução penal brasileira de criação judicial de hipóteses de remição. Tanto no caso de estudo, como sobretudo no caso de leitura.

O segundo caminho é dizer que nós estamos no âmbito da responsabilidade civil, e estamos utilizando mecanismo de reparação na forma específica, reparando com prestação da mesma natureza, na medida em que nós estamos trocando dignidade por dignidade. Quer dizer, nós temos violação da integridade física e moral do preso, componente da dignidade, e estamos em troca dando mais tempo de liberdade ou abreviando o tempo de prisão.

E ainda respondendo à preocupação com a reserva de lei, Presidente, eu penso que o sistema prisional brasileiro claramente se enquadra naquilo que a Colômbia identificou como um estado de coisas inconstitucional. Quando há um estado coisas inconstitucional que exige soluções sistêmicas, a doutrina estrangeira aceita uma posição um pouco mais ousada e invasiva. Nos Estados Unidos, os juízos federais determinaram providências concretas aos diretores de presídios e aos Estados, inclusive dizendo que não poderia haver ocupação superior a 137,5% da capacidade dos presídios, com obrigação de soltar os presos se não solucionassem o problema. Desse modo, entendo que isso justifica uma proatividade judicial, porque nós estamos procurando superar um estado de coisas inconstitucional. Essa seria uma explicação que eu daria à vista da filosofia constitucional.

Por fim, Presidente, para devolver a palavra, eu observaria que, se prevalecer a fórmula da indenização em dinheiro, as defensorias públicas, compreensivelmente, e os advogados, compreensivelmente, vão entrar com ações; os advogados, porque vão ver nisso um legítimo nicho de mercado, e as defensorias públicas por dever de ofício. Portanto, a solução da indenização pecuniária vai produzir potencialmente uma enxurrada de ações, e isso não entra nem em precatório – cabe requisição de pequeno valor. Assim, apode abalar as finanças combalidas dos Estados sem melhorar o sistema prisional.

São essas observações que eu trocaria com o Ministro Teori, cuja interlocução é sempre um prazer e uma honra para mim.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo que a

proposta **alvitrada** pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO traduz uma resposta inteligente e viabilizadora de solução a um gravíssimo problema **que consiste** no injusto e arbitrário tratamento penitenciário **que tem sido dispensado**, ao longo de décadas, aos que se acham recolhidos ao sistema prisional de nosso País.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Celso, um brevíssimo comentário a propósito, que me ocorreu agora, Ministro Teori, e que foi um pouco a solução que propus no caso da desaposentação, que é eventualmente dizermos: essa é a solução que propomos para vigor daqui a cento e oitenta dias, a menos que o Congresso Nacional entenda por prover de maneira diversa, embora não seja necessário porque o Congresso sempre pode. Seria, talvez, uma deferência e um diálogo institucional que faríamos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Essas são questões são muito instigantes. E a propósito, agora, também da intervenção do Ministro Teori, ocorreu-me algo que tinha pensado ao longo do voto de Sua Excelência: normalmente, os atos dos juízes da execução penal são atos de natureza administrativa e não jurisdicional e, a meu ver, pelo menos num primeiro olhar sobre a questão, quando o juiz da execução penal conceder uma remissão tendo em conta o reconhecimento de que o preso detido sofreu um dano moral, esta decisão tem um caráter administrativo, pelo menos à primeira vista. Essa decisão afastaria a possibilidade de, num segundo momento, esse mesmo preso ingressar na Justiça Cível e pleitear uma indenização por dano moral ou ela seria uma decisão de caráter jurisdicional que criaria infinitas pendências?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que fica precluso. Acho que preclui.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Preclui. Então, temos que dizer isso, quer dizer, uma decisão do juiz da execução penal, nesse caso, ultrapassaria os lindes de um mero ato administrativo próprio da execução da pena; um incidente da execução.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tenho a impressão de que a remição da pena **supõe** decisão *de conteúdo jurisdicional*...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) - Hoje há controvérsias no que diz respeito à natureza jurídica do ato do juiz da execução penal. Ela é mista. Alguns entendem que é administrativa...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De qualquer sorte, tenho a impressão de que a matéria precisaria de lei.

Também, gostaria de dizer que estou bastante impressionado com a construção trazida no voto do ministro Barroso. Mas teria, desde logo, essa dificuldade, quer dizer, ficaria o eventual lesado impedido de propor uma ação civil de responsabilidade por conta de poder gozar? E isso dependeria, a rigor, de uma disciplina, mudança na Lei de Execução Penal, com todos os critérios, ficaria ele impedido de trilhar esse caminho?

Por outro lado, se pensarmos em normas de organização e procedimento, tendo em vista a responsabilidade do juiz da execução - e tem havido, inclusive, resoluções do CNJ nesse sentido -, o passo inicial não seria de não permitir o recolhimento de pessoas em condições indignas? Em suma, já o juiz que decreta a prisão provisória, já o juiz que supervisiona os presídios, já o juiz da execução, veja, e não imaginar, aqui, um modelo de responsabilidade administrativo-judicial. Veja, portanto, que a questão é bastante complexa.

Por isso que, a meu ver, essa primeira pergunta há de ser respondida, pelo menos no sistema atual, se não houver uma decisão com efeito vinculante, com a realidade que não se pode negar a possibilidade das pessoas, eventualmente, baterem à porta da Justiça com o pedido de responsabilização civil do estado, como temos tido em vários casos de morte de preso, de lesão já assente na jurisprudência do Tribunal.

Tendo em vista os limites da demanda, talvez o que se deve propor é isso como alternativa a uma disciplina. Sei que o Congresso Nacional, neste momento, especialmente o Senado, discute uma nova lei de execução penal. E lá se coloca - inclusive estava lendo - uma proposta de eventualmente antecipar a execução da pena para buscar a abertura de vagas.

Pelos números distribuídos pelo ministro Barroso - isso é notório - hoje, estamos ganhando um outro campeonato mundial. Além do de corrupção, estamos ganhando esse de mais presos. Estamos chegando já como terceira nação com maior número de presos por cem mil habitantes e com trezentos e sessenta mil vagas reconhecidas.

Veja, portanto, que, por si só, já se está a afirmar, com esses números, que temos um quadro de violação sistêmica, o que, claro, preocupa, do ponto de vista de responsabilidade civil do estado. Imagine se dimensionarmos, pensarmos aí com os critérios da devolução de cheques, oito mil, dez mil reais por preso que ficou em condições indignas por alguns dias, ou meses, ou anos, certamente vamos ter uma significativa indenização. Esse dado preocupa. Agora, como frear isso a partir de uma decisão judicial?

Veja que o ministro Teori trouxe esse caso patrocinado pela Defensoria Pública, em que se afirma, de forma notória, é insofismável a situação de violação dos direitos humanos no presídio de Corumbá e as dificuldades. É claro que se fixou essa indenização de pequena monta, Presidente. Mas poder-se-ia já ter estabelecido valor maior. E não vejo como, a partir de uma decisão nossa, no âmbito deste processo, impediríamos a propositura da ação de responsabilidade civil do estado, em casos em que verificada a violação por danos morais.

É claro que o esboço que se traz seria recomendável, inclusive, no plano legislativo, mas precisaria de criar um procedimento ou um incidente, talvez, no processo de execução. E, ainda, ter-se ia que dizer, com dúvidas sobre a constitucionalidade, que a escolha desse caminho impediria a ação de responsabilidade civil.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, estamos todos pensando juntos. É uma questão difícil.

Eu anotei as duas colocações do Ministro Gilmar. A primeira, se ficaria impedido de propor. Quer dizer, que cabe a ação de reparação de dano em caso de morte, de violência, violência física, violência sexual, nós temos precedente assentando o cabimento. Não haveria dúvida. Agora, não temos uma cultura, nem uma tradição de ações de reparação de dano por más condições carcerárias, até porque, Ministro Gilmar, prevalecia a

decisão que o Ministro Teori reformou, que é a tese da reserva do possível. Portanto, esta decisão vai ser um *leading case*. O que nós decidirmos aqui vai pautar a agenda da responsabilidade civil do Estado daqui para frente. Então, se dissermos que cabe indenização pecuniária, esse será o padrão.

Portanto, como é um *leading case*, eu não vejo problema em nós dizermos: "A reparação se dá por esta via". Isso é um processo sob a sistemática da repercussão geral, e, portanto, embora não tenha eficácia vinculante, nós temos decidido pela objetivação, quer dizer, é uma tese que irá prevalecer.

Desse modo, Ministro Gilmar, ficaria impedido de propor a ação de indenização? Eu acho que, como regra, até aqui, tem-se entendido que ele não poderia propor em razão da reserva do possível. Nós, na verdade, estamos melhorando a vida dele, dizendo "derrubamos a reserva do possível", e ele pode pedir a indenização, em regra, por meio da remição de pena.

A segunda observação que faria, diante da observação do Ministro Gilmar de que seria o caso de se impedir que os juízes decretassem prisão, porque o sistema está congestionado. Esta eu acho que é uma medida legislativa, mais invasiva, porque significa autorizar o descumprimento da lei que já existe. Dessa maneira, eu entendo que as decisões que inclusive foram tomadas nos Estados Unidos, de impedir a decretação de prisão e a ocupação de determinados presídios, são mais colidentes com o espaço dos outros Poderes. Aqui, tudo o que estamos fazendo é dizer: a indenização não vai ser em dinheiro, vai ser em dias. Eu não vejo isso como uma inovação tão radical, sobretudo se nós a atenuarmos com esta previsão de que, se o Congresso não estiver de acordo pode, em 180 dias, prover diferente.

Eu concordo, Ministro Gilmar, que há certa ousadia, quer dizer, eu acho que a gente na vida tem que alterar prudências e ousadias. E, se tem uma matéria em que nós estamos precisando ousar é no que diz respeito ao sistema penitenciário, porque essa é uma minoria invisível. Se não formos nós a atuar, o Poder Legislativo tem pouquíssimos estímulos, compreensivelmente os presos nem voto têm. Portanto, eu acho que esta é a típica esfera de atuação da jurisdição constitucional: proteção de direitos fundamentais das minorias. Por essa razão, eu penso que teríamos legitimidade democrática, sim, para avançarmos nessa matéria. Obrigado, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) Ministro Barroso, apenas mais uma observação. Evidentemente, não para contestar o brilhante voto de Vossa Excelência. E Vossa Excelência tem toda a razão, porque nós estamos fazendo uma reflexão conjunta aqui para encontrarmos uma solução além daquelas que nós estamos propondo no CNJ para mitigar tais situações. Mas é sabido que existe uma separação clara entre a esfera penal, esfera administrativa e esfera civil. Ou seja, uma condenação, uma absolvição numa dessas esferas, ou uma compensação, como Vossa Excelência está propondo no caso, não elidiria a possibilidades de alguém buscar uma satisfação num outro plano.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, a proposta é uma reparação civil concedida pelo juiz penal por exceção, como o Código de Processo Penal já permite. Portanto, nós estamos falando de uma indenização. É uma reparação civil, por um dano de natureza civil, causado pelo Estado. Apenas a "moeda" que a gente usa é dias de liberdade. Mas não é uma decisão administrativa. É uma decisão de natureza civil.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Essa moeda é uma moeda penal, é redução da pena.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estou de acordo. Nessa parte estou de acordo. Nós estamos, então, dando uma reparação civil utilizando uma moeda penal, dias de liberdade.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - A reparação é penal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Reparação penal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, desculpe, a reparação é civil.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - O dano é civil, a reparação é penal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A reparação é civil no sentido assim: há um dano moral.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Civil.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Civil. Eu preciso repará-lo. Eu estou reparando o seu dano, lhe entregando dias de liberdade. Portanto, é uma reparação civil que usa uma moeda penal.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Quem cometeu o dano foi o Estado, a Administração, esse dano vai ser pago por uma pena, e o dono da pena não é o Estado, que cometeu o ilícito. É difícil isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O dono da pena é o Estado, como representante da coletividade. Eu acho que sim.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - É complicado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Daí, a necessidade de uma decisão.

Mas, Presidente, gostaria de fazer só um reparo à observação do ministro Barroso. É que nunca houve essa jurisprudência, pelo menos no Supremo Tribunal Federal, com a reserva do financeiramente possível. Acompanho, há alguns anos, a jurisprudência do Supremo, mesmo antes de aqui chegar e nunca houve, pelo contrário, da jurisprudência do Supremo deflui que qualquer dano ao preso seria passível de responsabilidade civil.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por más condições carcerárias também não tem precedente. Mas eu não disse que há precedente no Supremo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, nunca foi jurisprudência no Tribunal, esse foi um argumento usado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

E veja, Vossa Excelência, Presidente, é a própria Constituição que diz:

"XLVII - não haverá penas:

a) de morte, (...);

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

E, depois, o próprio texto diz:

"XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;"

E diz mais:

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

Quer dizer, deflui do texto constitucional de maneira muito clara, tanto é que foi com base nesse dispositivo que o Supremo reconheceu, naqueles casos de danos aos presos, a obrigação de o Estado dar-lhes a tutela devida. E, por isso, temos várias decisões confirmatórias da responsabilidade civil do estado nessa matéria. Portanto, não vejo nenhum problema. Agora, haveria problema, sim, com a possibilidade de condicionarmos a ida à Justiça Civil para obter reparação, tendo em vista a possibilidade de obter-se uma remissão.

Veja, estou completamente favorável a que busquemos alternativas e saúdo...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas esta ação é uma ação cível. Porém, o sujeito, numa ação cível, está recebendo uma reparação em moeda penal, mas a ação é cível, nós não estamos mudando a natureza da ação.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Sim, mas Vossa Excelência está propondo que passe à competência da execução penal. E não vai ser uma ação, vai ser um pedido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas eu mesmo citei o precedente em que o juiz penal pode fixar indenização à vítima. Ou a indenização que o juiz penal fixa para a vítima tem natureza penal? Tem natureza civil, assim como a remissão por responsabilidade civil do Estado tem natureza civil, embora fixada pelo juízo penal.

Portanto, Ministro Gilmar, nós não estamos mudando a natureza da reparação. A reparação é de natureza civil, é um dano moral sofrido, só que, em vez de pagar em dinheiro, que os Estados não têm, o Estado vai pagar em menor tempo de prisão. É melhor para esse indivíduo e é melhor para o Estado. Por isso a lógica da minha proposta.

Publicado sem revisão.

06/05/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL**

RELATOR	: MIN. TEORI ZAVASCKI
RECTE.(S)	: ANDERSON NUNES DA SILVA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
RECDO.(A/S)	: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, veja bem, a questão é absolutamente delicada. As soluções propostas também, embora instigantes, demandam maior reflexão.

A sentença foi de improcedência, o apenado foi condenado por latrocínio a vinte anos, como aqui foi bem explanado. Hoje, encontra-se em liberdade condicional. Diante do seu pedido de indenização por dano moral, recebeu, no primeiro grau, uma sentença de improcedência; via apelação, logrou a reforma do decidido e condenação que o beneficia com indenização de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Em embargos infringentes, restabeleceu-se o juízo de improcedência - estou colhendo os dados do voto do eminente Relator, um belíssimo voto, e do voto-vista também belíssimo do Ministro Luís Roberto. Na sequência, em embargos de divergência, restabelecido o juízo de improcedência. Tanto o eminente Relator quanto o Ministro Luís Roberto propõem o provimento do recurso extraordinário para restabelecer a condenação, o juízo de procedência. E aí surge a divergência, porque o Ministro Teori, Relator, restabelece a condenação em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pecúnia, e o Ministro Luís Roberto traz essa criativa proposta, que a mim seduz, mas que, confesso, no momento, não tenho, ainda, condição de endossar.

Logo que li o voto de Sua Excelência, ontem, o primeiro obstáculo, o

RE 580252 / MS

primeiro óbice que me surgiu foi o aqui externado pelo Ministro Teori: nós estamos com uma ação no campo do Direito Civil - responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, artigo 37, § 6º da Constituição Federal -, e a proposta, a solução alternativa proposta navega pelo Direito Penal e pela pena imposta via remição.

Aí, Senhor Presidente, o que acontece? Em 20 de outubro de 2014, a mim foi distribuída uma ADI, com pedido sucessivo de exame como ADPF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tem como objeto a declaração de interpretação conforme, a fim de que aos artigos 43, 186 e 927, **caput**, parágrafo único, do Código Civil seja conferida interpretação conforme os artigos 1º, inciso III; 5º, incisos III, XLVII, alínea "b" e XLIX; e 37, § 6º, da Constituição da República, de modo a - eu estou reproduzindo literalmente - "de modo a declarar que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação" .

O pedido é de que essa Suprema Corte fixe o modo de pagamento da correspondente indenização e comande, aos Poderes Executivo e Legislativo, a criação de um fundo voltado ao financiamento de políticas não estatais de ressocialização dos detentos. Esse é o pleito a ser examinado nessa ADI.

Adotei o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868. E, agora, vejo, pelo andamento processual, que, no dia 7 de abril, chegou o parecer da Procuradoria, subscrito pelo eminente Procurador-Geral, pelo não conhecimento da ADI e, no mérito, pela sua improcedência.

Parece-me oportuno, então, Senhor Presidente, que eu requeira vista regimental, até para que possa amadurecer uma solução e todos nós possamos refletir de forma conjunta sobre o tema... e, aí, eu trarei esta vista junto com a ADI.

06/05/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Barroso, eu estou realmente impressionado com o voto de Vossa Excelência. Se me permitir, eu vou encaminhá-lo ao CNJ para verificar se já é possível, mediante uma resolução, dentro da linha, inclusive, aventada pelo Ministro Decano, Celso de Mello, com base na sugestão de Vossa Excelência, já tomarmos algumas medidas administrativas para mitigar a situação do preso, aplicando a remissão nos casos em que ele estiver...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ótima ideia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Gostaria de lembrar que, inclusive, tramita no Congresso neste momento, no Senado, acho que fruto de uma comissão, com a presença de professores, uma nova lei de execução penal, que tenta até adotar medidas, talvez, mais próximas já das práticas agora desenvolvidas no âmbito do CNJ. De modo que, talvez, valesse a pena até submeter o voto do eminente ministro Roberto Barroso ao...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso. Vou fazê-lo.

O SENHOR MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO - O grande problema aqui - o Ministro Gilmar já disse isso mais de uma vez, Vossa Excelência também, Presidente -, é claro que a lei ajudará, mas aqui nós estamos precisando de providências materiais, providências administrativas nesta matéria, e não legislativas: vinculações orçamentárias, metas de criação de vagas, algumas políticas criminais de

RE 580252 / MS

redução do hiperencarceramento; quer dizer, é uma questão que não se resolve só por lei, infelizmente.

Por isso, eu acho que, no caso que o Ministro Lewandowski irá trazer, por exemplo, e o que Vossa Excelência irá trazer, ambos estão associados ao dever do Estado de criar vagas ou de construir estabelecimentos ou de melhorar condições. Isso não é questão de lei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Relembro, em face do direito fundamental do sentenciado **de receber tratamento penitenciário digno quando** da execução da pena, que, em 2011, a **Suprema Corte dos Estados Unidos da América**, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), **ao julgar** o caso "*Brown v. Plata*", **reputou ofensivo** à 8ª Emenda à Constituição americana (**que veda** o "*cruel and unusual punishment*") **o excesso populacional** no sistema penitenciário do Estado da Califórnia (**que chegava a 200%** de sua ocupação máxima), **ordenando-lhe que reduzisse**, no prazo de 02 (dois) anos, **ao índice de 137,5% (calculado sobre a capacidade total então existente)** a sua população carcerária.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu comento esse caso no meu voto, como Vossa Excelência terá visto, mas é exatamente isso mesmo. E altamente invasivo, não é? Mandar soltar dezenas de milhares de presos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O próprio Presidente está com um caso de repercussão geral - tinha anotado no voto escrito - das ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público para a abertura de vagas. Sabemos que hoje há algo em torno de um bilhão de reais do Funpen - três bilhões, me corrige o Procurador-Geral - e que, por alguma dificuldade operacional, esses investimentos não se realizam. No que diz respeito, por exemplo - e isso foi tentado até no CNJ - à prisão em flagrante - e aqui é uma das realidades mais cruéis - falamos muito no modelo da execução da pena depois da sentença, mas em geral temos um

RE 580252 / MS

quadro de miséria, trágico, nas prisões provisórias. A metade desses presos, desse exército de quinhentos, seiscentos mil é de presos provisórios. E aí vamos ver a grande responsabilidade da Justiça. No CNJ, preconizava-se a necessidade de apresentação do preso ao juiz, mas se dizia que "essa tarefa não se pode realizar", e sempre se vinha, Presidente, com o exemplo de São Paulo. Dizia-se: "Ah, não se pode fazer isto". Veja, essa é uma exigência constante da Carta Europeia de Direitos Humanos. É uma exigência que consta da Convenção Americana. É uma exigência básica. São Paulo agora conseguiu atravessar o rubicão, graças à iniciativa do presidente Nalini, do secretário Alexandre de Moraes, e está implantando...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - *Data venia*, ele está cumprindo um programa do CNJ, que nós estamos espalhando para todo o País.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas, veja: temia-se que esse estado não conseguisse atravessar... exatamente, havia essa inibição. E, agora, tem-se essa possibilidade. Qual foi o resultado? A redução significativa no número de presos provisórios.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Quarenta e cinco por cento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quarenta e cinco por cento. Por quê? Porque o juiz agora conversa com esse preso e verifica se é o caso da confirmação.

Veja, Presidente, gostaria de cumprimentá-lo, inclusive, por essa

RE 580252 / MS

iniciativa, mas todos temíamos que esse sistema não pudesse ser implantado em São Paulo, porque se trata de uma superpopulação carcerária e por conta do grau intenso de crimes. Mas o sistema está funcionando, está em expansão, é uma resposta institucional, norma de organização e procedimento no plano das prisões provisórias com essa redução significativa.

Outras medidas de organização e procedimento podem ser tomadas, como já estão previstas nas resoluções do CNJ; por exemplo, a rotineira fiscalização após três meses: saber por que alguém ainda continua preso, por que que ainda não foi sentenciado. Em suma, há uma série de medidas que podem ser tomadas e, muitas delas, de caráter administrativo. Tanto é que a grande reforma que se tem de fazer aqui, tanto no que diz respeito ao combate à impunidade como no que diz respeito às questões ligadas aos direitos humanos, percebe-se nitidamente, é a Reforma da Justiça Criminal, é sua modernização. Quando temos uma crônica, um histórico de que podemos surpreender um preso provisório com dez anos de prisão, com catorze anos de prisão, vemos que é um grave problema da própria Justiça.

De modo que continuo a entender que há medidas, sem dúvida, que devemos tomar no plano judicial e judicial-administrativo, mas algumas dependem de lei e algumas são ações administrativas como a construção de presídios. Depois da decisão sobre a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, ampliou-se a demanda ao regime semiaberto e não temos resposta para isso e temos sistemática falta de vagas nesse contexto.

De modo que gostaria de reiterar meus cumprimentos pelo brilhante voto que o ministro Barroso trouxe, certamente é uma brilhante contribuição para esse debate. Mas continuo com aquelas reservas mentais já explicitadas, especialmente quanto à própria possibilidade de que, a partir do voto do ministro Teori, se esclareça aquilo que a rigor

RE 580252 / MS

nunca esteve escondido, de que havia possibilidade, sim, de proceder à responsabilização do estado por conta de excessos no âmbito do regime criminal.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S) : ANDERSON NUNES DA SILVA

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Teori Zavascki (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Falou, pelo recorrente, o Dr. Antônio Ezequiel Inácio Barbosa, e, pelo recorrido, o Dr. Ulisses Schwarz Viana, Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.12.2014.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Roberto Barroso, que conhecia e dava provimento ao recurso, propondo, no entanto, solução diversa à do Relator, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, de palestra e compromissos na República Italiana e do Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das Eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido, e, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 06.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário



16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

Indago, também em questão de vista, à Ministra Rosa Weber - que está com vista no caso do Recurso Extraordinário nº 580.252 -, se poderia apregoar este caso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu estou aqui com o voto mais simples e teria condições de proferi-lo, embora também – e até por falha minha – não tenha liberado a ADI, onde penso que uma tese inovadora e criativa, trazida pelo Ministro Luís Roberto na divergência que ensejou o meu pedido de vista, pudesse ser apreciada numa maior amplitude e com mais profundidade. Mas eu tenho condições de proferir o meu voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, acho que, neste caso, seria conveniente, porque já há dois votos proferidos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Três.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Três votos proferidos. Então, neste caso, acho que a situação seria de prosseguimento.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

VOTO-VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhora Presidente, eminentes pares, de início **rememoro** a lide e os trâmites processuais, não sem antes louvar os votos proferidos, pelo brilhantismo peculiar a seus prolatores e pela sensibilidade com que abordaram questão de difícil equacionamento.

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão da **Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em sede de embargos infringentes**, representativo do **Tema 365** da repercussão geral: *Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária*.

2. Veiculado na ação, ajuizada por intermédio da Defensoria Pública do Estado por detento condenado a vinte anos de reclusão pelo crime de latrocínio - e em liberdade condicional -, pedido de indenização por dano moral em face da cumprimento da pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional superlotado e carente de condições mínimas de saúde e higiene, no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul (fl. 63).

A sentença de improcedência exarada na origem fora reformada pelo Tribunal de Justiça local, por sua Terceira Turma Cível, ao julgamento de apelação, com a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul, por maioria, ao pagamento da indenização, em favor do ora recorrente, em parcela única de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Ementa do acórdão:

“EMENTA APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DANO MORAL CARACTERIZADO TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUNGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL PRESQUESTIONAMENTO MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E DISCUTIDA PELO ÓRGÃO COLEGIADO RECURSO PROVIDO.

O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato

RE 580252 / MS

omissivo, tenha causado dano à particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo.

Demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas da saúde e higiene do estabelecimento penal (presídio) não foram sanadas, após decurso de um lapso temporal quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do Estado (culpa administrativa).

Não sendo assegurado o mínimo existencial, não há falar em aplicação da teoria da reserva do possível.

Recurso provido”.

A decisão recorrida, ao julgamento de embargos infringentes, invocando basicamente a reserva do possível, veio a restabelecer o juízo de improcedência, consoante a seguinte ementa:

“EMBARGOS INFRINGENTES REPARAÇÃO POR DANO MORAL SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA ATO OMISSIVO DO ESTADO EM GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO RESPONSABILIDADE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL RAZOABILIDADE IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO INDENIZAÇÃO INDEVIDA RECURSO PROVIDO”.

O extraordinário aponta ofensa aos arts. 5º, III, X e XLIX, e 37, § 6º, da CF, insistindo na tese da responsabilidade objetiva do Estado por não garantir condições mínimas de dignidade humana no cumprimento da pena, bem como da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível como fundamento para obstar a indenização pleiteada (fls. 75-86).

Exarado juízo negativo de admissibilidade na origem (fls. 85-6), o recurso extraordinário chegou a esta Suprema Corte por força de provimento de agravo de instrumento pelo Ministro Ayres Britto, Relator

RE 580252 / MS

originário (fl. 112), que o submeteu ao Plenário Virtual. Reconhecida a repercussão geral da matéria nos seguintes termos (fl. 126):

“LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária”.

A União, admitida como *amicus curiae*, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 142-62).

O Procurador-Geral da República opinou pela negativa de provimento do recurso (fls. 378-86), forte em especial na ausência de nexo de causalidade entre a obrigação estatal objeto do art. 5º, XLIX, da CF e o dano supostamente decorrente da superlotação carcerária.

Indeferido pedido de admissão do Conselho Federal das OAB como *amicus curiae*, diante da formulação após liberado o processo para julgamento (fl. 416).

Voto do Relator.

3. O eminente relator, o saudoso e querido Ministro Teori Zavascki, votou no sentido do provimento do recurso extraordinário para restabelecer o juízo condenatório, nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação (indenização de dois mil reais).

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

Em síntese, eis os fundamentos do voto de Sua Excelência: (i) são **incontroversos os fatos da causa e o dano moral**, uma vez fixado pelo

RE 580252 / MS

acórdão recorrido que “o recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detento um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida”; (ii) a questão jurídica posta no recurso restringe-se à reparabilidade, vale dizer, “à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas”; (iii) a matéria dos autos se situa no campo da responsabilidade civil, extraída diretamente do art. 37, § 6º, da CF, preceito normativo autoaplicável, “não sujeito a intermediação legislativa ou providência administrativa de qualquer espécie”, inaplicável o princípio da reserva do possível; (iv) é dever estatal, derivado do ordenamento interno e de fontes normativas internacionais incorporadas ao direito pátrio, garantir a segurança pessoal mínima, física e psíquica, dos detentos; e (v) não é viável invocar seletivamente razões de estado para negar aos detentos o direito à integridade física e moral, sob a consequência de deixá-los “numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa”.

O Relator foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, e houve pedido de vista do Ministro Roberto Barroso.

Voto-vista do Ministro Roberto Barroso.

4. O Ministro Luís Roberto também votou pelo provimento do recurso extraordinário, mas para “reconhecer o direito do recorrente a ser indenizado pelos danos morais sofridos, mediante remição de parte do tempo de execução da pena”.

Propôs a seguinte tese de repercussão geral: “O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema

RE 580252 / MS

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

Eis em síntese os fundamentos do voto-vista de Sua Excelência: **(i)** a superlotação carcerária e o encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes ensejam responsabilização civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos; **(ii)** não é legítima a invocação da cláusula de reserva do possível para negar indenização em circunstâncias tais; **(iii)** a reparação em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos que poderiam ser empregados na melhoria do sistema carcerário. Por isso, deve ser arbitrada apenas em caráter subsidiário; **(iv)** a reparação por meio da remição de parte do tempo de execução da pena é um mecanismo alternativo que confere primazia ao ressarcimento *in natura* e que encontra abrigo mediante aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execução Penal.

AGENDA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

5. Relembro ainda que o RE integra a ‘agenda do sistema penitenciário’ que vem sendo paulatinamente conduzida por este Supremo Tribunal Federal. Registro, apenas para ficar no histórico recente do Plenário, os seguintes feitos:

(i) RE nº 592.581/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Tribunal assentou, em regime de repercussão geral, que “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e

RE 580252 / MS

assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

(ii) ADPF nº 347/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, via da qual o Tribunal declarou, em medida cautelar, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, presente o quadro de violação massiva e persistente de direitos humanos dos detentos, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas. A medida cautelar foi ainda deferida para determinar a realização de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão, e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), sem qualquer tipo de limitação, para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

(iii) RE nº 841.526/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado pelo Pleno em 30.3.2016 com fixação de tese de repercussão geral (tema 592) no seguinte sentido: *“Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.*

(iv) RE nº 641320/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que discutiu a possibilidade do cumprimento de pena em regime mais benéfico ao sentenciado quando não houver vagas em estabelecimento penitenciário adequado. De acordo com o voto do Relator, havendo falta de vagas no regime semiaberto, o juiz deverá providenciá-las mediante a saída antecipada de sentenciados desse regime, que deverão ser colocados em liberdade monitorada eletronicamente (por meio de dispositivos como a tornozeleira eletrônica). O julgamento foi concluído em 11.5.2016, com o que o Pleno fixou a seguinte tese de repercussão

RE 580252 / MS

geral (tema 423):

“a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”.

DELIMITAÇÃO DOS POSICIONAMENTOS ANTERIORES

6. Do voto do Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, extraio configurados na espécie os fatos que atestam a completa precariedade das condições carcerárias a que submetido o ora recorrente, assim como o nexo de causalidade e a existência indiscutível do dano moral, a ensejarem, como consequência jurídica, a obrigação de ressarcir, forte no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, norma autoaplicável. Mais: do mesmo voto extraio que (i) o Estado é objetivamente responsável pela integridade física e psíquica dos detentos, nos termos de precedentes desta Suprema Corte; (ii) não se aplica a teoria da reserva do possível porque a controvérsia diz com o desrespeito à observância do mínimo existencial; e (iii) a instituição de políticas públicas para melhoria das condições carcerárias é absolutamente

RE 580252 / MS

necessária, mas tais políticas configuram problema diverso cujo equacionamento não pode interferir na reparação de dano consumado. Por fim, embora exista amplo lastro, no direito interno, para obrigar o Estado brasileiro a garantir esse mínimo, **(iv)** uma série de compromissos jurídicos internacionais impele o mesmo trato da questão. Apontada, a propósito, uma certa dificuldade global a respeito, a não justificar, contudo, se neguem aos presos mecanismos de reparação judicial, deles subtraindo o direito e a jurisdição.

Como visto, a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto não diz com a procedência do pedido e consequente provimento do RE – há concordância plena a respeito -, e sim com o modelo específico de reparação do dano que propõe. Tanto Relator como a divergência firmam tese da responsabilidade civil do **Estado** *pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. No voto divergente, todavia, a reparação moral via pagamento de indenização em pecúnia é posta como alternativa subsidiária, quando materialmente inviável o modelo de reparação não pecuniária. Aponta-se a prevalência da reparação não pecuniária do dano moral sobre a reparação pecuniária, tida como pouco efetiva tanto do ângulo da vítima, que continua a sofrer os efeitos das condições degradantes de prisão, quanto do prisma do Estado, obrigado a gastar recursos que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema prisional. Traz-se à colação a experiência italiana, a partir de julgamento-piloto conduzido pela Corte Europeia de Direitos Humanos que obrigou a Itália a adotar medidas tendentes à redução da superlotação de presídios, com destaque à criação de um mecanismo identificado como apto a fornecer reparação *in natura* do dano moral a partir da remição de um dia de pena para cada dez dias de detenção em condições degradantes.*

7. Anoto, desde logo, que a experiência italiana de remição da pena como contrapartida do dano moral está apoiada não em provimento

RE 580252 / MS

judicial, e sim em instrumento normativo - Lei nº 117/2014, esta editada em cumprimento de decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH, Caso *Torreggiani et. al v. Itália*, j. em 08.01.2013) que instituiu a remição da pena como uma das formas de reparação do dano decorrente do descumprimento do art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, à razão da redução de 1 dia de pena, para cada 10 dias sob detenção em condições desumanas ou degradantes, decorrentes da superlotação.

Bem relembra, todavia, o Ministro Luís Roberto, a existência de antecedentes nacionais autorizadores da remição pelo estudo, historicamente concedida pelos Tribunais brasileiros antes de sua positivação no ordenamento pátrio. Em qualquer hipótese, observo que tanto a remição pelo estudo como a remição pelo trabalho, as duas categorias básicas citadas pelo art. 126 da Lei de Execuções Penais, pressupõem prática de ato pelo reeducando, indicativo de seu interesse na ressocialização. Trata-se de um agir orientado a fim positivamente valorado pela Lei de Execuções Penais. Ainda que o art. 126, § 4º, da LEP autorize remição ao preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou estudo, o que se tem na base do instituto é a vontade do interessado, interrompida por motivos alheios ocorridos enquanto este exercia tal autodeterminação.

A LEP, a meu ver, propõe um sistema de *mérito* sempre que trata de remição. Diz seu art. 129, § 1º, que o condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, não só a frequência, mas também o *aproveitamento* escolar.

Entendo que a própria jurisprudência desta Suprema Corte entrelaça remição e comprometimento do preso, como irmãos siameses. No HC nº 110.566/SP, 2ª Turma, Ministro Ayres Britto, DJe de 08.6.2012, a remição é destacada como instituto que “*premia o apenado que se revela capaz de disciplina e, nessa vertente, valoriza o trabalho (...) que a Constituição Federal promoveu às categorias de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (inciso IV do art. 1º) e de pilar da ordem social brasileira (art. 193)*”. Da

RE 580252 / MS

ementa do RHC 124.775/RO, 1ª Turma, DJe de 19.12.2014, Relator Ministro Dias Toffoli, extrai-se por sua vez que *“O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador”*.

Não existe remição ficta ou virtual, portanto. Ou o preso trabalha e estuda e, assim, obtém o benefício, ou não. O precedente da 1ª Turma vai além. O estabelecimento onde preso o autor do pedido deduzido naquele feito carecia de condições físicas aptas a ensejar o trabalho ou estudo. Portanto, a hipótese não era a de não desejar, o preso, progredir pelo esforço. O Estado é que o impedia. Escancarada mais uma vez a triste realidade da deficiência estrutural dos presídios pátrios a inviabilizar o bom rumo dos vetores da Lei de Execuções Penais no sentido da ressocialização via cumprimento da pena. Ainda assim, no julgado citado, concluiu-se que *“Por falta de previsão legal, não há direito subjetivo ao crédito de potenciais dias de trabalho ou estudo em razão da inexistência de meios para o desempenho de atividades laborativas ou pedagógicas no estabelecimento prisional”*. Ou seja, nem mesmo a falta de estrutura carcerária justificaria, consoante o decidido naquele feito, a concessão aos presos daquilo que deveriam obter pelo próprio esforço.

Já na hipótese ora em exame, os presos não agem nem se omitem, e sequer entra em conta o que eles poderiam fazer ou deixar de fazer, dadas condições reais ou ideais. Esse não é o ponto. Eles sofrem a ação ou omissão. São sujeitos passivos da conduta a ser valorada, positiva ou negativamente, e esta deriva do Estado causador do dano. Evidencia-se assim nítida diferença entre as hipóteses de remição penal, legal ou jurisprudencial, e a hipótese dos autos, pertinente à responsabilidade civil do Estado, ainda que tendo como fato gerador a mais palpável das facetas da crise experimentada no campo do direito penal, localizada na execução das penas.

III A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

RE 580252 / MS

8. A regra geral de responsabilidade civil do Estado, no âmbito constitucional, está no art. 37, § 6º, da CF, invocada em quantidade enorme de situações fáticas. A hipótese aventada pela Advocacia-Geral da União (no pedido de intervenção como *amicus curiae*) se apoia nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello que vinculam a responsabilidade civil do Estado por omissão à perspectiva subjetiva da culpa administrativa (falta do serviço), para, a partir delas, adotar uma dicotomia entre casos em que configurada omissão genérica ou omissão específica. Essa perspectiva é também adotada pela Procuradoria-Geral da República, no Parecer juntado aos autos. Em consequência desse entendimento proposto tanto pela AGU quanto pela PGR, estaria ausente a responsabilidade estatal quando não constatado liame direto de causa e efeito entre omissão e dano (ou seja, quando vislumbrada omissão genérica); *v.g.*, seria improcedente o pedido reparatorio deduzido por vítima de roubo à alegação de que o dano teve como causa a deficiência da prestação do serviço estatal (difuso) de segurança pública.

Traduzo a hipótese em doutrina especializada:

“Não há força reconhecer como responsabilizar o Estado pela insatisfatória atuação das autoridades constituídas, polícia preventiva e repressiva, Ministério Público e Poder Judiciário pela sua incapacidade orgânica, decorrente de fatores alheios à vontade de seus dirigentes, ou pela carência de verbas que permitam maior contingente policial, ou pelo reduzido número de presídios perante o avantajado número de condenados criminalmente, ou por culpa anônima da Administração. Se nessas hipóteses for possível vislumbrar nexos, próximo ou remoto, de causa e efeito entre o dano e a omissão ou carência do Estado para manter a segurança dos cidadãos, também será possível sustentar a existência de causas excludentes da responsabilidade, como a força maior, caracterizada, por exemplo, pela absoluta impossibilidade orçamentária, insuficiência de contingente policial, número reduzido e insatisfatório de membros do Ministério Público ou do Judiciário, carência de foros judiciais nos mais longínquos

RE 580252 / MS

rincões e outras causas invencíveis” (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: RT, 10ª edição, rev., atual. e reform., 2014, p. 1497).

Tal perspectiva, ainda que acaso aceita em seus termos, não parece aplicável à situação prisional, com a devida vênia. Os condenados estão sob custódia direta do Estado. Difícil imaginar situação em que maior o jugo do poder estatal. Os presos estão sob tutela imediata do Estado as 24 horas do dia, dele dependendo para atendimento de suas mais básicas necessidades. Nesse quadro, as falhas nas condições de custódia dizem com negligência, e não com omissão genérica. Existe desrespeito a imposições de fazer, constitucionais e legais, com o que perfectibilizado dano a um *grupo determinado* de pessoas – os presos, conquanto muitos, são grupos determinados em cada cela do país, ao contrário dos transeuntes que se encontram sob risco de um assalto nas ruas. Os danos que vitimam os presos não ocorrem aleatoriamente ou afetam particulares a partir de uma gênese difusa. Enfim, cada preso é um preso, com identidade reforçada pelo próprio método individualizado de cumprimento da pena previsto na CF – art. 5º, XLVII.

Há grande distância entre situações juridicamente questionáveis, que podem indicar a alguns a intenção de transformar o Estado numa espécie de segurador universal de todo e qualquer risco, e a que é vivenciada pelos encarcerados, em seu cotidiano. Nessa perspectiva, prefiro a lição de CAHALI, pois “(...) *desde que exigível da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação*” (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: RT, 4ª edição, rev., atual. e ampl., 2013, p. 217).

9. As observações da douta divergência de que (i) os presos receberiam as reparações pecuniárias, mas continuariam sujeitos às mesmas causas lesivas dentro das prisões e (ii) a reparação pecuniária tenderia a piorar ainda mais as condições carcerárias, pois recursos

RE 580252 / MS

escassos seriam drenados para as reparações individuais, a despeito de sua relevância para o equacionamento de tão complexa questão, não me parecem decisivas para afastar a indenização pecuniária no caso concreto, com a devida vênia. Destacou o eminente Relator que as reparações pecuniárias por danos morais são satisfeitas via precatório e não afetam diretamente quaisquer rubricas orçamentárias referentes à melhoria das condições carcerárias. Essa relação, se houver, é indireta. Sintomático, em qualquer hipótese, que tanto se fale sobre políticas públicas nas discussões sobre o tema das prisões, e nada se diga a respeito da completa inexistência de vontade política para executá-las. Sabe-se que políticas públicas penitenciárias se impõem, mas estas não se materializam a partir do éter. É preciso vontade política para tal, fator que parece inexistente no Brasil, em que difusamente identificado o tema segurança pública com a repressão à criminalidade. Reformas nas cadeias não parece ser pauta de interesse da população. Há preconceito enraizado que etiqueta os presidiários como pessoas de segunda categoria. O crime cometido é transformado em estigma indelével, a subtrair do preso parte da própria humanidade.

O segundo ponto, relativo à questão orçamentária, autoriza por sua vez outros questionamentos. Se é possível cogitar que reparações pecuniárias virão em detrimento da situação dos presídios, pontuo que, embora não avulsem pagamentos ao título, a situação prisional se deteriora cada vez mais. Extraio do voto divergente que parte considerável das verbas do FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional – são contingenciadas para fins de superávit primário do governo federal, e outra parte não é utilizada simplesmente porque os Estados não conseguem cumprir com as exigências da União.

Razoável, portanto, supor o inverso: os Estados, obrigados a despender recursos a tanto, podem enfim encontrar motivação para resolver o problema na raiz.

10. Dano e reparação são institutos distintos na teoria do dano moral. Causa suficiente a impedir o prosseguimento do dano por omissão

RE 580252 / MS

é a implementação de políticas públicas, o que não afasta a discussão sobre o dano e suas características. O tema remanescente da presente controvérsia, a partir do foco vislumbrado pelo excepcional voto divergente, é a reparação. O dano, repito, é questão vencida nos votos até aqui proferidos. Correta a afirmação de que só políticas públicas resolvem o problema do dano à dignidade humana dos presos. Mas ao mesmo tempo, nada diz com a reparação dos já ocorridos.

IV - A QUESTÃO DA REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DOS DANOS MORAIS. Breve contextualização do problema.

11. JOSÉ DE AGUIAR DIAS, um clássico da responsabilidade civil, ensinava há décadas:

“De duas formas se processa o ressarcimento do dano: pela reparação natural ou específica e pela indenização pecuniária. O sistema da reparação específica corresponde melhor ao fim de restaurar, mas a indenização em dinheiro se legitima, subsidiariamente, pela consideração de que o dano patrimonial acarreta diminuição do patrimônio e este é um conceito aritmético. A reparação natural, de seu lado, pode ser material e econômica. Quando coincidem, não há dificuldade na restauração do *statu quo* alterado pelo dano. A reparação no caso pode consistir na entrega, seja do próprio objeto (exemplo do criado que permitiu o furto de uma jóia, mas a recupera, entregando-a ao dono), seja de objeto da mesma espécie, em troca do deteriorado. Se bem que não se deva tomar essa regra em sentido absoluto, tem-se como certo que a reparação natural é impossível quando o fato danoso importar na destruição do objeto” (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, vol. II, 1960, pp. 768-9).

Outro clássico, CAHALI cita a publicação de nota em jornal como forma de reparar o protesto indevido de título, com base em antigo julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, hipótese, sem dúvida, de reparação *in natura* do dano:

RE 580252 / MS

“Finalmente, tem-se pretendido que, no caso de protesto indevido de título, cabe determinar-se a publicação de nota em jornal; mas já se decidiu que o autor carece de ação cominatória tendente a obrigar o réu, credor por duplicata, a publicar, em jornais, declaração destacada, em que confesse ter incidido em erro ao mandar protestar o título, no pressuposto de que inexistia direito ou convenção que o obrigasse a fazer semelhante publicação. Não seria, porém, de descartar-se a sanção acessória se o protesto indevido adquiriu certa notoriedade e repercussão pela forma como foi divulgado”. (CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: RT, 2011, 4ª edição rev., atual. e ampliada, pp. 364-5).

A retratação, o desmentido ou retificação de notícia injuriosa estavam previstos na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), fulminada esta, porém, pela decisão proferida por esta Suprema Corte na ADPF nº 130.

Sem dúvida a reparação *in natura* é a ideal e algumas vezes possível. Há muitos anos, o próprio JOSÉ DE AGUIAR DIAS advertia:

“Não obstante seu caráter subsidiário, a indenização em dinheiro é a mais freqüente, dadas as dificuldades opostas, na prática, à reparação natural pelas circunstâncias e, notadamente, em face do dano, pela impossibilidade de restabelecer a rigor a situação anterior ao evento danoso”. (DIAS, José de Aguiar. Ob. Cit., p. 769).

São limitações reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal há muito. Comentando acórdão relatado pelo Ministro Pedro Lessa em 1919, consigna o citado doutrinador:

“A indenização do dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem denominador econômico. Não é possível a sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando

RE 580252 / MS

se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o ofendido não fique sem uma satisfação” (DIAS, José de Aguiar. Ob. Cit., p. 782).

Os próprios defensores da ampla difusão da reparação *in natura* reconhecem que nem todas as situações podem ser equacionadas unicamente por essa via. Transcrevo o magistério doutrinário de ANDERSON SCHREIBER:

“A tutela específica da personalidade deve ser a via prioritária. Claro que, como tal tutela específica nunca será inteiramente possível, a indenização pecuniária desempenhará um papel importante, somando-se às medidas de tutela específica para assegurar a reparação mais ampla possível do dano moral sofrido” (Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 214).

A condenação pecuniária, depois de longa evolução doutrinária e jurisprudencial, foi aceita justamente como meio possível de reparação, não como meio preciso; jamais houve essa pretensão. Nesse sentido,

“(...) o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito compensação, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava substituição do prazer, que desaparece, por um novo. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões” (FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 10ª edição rev. ampl., 2012, p. 91).

RE 580252 / MS

Uma coisa é certa, toda proposta de reparação apresenta inconvenientes.

A reparação *in natura* tem como ideia central reeditar o estado anterior à lesão da forma mais próxima possível, ao invés de compensar um estado com uma coisa (dinheiro).

A questão que se coloca, portanto, é a de saber se possível restaurar *in natura* o sofrimento qualificado pela violação da dignidade humana, no cumprimento de pena em condições degradantes, abreviando o tempo correspondente. A dor da dignidade devastada por descaso estatal, nessa hipótese, seria reparada com a saída antecipada da prisão?

O 'violar por menos tempo' compensaria o 'reparar o dano causado', exigido pelo direito civil? A responsabilidade civil exige reparação, e abreviar o sofrimento não é necessariamente o mesmo que reparar o sofrimento.

A proposta de abreviação da pena, a despeito de seu brilhantismo, não esgota a complexidade do problema, pois não diz com a **dignidade do preso**, que é o bem ofendido pelo Estado, e sim com a **liberdade**. São bens jurídicos diversos e tal conclusão decorre da natureza das coisas, embora também se infira da legislação (art. 38 do Código Penal - "*O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral*"; art. 3º da Lei de Execução Penal - "*Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei*" e, especialmente, Constituição Federal, art. 5º, XLVII, 'a', e XLIX, que impedem penas cruéis e asseguram aos presos o respeito à integridade física e moral, tudo isso, evidentemente, encontrando-se eles destituídos de liberdade).

A importância da distinção entre liberdade e dignidade, dentro dos limites do problema, é basilar. Como visto, a proposta de reparação *in natura* orienta à reparação do estado anterior, opção que, quando passível de ser concretizada, se torna preferível à mera substituição de um bem por outro, como ocorre na reparação financeira. Mas, no caso, a alternativa que subjaz à suposta reparação *in natura* significa, justamente,

RE 580252 / MS

trocar um bem por outro.

IV.ii - A imputação de responsabilidade estatal.

12. Ainda que admitido o conceito de reparação *in natura*, a permitir substituição de bens distintos como forma de reparação, no caso concreto, tal substituição não reproduziria corretamente regra de imputação de responsabilidade civil ao Estado, conforme o comando do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Em esquematização metafórica, o eminente Relator propõe que o bem 'dignidade' do 'preso', subtraído pelo 'Estado' enquanto o submete a condições degradantes de encarceramento em prisão superlotada, seja reparado pela entrega à vítima do bem 'dinheiro', pertencente ao 'Estado'. Já na fórmula da divergência, o bem 'dignidade' do 'preso', subtraído pelo 'Estado', será reparado pela entrega à vítima do bem 'liberdade', restituído ao 'preso' pelo 'Estado'.

A primeira imputa ao Estado, causador do dano ao bem 'dignidade' do preso, uma consequência que invade diretamente sua esfera jurídico-patrimonial, e que consiste na perda de 'dinheiro'. Ao invés, em face do Estado, o que se imputa na segunda proposição? Diretamente, nada. A liberdade e a dignidade pertencem ao mesmo titular. Portanto, há uma proposição que retira um bem pertencente ao Estado como consequência do ilícito que este comete, e outra que simplesmente restitui ao preso algo que lhe pertence, por definição. Se o Estado está a restringir a liberdade física do preso naquele momento, ele o faz com base em outro título jurídico que não está aqui em discussão. O que está em jogo é, justamente, **a forma de execução desse título.**

Haveria, portanto, em última análise uma *compensação entre obrigações*, e não reparação *in natura* como tal. *Com efeito*, o Estado, por não cumprir sua obrigação de executar a pena respeitando a dignidade do preso, estaria a abrir mão, voluntariamente, de exigir do preso a obrigação de cumprir integralmente aquela mesma pena.

Ainda que em plano meramente ideal, o Estado estaria ainda a cometer em tese um ilícito contra o reeducando ao abrir mão de seu

RE 580252 / MS

poder-dever de reeducar, fator assumido em nosso sistema penal para justificar a aplicação da pena:

“Contém o art. 1º da Lei de Execução Penal duas ordens de finalidades. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir os delitos. Ao determinar que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, o dispositivo registra formalmente o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituído por tais decisões. A segunda é a de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social. (...) O sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na lei de execução, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração, não se confundindo com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em constraste com os direitos da personalidade do condenado” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 11ª edição, rev. e atual. por Renato N. Fabbrini, 2007, p. 28 grifos no original).

A despeito das várias visões criminológicas a respeito da função da pena, a reinserção social não pode ser olvidada como, ao menos, uma das hipóteses relevantes (art. 1º da LEP). Comungo com o primoroso voto divergente onde afirma que as más condições carcerárias representam um adensamento da pena, como se o dia na masmorra passasse a ter trinta horas, e não mais vinte e quatro, levando assim à ideia de que seria justo considerar a pena efetivamente cumprida antes da data formalmente determinada. Porém, tal ideia depende do reconhecimento na execução penal de uma punição pura e simples, o que, de certa forma, tem o

RE 580252 / MS

indesejado efeito de relativizar a própria discussão a respeito da reparação.

A Constituição Federal, ao tratar do cumprimento da pena, não parece permitir se adote visão monocromática, focada exclusivamente no castigo. Discute-se dano moral a ser indenizado porque descumpridos pelo Estado princípios de formalização digna da aplicação da pena, e tais princípios, por sua vez, existem porque a imposição da pena não se iguala à *vendetta*.

Se autorizada a compensação da obrigação estatal de manutenção da dignidade dos presos com a obrigação de cumprimento da pena integral de cada um deles, o Estado ganha salvo-conduto para que as horribéis condições carcerárias permaneçam como estão, *tornando desnecessárias quaisquer políticas públicas*. Na verdade, as políticas públicas perdem duas vezes: as relativas aos presídios se tornam ainda mais indesejadas, e as de segurança pública em geral são prejudicadas pela soltura antecipada de condenados, a respeito dos quais o processo de ressocialização deixa de existir até mesmo como discurso.

V - DISPOSITIVO E TESE DE REPERCUSSÃO GERAL.

14. Em resumo, rogando vênias ao eminente Ministro Luís Roberto, em se tratando de processo subjetivo de natureza civil – ainda que submetido à repercussão geral –, com pedido de indenização por dano moral em valor correspondente a um salário mínimo por mês enquanto presentes as condições degradantes e desumanas da prisão, **acompanho o voto do saudoso e querido Ministro Relator. Provejo, pois, o recurso extraordinário e subscrevo a tese nele proposta**, sem prejuízo de eventual endosso àquela criativa e brilhante sugerida pelo Ministro Luís Roberto em ação de controle concentrado de constitucionalidade.

É como voto.

RE 580252 / MS

11 Editada em cumprimento de decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH, Caso *Torreggiani et. al v. Itáli*, j. em 08.01.2013) que instituiu a remição da pena como uma das formas de reparação do dano decorrente do descumprimento do art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, à razão da redução de 1 dia de pena, para cada 10 dias sob detenção em condições desumanas ou degradantes, decorrentes da superlotação.

22 Ao menos partir dos anos 60 do século passado, explica SILVA-SÁNCHEZ, fala-se sobre uma “crise” do direito penal, “(...) *na qual o que se questiona é o próprio modelo a ser adotado e sua autêntica utilidade social*”, a repercutir que “(...) *nas últimas décadas se pôde falar do surgimento e estagnação de uma conjuntura mais crítica (...) [que] deriva da tensão expansiva a que o Direito Penal vem sendo submetido*” (SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo* [tradução Roberto Barbosa Alves] – São Paulo: editora RT, 2011, pp. 31 e 33).

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, Vossa Excelência me permitiria?

Primeiro, eu cumprimento a Ministra Rosa Weber pelo voto bem-lançado, bem-organizado e com ideias no lugar de sempre. Eu gostaria apenas de enfatizar as convergências e distinções da minha posição em relação à do Ministro Teori.

O Ministro Teori, acompanhado pelo Ministro Gilmar, e eu temos consenso em relação ao fato de que condições degradantes em presídios superlotados, que violem a dignidade humana, geram responsabilidade para o Estado, e, conseqüentemente, o direito do preso a receber indenização por dano moral. Portanto, na questão jurídica de fundo, nós estamos todos de acordo.

O voto do Ministro Teori, após assentar a responsabilidade do Estado e o direito à indenização, manteve o valor da indenização devida ao preso fixado pelo Tribunal de Justiça local. O indivíduo esteve preso cerca, penso eu, de cinco ou oito anos - ou uma quantidade assim de anos -, e ele reproduziu o valor da indenização dado na instância de origem, que era de dois mil reais. Foi exatamente essa quantia que me chamou a atenção. Assim, penso que a indenização pecuniária neste caso não tem como funcionar bem. Ela é ruim do ponto de vista fiscal, é ruim para o preso e é ruim para o sistema prisional. Brevemente vou dizer cada uma dessas razões.

É ruim para o preso, porque ele recebe dois mil reais e continua preso no mesmo lugar, nas mesmas condições degradantes. Portanto, essa indenização não tem o condão de, minimamente, afetar a situação real em que ele vive. Em segundo lugar, do ponto de vista fiscal, a indenização justa, devida, a ser paga a um preso que permaneça oito anos dormindo num ambiente superlotado, como era o caso desse cidadão, que dormia com a cabeça em cima do vaso sanitário, porque não tinha espaço para

RE 580252 / MS

colocar a cabeça, e a todos os presos em condições semelhantes, seria a de um salário mínimo por mês. Considerando os mais de seiscentos mil presos do País e que esse ônus recairia sobre os Estados, nós obrigáramos os Estados a pagarem uma indenização para a qual não têm recurso, até porque, se o tivessem, deveriam investir na melhoria do sistema penitenciário.

Portanto, a indenização ou é de dois mil reais - e penso que viola a dignidade humana dessa pessoa novamente dar dois mil reais a ela, porque passou oito anos preso em condições degradantes - ou temos que encontrar uma outra fórmula alternativa.

O Ministro Luiz Edson Fachin, em muitos de seus textos sobre Direito Civil Constitucional, refere-se ao conceito que, utilizei em minha proposta, que é a ideia de despatrimonialização do Direito Civil, inclusive da responsabilidade civil. Portanto, ocorreu-me, um pouco olhando modelos praticados fora, imaginar uma indenização que não fosse em dinheiro, mas em um bem da vida, e o bem da vida a que a pessoa que está presa viu-se privada é o da sua liberdade.

A minha proposta é a de indenizar esse preso por critérios que seriam fixados pelo Juiz da Vara de Execução, mas com parâmetros. Eu propus, por exemplo, que, para cada sete dias em condições degradantes, ele seria indenizado recebendo um dia de abreviação da sua pena, um dia de remição. De um a três, dependendo das condições e das condições subjetivas do preso, tudo a ser fixado pela Vara de Execução. Portanto, não é nem uma solução de opção filosófica ou ideológica, mas porque não há alternativa: ou daremos uma indenização ridícula, que viola a dignidade do preso, ou daremos uma indenização justa e quebraremos os Estados, ou daremos uma indenização que - penso - deixaria todo mundo feliz - não criaria um problema fiscal, o preso sairia mais rapidamente e desobstruiria o sistema prisional.

Presidente, foram essas as razões que me levaram a propor esse mecanismo alternativo de indenização. Na tese jurídica, todos estamos de acordo. Apenas pensei num meio alternativo de reparação de dano que não tivesse um impacto fiscal deletério e que não fosse totalmente inócuo

RE 580252 / MS

em relação ao preso, porque receber uma indenização e continuar preso em condições degradantes também não muda as condições dele.

Eram essas as observações que gostaria de fazer.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, no recurso da Defensoria Pública, pede-se o provimento para acolher-se o pedido inicial, do qual não tenho notícia.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Esclareço, Ministro Marco Aurélio: um salário mínimo por mês, enquanto presentes as condições degradantes de superlotação. Esse foi o pedido, mas se noticiou que ele já está em liberdade condicional. Ficou esses anos preso por latrocínio, condenação a vinte anos, mas já estava em liberdade condicional quando foi deduzido esse pedido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, foi fixado em dois mil reais, em sede de apelação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, foram determinados, no acórdão decorrente do julgamento da apelação, os parâmetros da indenização pelo dano moral. Mas, no recurso, pede-se o acolhimento do pedido inicial.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Pede, poderia haver alteração.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Alteração para aquele pedido inicial.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Inclusive, lembro-me de que questionamos o Ministro Teori naquela assentada, e Sua Excelência disse que achou razoável os dois mil reais. No julgamento da apelação, em 2008, foram fixados esses dois mil reais, se bem me recordo, com atualização monetária. De 2008 para 2017, haveria a atualização monetária.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, essa questão já foi objeto de debate anteriormente e o ministro Barroso já insistiu nessa temática na sessão anterior, inspirado num modelo italiano que, como ministra Rosa ressaltou, está em Lei de 11 de agosto 2014. Hoje, até me informaram que o projeto de lei de execução penal que tramita no Congresso traz algum tipo de remissão a esse tipo de possibilidade.

Agora, claro que esse tratamento que se viesse dar ao preso, aqui se fala, por exemplo: *a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio*, isso não vai elidir a responsabilidade civil do estado, do artigo 37, § 6º. *De lege ferenda*, é uma boa recomendação, mas, evidentemente, caracterizados os danos, como temos tido em relação às situações envolvendo a segurança dos presos, maus tratos e tudo o mais. E o Tribunal já se manifestou sobre isso em vários temas, na questão da ADPF sobre as condições dos presídios.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Na 347, relatada pelo Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na questão da falta de vagas do regime semiaberto. Ali, inclusive, na ADPF, determinou-se o descontingenciamento do FUNPEN na tentativa de abertura de vagas, mas, a mim, me parece que isso não afasta a possibilidade de a Defensoria, ou quem representar eventualmente o preso, vir a buscar indenização por danos, tendo em vista a responsabilidade civil que se reconhece amplamente no âmbito do Tribunal.

RE 580252 / MS

De modo que gostaria de cumprimentar o ministro Barroso pela iniciativa inspiradora, mas dizer que, a despeito de eventualmente adotarmos essa orientação, isso não vai afastar a responsabilidade civil do estado prevista no § 6º.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas nós estamos de acordo quanto a isso. Tanto que digo no meu voto que, em casos em que o indivíduo já tenha inclusive saído, a reparação pode ser em dinheiro. Apenas enquanto ele está preso - porque a ação começou quando ele ainda estava preso - é que não faz sentido dar dinheiro. Mas eu entendo.

É claro que, quando vem uma lei disciplinando a matéria, a vida fica mais fácil. Parte do problema é que, às vezes, temos uma deficiência normativa e precisamos saná-la. Porém, nós não estamos em desacordo, nenhum de nós, eu penso, de que há responsabilidade e há o dever de reparação.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, inicialmente faço o registro, nos termos do § 2º do artigo 134 do Regimento, uma vez que não me encontrava aqui quando este julgamento principiou, mas examinei a matéria, portanto, assento que me sinto em condições de participar do debate e da respectiva deliberação. Embora, quiçá, vá reiterar algumas das questões já postas, mas quero apenas estabelecer as premissas das razões pelas quais irei expor a conclusão que neste caso estou a adotar.

Uma das reiterações que talvez cumpra aqui fazer é que esta Corte, ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional, de algum modo reconheceu uma circunstância tal que, nessa temática, há quase que um atentado tacitamente reconhecido, nessas formas de aprisionamento, em relação ao sistema carcerário no Brasil. Portanto, as circunstâncias que estão a violar a dignidade humana e todas as infrações aos direitos fundamentais, parece-me, congregam-nos numa mesma direção.

Outra direção que também parece que nos congrega diz respeito à resposta afirmativa à questão submetida à repercussão geral; porque a questão submetida à repercussão geral dizia se o Estado deve ou não indenizar. E a resposta tanto do Ministro Relator - saudoso Ministro Teori -, quanto da divergência inaugurada parcialmente pelo Ministro Roberto Barroso, e acompanhado o Ministro-Relator, na sua essência, pelo voto que agora a Ministra Rosa Weber traduz, todos indicam na direção da resposta afirmativa, ou seja, o Estado deve indenizar, eis que o caso concreto debatia precisamente este ponto, uma vez que houve uma decisão no sentido e outra no outro, a primeira foi afirmativa e a segunda negativa, em relação a esse dever de indenizar. Aqui, é que quiçá, há uma problematização que se apresente, porque indenizar, que vem de tornar indene, compreende a possibilidade de um modo não pecuniário de reparação. Disso, não há dúvida que a direção que o Ministro Luís

RE 580252 / MS

Roberto Barroso tomou parece-me encartada no quadro, na moldura que a repercussão geral estabeleceu. Agora, a diferença que há entre o voto do eminente Relator e o voto da divergência se dá precisamente no modo de fazer essa indenização, de tornar indene. Segundo a deliberação que colhemos da proposta do voto do eminente Relator, no que foi seguido pela eminente Ministra Rosa Weber, essa indenização há de ser feita em pecúnia. E, no caso, o saudoso Ministro Teori propôs um valor quantitativo, único, um pouco distinto, quiçá, do pedido inicial.

Mas, de qualquer sorte, a divergência que se inaugura com o Ministro Luís Roberto Barroso é de saber se é possível, na ambiência de uma forma não pecuniária de indenização, estabelecer uma maneira de remição que, do ponto de vista de sua literalidade, não está prevista em lei.

A lei de Execução Penal, no seu artigo 126, diz com todas as letras que trabalho e estudo implica remição da pena. Uma *ratio* que sustenta uma hermenêutica, que não desborda dessa compreensão, já permitiu, inclusive em alguns Estados da federação - a experiência, inclusive, do Estado do Paraná -, compreender que a referência ao estudo não é reducionista para apenas compreender ensino, mas também leitura, o que pode parecer uma obviedade, mas, de qualquer sorte, representa uma dimensão interpretativa que se conforma nos parâmetros que a própria legislação está a estabelecer.

Portanto, se há uma forma de remição não prevista em lei, a questão está em saber se as condições que o Ministro Luís Roberto Barroso levou para propor essa forma de remição da pena, se circunscreve nessa *ratio*, como já podemos ver do trabalho e do estudo que advém do artigo 126 da Lei Execução Penal. Uma resposta possivelmente afirmativa diria que nós temos nesta hipótese algo como que um equivalente funcional. Se a Lei admite remição por trabalho, por estudo e por leitura, a Lei também poderia admitir remição por uma outra circunstância que tivesse uma dignidade jurídica, um estatuto jurídico de consideração situado neste patamar.

O problema é este, portanto, em meu modo de ver: não está em

RE 580252 / MS

reconhecer se a resposta proposta pela divergência é adequada ou não; porque, meu modo de ver, é adequada. Aliás, mais do que adequada, ela é coerente com o reconhecimento que esse Tribunal já fez do estado de coisas inconstitucional.

Mas a questão situa-se numa antessala dessa, qual seja, podemos nós, ou seja, pode o Poder Judiciário localizar um equivalente funcional não previsto em lei para estabelecer um modo de remição de pena que o legislador ainda não fez? Este é o drama que, nesta hipótese concreta, pedindo todas as vênias às divergências, faz-me acompanhar o voto do saudoso eminente Ministro-Relator, ou seja, sem embargo de reiterar aqui todos os genuínos elogios que são feitos a partir do item 100 até o 142, que é onde o voto do Ministro Barroso toma essa direção, distanciando-se do voto do Ministro Teori Zavascki.

Portanto, reiterando todas essas percepções, e entendendo que esse tema, de uma ou de outra forma, voltará, neste momento, nos limites em que o recurso extraordinário foi colocado, acompanho o voto do eminente Relator, que conhece do recurso e dá provimento, mas o faço para um provimento integral no limite, não do acórdão proferido no julgamento da apelação, tal como indicou o Ministro Teori, mas que de maneira arguta, o eminente Ministro Marco Aurélio já havia apontado na perspectiva de que o pedido inicial tem, portanto, uma direção que atribui um quantitativo diferenciado e seguramente maior.

Portanto, nesse sentido, Senhora Presidente, não obstante toda a referência que faço, de modo genuíno e sincero, à contribuição importante do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, levando em conta o que já disse, e, ao que disse, soma-se também o seguinte: essa modalidade de remição de pena especificamente, ela não foi um objeto de um debate mais robusto em todo esse processo; ela se colocou aqui a partir da importantíssima contribuição do Ministro Luís Roberto Barroso.

Creio que possamos ter, no futuro, eventual caso em que este tema, especificamente da remição, venha como protagonista desta decisão e não a indenização, tal como de um modo geral é tida, embora seja um reducionismo na sua perspectiva de índole pecuniária que, como disse e

RE 580252 / MS

repito, é reducionista, porque indenização também compreende *modus* não pecuniários de reparação.

Mas, colocados esses limites, eu estou substancialmente acompanhando o voto do eminente Ministro-Relator, o saudoso Ministro Teori Zavascki, no que, aliás, também estou acompanhando o voto do Ministro Luís Roberto Barroso e da Ministra Rosa Weber na resposta afirmativa à questão e, portanto, dando provimento ao recurso. A divergência também dá provimento ao recurso. Mas, quanto à modalidade específica de indenização, neste momento, estou ficando com a condenação da indenização pecuniária, não nos limites do julgamento de Segundo Grau, mas, sim, nas possibilidades constantes da petição inicial.

É como voto, Senhora Presidente.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, ilustre Representante do Ministério Público, Senhores Ministros, Advogados, Estudantes presentes.

Senhora Presidente, como o Ministro Marco Aurélio sempre gosta de destacar, nós ainda adotamos a Teoria Keynesiana no sentido de que a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico. E, por vezes, a Constituição traz regras com normatividade suficiente, principalmente a Constituição pós-positivista de 88, que permite, inclusive, que nós possamos inferir, de seus ditames, verdadeiras causas de pedir, porque ela estabelece direitos, estabelece deveres e tem um objeto próprio e é passível de ser imposta imediatamente. Quer dizer, a exigibilidade judicial dos direitos e garantias da Constituição não necessita necessariamente de uma intermediação do legislador ordinário.

O Professor Barbosa Moreira sempre dizia que uma portaria da Previdência Social entrava em vigor, ou um ofício do Banco Central, e a Constituição estava sempre esperando alguma lei para entrar em vigor.

E a Constituição, ela é, digamos assim, autossuficiente, para utilizar uma expressão que o Professor Barroso, nosso Colega, Ministro, utiliza no seu Direito Constitucional Contemporâneo; há aqui regras com normatividade suficiente.

Então, começando pela Constituição, mercê de já ter sido aqui mencionado este dispositivo que marca a imbricação entre a dignidade humana e o Direito Penal, dispõe a Constituição que:

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

Quer dizer, essa é uma das facetas da dignidade humana na sua relação enciclopédica com o Direito Penal.

Mas, há mais. O inciso XLVII dispõe que:

RE 580252 / MS

"XLVII - não haverá penas:

(...)

e) cruéis;"

Então, não é esse comando dirigido somente ao juiz que comina a pena, mas também ao juiz que executa a pena.

A forma como os presos são tratados e as condições das prisões brasileiras implicam numa visão inequívoca de que as penas impostas no Brasil são cruéis.

Eu tive a oportunidade, para minha honra, de trabalhar, durante mais de um decênio, com o Ministro Teori Zavascki. E nós, então, construímos, na Turma de Direito Público, uma jurisprudência que vinha sendo seguida. E, naquela oportunidade, nós concluimos que é cabível a ação de indenização proposta por presidiário, sob o fundamento de ter sofrido danos morais em razão da superlotação na carceragem, na qual se encontrava recluso desde 8 de dezembro de 2003 - e aqui a condição degradante, veja Vossas Excelências - em espaço mínimo na cela, na qual se encontravam mais de 100 presos, e a previsão razoável era de 12 presos. Então, aqui era absolutamente inequívoca a condição degradante, e até um critério que poderia se eleger para como se considerar: quais são as condições degradantes? Não ter água quente. A maioria da população não tem nem saneamento. Então, seria necessário estabelecermos alguns critérios. E a negligência decorrente dos fatos narrados pelo autor, na exordial, em especial, no que se refere à configuração da culpa estatal, restou assentada.

E, então, fazíamos uma argumentação toda voltada para o pós-positivismo, para os princípios constitucionais sobre a edificação de uma sociedade justa e solidária e fazíamos uma reflexão sobre atuação da jurisdição no campo da política pública.

Num primeiro momento, poderia parecer que nós estamos aqui invadindo políticas públicas - que nós já assentamos de forma abstrata na ADPF que trata do estado de coisas inconstitucional -, mas, na verdade, não é a primeira, nem a última vez que um Tribunal, da eminência de uma Suprema Corte, vai atuar autorizando a exigibilidade e

RE 580252 / MS

cumprimento dessas políticas públicas.

Eu anotei aqui, claro, que, no berço de origem, o Estados Unidos é precursor dessas *injunctions*, obrigando a que a falta de estrutura da Administração Pública seja corrigida através de uma determinação judicial.

E o que me chamou mais a atenção é que, sem prejuízo da África do Sul, da Índia, da Colômbia, da Indonésia - porque até a Colômbia é a precursora da tese do estado de coisas inconstitucional -, esses países adotam a possibilidade de a jurisdição determinar o cumprimento de políticas públicas.

Agora, o que me chamou mais a atenção é que o Brasil é o país que tem o maior número de ações judiciais sobre direitos sociais à saúde e à educação, e *a fortiori* a essa situação política dos presídios, com cento e dezoito vezes mais processos que a segunda colocada, que é a Índia, um país com a população seis vezes superior à do Brasil.

De sorte que não é estranhável essa nossa intromissão, porque eu também já anotei que vários eminentes Ministros citaram o RE nº 592.581, e que o Judiciário foi até minimalista, porque poderia ter ingressado em outra seara, mas limitou-se a autorizar a utilização de um fundo para reforma dos presídios, e, dentre outras coisas, o Fundo Penitenciário Nacional e o descontingenciamento a que se referiu o Ministro Gilmar Mendes.

Pois bem, aqui nós não temos mais nenhuma dúvida sobre o assentamento da responsabilidade do Estado; quanto a isso, nós aqui estamos todos de acordo.

O que realmente parece retratar uma diminuta divergência quanto ao resultado judicial, quanto ao grau de eficiência da nossa solução, é exatamente, eventualmente, a criação de uma resposta judicial que não está estritamente limitada àquilo que foi pedido. Essa é a grande questão que se trava aqui. Isso merece, talvez, um tratamento sob o ângulo exatamente das regras que regulam a nossa atividade, a atividade judicial. Até que limite nós podemos ir? O que é que nós podemos fazer? Invadir políticas públicas, neste recurso extraordinário, já invadimos. E

RE 580252 / MS

várias vezes já invadimos para determinar providências capazes de sanar esses estágios antijurídicos.

Agora, debate-se: nós temos que fixar indenização pecuniária ou podemos estabelecer uma indenização *in natura*? Há vários decênios, discute-se que uma pessoa que ingressa em juízo tem o direito de obter justamente aquilo a que ela faz jus. Essa regra, de adstrição do juiz ao pedido, vem sendo mitigada com o decorrer do tempo. O Professor Giuseppe Chiovenda, já no século passado, afirmava isso. Todo cidadão que ingressa no Judiciário tem de ter uma tutela tempestiva e uma tutela específica.

Seguindo esse movimento, nós tivemos, por exemplo, no processo cautelar, pela primeira vez, a inauguração da possibilidade de o juiz, no exercício do seu poder cautelar genérico, dar uma providência *aliud* diferente, porém *minus*.

Em outras ações também, como, por exemplo, as ações possessórias, tinham, no seu cerne, a característica da fungibilidade. O juiz, instado a deferir uma manutenção de posse, eventualmente poderia deferir uma reintegração de posse, porque as ações eram fungíveis, o que importava era conjurar a moléstia à posse.

Com isso, quero dizer que a nova postura judicial é balizada pelas regras constitucionais que se dirigem à Administração Pública, assim considerado também o Poder Judiciário. Essa foi uma ideia central quando nós estabelecemos, no novo Código de Processo Civil, os poderes instrumentais do juiz. Não adianta que haja queixas contra o Poder Judiciário sobre morosidade e falta de providências adequadas, se o juiz não tem esses poderes para exteriorizá-las na decisão judicial.

Já na introdução do novo Código de Processo Civil, fizemos encartar regras, encontradas alhures em sistemas processuais evoluídos, no sentido de que o Processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição. A Constituição estabelece regras *in procedendo* para o juiz que vai julgar, que são repisadas pelo novo Código de Processo Civil, regras essas que têm como destinatário o magistrado, para que ele possa

RE 580252 / MS

proferir uma decisão, o máximo possível, efetiva, eficiente e menos onerosa.

O que diz o artigo 8º: *Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência* - da resposta judicial.

Ora, todos nós aqui concordamos que a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso é uma proposta engenhosa e que tem sombra de juridicidade, até porque a nova Lei de Execuções Penais já vem consagrá-la. Se nós não temos dúvida sobre a responsabilidade, se nós temos a certeza de que, se a população carcerária como um todo, promover ações de dano moral de R\$ 2.000,00, criar-se-á um ônus financeiro extremamente expressivo para as entidades federadas, há de se reconhecer que a fixação de valores não será a solução mais onerosa e mais eficiente; ela será a mais onerosa e, no meu modo de ver, a menos eficiente. Então, na verdade, há um consenso sobre a premissa básica do dever de indenizar. A questão é saber se se vai indenizar em pecúnia ou *in natura*.

O Ministro Fachin é um dos precursores dos novos perfis do nosso direito material, Direito Civil, junto com o colega Gustavo Tepedino, que aborda exatamente essa distinção que foi levada a efeito pelo novo Código Civil: *o mais importante é o ser do que o ter*. Então, despatrimonializou-se o Código Civil em diversos setores. Claro que não se poderia impor isso também na responsabilidade civil, que é algo que deve ser devido.

Mas será que é sempre devida uma importância, ao invés de uma prestação *in natura*, na medida em que a tutela jurisdicional deve ser efetiva e específica? O que atende mais à efetividade da resposta judicial e à sua especificidade? Com a devida vênia dos que entendem em contrário, o meu modo é exatamente essa proposta do Ministro Luís Roberto Barroso, que é uma proposta - eu reafirmo - que tem base legal no art. 8º do novo Código de Processo Civil. Ela tem base no princípio da juridicidade - que não abarca só o princípio da legalidade, como tivemos

RE 580252 / MS

oportunidade, uma vez, de debater - e ela tem sobrejuridicidade, porque a Lei nova prevê esse instituto. E nada mais razoável que, diante desse novo problema, dessa nova questão, o Judiciário se antecipe, até porque nós estamos na Suprema Corte, daqui não há outra Corte para reclamar.

De sorte que, Senhora Presidente, elogiando todos os votos dos que me antecederam, que foram fundados no princípio da dignidade da pessoa humana - e agora eu trago, como um dos consecutórios, a impossibilidade de imposição de penas cruéis, não só a preservação da integridade física -, peço vênica para entender que a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso é a que melhor atende aos anseios de justiça. E, como já se disse em outra sede, justiça é algo que não se aprende, é algo que sente. Por isso é que, na antiguidade, a sentença era aquilo que foi sentido pelo juiz, e o sentimento de justiça converge exatamente para essa solução engenhosa proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que está de acordo com essa regra *in procedendo* que impõe ao magistrado, dentre outros valores que ele deve considerar na sua solução judicial, o atendimento ao princípio da eficiência da resposta judicial.

Nessa parte consequencialista do voto, eu vou pedir vênica para acompanhar o Ministro Luís Roberto Barroso na integralidade do seu voto.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, eu peço vênias ao Ministro **Luís Roberto Barroso**, agora também seguido pelo Ministro **Luiz Fux**, para acompanhar o Relator e os que o seguiram.

16/02/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, colho, do acórdão proferido, certas premissas. A primeira diz respeito à superlotação. Estabelecimento penitenciário apropriado para manter, em custódia, 130 presos estaria – isto é incontroverso – com 370, ou seja, excesso que praticamente é o dobro da capacidade.

Foram reconhecidas também, e é fato notório – uma vez que o ex-ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, inclusive, aludiu às masmorras que são as penitenciárias, chegando, até mesmo, a dizer que preferiria morrer a ser colocado em uma delas –, as condições precárias das penitenciárias.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, só uma observação sobre isso: há, inclusive, alguns autores que aduzem à pedágio-masmorra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pois é.

Também admitiu o Tribunal de origem que o Estado está compelido pelo Texto Constitucional a manter, a preservar a integridade física e moral do preso. É o texto contido no rol das garantias constitucionais. Mas por que deixou de reconhecer o direito à indenização? Porque não caberia, ao Judiciário, implementar políticas públicas. No tocante a isso, tem-se jurisprudência pacífica no sentido de que a omissão do Estado é conducente a haver o controle judicial, até mesmo quanto a políticas públicas, desde que em jogo direito fundamental previsto na Constituição.

Também aludiu à inexistência de verba, no orçamento, para viabilizar condições dignas visando acomodar os presos. Desde que me conheço, o Estado se defronta com a problemática alusiva ao binômio receita e despesas, e, muito embora os brasileiros estejam sujeitos a carga tributária das maiores, sempre se argumenta que não há recursos para se proceder relativamente às penitenciárias. Disse, em voto, que cuidar de penitenciárias não tem apelo eleitoral.

Brandiu o Tribunal de Justiça a teoria da reserva do possível e o fez

RE 580252 / MS

cogitando do princípio da razoabilidade a partir de argumento extremado, segundo o qual, reconhecido o direito à indenização, a satisfação estaria inviabilizada, tendo em conta a população carcerária global.

Presidente, a partir do momento em que o Estado detém a custódia do cidadão, tem de resguardar-lhe a integridade física e moral; de proporcionar ambiente que preserve a dignidade daquele que um dia voltará ao convívio social. E deve voltar ressocializado.

Extraio da Carta Federal, de inciso do rol das garantias constitucionais que ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante. Hoje o que existe em relação aos presos? Tratamento desumano, degradante. Pouco importa se a sociedade, em relação àqueles que cometeram desvio de conduta, quer sangue. O Estado não pode atender a essa paixão da sociedade, implementar justiça a ferro e fogo, como se o condenado não fosse ser humano. Não há como fugir a essas premissas, conducentes a compelir o Estado a indenizar o preso pelos danos sofridos.

Defronto-me, Presidente – e tenho que ficar jungido a essas balizas reveladas no processo –, com lide a encerrar pleito no sentido de impulsionar o Estado a indenizar.

Não pleiteou o recorrente outro direito, ou seja, o direito à remissão. De qualquer forma, direito há de estar previsto na legislação, como está a remissão na Lei de Execuções Penais, a respeito dos dias trabalhados.

Reconheço que, além de grande jurista, grande juiz, tanto que integra o Supremo, ante a criatividade, aquele que apresentou a proposta de chegar-se ao reconhecimento do direito à remissão seria grande parlamentar. Mas o Supremo não pode atuar como legislador positivo, não pode fazer as vezes do Congresso Nacional, e isso foi ressaltado no voto, com outras palavras – talvez não tão incisivas como as minhas –, do ministro Edson Fachin.

Surge a problemática alusiva ao pleito inicial e ao que tinha sido reconhecido quando do julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça, uma vez que o Juízo julgara improcedente o pedido inicial.

RE 580252 / MS

Houve a interposição de embargos, calcados na maioria de votos, não quanto ao alcance da verba indenizatória, mas relativamente à obrigação de indenizar. Por isso, não estamos presos ao estabelecido no acórdão formalizado quando do julgamento da apelação. Não poderia o ora recorrente impugnar o valor, ainda no Tribunal de origem, por ter inexistido, nessa parte, maioria.

É hora de o Estado acordar! Acordar para a situação e perceber que a Constituição Federal precisa ser observada, tal como se contém.

A indenização de R\$ 2.000,00 é módica, tendo em conta os prejuízos sofridos pelo ora recorrente. Na inicial da ação, apontou-se que, na data do ajuizamento, ter-se-ia, levando em conta o que se pretende como indenização, vencidas 32 parcelas correspondentes a um salário mínimo por mês.

Acompanho o ministro Edson Fachin. O provimento do recurso não pode ser, como foi preconizado pelo Relator, simplesmente parcial para restabelecer-se o contido no acórdão decorrente da apelação. O provimento é para acolher o pedido formulado pela Defensoria Pública, a qual, no caso, representa os interesses do recorrente, formulado na petição inicial, que haja – e parece já ter cessado a situação desumana no tocante ao recorrente, porque está em livramento condicional – indenização pelo Estado, considerado o valor de um salário mínimo por mês de custódia nas situações às quais me referi.

Então, o meu voto vai um pouco além do proferido pelo relator, ministro Teori Zavascki. Provejo o recurso na integralidade para acolher, tal como se contém, o pedido formulado na inicial da ação – diga-se: que não se fez voltada a lograr o reconhecimento do direito à remissão –, mas a indenização pelo dano causado. Julgo procedente esse pedido.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também entendo, Senhora Presidente, que se impõe o acolhimento da pretensão recursal extraordinária ora deduzida na presente sede processual, pois resulta evidente, *na espécie*, a responsabilidade civil do Estado de Mato Grosso do Sul (CE, art. 37, § 6º), cujos agentes e administradores deram causa à violação de direitos fundamentais titularizados pelo ora recorrente (detento), recolhido ao sistema penitenciário local (Corumbá/MS), cujas péssimas condições materiais (superlotação e falta de atendimento a requisitos básicos de saúde e de higiene) infringiram, *de modo frontal* (e inaceitável), as garantias mínimas de segurança pessoal (física e psíquica) dos que cumprem condenações penais naquela unidade da Federação.

O Estado de Mato Grosso do Sul, *na realidade*, ao dar causa a situações como a ora examinada nestes autos, transgrediu não só o ordenamento positivo doméstico, como também desrespeitou compromissos que o Estado brasileiro assumiu no plano internacional.

Quando do julgamento plenário da ADPF 347-MC/DF, no qual esta Suprema Corte qualificou o sistema penitenciário nacional como expressão visível (e lamentável) de um “estado de coisas inconstitucional”, tive o ensejo de salientar, Senhora Presidente, que situações como a ora em análise constituem verdadeiro e terrível libelo contra o sistema penitenciário brasileiro, cuja situação de crônico desaparelhamento culmina por viabilizar a imposição *de inaceitáveis condições degradantes* aos sentenciados, traduzindo, *em sua indisfarçável realidade concreta*, hipótese de múltiplas ofensas constitucionais, em clara atestação da inércia, do

RE 580252 / MS

descuido, da indiferença e da irresponsabilidade do Poder Público em nosso País.

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público **em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpre a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República.**

O quadro de distorções revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário **desfigura, compromete e subverte, de modo grave, a própria** função de que se acha impregnada a execução da pena, **que se destina** – segundo determinação da Lei de Execução Penal – “a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º).

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, **sofre uma punição** que a própria Constituição da República **proíbe e repudia**, pois a omissão estatal na adoção de providências **que viabilizem a justa execução da pena cria** situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, **culminando por subtrair** ao apenado o direito – **de que não pode ser despojado** – ao tratamento digno.

Dá a advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **em um de seus** “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas” (2011), **no sentido** de que **sempre** que o sistema penitenciário de um País **não merecer** a atenção necessária **e** os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, **a função** para a qual esse mesmo sistema está vocacionado **distorcer-se-á e, em vez** de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, **eles se converterão em escolas de delinquência, propiciando e estimulando** comportamentos

RE 580252 / MS

antissociais **que dão origem** à reincidência **e, desse modo, afastam-se**, *paradoxalmente*, do seu objetivo de reabilitação.

Os sentenciados **que cumprem** condenações penais a eles impostas **continuam** *à margem do sistema jurídico*, **pois ainda subsiste**, *quanto a eles*, a grave constatação, **feita** por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, **de que as condições intoleráveis e degradantes em que vivem** os internos nos estabelecimentos prisionais **constituem** a pungente e dramática revelação de que “os presos não têm direitos” **em razão** *do estado de crônico e irresponsável abandono*, **por parte** do Poder Público, **do seu dever de prover** *condições minimamente adequadas* ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais **consagrados** em nossa Constituição e cujo **desrespeito** dá origem a uma situação **de permanente e inadmissível violação aos direitos humanos**.

Já tive o ensejo de destacar, Senhora Presidente, **quando do julgamento do RE 592.581/RS**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, a **situação precária e caótica** do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática, **ao longo** de décadas, **vem subvertendo** *as funções primárias da pena*, **constituindo**, *por isso mesmo*, **expressão lamentável e vergonhosa** da inércia, da indiferença **e** do descaso do Poder Executivo, **cuja omissão** tem absurdamente propiciado **graves ofensas** perpetradas contra o direito fundamental, *que se reconhece ao sentenciado*, **de não sofrer**, na execução da pena, **tratamento cruel e degradante**, lesivo à sua incolumidade moral e física **e, notadamente**, à sua essencial dignidade pessoal.

A questão penitenciária, *em nosso País*, já há muitos anos, **transcendendo** a esfera **meramente** regional, **tornou-se** um problema *de dimensão eminentemente nacional*, **tal a magnitude** que *nesse campo* assumiu o **crônico** (e lesivo) inadimplemento das obrigações estatais, **de que tem derivado**, **como efeito perverso**, o **inaceitável desprezo** pelas normas que compõem a própria Lei de Execução Penal.

RE 580252 / MS

Não hesito em dizer, por isso mesmo, Senhora Presidente, **a partir** de minha própria experiência como Juiz desta Suprema Corte **e, também**, como **antigo** representante do Ministério Público paulista, **tendo presente a situação dramática e cruel constatada** no modelo penitenciário nacional, **que se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo de ficção que revela um assustador universo de cotidianas irrealidades em conflito e em completo divórcio** com as declarações formais de direitos que – **embora** contempladas no texto de nossa Constituição **e, também**, em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas, **notadamente** aquelas emanadas de seu Conselho Econômico e Social – **são, no entanto, descumpridas pelo Poder Executivo, a quem incumbe viabilizar a implementação do que prescreve e determina, entre outros importantes documentos legislativos, a Lei de Execução Penal.**

O fato preocupante, Senhora Presidente, **é que o Estado**, agindo com absoluta indiferença **em relação** à gravidade da questão penitenciária, **tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico** do sentenciado **de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique** exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, **fazendo-se respeitar, desse modo**, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado democrático de direito: **a dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III).

O Poder Executivo, a quem compete construir estabelecimentos penitenciários, **viabilizar a existência** de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas do albergado, **além de propiciar** a formação de patronatos públicos **e de prover** os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, **forjando** condições que permitam a consecução dos **fins precípuos** da pena, **em ordem a possibilitar “a harmônica integração social do condenado e do internado”** (LEP, art. 1º, “in fine”), **não tem adotado as medidas essenciais ao adimplemento** de suas obrigações legais, **muito embora** a Lei de Execução Penal

RE 580252 / MS

preveja, em seu art. 203, **mecanismos destinados a compelir** as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, **inclusive** fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento.

Não foi por outra razão que o Plenário **desta** Corte Suprema, no precedente que venho de referir (RE 592.581/RS), **formulou tese** – que guarda **inteira pertinência** com a controvérsia ora em exame – **segundo a qual se revela lícito** ao Poder Judiciário “(...) impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, **não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes**” (grifei).

No **exame** da grave questão ora submetida ao nosso exame, **é preciso não desconsiderar a função contramajoritária que cabe** ao Supremo Tribunal Federal **exercer** no Estado Democrático de Direito **e que legítima**, precipuamente, **a proteção** das minorias **e** dos grupos vulneráveis, **sob pena** de comprometimento do próprio coeficiente de legitimidade democrática das ações estatais.

Já se sustentou, bem por isso, **com acerto**, nesta Suprema Corte, em peça emanada do Grupo Arco-Íris da Conscientização Homossexual, **essa relevante função do Supremo Tribunal Federal**:

“O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.”

RE 580252 / MS

*Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas – **suprimindo** direitos necessários à participação política de determinados cidadãos – é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.*

*Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o **Judiciário** é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, **garantindo** o livre exercício da liberdade e igualdade, **atributos** da cidadania, e **principalmente a dignidade humana** (...).*

*Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias **contra** imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força **no equilíbrio** entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais." (grifei)*

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, **objetivam preservar**, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, por efeito de tal condição, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias **e dos grupos vulneráveis**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, **deve compor a agenda** desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos

RE 580252 / MS

básicos **que encontram** fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, **inclusive os condenados que compõem o universo penitenciário**, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula destituída de significação, **o que subtrairia** – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática** ao regime político vigente em nosso País.

Inacolíveis, de outro lado, **os fundamentos** em que se apoia o Estado de Mato Grosso do Sul, **valendo-se**, impropriamente, **de subterfúgios teóricos** – tais como ressaltados pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (“a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos”) – **para subtrair-se** à responsabilidade civil **gerada** pelas condições degradantes e pelo caráter desumano **a que se acha submetida**, naquela unidade federada, **a respectiva** população carcerária.

O Estado de Mato Grosso do Sul, *nesse contexto*, **agindo** com a intenção **de exonerar-se de qualquer** responsabilidade civil, **põe especial ênfase no postulado da reserva do possível**. **Razão, porém, não** lhe assiste, **pois, tal como vem sendo realçado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** (**ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **não sendo**

RE 580252 / MS

garantido aos cidadãos em geral, **notadamente aos que integram** os grupos vulneráveis, *o mínimo existencial*, **não há que se cogitar**, por inadmissível, **da invocação**, pelo Poder Público, *da teoria da reserva do possível*.

No caso, *bem o assinalou o saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI*, **demonstrou-se a existência** de nexo causal **entre** os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e de higiene do estabelecimento penitenciário, de um lado, **e a inflição** de danos, *inclusive morais*, **ao detento**, ora recorrente, de outro, **como se vê da seguinte passagem** de seu douto voto: “Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado”.

Não se desconhece que a destinação de recursos públicos, *sempre tão dramaticamente escassos*, **faz instaurar situações de conflito**, **quer** com a execução de políticas públicas **definidas** no texto constitucional, **quer, também**, com a própria implementação de direitos sociais **assegurados** pela Constituição da República, **daí resultando contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo** de superá-los **mediante** opções por determinados valores, **em detrimento** de outros *igualmente* relevantes, **compelindo** o Poder Público, *em face dessa relação dilemática causada pela insuficiência* de disponibilidade financeira e orçamentária, *a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”* (GUIDO CALABRESI/PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices – The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources”, W.W. Norton & Company, Inc., 1978; GUSTAVO ALMEIDA PAOLINELLI DE CASTRO, “Direito à Segurança Pública: Intervenção, Escassez e Escolhas Trágicas”; SÔNIA FLEURY, “Direitos Sociais e Restrições Financeiras: Escolhas Trágicas sobre Universalização”, v.g.), **em decisão governamental** cujo parâmetro, *fundado na dignidade da pessoa humana*, **deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial**, **em ordem a conferir real efetividade** às normas **positivadas na própria** Lei Fundamental.

RE 580252 / MS

É por essa razão que DANIEL SARMENTO, **ao versar** o tema pertinente **ao controle judicial de políticas públicas** (“Reserva do Possível e Mínimo Existencial”, “in” “Comentários à Constituição Federal de 1988”, p. 371/388, 371/375, 2009, Gen/Forense), **expendeu** considerações **que vale reproduzir**:

“Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro ‘leva a sério’ os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. (...).

.....

RE 580252 / MS

Neste quadro de escassez, não há como realizar, 'hic et nunc', todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras 'escolhas trágicas', pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. (...).

.....
As complexidades suscitadas são, contudo, insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Com a consolidação da nova cultura constitucional que emergiu no país em 1988, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. No entanto, essas dificuldades devem ser levadas em conta. Vencido, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, é chegada a hora de racionalizar esse processo. Para este fim, cumprem importante papel, como parâmetros a orientar a intervenção judicial nesta seara, duas categorias que vêm sendo muito discutidas na dogmática jurídica: a reserva do possível e o mínimo existencial, que serão analisadas abaixo. Há outras, todavia, que também têm importância capital neste campo, como o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção deficiente, e o princípio da proibição do retrocesso social.”
(grifei)

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais **alguns direitos, interesses e valores **serão priorizados “com sacrifício”** de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível **encontrará, sempre, insuperável limitação** na exigência**

RE 580252 / MS

constitucional de preservação do mínimo existencial, **que representa**, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, **tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte:

“CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS

RE 580252 / MS

NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.”
(AI 583.553/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia acentuar, por oportuno, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa – considerada a centralidade desse postulado essencial (CE art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo *expressivo*, um dos fundamentos em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, *v.g.*).

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CE art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cujas concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à

RE 580252 / MS

assistência social, **o direito** à moradia, **o direito** à alimentação, **o direito** à segurança **e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.**

Vale lembrar, finalmente e por oportuno, **em face do direito fundamental do sentenciado de receber tratamento penitenciário digno quando da execução da pena, que, em 2011, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), ao julgar o caso “Brown v. Plata”, reputou ofensivo à 8ª Emenda à Constituição americana (que veda o “cruel and unusual punishment”) o excesso populacional** no sistema penitenciário do Estado da Califórnia **(que chegava a 200%** de sua ocupação máxima), **ordenando-lhe que reduzisse**, no prazo de 02 (dois) anos, **ao índice de 137,5% (calculado sobre a capacidade total então existente)** a sua população carcerária.

Desse modo, Senhora Presidente, **conheço e dou provimento** ao presente recurso extraordinário do detento, **reconhecendo-lhe** o direito de ser indenizado pelos danos morais **sofridos, não, porém, mediante pecúnia, mas, sim, por meio de remição de parte do tempo de execução da pena, conforme** quociente a ser fixado pelo Juízo da Execução, **tal como preconizado, em seu magnífico voto**, pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO.

É o meu voto.

16/02/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO****A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)**

Ponho-me de acordo com os fundamentos que foram apresentados quanto ao dano evidentemente comprovado. Portanto, há que se deixar indene, sem dano, o que não se tem com o acórdão recorrido, razão pela qual também estou acompanhando no provimento.

Rapidamente, gostaria de deixar claro que, por uma programação feita no Conselho Nacional de Justiça, cada um dos Senhores Ministros, a partir do Ministro que foi Relator da ADPF nº 347, o Ministro Marco Aurélio, receberão um relatório de como está sendo cumprida aquela decisão pelo Conselho Nacional de Justiça, com todos os passos, projetos, programas que estão sendo implementados, exatamente para dar cumprimento àquela decisão.

Reconheço, também - como, aqui, foi dito por todos os Ministros -, quanto à situação, que é gravíssima, do Sistema Prisional Brasileiro, a tal ponto, Ministro Celso de Mello - isso até um pouco antes de assumir a Presidência, e, portanto, antes que tivéssemos como obrigação fazer cumprir o julgado da ADPF nº 347 -, tenho andado especialmente pelas penitenciárias femininas para dar cumprimento à Lei nº 2.040, que é 28 de setembro de 1871, que é a chamada "Lei do Ventre Livre", porque nós tínhamos no Brasil, e ainda temos, parece, que, em pouquíssimos casos - já conseguimos vencer, e acho que até junho não teremos mais novos casos -, mulheres que tinham as suas crianças, tinham os seus partos feitos nas penitenciárias, algumas algemadas durante o parto. E, portanto, ao contrário do que se tem naquela Lei pela qual os filhos da mulher - e ali se falava ainda mulher escrava - que nascessem no Império eram considerados cidadãos livres, nós tínhamos, ainda no Brasil, até o final do ano passado, crianças que não nasciam livres, brasileirinhos que nasciam dentro das prisões, continuavam dentro das prisões, e, portanto, sem nenhuma culpa, sequer nasciam livres.

Por coincidência, ainda hoje, o governador do Estado de São Paulo

RE 580252 / MS

me comunica a criação, em Sorocaba, de um local para essas mulheres, com todas as condições para que se dê cumprimento ao direito à liberdade. Estou dizendo de um contingente muito pequeno, mas que é um passo. Qualquer passo que se dê na condição dessa melhoria...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Essa observação assume *grande importância*, Senhora Presidente, **pois não se pode desconhecer a existência das denominadas “Regras de Bangkok”, adotadas**, pela Organização das Nações Unidas, **com o objetivo de proteger a infância e a maternidade**.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E, como disse, estou apenas querendo cumprir, desde o ano passado, estava tentando cumprir a "Lei do Ventre Livre", que, no Brasil, continuava não sendo cumprida.

Por outro lado, foram-me entregues 40 bibliotecas para as penitenciárias, dentro da ideia do que o Ministro Barroso dizia: com o estudo, com o ensino e com o trabalho daqueles que ensinam, poder-se fazer a remissão.

Não obstante todas essas circunstâncias, o que se tem no Brasil - é bom que se diga, Ministro Celso -, grande parte do que se tem de tratamento degradante, que foi enfatizado pelo Ministro Marco Aurélio, decorre de outro fator que, ao visitar essas penitenciárias, a gente tem uma noção grave: é da corrupção que há nesses lugares. Quer dizer, troca-se a saída de alguém que não tinha direito, por algum benefício, por alguma coisa. Então, a situação é bem mais grave do que poderia parecer de não cumprimento da Lei de Execução Penal, que, por si, já é gravíssima, mas também isso precisa ser abordado e vai ter de ser enfrentado, e, claro, essa parte nem é grandemente do Poder Judiciário a atribuição específica.

A despeito de todas essas circunstâncias, tenho que o que foi buscado neste processo, e este é um processo com repercussão geral, foi a indenização no sentido de fazer com que cesse o dano, que se deixa

RE 580252 / MS

indene, pelas condições que foram pleiteadas. E, neste caso, como ele já está em regime de liberdade condicional, mesmo que se tenha a solução brilhantemente aventada pelo Ministro Roberto Barroso, não sei, do que foi degradante no tratamento dado a ele, se poderia ainda ter essa situação, embora, possa-se, claro, auferir a indenização.

Farei juntada de voto, mas, com as vênias do Ministro Roberto Barroso, do Ministro Luiz Fux e agora do Ministro Celso de Mello, na parte que convertem a indenização que foi pleiteada em pecúnia, para esse tipo de indenização, acompanho integralmente o Ministro-Relator para dar provimento, restabelecendo-se o acórdão recorrido.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Em 17.2.2011, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional tratada neste processo, no qual se discute *“a contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão do preso em obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária”*.

Tem-se na manifestação do Ministro Ayres Britto quando do reconhecimento da repercussão geral do recurso:

“Cuida-se de recurso extraordinário, interposto por Anderson Nunes da Silva, com base na alínea a do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Acórdão que ficou assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES REPARAÇÃO POR DANO MORAL SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA ATO OMISSIVO DO ESTADO EM GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO RESPONSABILIDADE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL RAZOABILIDADE IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO INDENIZAÇÃO INDEVIDA RECURSO PROVIDO.

2. Pois bem, o recorrente sustenta, preliminarmente, a presença da repercussão geral da questão constitucional discutida. No mérito, afirma que a decisão recorrida violou os incisos III e X do art. 5º, bem como o § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

3. Feito este resumo dos acontecimentos, passo a me manifestar. De saída, relembro que, no julgamento do RE 592.581-RG, esta nossa Corte reconheceu a presença da repercussão geral na questão alusiva à possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais,

RE 580252 / MS

a fim de que se garanta a observância dos direitos fundamentais dos indivíduos por ele custodiados. Em sua manifestação, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou que a solução da controvérsia poderia ensejar relevante impacto financeiro em face dos limites orçamentários dos entes federativos.

4. Ora, no caso dos autos, também estão em debate os limites orçamentários do Estado. Porém, neste processo a chamada cláusula da reserva financeira do possível se contrapõe à pretensão do recorrente de obter indenização moral [...] em razão de ser submetido a tratamento desumano e degradante em face da excessiva população carcerária verificada nos presídios estaduais.

5. Presente essa moldura, tenho que a questão constitucional debatida na causa ultrapassa os interesses das partes e é relevante sob os pontos de vista econômico, político, social e jurídico.

Com estas breves considerações, manifesto-me pela presença do requisito da repercussão geral e submeto a matéria ao conhecimento dos demais ministros desta Suprema Corte (art. 323 do RI).

Brasília, 17 de dezembro de 2010. Ministro AYRES BRITTO, Relator”.

2. Na origem, tem-se ação ordinária de reparação de danos morais ajuizada pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, em favor de preso condenado a vinte anos de reclusão em presídio de Corumbá/MS.

O Tribunal de Justiça daquele Estado, em embargos infringentes, reformou o acórdão da apelação para julgar improcedente o pedido, elidindo a condenação de R\$2.000,00 (dois mil reais), inicialmente aplicada a título de reparação por danos morais. A decisão baseou-se na cláusula da “reserva do possível”, pois “para cessar o dano causado e repará-lo, é necessário (...) realizar a implementação de políticas públicas [conforme] a disposição de verba orçamentária”.

3. O Recorrente suscita ofensa aos arts. 5º, incs. III, X e XLIX, e 37, § 6º, da Constituição da República. Invoca a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos infligidos aos presos, ao não se garantirem as

RE 580252 / MS

condições necessárias para o cumprimento da pena, fato que contrariaria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Afirma, ainda, não ser o caso de aplicação da teoria da reserva do possível, por ser obrigação do Estado a construção de novos presídios com condições dignas.

4. Mato Grosso do Sul, embora intimado, não apresentou contrarrazões.

5. União foi admitida como *amicus curiae* e apresentou manifestação no sentido do desprovimento do recurso extraordinário.

6. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA. MÍNIMO EXISTENCIAL: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANO MORAL OBJETIVAMENTE CONSIDERADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E OMISSÃO ESTATAL: CF, ART. 37, § 6º. DEVER GENÉRICO E UNIVERSAL DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS. CONSTRUÇÃO E REFORMA DO SISTEMA CARCERÁRIO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL.

1. Aplicação do princípio da reserva do possível não tem o efeito de afastar o dever indenizatório estatal decorrente do descumprimento de encargo constitucionalmente imposto (CF, art. 5º, XLIX), notadamente quando sua utilização se baseie em alegações genéricas desprovidas da comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente estatal.

2. A teoria do risco administrativo consagra a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos ocasionados a terceiros por condutas comissivas ou omissivas. O dever indenizatório estatal

RE 580252 / MS

independe de dolo ou culpa do agente, do mau funcionamento ou falha da administração, mas, tão-somente, da relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o dano experimentado pelo administrado. Precedentes.

3. Não é toda inação administrativa que rende ensejo a responsabilidade civil do Poder Público, mas apenas as omissões específicas, onde há o dever individualizado de agir. Se o dano decorre de inobservância de um dever genérico e universal não há como se imputar ao ente estatal o dever de indenizar, porque inexistente a relação direta de causa e efeito entre a omissão estatal e o prejuízo experimentado pela vítima.

4. O descumprimento do dever constitucionalmente imposto de que seja assegurado ao preso o respeito a sua integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX) não implica a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos supostamente gerados pela demora na construção e reforma de unidades prisionais e consequente superlotação carcerária, porquanto ausente o nexos causai, o vínculo direto e imediato entre a omissão e o dano sofrido pelo preso.

5. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso extraordinário”.

7. Iniciado o julgamento em 3.12.2014, o Ministro Teori Zavascki votou pelo provimento do recurso “*para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso*”.

O Ministro Teori Zavascki, com fundamento no § 6º do art. 37 da Constituição da República, concluiu pela responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos morais causados aos presos, em afronta à sua dignidade, desde que comprovado o nexos causal entre o dano e a atuação da administração pública.

Para o Relator, a cláusula da reserva do possível não obsta a responsabilização objetiva do Estado, devendo ser observada, apenas,

RE 580252 / MS

“em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas”.

Nesse sentido propôs a seguinte tese, com repercussão geral:
“considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência as condições legais de encarceramento”.

8. Prosseguindo o julgamento em 6.5.2015, o Ministro Roberto Barroso apresentou voto-vista divergindo da tese proposta pelo Relator.

Embora aquiescendo quanto à responsabilidade objetiva do Estado pela reparação moral dos presos, considerou a indenização em dinheiro *“pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições do encarceramento”*. Pelo que propôs ressarcimento alternativo, *“in natura”*, consistente na *“remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal”*.

O Ministro Roberto Barroso propôs a seguinte tese, alternativamente:

“O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações a sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disjunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da

RE 580252 / MS

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

9. Peço venia para acompanhar os votos dos Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 592.581 (DJe 1º.2.2016), acompanhei o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, para assentar a impossibilidade de se opor “o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes” contra a supremacia do princípio da dignidade da pessoa do preso, submetido ao cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais insalubres. Oportunidade na qual asseverei:

“Presidente, também não posso deixar de acompanhar os merecidos elogios não apenas ao voto de Vossa Excelência, mas também por ter trazido matéria que aflige a todos, exatamente pelas condições carcerárias.

Citei, num paper, uma frase que poderia ser do voto de um dos juízes ou de um juiz brasileiro, no qual se tem o seguinte:

‘(...)os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos quiméricos, o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes — a incerteza, tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas’.

Esta frase não é de juiz, é de Beccaria, no tratado “Dos Delitos e das Penas”, escrito em 1764. E pareceria perfeitamente aproveitável por um de nós para falar das condições dos presos e das prisões brasileiras, o que me parece trágico.

Não tenho nenhuma dúvida, Presidente, em afirmar a competência do Supremo Tribunal Federal, ou do Poder Judiciário, para determinar a adoção das medidas necessárias e garantidoras dos direitos constitucionais à dignidade e à integridade dos presos, das

RE 580252 / MS

peessoas, portanto, custodiadas.

E foi citado da tribuna pelo advogado um precedente meu, como se eu não tivesse reconhecido esse poder. Não é esse o meu encaminhamento, e vou citar, dentre outros que poderia citar, um julgado de 29 de maio deste ano, o Agravo em Recurso Extraordinário nº 832.823, em cuja ementa se tem:

‘7. O acórdão recorrido(...)’ - no caso, era de um tribunal que havia reformado uma sentença que tinha extinto uma ação civil pública do Ministério Público. Portanto, aqui, no sentido oposto: o Tribunal de Justiça reconheceu e determinou que o juiz prosseguisse para julgar as condições daquele presídio - ‘(...) harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou a possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, máxime quando se cuida, como na espécie, de adoção de providências específicas, garantidoras dos direitos constitucionais fundamentais à vida e à integridade física daqueles sob a custódia do Estado’.

Portanto, o meu encaminhamento e os meus julgados são exatamente no sentido do reconhecimento da competência do Poder Judiciário para adotar todas as medidas que sejam necessárias para fazer valer os direitos fundamentais dos presos.

Digo, Senhor Presidente, que acolho integralmente o que foi dito por Vossa Excelência e pelos que votaram antes de mim quanto à situação de descalabro da questão penitenciária no Brasil. E faço brevíssimas observações, como chega a um voto que não precisaria, de jeito nenhum, disso.

Mas, lembraria que, primeiro: há um problema no Brasil, porque a parte externa das penitenciárias e das cadeias é do Executivo. A interna é do Poder Judiciário, porque é o juiz que determina a prisão e acompanha o cumprimento da pena. Esse é um dos dados que tenho notado e anotado que vamos ter que repensar.

Outro dado sobre o qual já ouvimos muitas discussões no Tribunal Superior Eleitoral é aquele de que algumas ‘políticas’ não dão voto. Uma delas é construir penitenciárias.

Houve um político em Minas Gerais que, estando em muito má situação, década de sessenta, talvez de cinquenta, recebeu a seguinte

RE 580252 / MS

notícia: olha, o senhor precisa fazer alguma coisa que seja de maior contentamento(...) Ao que ele teria respondido ao Secretário: indignos, eu já pensei várias vezes em fazer umas penitenciárias; o povo não quer, o povo depois nem nota.

Quer dizer, na verdade, não se investe nisso, como disse Vossa Excelência, por falta de vontade política. E, convenhamos, não é assim que haverá de ser o exercício da democracia, senão que as políticas públicas haverão de ser adotadas segundo o que a Constituição determinar e para o cumprimento daquilo que seja necessário para o Estado Democrático de Direito, o que significa cumprir o direito; o que significa, ter, inclusive, que fazer presídios. Aliás, deveriam fazer mais escolas, porque talvez não precisássemos de tantos presídios. Mas, de toda a sorte, é preciso que o Brasil repense isso.

Também queria dizer que Vossa Excelência tem toda razão, e agora falo como cidadão(...) Só para se ter uma ideia das condições de prisões e cadeias em geral, dou um exemplo sempre claro quando temos reuniões na Pastoral Carcerária, que é o seguinte: a cidade, onde mora meu pai, foi criada há noventa anos, com quatro mil habitantes. Construiu-se uma cadeia, e havia um juiz, um promotor e um delegado de polícia. Hoje há quase quarenta mil habitantes, o tráfico de drogas é um problema grave - porque essa cidade faz fronteira com a Bahia -, e se tem a mesma cadeia de noventa anos atrás, um juiz, um promotor e um delegado, ou seja, aumentaram os problemas, mudou a sociedade, e nada se fez em relação a essa matéria. É o que talvez ocorra em muitos dos 5.664 municípios brasileiros.

Enfim, com todas as tragic choices, haverá de se dizer que temos recursos e que eles estão disponíveis exatamente para isso. E tenho dúvidas se a adoção das políticas necessárias para tanto, neste caso, são discricionárias, ou, se não são vinculadas, pelo menos para garantir a integridade dos custodiados.

Considero alguns elementos dessa decisão discricionários: o local, por exemplo, mas não considero discricionária a opção do número suficiente de vagas para garantir os direitos constitucionais. Aliás hoje não se fala mais em ato discricionário, mas em variantes do ato administrativo, que são discricionárias. Este é um dos casos.

Apenas uma última referência, Presidente, sobre a reserva do

RE 580252 / MS

possível e o mínimo existencial: é que aqui não se trata do mínimo existencial; nós estamos falando de existência. E a Constituição, no artigo 1º, faz referência à dignidade da pessoa humana, e, no artigo 170, refere-se, expressamente, à existência digna, o que vale para todos, e, em especial, para quem está sob a custódia do Estado.

Também concordo com Vossa Excelência e com os votos que me antecederam no sentido de que aqui não há que se falar em ausência de recurso, porque foi criado o Fundo Penitenciário exatamente para se fazer face a essa demanda que, há algumas décadas, é acentuada, pontuada, denunciada e, nem por isso, faz-se alguma coisa para prover.

Por todas as razões, Presidente, e pelos fundamentos apresentados no voto de Vossa Excelência, dou provimento ao Recurso.

E, quanto à tese, eu acompanharia, mas, como ficou decidido que votamos e depois voltamos a essa questão, vou aguardar” (voto por mim proferido no RE n. 592.581, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 1º.2.2016).

10. Ainda em 2016 (DJe 19.2.2016), na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Relator o Ministro Marco Aurélio, este Supremo Tribunal caracterizou o sistema penitenciário nacional como “estado de coisas inconstitucional”, rememorando, inclusive, o objeto deste Recurso Extraordinário:

“O tema das condições inconstitucionais dos presídios brasileiros está na ordem do dia do Tribunal.

No Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki, o Supremo decidirá se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes. O relator votou pela responsabilidade estatal, sendo acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. Em voto-vista, o ministro Luís Roberto Barroso também assentou o dever de indenizar, apontando, contudo, o cabimento da remição de dias de pena, em vez de pagamento em pecúnia. O exame foi interrompido por pedido de vista da ministra Rosa Weber.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

RE 580252 / MS

formalizou ação direta de inconstitucionalidade, de nº 5.170/DF, versando o mesmo tema. O pedido é de emprestar interpretação conforme à Constituição aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, a fim de ser declarada a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária. A relatora é a ministra Rosa Weber.

No Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, relator ministro Gilmar Mendes, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional. Para subsidiar o julgamento, o relator designou audiência pública. Conforme notícia do sítio do Supremo, Sua Excelência declarou ter assistido a relatos que deram conta dos problemas graves do sistema carcerário brasileiro, vindo a concluir só haver três formas de alcançar soluções “para a falência do sistema prisional: comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.356/MS, relator ministro Luiz Edson Fachin, impugna-se lei estadual por meio da qual foi estabelecida a obrigação de instalar bloqueadores de sinais de radiocomunicação nos estabelecimentos prisionais.

Tem-se o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Tribunal assentou, sob o ângulo da repercussão geral, a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos.

Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União, estados e

RE 580252 / MS

Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura” (voto condutor do Ministro Marco Aurélio da ADF n. 347, DJe 19.2.2016).

Prevaleceu o voto do Ministro Marco Aurélio, no qual asseverada a vulneração de inúmeros preceitos fundamentais erigidos pela Constituição da República de 1988 e por outros normativos internacionais (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos):

“Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV)” (voto condutor do Ministro Marco Aurélio da ADF n. 347, DJe 19.2.2016).

Quanto à responsabilidade do Estado por ato comissivo e omissivo de seus três poderes:

“A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado

RE 580252 / MS

amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada ‘falha estatal estrutural’. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade” (voto condutor do Ministro Marco Aurélio da ADF n. 347, DJe 19.2.2016).

Ressaltou-se, ainda:

“Conforme apontou Ana Paula de Barcellos, os cidadãos livres acreditam, recusando a dimensão ontológica da dignidade humana, que o criminoso perde o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]). Com tais conceitos disseminados, a opinião pública não aceita seja dada prioridade, no tocante aos gastos públicos, à melhoria das instalações prisionais. Muitos até acreditam que as condições desumanas das prisões consubstanciam retribuição aos crimes praticados pelos detentos.

Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindicuem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao

RE 580252 / MS

oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público” (voto condutor do Ministro Marco Aurélio da ADF n. 347, DJe 19.2.2016).

Naquela assentada (ADPF n. 347), pude retomar a discussão quanto aos aludidos contingenciamentos¹ de recursos públicos no setor e reafirmar o primado da existência digna do preso exigido pela Constituição:

“Nós temos no Brasil, hoje, em dados de dezembro de 2013, Presidente, 1.424 (mil quatrocentos e vinte e quatro) unidades prisionais. E destas, apenas 4 (quatro) são federais, ou seja, estados respondem pelos presos que deveriam ser de responsabilidade da União. E, nessas prisões federais, como disse, são 4 (quatro), há apenas, em número de pessoas nesse sistema, 358 (trezentos e cinquenta e oito) presos, porque são os presos que estão em regime muito especial pela periculosidade, pela necessidade de afastamento. Então nós temos, em números de dezembro de 2014, no sistema penitenciário estadual, 579.423 (quinhentos e setenta e nove mil, quatrocentos e vinte e três) presos, e, em secretarias de segurança, carceragens em delegacias, 27.950 (vinte e sete mil novecentos e cinquenta) mais os 358 (trezentos e cinquenta e oito) do sistema penitenciário federal. Há um total que dá, em termos de vagas,

1 *“No tocante ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado, pela Lei Complementar n. 79/1994, e regulamentado mediante o Decreto n. 1.093/1994, para fazer frente ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro, anota a ausência de destinação dos valores aos fins próprios. Destaca haver saldo de R\$2,2 bilhões ante o contingenciamento orçamentário pela União. Menciona pesquisa na qual identificado o uso, em 2013, de menos de 20% dos recursos do referido Fundo. Afirma o excesso de rigidez e de burocracia da União para liberação de recursos aos demais entes federativos. Alega que, evidenciado o “estado de coisas inconstitucional”, o contingenciamento de recursos do FUNPEN revela-se afrontoso à dignidade humana de centenas de milhares de pessoas” (voto condutor do Ministro Marco Aurélio da ADF n. 347, DJe 19.2.2016).*

RE 580252 / MS

376.669 (trezentos e setenta e seis mil, seiscentos e sessenta e nove), com um déficit de 231.062 (duzentos e trinta e uma mil e sessenta e duas) vagas. Só esses números seriam capazes de mostrar o estado de coisas inconstitucional, porque essas pessoas estão encarceradas.

Por outro lado, fiz um estudo do que significa o descontingenciamento, e é certo que, na minha compreensão e acompanhando o que disse o Ministro Marco Aurélio, precisa, sim, ser determinado. Mas também tenho de afirmar que - e o Ministro Barroso também deve ter tido essa experiência como Procurador de Estado -, muitas vezes, se fazem convênios dos estados com a União que só oneram o estado. Porque uma coisa é construir paredes, outra coisa é administrar, é ter o carcereiro, é ter o assessor que fica por conta do Estado, e isso tem, realmente, agravado o problema, porque os Estados ficam com todo o ônus correspondente aos servidores, às rebeliões, à falta de alternativas que a União tem. Portanto, parece-me que todo esse quadro é realmente muito grave.

Outro dado que chama a atenção, Presidente, nesta arguição, é que se suscitou, entre os preceitos constitucionais que teriam sido descumpridos, o da dignidade da pessoa humana em face do que dispõe o artigo 5º, em relação a todo ser humano, mais ainda em relação ao preso. Curiosamente o que talvez nós devêssemos estar discutindo além disso, como cidadãos, não como juízes, é a referência constitucional muito pouco estudada por nós, no Direito Constitucional, que é o da existência digna, que está expressa no artigo 170 da Constituição, que embora se refira à ordem econômica, refere-se expressamente não apenas a dignidade, mas o existir. Qualquer que seja a condição daquele que existe há de ser com dignidade.

E como o princípio da dignidade da pessoa humana está estampado no artigo 1º, fala-se pouco na existência digna. Entretanto, quando a gente faz visita à penitenciária, o que há é uma ausência do existir digno e não uma experiência digna que nem os presos, nessa altura, de alguma forma, esperam.

Por outro lado, também me chama a atenção a circunstância de que tudo que se pediu nesta arguição, e que, como antecipei, estou concordando nos cinco itens que o Ministro Marco Aurélio acedeu e

RE 580252 / MS

deferiu, diz respeito ao Estado. E a luta que nós temos nos trabalhos sociais feitos com isso é que o artigo 144 da Constituição, e o Ministro Barroso fez referência exatamente ao que o Ministro Gilmar também tem feito muito, é que isso diz respeito a nós como juízes, porque mandamos cumprir, e a nós como cidadãos, porque se trata de uma questão que se refere à segurança pública. E o artigo 144 da Constituição brasileira afirma que a segurança pública é dever do Estado e de toda a sociedade.

Todavia, quando se tenta mudar o modelo, sem nenhum embaraço ou embargo da obrigação principal do Estado quanto a essa matéria, há uma enorme má vontade da sociedade com relação ao tema. E digo isso porque uma das poucas experiências diferentes que nós temos, é das APACs, criadas há 30 anos e que tem sido extremamente difícil ser implantada porque as comunidades não as querem.

Essa experiência começou em Minas, com atuação muito forte da Igreja, do Dom Serafim Fernandes, três décadas para se constituir, e nós não conseguimos implantar em outras comunidades, porque as pessoas nas cidades não querem lá. E, aí, é feito, não vou dizer da ressocialização, porque há poucos dias um preso me disse que - e de uma forma muito corajosa e muito verdadeira - essa história de ressocialização é para professor - eu frequento os presídios como professora -, porque ninguém fica fora de uma sociedade. Então, ele me disse: 'Se me tiram de uma sociedade e me põem lá dentro, é claro que eu vou me socializar com quem estiver lá, com outro criminoso.' E está certo, porque ele está vivendo a situação. O que nós podemos cogitar é de inseri-lo de novo no modo de vida com trabalho e dignidade, que não é apenas pensar que se tira da sociedade e depois se ressocializa. Esse preso me disse: 'Não senhora, eu estou aqui socializado. Só mudei o grupo com quem eu andava. Eu não vivo isolado.' Então, é preciso que se repense mesmo o modelo da sociedade, porque lamentavelmente é preciso que todo mundo acredite que Beccaria morreu. O que ele propôs e que nós estamos executando até hoje, há de avançar para se atualizar avance. Queria chamar um pouco a atenção para isso.

Também, Presidente, começou-se a ter experiência - e há

RE 580252 / MS

experiência em Minas Gerais - da parceria público-privada para penitenciária. Sei que há muitos, muitos problemas na experiência de Minas Gerais, mas visito essa penitenciária e é completamente diferente de tudo que se tem em termos de penitenciária, pelo menos de todas que visito.

Tenho dito, Ministro Marco Aurélio, que há um dado que é pouco estudado nesse tema, a não ser pelos órgãos especializados do Ministério da Justiça. Nós temos, hoje, 8% da população carcerária feminina, e 92% é masculina. E há uma diferença do viver na penitenciária das mulheres e dos homens. E começa-se a ter, pela primeira vez, o centro de referência da mulher grávida. A mulher que foi presa grávida, por exemplo, em BH nós temos o centro de referência e as condições são de cumprimento da Constituição. Quando elas voltam, elas voltam para esse estado de coisa inconstitucional flagrantemente, e há uma desagregação psicológica dessa pessoa, porque, além da separação do filho recém-nascido, ela volta para uma penitenciária em que não se tem o cumprimento da pena no regime estabelecido e em condições de mínimo respeito à dignidade humana.

Então, não sei o que vai dar ainda esse tipo de experiência, mas digo que quem tiver a possibilidade de fazer uma visita haverá de ver. Estou reafirmando, esta PPP de Minas, inclusive, tem muitos, muitos, muitos problemas, mas é uma penitenciária que cumpre, acho, os itens fundamentais da Constituição. Não sou capaz de listar todos os problemas administrativos, de licitação, de tudo mais que tenha acontecido, mas pelo menos é uma tentativa completamente diferente de tudo mais que tenho visitado neste País.

E por isso, acho que é preciso - o Ministro Marco Aurélio chegou a lembrar - não apenas fazer mais prédios com o mesmo modelo, mas fazer uma grande revolução, porque morreu, faliu, esse tipo de penitenciária que vem sendo feita.

Em 1982, Darcy Ribeiro fez um célebre discurso em que ele desafiava o Governo, avisando que se não tivesse a construção de muitas escolas no Brasil, nós iríamos, um dia, trazer ao Supremo julgamentos para mandarem construir penitenciárias aos montes e não caberia todo mundo. E parece que o presságio está se cumprindo.

RE 580252 / MS

Então, acho que é preciso realmente que a gente repense esse modelo e a forma de se cumprir a Constituição. E nessa arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, claro, nós estamos julgando o que é pedido para tentar superar de imediato uma situação de urgência. Isso, a meu ver, precisa ser devidamente repensado para que a gente tenha uma grande transformação e dê cumprimento à lei. E há modelos novos para se dar cumprimento à lei, não faltam leis.

Também é preciso levar em consideração que há diferenças entre as penitenciárias; algumas com situação de atrocidade - não vou nem dizer de perversidade. A gente sai de lá, ao visitar, literalmente doente, tais as coisas que a gente vê. Quer dizer, não cabe mesmo o número de presos nos locais designados para constrição de liberdade, e o Ministro Marco Aurélio deu exemplo: um terço fica deitado, enquanto dois terços dos presos ficam de pé para dormir, num rodízio que nem a animais se aplica... Lembrei-me, Ministro Marco Aurélio, quando Vossa Excelência votava, do célebre habeas de Sobral Pinto, que pedia que se aplicasse a Lei de Proteção aos Animais às pessoas que estavam sendo torturadas e que não recebiam tratamento sequer igual ao dos animais. Daqui a pouco, aparecerá outro Sobral Pinto que virá aqui para pedir isso, que é o que precisamos vencer e que esse estado de coisas inconstitucional nos faz lembrar.

Os dados de que dispõe o Ministério da Justiça, hoje, são - e que serão entregues de uma forma atualizada - extremamente graves porque demanda um encontro da federação. Os estados têm as suas obrigações que têm que cumprir, e a União tem a sua obrigação que tem que cumprir. E a União também não cumpre, com suas quatro penitenciárias com 358 (trezentos cinquenta e oito) presos, num contingente que, como lembrei, supera os seiscentos mil presos. Claro, essas penitenciárias como a de Catanduvas, tem pouquíssimos presos porque a guarda que precisa ser feita, a vigilância, no nível de segurança que precisa ser dado, faz com que muitos outros crimes não sejam cometidos. Mas, em outras penitenciárias, há situações como essa, em que sabemos que grupos de criminosos dominam os presos e fazem dos presos verdadeiros sabujos, numa hierarquia em códigos de honra que nada têm a ver com o Estado, têm a ver com tribos, em situação não de tribos civilizadas, com seus marcos civilizatórios, mas

RE 580252 / MS

com marcos de perversidade que são gravíssimos.

Por tudo, Presidente, essa arguição de preceito fundamental cumpre - como diz o Ministro Fux - um papel fundamentalíssimo que compete ao Supremo discutir. O Ministro Gilmar Mendes tem repetido, algumas dezenas de vezes, que este é um problema nosso, porque o Judiciário manda prender, o Judiciário manda soltar, o Judiciário tem a obrigação de fiscalizar, e o Judiciário é o responsável, representa o Estado que tem essa pessoa sob a sua guarda. Portanto, é preciso haver uma grande transformação. Não sei como isso se faz, sei apenas que não há milagre a ser feito nessa área - e eu não faço milagre, faço Direito.

Estou acompanhando o Ministro Marco Aurélio, Presidente, que deferiu cinco das oito medidas, declarando prejudicada apenas uma, em decorrência da circunstância de que juízes não podem levar em consideração as condições para diminuição de penas ou regime de cumprimento - esses dois itens são os que não aceitamos -. Portanto, estou votando acompanhando exatamente os itens por ele deferidos, com a encampação que fez à sugestão do Ministro Barroso. Apenas acho que não precisaria ser um ano, mas que, com a maior urgência possível, tenho certeza que haverá boa vontade para o encaminhamento imediato desses dados ao Supremo Tribunal Federal”.

Estas as medidas deferidas, liminarmente, no julgamento daquela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental:

“Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias,

RE 580252 / MS

audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”.

Naquele julgamento cautelar não prevaleceu, todavia, a pretensão externada pelo Ministro Roberto Barroso de encurtamento da pena como medida compensadora das contrariedades aos preceitos fundamentais:

“O requerente formula dois últimos pedidos da espécie, envolvendo o tempo de prisão: o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, uma vez constatadas as condições desumanas do sistema carcerário, e o abatimento do tempo de prisão pelo mesmo motivo. Tenho-os como insubsistentes.

Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto” (voto condutor do Ministro Marco Aurélio da ADF n. 347, DJe 19.2.2016).

11. Poder-se-ia arguir a responsabilização do Estado somente a partir desse julgamento, ou, mais objetivamente, do eventual descumprimento

RE 580252 / MS

dessas determinações, levadas a efeito na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347.

Nesse sentido impressionam os argumentos do Relator no julgamento da apelação, Desembargador Hamilton Carli:

“Dessa forma, entendendo-se que os presos têm direito à indenização por danos morais em razão da precariedade dos estabelecimentos em que cumprem pena, tem de se reconhecer o direito de todo cidadão brasileiro de ver indenizado seu sofrimento moral por não ter moradia, água potável, refeições diárias, atendimento hospitalar etc.

Também ter-se-ia que reconhecer o direito à indenização pelo sofrimento da perda aos familiares das vítimas assassinadas por muitos dos presos que cumprem pena nos presídios estaduais, uma vez que a segurança é direito de todos e dever do Estado.(...)

“Não se está com isso negando o direito do autor em ver ressarcido seu sofrimento, apenas entendendo que, se o objetivo principal da ação é obrigar o Estado a dar melhores condições de vida e dignidade aos detentos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais sul-mato-grossenses, não obterá êxito intentando ação indenizatória de danos morais.

Isso fica claro uma vez que o valor destinado ao pagamento das indenizações poderia ser utilizado para ampliação e melhoria do sistema, em benefícios de todos os demais apenados, bem como da própria sociedade que se sentiria mais protegida.

E isso não ocorrerá em sede de ação indenizatória, ainda mais se considerarmos que tal situação persistirá. (...)

Dessa forma, a meu ver, o correto seria a Defensoria Pública de o Estado ter impetrado ação baseada em obrigação de fazer, a qual, uma vez provida e encerrada a fase com descumprimento dos direitos do preso, aí sim poderíamos analisar uma pretensa indenização pelos danos sofridos” (acórdão pelo qual provida a apelação, fls. 327-328).

12. Entretanto, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 841.526, acompanhei o Relator, Ministro Luiz Fux, na unanimidade do colegiado,

RE 580252 / MS

asseverando a responsabilização civil objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, em caso de morte evitável de detento dentro das prisões:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º,

RE 580252 / MS

inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO” (RE n. 841.526, Relator Ministro Luiz Fux, Pleno, DJe 1º.8.2016).

Tem-se no voto condutor do Ministro Luiz Fux:

“Os direitos fundamentais já enunciados acima conduzem o legislador constituinte a ir mais além, instituindo previsão específica de proteção aos apenados no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: ‘é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’. Trata-se aqui, à evidência, de direito fundamental intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui base axiológica de todos os direitos fundamentais, que o concretizam, segundo INGO WOLFGANG SARLET (Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª Edição, 2004, p. 78-79).

Pois bem, o direito fundamental enunciado pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal estabelece uma clara obrigação para o Estado, que não pode jamais ser relegada à condição de norma meramente programática. Isso porque, além da previsão expressa do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’, deve ser reconhecida força normativa às normas constitucionais em geral, cujo conteúdo tem de ser efetivamente realizado, não se apresentando como mera promessa submissa aos fatores reais de poder dominantes na sociedade, conforme os ensinamentos de KONRAD HESSE, em sua memorável obra A força normativa da Constituição (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, tradução de Gilmar Ferreira Mendes). (...)

Não bata, para que se configure a responsabilidade civil do ente público no mister da execução penal, a pura e simples inobservância do mandamento constitucional de que evite a morte do preso sob sua

RE 580252 / MS

custódia, sendo necessário, também, que o Poder Público tenha a efetiva possibilidade de agir nesse sentido. Deveras, sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano. Entendimento em sentido contrário implicaria a adoção da teoria do risco integral, não acolhida pelo texto constitucional, como já anotado anteriormente. Corroborando esse entendimento é o escólio do jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (obra citada, p. 1.032-1.033):

‘Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, deveria sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.

Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.

Compreende-se que a solução indicada deva ser a acolhida. De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los’ (voto condutor do Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 841.526, DJe 1º.8.2016).

O conjunto desses julgamentos, culminando com aquele da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, evidencia a “possibilidade de o Poder Pública agir” (aludida no julgamento do Recurso Extraordinário n. 841.526) contra o estado de degradação humana verificada nos presídios brasileiros. Disso resulta inequívoca a

RE 580252 / MS

responsabilização nos exatos termos do § 6º do art. 37 da Constituição da República, consubstanciada no conjunto fático probatório dos autos.

13. Também a questão fática delimitada pelo acórdão recorrido é clara: *“não há dúvidas quanto à superpopulação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos nas unidades prisionais, não só no Estado do Mato Grosso do Sul, mas em todo país”* e, ainda, *“veja-se que, como asseverado no voto citado, são notórias as condições precárias dos estabelecimentos penitenciários do país, nos quais, em sua grande maioria, não têm o mínimo de higiene ou salubridade, passam pelo problema da superlotação e da falta de agentes que, conseqüentemente, trazem danos aos presos”* (acórdão recorrido pelo qual providos embargos infringentes, fl. 405).

O voto condutor² proferido pelo revisor da apelação, Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, demonstra o nexo de causalidade:

“No caso dos autos, é público e notório que a Vigilância Sanitária do Município de Corumbá-MS, em diligência, ocorrida no ano de 2003, constatou que efetivamente há superlotação, além de outros inúmeros problemas de higiene, havendo, outrossim, até o risco de transmissão de doenças, tendo determinado a adoção de providência para sanar tais deficiências. Sobreleva notar que, a despeito de a inspeção ter sido realizada em 2003, a situação fática não foi alterada.

Até a propositura da demanda, a omissão estatal estava caracterizada como o próprio laudo descreveu, pela ausência de condições mínimas para receber a quantidade excessiva de presos que

2 *“Ante o exposto, pedindo vênias ao entendimento do Desembargador Relator, voto no sentido de dar provimento ao recurso manejado pelo autor para reformar a sentença monocrática e, por conseguinte, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, condenado o Estado a pagar ao autor, a título de indenização por danos morais, a importância correspondente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sobre a qual incidirá juros de mora de 1% ao mês, além de correção monetária, pelo índice IGPM, a partir da publicação deste decisum. Condeno, ainda, o Estado ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, no importe de 20%(vinte por cento) do valor da condenação. Sem custas por ser a Fazenda Pública Estadual isenta de seu pagamento de custas processuais perante a Justiça Estadual e a parte contrária beneficiária da justiça gratuita”* (fl. 334) .

RE 580252 / MS

se encontram no Estabelecimento Prisional de Corumbá. As reformas necessárias, além da ampliação da capacidade do presídio, não foram implementadas, mesmo após a propositura de diversas ações de indenização, o que demonstra o descaso do Estado de Mato Grosso do Sul em relação aos cuidados que deveria dar aos custodiados de Corumbá.

A conduta culposa do Estado (culpa administrativa), caracterizada pela sua negligência em relação aos presos, e também ao apelante, restou comprovada, demonstrando que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene não foram sanados, passados cerca de 02 (dois) anos após a sua constatação, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.” (acórdão pelo qual provida a apelação, fl. 332).

Do definido na origem não se vislumbra qualquer circunstância suficientemente comprovada pela Administração Pública apta a “rompe[r] o nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público e a consumação do dano pessoal ou patrimonial infligido ao ofendido” (AI n. 299.125, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 20.10.2009), impondo-se, portanto, o provimento do recurso como o restabelecimento do acórdão pelo qual, inicialmente, decidiu-se pela indenização de R\$2.000,00 (dois mil reais).

14. Pelo exposto, acompanho os votos dos Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes para dar provimento ao recurso.

É o meu voto.

16/02/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

EXPLICAÇÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E aí nós temos a seguinte situação: há cinco votos no sentido do Relator e quatro que o acompanharam; três votos no sentido de dar provimento ao recurso, mas com solução diversa, que foi proposta pelo Ministro Roberto Barroso; e os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio votam no sentido de indenizar em pecúnia, mas nos termos do pedido inicial e não nos termos fixados no acórdão recorrido. Então, nós não temos seis votos, e aqui é um caso de repercussão geral, no sentido de dar fixação, temos unanimidade quanto ao provimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há 6 votos no sentido de que a questão se resolva, considerada a obrigação de dar do Estado. Aliás, o ministro Edson Fachin e eu damos provimento em maior extensão. Há maioria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, os votos já se contêm, seriam sete até.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A divergência é só quanto ao valor da indenização. O voto médio é o do Relator.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, neste caso, posso proclamar o resultado no sentido de dar provimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Corrigindo, voto médio não, a corrente majoritária foi liderada pelo Relator.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há duas soluções *que estão sendo consideradas* pela Corte: *de um lado, a reparação pecuniária do dano moral, acolhida* por 07 (sete) votos, *e, de outro, a proposta alternativa da remição da pena.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - São

RE 580252 / MS

sete votos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sete votos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Nesse ponto, Senhora Presidente, *reside a diferença essencial* entre as duas correntes que se formaram neste Plenário, **embora ambas convirjam** no sentido de dar provimento ao presente recurso extraordinário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ao valor.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A *questão do valor põe-se* no contexto da solução majoritária, **que preconiza a reparação pecuniária** do dano moral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Que prevaleceu.

E, como é de repercussão geral, então, proclamo o resultado: Recurso provido, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, com o restabelecimento do acórdão recorrido, que foi a fixação em pecúnia.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Perdão, Presidente. Não foi o acórdão recorrido, o acórdão recorrido restaurou o juízo de improcedência da ação, restaurou o acórdão da 3ª Turma Cível do Mato Grosso do Sul.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, nos embargos infringentes.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Na apelação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Na apelação, sim.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Nos embargos de divergência no juízo...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nos embargos de divergência quanto à apelação. É exatamente a ele que me

RE 580252 / MS

refiro, por isso que disse objeto deste recurso extraordinário, que foi este que tinha voltado.

Então, nós estamos dando procedência para restabelecer o que se tinha na apelação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Talvez conviesse destacar que os Ministros ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX e eu próprio, embora dando provimento ao presente recurso extraordinário estabelecíamos solução diversa, aplicando, por analogia, no que fosse pertinente, a regra inscrita no art. 126 da Lei de Execução Penal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, vencido apenas quanto à forma de indenização.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Precisamente...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - À modalidade de indenização, apenas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acho que é importante destacar, na proclamação do resultado, que os Ministros ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX e eu próprio, embora dando provimento ao apelo extremo, adotávamos a remição da pena como forma indenizatória.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E, para qualquer pesquisa futura, a menção a essa alternativa, acho que seria boa. Estou de acordo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Muito bem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - De toda sorte, neste caso, redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, que

RE 580252 / MS

foi o primeiro a acompanhar o Relator, já que o Relator não mais está entre nós. Então, redige o primeiro que vota na sequência, que foi o Ministro Gilmar Mendes. E, aí, o que fica, portanto - o Ministro Gilmar teve que se ausentar -, é a tese a ser votada. Talvez ele possa trazer na próxima Sessão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Ministro Teori não propôs uma tese?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Propôs.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Propôs?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Possivelmente será essa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não a tenho aqui.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se Vossa Excelência me permite, eu tenho aqui.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu devo ter também.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Poderia fazer a leitura, Presidente?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso está na página 10, item 11, do voto do Ministro Teori:

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

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Se todos se põem de acordo, ficaria prevalecendo, portanto, essa tese.

RE 580252 / MS

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A divergência foi quanto à forma de indenização.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque a divergência é na forma de indenização, não na obrigação de indenizar.

Essa é, portanto, a proclamação do resultado.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : ANDERSON NUNES DA SILVA

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Teori Zavascki (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Falou, pelo recorrente, o Dr. Antônio Ezequiel Inácio Barbosa, e, pelo recorrido, o Dr. Ulisses Schwarz Viana, Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.12.2014.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Roberto Barroso, que conhecia e dava provimento ao recurso, propondo, no entanto, solução diversa à do Relator, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, de palestra e compromissos na República Italiana e do Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das Eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido, e, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 06.05.2015.

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 365 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, que, ao darem provimento ao recurso, adotaram a remição de pena como forma de indenização. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive

morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento". Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes (art. 38, IV, "b", do RISTF). Ausente o Ministro Ricardo Lewandowski, participando da "Reunião de preparação para o Seminário de Verão de 2017", na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.02.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe