

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O LITÍGIO ESTRUTURAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E A
RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE A MORTE DO DENTENTO**

Taciana Zonzini Vicente Veiga

Presidente Prudente – SP
2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O LITÍGIO ESTRUTURAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E A
RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE A MORTE DO DENTENTO**

Taciana Zonzini Vicente Veiga

Monografia, apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Msc. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente – SP
2019

O LITÍGIO ESTRUTURAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE A MORTE DO DENTENTO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Marcelo Agamenon Goes de Souza

Matheus da Silva Sanches

Selma Regina Dias Favoreto Morandi

Presidente Prudente/SP, 17 de junho de 2019.

“Para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe
fiel. Ela, como todas as divindades, só se
manifesta a quem nela crê”.
(Piero Calamandrei)

Dedico este trabalho, aos meus pais Gabriel Veiga e Patricia Zonzini Vicente Veiga, que sempre me apoiaram em todas as minhas decisões. Sou grata por toda educação e apoio que sempre me deram, durante todas as fases da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por sempre se mostrar presente na minha vida, por permitir que tudo isso saísse dos planos de sonho e se tornasse realidade, por sempre ter guiado os meus passos e me dado forças para conquistar mais uma etapa.

Agradeço aos meu pais, por todo amor que me foi dado durante meus 22 anos de vida, por nunca terem desistido de mim e sempre acreditado no meu potencial.

Aos meus avós José Olympio e Elza, que são exemplos de profissionais nos quais eu me espelho, sempre me incentivaram nessa jornada.

A minha avó Celina, que nunca me deixou perder a fé, exemplo de amor e honestidade.

Meu irmão Rafael, que sempre esteve disposto a me ajudar nesta jornada, por todo seu amor e carinho.

A minha cunhada Anne Carlyne, que esteve sempre ao meu lado me acalmando.

Ao meu namorado que sempre acreditou em mim, me deu todo auxílio e todo apoio nas horas em que mais precisei, que nunca deixou que eu desistisse quando tudo parecia perdido.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram e fizeram parte da minha formação.

RESUMO

O presente trabalho, por meio do método dedutivo, irá analisar a realidade de negação de direitos e violência que marca o sistema carcerário brasileiro, sob o prisma da responsabilidade do Estado e de seus agentes públicos perante a morte do detento. Frente a conjuntura penitenciária de superlotação endêmica, péssimas condições estruturais e graves episódios de tortura, cumpre destacar a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional, diante do litígio estrutural, conforme a análise dos indicadores presentes, devidamente atestada pela Corte Constitucional Brasileira. Nesse contexto, a vista de analisar os pressupostos que definem a responsabilidade estatal na gestão da massa carcerária e na efetiva tutela a dignidade humana, destaca-se a evolução da responsabilidade do Estado, as teorias que discutem o ônus estatal, no que tange a responsabilidade tanto por omissão quanto por ação, a fim de evidenciar as graves lesões aos direitos fundamentais dos detentos diante da recalcitrância das autoridades públicas na proteção a vida e a integridade física dos reclusos do sistema penitenciário nacional.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Sistema Prisional. Vida. Dignidade Humana. Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

The present work, through the deductive method, analyzes the reality of denial of rights and violence that marks the Brazilian prison system, under the prism of the responsibility of the State and its public agents before the death of the detainee. In view of the penitentiary conjuncture of endemic overcrowding, poor structural conditions and serious episodes of torture, it is worth noting the characterization of the Unconstitutional State of Things, in the face of structural litigation, according to the analysis of the present indicators, duly certified by the Brazilian Constitutional Court. In this context, in order to analyze the assumptions that define state responsibility in the management of the prison population and in the effective protection of human dignity, the evolution of State responsibility, theories that discuss the state burden, with respect to responsibility both by omission and by action, in order to highlight the serious damage to the fundamental rights of detainees in the face of the recalcitrance of public authorities in protecting the life and physical integrity of the inmates of the national penitentiary system.

Keywords: Civil responsibility. Prison System. Life. Human dignity. State of Things Unconstitutional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O LITÍGIO ESTRUTURAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL	10
2.1. Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais e a atuação do Estado.....	14
2.2. A ADPF nº 347e a recalcitrância das autoridades públicas.....	15
3. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO	23
3.1. Responsabilidade civil do Estado: objetiva e subjetiva	24
3.2. Responsabilidade civil do Estado: por omissão	28
3.3. Responsabilidade do agente	31
4. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
4.1. Condições de Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade	36
4.2. A Responsabilidade do estado por morte de detento em estabelecimento penitenciário (excludentes).....	40
4.3. A posição do Supremo Tribunal Federal e o direito à indenização	42
5. CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

O litígio estrutural do sistema carcerário nacional e a responsabilidade civil do Estado é um tema que está em constante mudança por meio dos diversos contextos sociais, para se adaptar a questão de que a sociedade esteja sempre na frente dos atos da coletividade e da Administração Pública.

O litígio estrutural do sistema carcerário nacional, tem sido um dos maiores temas discutido na atualidade, tendo em vista que há pouco tempo foi proposta uma ADPF para o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional, com fundamento na precariedade, falta de estrutura do sistema carcerário e principalmente na afronta aos direitos fundamentais do apenados.

A responsabilidade recai sobre a obrigação de indenizar economicamente os danos que foram causados a terceiros, podendo ser no âmbito moral ou patrimonial. Posto isto, em virtude de um dano moral ou patrimonial é aceitável que seja responsabilidade do Estado, e por esta razão deverá pagar uma indenização que seja capaz de equilibrar os prejuízos que foram causados.

Nesse sentido, o referido trabalho busca analisar a evolução da responsabilidade civil, discutiremos as teorias da responsabilidade explicando e trazendo elementos que a caracterizam. Discutiremos também, as modalidades de responsabilidade que temos no Brasil, diante de atos lesivos omissivos, comissivos e atos praticados por agentes públicos, estes que tem como dever proteger a sociedade, atingindo a finalidade o bem-estar de todos.

Analisaremos o sistema prisional principalmente no tocante a morte de reclusos, com base nas jurisprudências dos Tribunais em relação aos pleitos de indenização por morte dos reclusos dentro do estabelecimento prisional.

Tendo em vista que é o dever e sua principal finalidade, o agente público deverá buscar o bem-estar da coletividade e tomará as medidas de necessárias para que o interesse do público seja sempre preservado.

Analisa-se também, as condições para o cumprimento da pena privativa de liberdade, e a responsabilidade estatal na gestão da massa carcerária e tutela a dignidade humana dos apenados do país.

2 O LITÍGIO ESTRUTURAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL

Antigamente, na Idade Média as prisões eram utilizadas pela Igreja Católica com o fim de cumprir penas eclesiásticas, onde os católicos eram afastados para refletir sobre seus pecados. Hoje em dia, as prisões têm como fim ressocializar o indivíduo para a sociedade, porém, o sistema carcerário brasileiro enfrenta um momento muito difícil ao executar este papel, tendo em vista que temos um grande número de presos, causando uma demora nos julgamentos dos detentos e com isso a falta de segurança nos presídios que agravam ainda mais o problema da segurança pública.

A sociedade brasileira atual, passa por um dos maiores problemas econômicos e sociais, a insuficiência do sistema carcerário brasileiro, está diretamente ligada a falta de estrutura e a ineficiência da ressocialização. É necessário ao Poder Público e a sociedade se atentar as consequências e as causas.

Inicialmente, o número de reclusos em prisões brasileiras a cada ano cresce mais, de forma significativa, tendo em vista a falta de estrutura, com isso gerando então superlotações nos presídios, tornando situações preocupantes, uma vez que há investimentos, porém, o que não é o bastante diante da falta de organização dos Estados desses lugares. Temos um clássico exemplo, que são as rebeliões, que ocorrem a muito tempo, e a falta de estrutura somente agrava mais está problemática.

Em teor internacional, o Brasil ocupa a terceira posição no ranking em população prisional mundial, pesquisa realizada pelo departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça, onde expôs os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente a 2016.

Hoje o sistema prisional brasileiro possui um déficit de mais ou menos 250 mil vagas. Diante da superlotação, muitos chegam à conclusão de que a saída de uma quantidade considerável de reclusos provisórios poderia fazer com que a superlotação diminuísse. Desta forma, a Justiça já efetuou mutirões para realizar audiências de custódia e assim tentar soltas pessoas, porém, não obteve muito êxito.

Deste modo, é necessário realizar uma reforma no sistema de Justiça com o fim de acabar com a demora da Justiça e garantir que os reclusos tenham acesso de forma adequada à defesa, como por exemplo, a Defensoria Pública, sabe-se que não são todos os Estados que possuem. Segundo uma pesquisa da

Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), faltam 72% de defensores públicos nas comarcas.

Diante do demonstrado, o cenário caótico das unidades prisionais brasileiras, que apresenta lesões à dignidade humana dos reclusos, nos faz refletir ao tocante das efetivas funções que são exercidas pela pena restritiva de liberdade, onde na verdade tem caráter de punição e tem o dever de entregar o indivíduo ressocializado a sociedade, porém vimos que o Estado não está apto a garantir os direitos fundamentais do recluso.

O fato de o indivíduo estar recluso, já demonstra a restrição de liberdade, por isso existe prejuízos a sua socialização e outros direitos diretamente ligado a livre locomoção, que deveria ser cumprida os limites impostos. Porém, em decorrência da omissão do Estado, existem inúmeras violações de outros direitos dos reclusos que jamais poderiam ser atingidos no cumprimento da pena privativa de liberdade que trataremos em outro tópico do presente trabalho.

A superlotação demonstra uma enorme afronta aos direitos fundamentais, conforme preceitua o artigo 5º XLIX, da Constituição Federal onde é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral e basta lembrar que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios que forma a base da Constituição.

Cumpramos ressaltar que a própria Lei de Execução Penal (LEP), em seu artigo 88, é estabelecido o modo em que a pena deve ser cumprida pelo apenado, em uma cela individual, com uma área mínima de seis metros quadrados. Há também o artigo 85 da Lei de Execução Penal, onde deve existir uma compatibilidade entre a estrutura física do presídio e a capacidade de presos.

Vejamos ambos os artigos a seguir:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Nesse sentido, a superlotação tem efeito imediato à violação dos princípios e normas constitucionais, fazendo com que o indivíduo que foi submetido a uma pena privativa de liberdade uma “sobre pena”, visto que a convivência no estabelecimento prisional trará um sofrimento maior o que a própria sanção que lhe foi imposto.

Tratando ainda de superlotação no sistema penitenciário, ela impede a existência de qualquer atendimento e ressocialização aos indivíduos reclusos, onde muitas vezes incentiva de forma indireta à violência e frequentes rebeliões.

No Brasil, a situação do sistema carcerário é tão caótica que no Estado do Espírito Santo necessitou utilizar contêineres como celas, diante da superlotação do presídio, este fato aconteceu na cidade de Serra, Região Metropolitana de Vitória. Está unidade prisional tinha capacidade de alojar 144 presos, porém, havia 306 presos. Não restam dúvidas de que os direitos e garantias individuais que os reclusos possuem não foram respeitados.

A demora profunda na concessão de benefícios aos condenados é um dos maiores fatores que contribuem para a clara fragilidade do sistema carcerário brasileiro.

Um ponto de vista que deve ser analisado é o exposto pela socióloga Julita Lemgruber, que aponta uma solução. Para ela, deveria ter uma maior racionalidade na atribuição das penas alternativas e o Estado deveria se empenhar mais nas melhorias dos presídios que já existem e ainda construir novos, é uma medida fundamental para diminuir a quantidade de presos nos já existentes, deste modo, resolvendo um dos maiores problemas que é a superlotação.

A crise do sistema carcerário só poderá ser resolvida no tempo em que os políticos e a sociedade realmente quiserem resolver o problema. Para isso, é necessário o desraizamento dos preconceitos em relação ao preso e ao antigo presidiário por parte da sociedade.

Desta forma, é preciso realizar a criação de políticas sociais e públicas para diminuir a pobreza, gerar empregos, investir em estudos ligados à prevenção da criminalidade, reestruturar a educação fundamental, analisando desta forma, os pontos que condicionam o indivíduo a praticar crimes e depois garantir a probabilidade de ressocialização. Somente a ressocialização não é o ideal, antes de é preciso realizar uma política de prevenção através de alguns exemplos já explanados e se o indivíduo ainda sim vier a praticar algum crime, deverá ser realizada a punição e conseqüentemente a ressocialização.

A superlotação do sistema carcerário nacional passou a ser visto pelo mundo todo, tendo em vista que é um dos grandes impasses do Brasil demonstrado diariamente por meio de dados estatísticos e notícias que constataam que o

encarceramento vem trazendo grandes afrontas aos direitos humanos, onde inúmeras vezes levam o falecimento dos reclusos.

Os locais oficiais onde os condenados à privação de liberdade ficam, em razão da superlotação, apresentam falta de atendimento médico, sujeira, comida de péssima qualidade, espancamento e tortura por agentes penitenciários, fazendo com que os próprios criminosos se tornem as vítimas da omissão do Estado.

Em um país que a pena cruel e pena de morte não possuem espaço, os reclusos estão diariamente condenados a elas. Com base em todos os males que já foram citados, o modo cruel em que são tratados complica a segurança pública do sistema carcerário, tendo em vista que, pelo fato de os reclusos estarem aborrecidos procuram apoiar organizações criminosas que enfrentam esses maus tratos, liderando a violência na administração prisional.

Diante de tantas violações aos direitos fundamentais o Supremo Tribunal Federal publicou Acórdão, relatado pelo em. Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Especial nº 580252 / MS, julgado em 16-02-2017, onde foi imposto o dever de indenizar do Estado o preso em situação indigna.

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'.

Em meio a tantas violações não é possível que a função social da pena seja exercida, assim, é preciso avaliar modos que sejam distintos da criação de presídios, com o fim de acabar com as violações de direitos dos reclusos.

Podemos perceber que o Brasil não é um país pobre, na verdade é um país que não há recursos distribuídos como deveria ser, fazendo com que as áreas mais necessitadas, como por exemplo as penitenciárias, se tornem caóticas.

Possuem inúmeras formas de diminuir a população do sistema carcerário, diminuindo a incidência do ciclo vicioso que falta com respeito aos direitos humanos.

2.1 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais e a Atuação do Estado

Na primeira dimensão compreende-se por eficácia vertical dos Direitos Fundamentais a limitação que o ordenamento jurídico impõe sobre a atuação do Estado em relação ao indivíduo conforme o reconhecimento entre uma relação vertical de poder, ou seja, de um lado o Estado, sendo o lado mais forte e de outro lado o indivíduo, que é o lado mais fraco.

Então, a eficácia vertical está ligada à evolução do Estado absoluto ao Estado liberal, sendo que este deve assegurar e respeitar os direitos fundamentais de Primeira Dimensão, que são chamados também de direitos civis e políticos, principalmente os direitos a propriedade, à vida, à liberdade, à igualdade.

Vale ressaltar também, que a eficácia vertical dos Direitos Fundamentais tem o objetivo de impedir que o Estado interfira na vida privada da população, diante disto, a doutrina tradicional afirma que os direitos de primeira dimensão são direitos de defesa da sociedade perante o Estado.

Com isso a eficácia vertical dos direitos fundamentais possui relação com teoria do status negativo de Jellinek, tendo em vista que o Estado somente atua em pontos negativos, limitando a assegurar e respeitar as liberdades individuais, principalmente o direito à propriedade e à vida.

Por tanto, no Estado liberal, os vínculos entre os particulares eram regidos pelo princípio da autonomia da vontade e do *pacto sun servanda*, onde o Estado não podia interferir ou intervir em referidas relações. Existindo uma separação entre o Direito Civil que regula as relações entre particulares e Direito Constitucional que regula as relações entre os particulares e o Estado.

Os Direitos Fundamentais possuem eficácia vertical, tendo em vista que são oponíveis contra o Estado, como direitos de defesa individual diante do arbítrio de poder que este eventualmente pode exercer, em certos casos, quando exceder as funções legais. Diante disto, é possível afirmar que a eficácia vertical é a análise dos Direitos Fundamentais nas relações entre o particular e o Estado.

Já na segunda dimensão, consiste dizer que trouxe os direitos sociais onde surgiu a teoria do *status* positivo, que consiste na introdução de direitos sociais, onde o Estado além de proteger os direitos individuais, passou a agir diretamente garantindo os direitos sociais, tanto nas relações particulares, que é o chamado dirigismo contratual ou atuando por meio de prestações estatais.

Então, o Estado Social passou a possibilitar prestações de serviços por meio da política pública, garantindo direito à educação, à saúde, deste modo os Direitos Sociais passam a ser exigíveis perante os Poderes do Estado, inclusive no Judiciário.

Vejamos o que fala Sarlet (2006, p. 382):

É possível falar de uma dupla significação de eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também em um sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais também o são (...). Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, decorre que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa concepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.

A eficácia vertical tem como o maior objetivo limitar o poder do Estado em face dos indivíduos que é submetido.

Os direitos fundamentais, conforme a supremacia da Constituição Federal vem para garantir que nenhuma autoridade estatal, nem o Poder Legislativo, desrespeitarão os direitos que os indivíduos possuem.

2.2 A ADPF nº 347e a Recalcitrância das Autoridades Públicas

Antes de adentrarmos ao tema da responsabilidade do estado na tutela a vida e integridade física dos reclusos, devemos analisar a conjuntura que marca o sistema carcerário nacional, e para tanto, se faz necessário analisar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional.

Inicialmente, cumpre discorrer que o Estado de Coisas Inconstitucional, é um instituto desenvolvido inicialmente pela Corte Constitucional Colombiana, onde o principal foco é diagnosticar situações que existem uma grande violação aos direitos fundamentais ocasionada pelo Estado estar inerte.

As falhas de estruturação, decorrem da inaplicabilidade de políticas públicas, que serão reduzidas ou aniquiladas com o simples desempenho do poder público em inventar nova políticas, bem como melhorar as que já existem.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 45), a omissão do Poder Público e a falta de remédios estruturais foram os responsáveis pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais no país, vejamos:

Com raiz nos structuralremedies dos Estados Unidos, o ECI foi declarado, pela primeira vez, pela Corte Constitucional colombiana, em processo que envolveu direitos previdenciários e de saúde de professores municipais. Desde então, o instrumento foi utilizado para afastar a mora no pagamento de pensões, assegurar melhorias do sistema carcerário do país, em favor de seus defensores de direitos humanos, determinar a convocação de concurso de notários e na dramática situação das pessoas desalojadas em razão da violência do país. (CAMPOS, 2016, p. 45)

Em uma análise, o Estado de Coisas Inconstitucional veio como um objetivo de fazer com que o Estado crie políticas públicas para garantir os direitos fundamentais que possuem os seres humanos, estando preso ou não. Para ser declarado o Estado de Coisas Inconstitucional é necessário levar em conta a presença de alguns pressupostos fundamentais.

Neste sentido, Manoel José Cepeda, Jaime Cordoba Trivino e Rodrigo Escobar Gil (2004, p. 8) demonstram os requisitos que determinam um Estado de Coisas Inconstitucional:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuyasolución compromete la intervención de varias entidades, requiera la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.¹

¹ Tradução livre: “Entre os fatores avaliados pelo Tribunal para determinar se existe um estado de coisas inconstitucional, incluem o seguinte: (i) a violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afetem um número significativo de pessoas; (ii) falta prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantir os direitos; (iii) a adoção de práticas não constitucionais, tais como a adição da tutela como parte do processo para assegurar o direito violado; (iv) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, exige a adoção de ações complexas e coordenadas e exige um nível de recursos necessários, bem como um esforço orçamental adicional significativo; (vi), se todas as pessoas afetadas

Sendo assim, é possível constatar que o Estado de Coisas Inconstitucional é ligado a toda circunstância onde existe uma massiva violação de direitos fundamentais e omissão do Estado diante do dever de assegurar referidos direitos, em diversas áreas. Porém, no presente trabalho trataremos apenas a discussão ao presente sistema carcerário brasileiro.

O não cumprimento da lei e a atuação da mídia trazem uma impressão de desamparo aos indivíduos que buscam penas cada vez mais cruéis e desumanas, na tentativa inútil de se sentirem protegidos, tendo em vista que o Estado não o faz.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 229), confirma essa afirmativa ao concluir que o Estado de Coisas Inconstitucional é fundamental onde já existe previsão legal, mas não é cumprido pelo Estado, que é o caso do sistema carcerário nacional, vejamos:

O reconhecimento do ECI, do ponto de vista empírico, prova a grande distância que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais solenes e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social. Além disso, demonstra que a omissão estatal nada tem a ver com enunciados constitucionais específicos, e sim com as condições precárias de fruição desses direitos, em relação às quais o legislador, o administrador ou ambos nada fizeram ou fazem para remediar.

Perante os fatos de omissões e atos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que afrontam direitos fundamentais de toda população carcerária, em 27 de maio de 2015, foi proposta no Brasil a Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais 347 pelo partido político – Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, onde teve o julgamento no dia 09 de setembro de 2015, o pedido era o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário e também foi demandada a adoção de formas eficazes para acabar com as lesões aos preceitos fundamentais que se encontram na Constituição Federal.

Na Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais - ADPF 347, o Partido Socialismo e Liberdade demonstrou a superlotação dos presídios como a maior geradora das violações, por isso, requereu melhorias nas penitenciárias brasileiras, demonstrando a possibilidade com reformas nos estabelecimentos,

pelo mesmo problema se valessem da viria tutela para a proteção de seus direitos, haveria ainda maior congestionamento judicial”.

disponibilização de novas vagas e qualidade dos serviços prestados. Vejamos o que alega a ADPF:

Assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Consoante assevera, os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição. A União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de encontrarem-se disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro. O Poder Judiciário, conforme aduz, não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia. Alega que o procedimento poderia reduzir a superlotação prisional. Sustenta a sistemática ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão, assim como a definição e execução da pena sem serem consideradas as condições degradantes das penitenciárias brasileiras. O Poder Legislativo estaria influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. Faz referência à produção de “legislação simbólica”, expressão de populismo penal.

O julgamento da presente ação começou no dia 27 de agosto de 2015 no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o relator foi o Ministro Marco Aurélio, que confirmou a afronta dos direitos fundamentais que estão previstos na Constituição Federal, sendo um grande obstáculo para a ressocialização objetivada da pena.

Conforme iremos ver um trecho retirado do julgamento da ADPF, a liminar foi parcialmente deferida impondo aos tribunais e juízes que a realização da audiência de custódia seja em até 90 dias, viabilizando o comparecimento do recluso perante autoridade judiciária em 24 horas, contadas a partir do momento da prisão, também, que exponha o porquê da medida cautelar diferente da prisão não está sendo aplicada e pelo episódio da superlotação tenha sempre a prioridade em aplicar medidas cautelares opostas da prisão, ainda que o Estado que libere Fundo Penitenciário Nacional para que alcance seu objetivo real:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu

a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar 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, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar 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, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal no dia 09 de setembro de 2015, deferiu parcialmente a liminar em que foi reconhecida o Estado de Coisas Inconstitucional, indo muito além, tendo em vista que após o reconhecimento o STF, reconheceu também, a enorme violação moral, abuso e violações produzem o encarceramento.

A partir da superlotação endêmica dos centros prisionais, surgem outras mazelas que assolam a população carcerária, entre os quais destacamos a proliferação de doenças entre os presos.

Roberto Porto (2007, p. 22), afirma sobre as consequências da superlotação: “A par de inviabilizar qualquer técnica de ressocialização, a superpopulação tem ocasionado a morte de detentos face à propagação de doenças contagiosas, como a tuberculose, entre a população carcerária”.

A par disto, para Camargo (2005), a hostilidade e violência recorrente nas penitenciárias do país têm gerado nos últimos anos, diversos casos de morte em massa, entre os quais podemos destacar inicialmente o episódio na extinta "Casa de Detenção" de São Paulo, mais conhecida por Carandiru, onde 111 presos foram brutalmente assassinados pela polícia militar.

O jornal Folha de S. Paulo ainda destacou em 2006 a respeito da megarrebelião ocorrida no Estado de São Paulo em fevereiro de 2001, onde 29 unidades prisionais do estado se sublevaram, resultando em 19 mortes de presos.

Nesse diapasão, o jornal Folha de S. Paulo em 2017, abordou sobre a rebelião ocorrida em janeiro de 2002 no Presídio José Mário Alves, conhecido como

Urso Branco, na cidade de Porto Velho, capital de Rondônia, 27 presos foram brutalmente mortos e esquartejados.

Em maio de 2004, a Folha de S. Paulo, novamente trouxe uma matéria sobre rebelião. Dessa vez, ocorreu na Casa de Custódia de Benfica no Estado do Rio de Janeiro, que deixou 34 presos mortos e um funcionário.

Conforme matéria do jornal O Globo de 2010, no mês de agosto de 2007, na Cadeia Pública de Ponte Nova, em Minas Gerais, 25 presos foram mortos por outros presos e tiveram seus corpos carbonizados. Uma rebelião de grandes proporções, em novembro de 2010, no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão, deixou o saldo de 18 presos mortos, com três decapitações.

No mês de Agosto de 2014, a Penitenciária Estadual de Cascavel, considerada em 2012 a pior unidade penal do Estado do Paraná, acompanhou o motim de aproximadamente 45 horas, e ao final 5 presos mortos, sendo que 2 deles foram decapitados e 25 feridos, entre eles dois agentes penitenciários. (GLOBO, 2014).

Em janeiro de 2017, na rebelião do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, cerca de 56 detentos morreram, após 17 horas de confronto. (GLOBO, 2017).

Segundo Silvio Túlio e Vanessa Martins (2018), no primeiro dia de 2018, ocorreu uma rebelião na Colônia Agroindustrial, do Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, região metropolitana da capital, onde 9 detentos perderam a vida e cerca de 14 ficaram feridos.

Temos também a omissão estatal referente às facções criminosas, onde muitas vezes se tornam mais forte dentro do sistema carcerário, diante da omissão estatal, que tem como principal objetivo obter a riqueza e o poder.

O surgimento e fortalecimento das facções criminais principalmente dentro dos estabelecimentos carcerários é um enorme desafio para a segurança pública, onde inúmeras vezes manipulam a segurança nacional determinando as regras que deveriam ser seguidas, ocasionando terrorismos e falta de ordem como forma de afronta aos agentes penitenciários, quando algo sai do controle de seus interesses no sistema carcerário.

Ocorre muitas vezes ligações de líderes de facções e seus familiares, que são interceptadas pelos serviços de inteligência da polícia, mas que não

conseguem achar uma medida a ser tomada, tanto no modo de extinção e prevenção para que isso não ocorra novamente.

A superlotação do sistema penitenciário favorece a atuação das facções criminais, acarretando então uma grande influência nas rebeliões.

Pode-se afirmar que o crime só conquista cada vez mais espaço em decorrência da omissão estatal. A princípio as rebeliões, revoltas e chacinas aconteciam para pedir que seus direitos fossem cumpridos, tendo em vista que possuem tratamentos que não condizem com que está previsto. Bittencourt (2010, p. 164) afirma:

De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos verbais (insultos, grosserias etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.); superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas etc.); condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (em casos de delinquentes políticos ou dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como bom pretexto 'científico' para impor determinada ordem ou para convertê-lo em um 'castigo civilizado'); regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte.

Porém, o tempo foi passando, e a luta por direitos tomou um objetivo oposto, onde perceberam que era uma oportunidade de fazer a junção o crime de fora com a organização dentro do sistema carcerário. Sabemos que as facções criminosas são extremamente organizadas, cautelosas, calculistas, arrisca-se a dizer que são mais organizadas do que o próprio Estado.

Indivíduos que clamavam a justiça, paz e liberdade, hoje espalham o terror fora e dentro dos presídios, tornando o crime organizado uma situação incontrolável e o Estado não é capaz de governar apenas com política pública de segurança desvigorada e medidas de urgência.

Diante de todos os fatos já apresentados podemos concluir que o sistema carcerário nacional está falido, tendo em vista que o Estado não cumpre o dever de proteger.

3 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

De início cumpre dissertar sobre a Evolução da Responsabilidade Civil da Administração Pública.

A evolução social, com certeza teve efeitos doutrinários quando se trata sobre responsabilidade do Estado por ações de seus agentes para com os administrados. A atenção com o particular e o respeito às garantias individuais, fez com que existissem modificações expressivas quanto à responsabilização em relação à Administração Pública.

Existem várias interpretações para a responsabilidade, enfatiza Carlos Roberto Gonçalves (2018), que responsabilidade representa forma de equilíbrio, de comparação, de reparação do dano. Enquanto para Hely Lopes Meirelles (2008) a responsabilidade civil retrata o dever de consertar danos patrimoniais e se perfaz com a indenização.

Por conseguinte, a Responsabilidade Civil Administrativa é aquela imposta à Fazenda Pública ao compromisso de reparar um dano causado a terceiros por agentes públicas na execução de sua função ou a alegação de exercê-las.

A evolução da Responsabilidade Civil da Administração Pública foi do conceito de irresponsabilidade para o de responsabilidade com culpa, posteriormente para responsabilidade civilista e, por fim, hoje se encontra como responsabilidade pública.

Contudo, nos ensinamentos de Maria Sylvia di Pietro (2016), o ordenamento jurídico não recebeu o instituto da responsabilidade do Estado, visão que a todo o momento é banida, tal oposição ocorria mesmo quando não havia uma norma legal que regimentasse a responsabilidade Civil do Estado.

Conforme Meirelles (2008), doutrina da irresponsabilidade, foi suportada pela Inglaterra e Estados Unidos, tais nações foram as últimas a sustentar tal regramento, pelo Crown Proceeding de 1947, e pelo Federal TortClaimsAct, 1946. Sendo os últimos marcos da irresponsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes.

No Brasil, a princípio, como preceitua Celso Bandeira de Mello (2005), prevaleceu à tese da culpa civil, que havia responsabilidade do agente público quando se tratava de negligência, imprudência ou imperícia.

Na Primeira Constituição Imperial do ano de 1824, tínhamos a

responsabilidade subjetiva, ou seja, a não necessidade de agir com culpa. E assim, na Constituição de 1891, foi mantido o entendimento de que o agente possuía uma responsabilidade subjetiva, sendo responsabilizado ainda que não agisse com culpa.

As Constituições de 1824 e 1891, não conseguiram fazer qualquer referência à responsabilidade do Estado, fazendo menção somente aos agentes públicos, passando a eles o compromisso de assumir os abusos e omissões que ocorriam durante o desempenho de suas funções.

Após, a Constituição de 1934 fundamentou-se no princípio da Responsabilidade Solidária entre o Estado e os agentes públicos, por atos consequentes de negligência, abuso ou omissão na execução de cargo público, esta teoria foi também instituída na Constituição de 1937.

A responsabilidade objetiva do Estado foi introduzida somente na Constituição Federal de 1946, preceituando que: "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade causem a terceiros".

A Constituição Federal de 1967 conservou o disposto da Constituição de 1946, somente acrescentou em seu texto o dolo para a ação regressiva. Porém, vale destacar que esta mudança foi somente textual, pois já havia possibilidade de ação regressiva em caso de culpa.

A Emenda Constitucional nº 1º de 1969, conservou o texto disposto na Constituição de 1967.

Atualmente a Responsabilidade Civil do Estado, está descrita no Artigo 37, §6º da Constituição Federal, onde expande a responsabilidade às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos.

3.1 Responsabilidade Civil do Estado: Objetiva e Subjetiva

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar economicamente aqueles danos causados a terceiros, tanto no cenário patrimonial tanto quando no âmbito moral. A ideia de responsabilização sempre vem atrelada a noção de culpa, aquele que agiu com culpa deve ser responsabilizado pelos seus atos.

Contudo, ainda que o Código Civil de 2002 tenha recepcionado a culpa como fundamento da responsabilidade civil subjetiva essa não deve ser analisada somente em *stricto sensu*. Nas palavras de Cavalieri Filho (2005, p. 39):

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Quando essa concepção de que nem sempre é possível demonstrarmos a culpa do agente devido as relações líquidas da sociedade moderna estudos começaram a sustentar o que conhecemos hoje por responsabilidade objetiva, sem a culpa, baseando-se na chamada teoria do risco.

A teoria do risco pode ser entendida por duas divisões. A primeira é conhecida como a Teoria do Risco Integral, nela, o Estado deveria ser responsabilizado por qualquer dano, ainda que ele não tivesse dado causa.

A segunda teoria, contudo, admite alguns casos de excludente da responsabilidade como em casos fortuitos, de força maior ou de culpa exclusiva da vítima.

A segunda teoria é a que prevalece em nosso ordenamento jurídico. Logo, o Estado responde pela singela existência de nexos causal entre a atividade administrativa e o dano sofrido, exceto se uma das excludentes puder ser alegada. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2009, p. 56):

Como fundamento para a responsabilidade objetiva surgiu a teoria do risco administrativo, a qual informa que deve ser atribuída ao Estado a responsabilidade pelo risco criado por sua atividade administrativa. E, se essa atividade é exercida em favor de todos, o ônus deve ser assim suportado.

Por isso, em nosso ordenamento possuímos duas regras para a responsabilidade civil do Estado, a objetiva e a subjetiva. A nossa Carta Magna (BRASIL, 1988), em seu artigo 37, § 6º disciplina:

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

Esse dispositivo é importante para entendermos que o Estado pode ser responsabilizado não apenas quando concorre com culpa, possibilitando a incidência da teoria do risco administrativo em nosso ordenamento. Nas palavras de Yussef Cahali Said (2007, p. 33):

[...] se o elemento culpa é previsto apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano quando tiver havido dolo ou culpa deles, daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, terá estabelecido que essas entidades, devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso; assim, a interpretação que se extrai da ausência de referência ao elemento culpa do funcionário na disposição principal só pode ser a de que prescinde desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida.

Se a regra geral é que o Estado responda de maneira objetiva pelo dano causado pela sua atividade administrativa é necessário que abordemos ainda a exceção à regra, a responsabilidade subjetiva.

Nessa categoria, diferentemente da anterior a elemento de culpa do agente é indispensável para se caracterizar o dever do Estado na reparação do dano, seja a culpa provada ou presumida.

Quando falamos de responsabilidade subjetiva do Estado devemos obrigatoriamente comprovar a omissão culposa do Estado, como a imprudência, a imperícia ou a negligência para que possamos caracterizar a obrigação em indenizar. Conforme ensina Cavalieri Filho (2012, p. 73):

[...] o nexa causal é o segundo pressuposto da responsabilidade civil a ser examinado. Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades. A rigor, é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado. O Código Penal, que tem norma expressa sobre o nexa causal (art. 13), é muito claro ao dizer: “o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa, vale dizer, ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar a culpa de alguém que tenha dado causa ao dano.

O assunto se torna complexo, pois não basta apenas a conduta ilícita do agente, muito menos que a vítima tenha sofrido algum dano. É extremamente necessário que tal dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, existindo um nexa causal entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima.

Quando tratamos da incidência da responsabilidade subjetiva do Estado a vítima ou a quem couber, deve demonstrar que a atuação do Estado teria sido o suficiente para evitar o dano sofrido. É comum a responsabilidade subjetiva, por exemplo, em casos de falta de serviço adequado, seja ele inexistente ou com mal funcionamento. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 871):

Na doutrina brasileira contemporânea, a teoria subjetiva, derivada da culpa, torna admissível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão.

Fortificando o seu entendimento em um Acórdão o Supremo Tribunal Federal firmou a distinção entre a responsabilidade objetiva do Estado em decorrência da ação de seus agentes e em casos de danos causados pela omissão do Poder Público, conforme transcrito (RE 179147, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 12/12/1997, DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00589 RTJ VOL-00179-02 PP-00791):

I — A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II — Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora do serviço público. III — Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta de serviço dos franceses.

Logo, para que se configure a responsabilidade pertinente ao Estado, devemos observar a conduta da vítima na ocorrência do dano. Caso a vítima em nada tenha contribuído para o resultado danoso, o Estado deverá assumir toda a responsabilidade a ele atribuída. Entretanto, se a vítima contribuiu para aquilo que lhe causou o dano o Estado deve a indenização reduzida conforme o grau de sua participação no resultado danoso.

3.2 Responsabilidade Civil do Estado: Por Omissão

Em relação à responsabilidade do Estado resultante da não realização de alguma instrução ou atividade que lhe é exigida, é controversa, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, nos deparamos com decisões do STF e do STJ que alegam que a responsabilidade deve ser objetiva e outras que pensam que a responsabilidade deverá ser subjetiva. Vejamos:

A primeira corrente apoia que a responsabilidade do Estado pela omissão é sempre objetiva, independente se o caso se tratar de omissão ou comissão. É a tese adotada por Hely Lopes Meireles (2008). Para ele, o art. 37, § 6º CF não faz diferença entre ação ou omissão. Deste modo, não cabe ao intérprete fazê-lo. É o que se observa nesse julgado:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. **A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexa causal entre o dano e a omissão do Poder Público.** 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juizes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro. 4. Agravo regimental não provido. (ARE 897890 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 16-10-2015 PUBLIC 19-10-2015) Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. **Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes.** 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 677283 AgR, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): GILMAR MENDES, Julgado em 17/04/2012, publicado no DJe em 08/05/2012) (destaque nosso)

Por tanto, o Estado não deverá ser responsabilizado por danos que decorrem de fenômenos da natureza ou atos predatórios de terceiros, tendo em vista que responsabilidade objetiva que dispõe o artigo 37, §6º, da Constituição Federal trata apenas dos danos causados a terceiros pelos agentes públicos.

Já para a segunda corrente, a responsabilidade pela omissão do Estado seria subjetiva. Está posição era defendida por Osvaldo Antônio Bandeira de Melo e

Celso Antônio Bandeira de Melo, pois o artigo 37, §6 da Constituição Federal envolve apenas ações estatais, não abrangendo as omissões.

Assim, em caso de danos causados por omissão, o particular, para ser indenizado, deveria provar: a) a omissão estatal; b) o dano; c) o nexo causal; d) a culpa administrativa (o serviço público não funcionou, funcionou de forma tardia ou ineficiente).

Para eles, somente a ação pode causar um dano, a omissão não tem essa capacidade, tendo em vista que se o Estado não agiu, não á como ser denominado autor de referido dano, sob pena de caracterização do Estado como garantidor universal. Esta é a posição que mais nos deparamos na doutrina.

O Superior Tribunal de Justiça- STJ ainda possui entendimento majoritário no sentido de que a responsabilidade seria subjetiva, vejamos o julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CULPA OU NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos" (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013. III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora", entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1345620/RS, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): ASSUSETE MAGALHÃES, Julgado em 24/11/2015, publicado no DJe em 02/12/2015)

Em casos de omissão, temos que o Estado não agiu, por este motivo não foi o gerador do dano, inexistindo o dever de reparar os prejuízos objetivamente, de forma que será possível responder somente subjetivamente, com fundamento na falta de serviço ou culpa anônima.

Por fim, a terceira corrente, trata sobre omissão genérica e omissão específica. Na omissão específica temos a responsabilidade objetiva, porém, na omissão genérica não há nenhuma responsabilidade.

Na omissão genérica, o Estado é omissor, tendo em vista que não fora cumprido um dever genérico que foi determinado, o que é muito comum na segurança pública. Tendo em vista que o Estado não tem total condição de assegurar a total segurança em todos os lugares, então, não há como culpar eventual responsabilidade ao Estado neste caso. Por isso estará no princípio da reserva do possível, isto é, o serviço de segurança pública deve ser realizado nos parâmetros em que é possível o Estado prestar.

O nexo de causalidade entre os danos sofridos pelos particulares e essas omissões só ficará caracterizado quando o Poder Público possuía o dever legal específico de atuar para evitar o evento danoso e mesmo com a obrigação não cumpriu o dever legal.

Assim, foi o que o Supremo Tribunal Federal-STF já se proferiu:

Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido. Necessidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 677139 AgR-EDv-AgR, TRIBUNAL PLENO, Relator(a) Ministro(a): GILMAR MENDES, Julgado em 22/10/2015, publicado no DJe em 09/12/2015)

Em razão disso, o Estado somente responderá objetivamente em razão de suas omissões, desde que ele tenha obrigação legal específica de atuar para impossibilitar que o resultado danoso acontecesse. É muito comum isto acontecer com suicídio de detento ou morte provocada por outros detentos. Sendo uma decisão pacífica no STF e no STJ, vejamos:

[...] Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento[...] (STF, RE 841526/RS, TRIBUNAL PLENO, Relator(a) Ministro(a): LUIZ FUX, Julgado em 30/03/2016, publicado no DJ em 30/03/2016
[...] A responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio no qual foram inseridos pelo próprio Estado [...] (STJ, AgRg no REsp 1.305.259-SC, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): MAURO CAMPBELL MARQUES, Julgado em Julgado em 02/4/2013, Publicado no DJ em 09/04/2013).

Temos então, que quando a Administração Pública não executa a atividade que era obrigada e diante desta omissão decorre o dano, responderá

objetivamente, porém, se não era obrigada a evitar o evento que causou danos e este derivar indiretamente da omissão estatal, teremos a responsabilidade subjetiva.

3.3 Responsabilidade do Agente

Conforme já abordado no presente trabalho, o artigo 37, §6º da Constituição Federal, prevê o direito de regresso da Administração Pública para com o agente estatal causador do dano.

O autor Hely Lopes Meirelles (2008, p. 669) explana:

A ação regressiva da administração contra o causador direto do dano está instituída pelo § 6º do art. 37 da CF como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade independe da culpa, para o servidor a responsabilidade depende da culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil.

Amparando a posição de que a vítima deverá ser indenizada tanto pelo Estado quanto pelo agente causador direto do dano, Celso Antônio de Mello (2005, p. 958) informa:

A norma visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar delas conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano.

Há uma parte da doutrina que defende ser possível entrar com ação de indenização contra o agente público causador do dano, analisando o artigo 37, §6º da Constituição Federal, Meirelles (2005, p. 667), é claro ao afirmar que “o legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente”.

Há também a possibilidade de existir a denunciação à lide, havendo então uma problemática no que diz respeito ao tema exposto entre alguns autores, vejamos o que Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2006 p. 58), diz a respeito:

Sobre a matéria, a rigor, podem-se conceber três entendimentos possíveis: que a denúncia à lide é obrigatória, sob pena de perda do direito de regresso; que ela é facultativa, de toda forma resguardado o eventual direito de regresso; ou que é vedada, devendo o eventual direito de regresso ser buscado em processo autônomo.

Conforme ensina Odete Medauar (2006, p. 371), em *Direito Administrativo Moderno*, evidencia com clareza os assuntos favoráveis e contrários do uso da denúncia à lide em processo indenizatório contra o Estado:

Reina dissenso na doutrina e na jurisprudência a respeito da questão. Em sentido contrário à denúncia salientam-se as seguintes justificativas, dentre outras: a) a CF, art. 37, § 6º, responsabiliza o Estado pelo ressarcimento à vítima do dano, com base na prova do nexo causal; aqui se trata de relação de responsabilidade entre poder público e vítima [...], descabida a interferência de outra relação obrigacional; portanto, o art. 70, III, do Código de Processo Civil deixa de prevalecer ante a regra constitucional; b) necessidade de priorizar o direito da vítima, evitando demora no andamento do processo pelo ingresso de mais um sujeito; c) ingerência de um fundamento novo na demanda principal. Esta parece ser a orientação a que mais se inclina a jurisprudência. Em sentido favorável à denúncia existe também farta jurisprudência, argumentando-se o seguinte: a) o art. 70, III, do Código de Processo Civil alcança todos os casos de ação regressiva; b) por economia processual e para evitar decisões conflitantes, a responsabilidade do agente pode ser apurada nos autos da ação de reparação de dano; c) recusar a denúncia à lide do agente cerceia um direito da Administração.

Torna-se evidente que o agente tem responsabilidade subjetiva pelo dano que fora cometido, já o Estado responde de forma objetiva, isso acontece pelo fato de a Administração Pública assumir o risco.

4 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Analisando as inúmeras problemáticas do Sistema Carcerário Brasileiro, fica claro que devemos buscar um método com maior eficácia a fim de garantir uma maior efetivação das políticas públicas, das garantias individuais e aplicação correta e eficaz da Lei de Execução Penal.

Para isso, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, princípios têm a função primordial de orientar na aplicação e criação de regras básicas de convivência e de conduta.

Os reclusos possuem direitos que estão previstos na Constituição Federal, leis infraconstitucionais, pela Resolução número 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, onde estabelece o tratamento mínimo que o preso deve ter cumprindo. Desta forma, os princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e em razão da Lei de Execuções Penais número 7.210, onde é estabelecido ao Estado o dever da assistência que deverá ser presta ao detento.

O princípio da dignidade da pessoa humana garante e define os outros direitos fundamentais, diante disso, a dignidade precisa ser respeitada seja qual for a situação que o indivíduo se encontre. Por isso, os reclusos fazem jus ao direito à integridade física e moral, no momento da prisão deverá ser avisado todos os direitos que possui.

Em uma breve análise frente a realidade penitenciária, é possível perceber que existe uma enorme precariedade do sistema penitenciário brasileiro, onde fica claro a falta de respeito dos direitos humanos que os reclusos possuem, a falta de infraestrutura, de assistência jurídica e médica. Nessas situações onde há violação dos direitos fundamentais do detento, pode-se perceber a dificuldade do Estado em administrar o sistema carcerário conforme determina o ordenamento jurídico, as convenções internacionais e os tratados que tratam sobre os direitos humanos.

A Lei de Execuções Penais garante de forma rigorosa o que os presídios devem conter, e destaca que os estabelecimentos prisionais devem permanecer de acordo com o máximo de lotação e a finalidade, possuir a disponibilização de serviços jurídicos, disponibilizar qualquer material que seja necessário, o trabalho, a educação, a assistência religiosa e social, um ambiente salubre, acomodação adequada para a

existência do indivíduo, independentemente de onde o cidadão se encontre, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos dos reclusos são garantidos pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pela Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes as duas pertencem a Organização das Nações Unidas (ONU) e também pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos da Organização dos Estados Unidos (OEA).

Contudo, a realidade do sistema prisional brasileiro é totalmente diferente do fim que foi estabelecido pelos Tratados, Convenções e Pactos, diante da situação que vivemos é possível perceber claramente que há um descumprimento a proteção dos direitos humanos. Deixando-nos claro, que a realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros é totalmente inaceitável, causando grande espanto.

O sistema carcerário brasileiro possui a 3º maior população de detentos no ranking do mundo, onde há um déficit de mais ou menos 250.000 (duzentas e cinquenta mil) vagas. Porém, a superlotação hoje é um dos menores problemas relacionado aos apenados, tendo em vista que existem diversas outras questões que afrontam os direitos dos reclusos, por exemplo, a insalubridade das celas, a péssima alimentação a falta de atendimento médico.

Assim, César Barros Leal (2001, p. 89) assegura sobre a existente condição prisional, vejamos:

De fato, como falar em respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias; [...] onde permanecem sendo utilizadas, ao arpejo da proibição expressa da lei n. 7.210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos, sem banho de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento médico e odontológico são harto precários e a violência sexual atinge níveis dessas sossegantes? [...].

Diante de tal afirmação, pode-se entender que de fato, o caso dos estabelecimentos prisionais está precário. Onde é incomum encontrar um pavilhão com celas preparada, onde o limite de pessoas por celas é respeitado, onde possui um saneamento perfeito.

Conforme a situação real habitada pelos encarcerados, as enfermidades se tornam comum para o detento, sendo as mais encontradas: tuberculose, AIDS,

sarna, entre outras doenças de fácil transmissão, tendo em vista que, se um recluso que está contaminado pela bactéria da tuberculose continua em contato com os outros, pode-se dizer que em poucos dias haverá um surto da doença.

A violação dos direitos fundamentais só acontece em caso de garantir a segurança de todos e ordem jurídica, isto é, quando algum bem jurídico estiver em perigo, levando em consideração o caso em concreto. Jane Reis Pereira (2006, p. 87) alega que:

No plano jurídico-positivo, é intuitivo que a ampla gama de direitos consagrada nos textos constitucionais induz à necessidade de harmonizá-los entre si e com outros valores ou bens protegidos pela ordem jurídica. A limitação dos direitos do homem se impõe em nome de certo pragmatismo associado a uma preocupação com a efetividade: o absolutismo dos direitos do homem conduziria certamente a uma ampla ineficácia. Os direitos fundamentais têm um duplo aspecto: condição ou requisito mínimo da atuação pública constitucionalmente legítima, e ideal ou aspiração máxima da atuação constitucionalmente preferida. São tanto regras sobre direitos como princípios sobre deveres. Entre ambas indicações resta um espaço bastante amplo para a intervenção discricionária e legítima dos poderes públicos. No plano legislativo, os limites dos direitos manifestam-se de dois modos: mediante restrições, exceções ou privações ao exercício do direito tal como definido constitucionalmente e, por meio de um detalhamento da definição do direito fundamental e de suas formas de exercício. Quando se trata de nomear essas duas modalidades de limites, não há uniformidade na doutrina. Fala-se em limite e delimitação, em restrição e configuração e intervenção.

Os direitos fundamentais possuem como atributos a universalidade, onde todos os indivíduos estão assegurados pelos direitos, independente de situação política, econômica, social, raça, sexo ou idade; e possui caráter absoluto, onde os direitos fundamentais estão no topo do nosso ordenamento jurídico e não podem nunca ser desobedecidos ou sofrer obstáculos.

Contudo, o caráter absoluto dos direitos fundamentais vem para demonstrar sua importância, isto é, apenas uma característica, com base na insuficiência e deficiência de tutela legislativa em face aos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário precisa de uma boa organização, onde possua servidores empenhados na realização da justiça, viabilizando o cumprimento dos direitos e sempre assegurando a dignidade da pessoa. Vejamos o que o José Adércio Sampaio (2004, p. 358):

Somente a cidadania, por ela mesma e por provocação, por ela controlada, das instâncias do poder constitucionalizado abrirão clareiras no imobilismo

tão benéfico aos locatários, melhor, comodatários do poder, possibilitando a vida real dos direitos de papel.

Podemos concluir que existe fora e dentro do estabelecimento prisional à violação dos direitos fundamentais pelo próprio Estado, isto é, inúmeros jeitos de omissão pelo Poder Público, na falta de estrutura do sistema carcerário, falta de atendimento médico.

4.1 Condições de Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade

Antes de tudo, cumpre esclarecer que a função da pena é atestar a ilicitude, tipicidade e a culpabilidade, onde deverá ser comprovado que houve um delito que deverá ser penalizado. Com o passar do tempo, surgiram várias teorias questionando a função da pena.

De início, havia a teoria retributiva, onde a pena era uma compensação pelo mal injusto que causou, tem o significado de justiça.

Para Adel El Tasse (2003, p. 66):

Tais teorias têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime, pune-se porque pecou. Seus adeptos veem a finalidade da pena como retribuição do mal pelo mal. Nessas teorias preconiza-se a ideia de justiça, e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso.

Há também, a teoria preventiva, que se divide em prevenção especial e geral. Para a prevenção especial o objetivo é fazer com que o recluso não venha a delinquir novamente, e que não retroceda ao convívio social. Já para a prevenção geral, tem como objetivo colocar medo nos indivíduos para que eles não cometam crimes.

Paulo Sérgio Xavier de Souza define a prevenção (2006, p. 78):

Essa teoria centra-se, basicamente, na ideia de afirmação simbólica da validade das normas pela pena, ou realização da eficácia estabilizadora da norma por meio da sua aplicação, que favoreceria o processo de integração social, restabelecendo a confiança institucional quebrada pelo desvio, porquanto, se a violação das leis penais provoca abalo na consciência jurídica dos indivíduos, esta cessaria com a reafirmação da validade da norma infringida, por meio da aplicação e execução da pena.

E por último, temos a teoria mista, também camada de teoria unitária, onde abrange tanto a teoria preventiva quanto a retributiva, tem como base que a

pena é a retribuição pelo crime cometido com função de ressocializar, onde possui a prevenção geral fazendo com que a sociedade não cometa mais crime, tendo em vista a pena imposta.

Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 151) alega que:

Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.

A teoria adotada pelo Brasil é a mista, presente no artigo 59 do Código Penal, vejamos:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Ao analisar o sistema prisional, não resta dúvidas da afronta aos direitos dos apenados, onde não é levada em conta as legislações que os protegem, muitas vezes o encarceramento já é suficiente para corromper o indivíduo, nesse caso, a função principal de ressocialização do indivíduo é afastada.

Pedro Henrique Mesquita (2015, p. 61) afirmou:

A fim de alcançar tal ressocialização, é necessário que haja um sistema penitenciário exemplar e que vise principalmente o cumprimento desta meta. Todavia, para sair dessa crise que passa nosso sistema penitenciário é imprescindível a privatização dos presídios, que é a parte principal da solução dessa crise.

O juiz ao fixar a pena privativa de liberdade, podendo ser de reclusão ou detenção, as penas possuem um tempo máximo, sendo ele de 30 (trinta) anos, não podem ultrapassar. A pena de reclusão pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção deverá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto.

Vejam os que determinam o artigo 33 do Código Penal: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

Para ser fixado o regime inicial de cumprimento, é preciso analisar alguns pontos constantes na legislação, sendo eles: culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, conduta social, motivos, comportamento da vítima e circunstâncias do crime. O regime é definido com base no total da pena, depois da terceira fase da dosimetria.

Cada um dos regimes possui quesitos para ser aplicado, para a aplicação do regime fechado o indivíduo deverá ser condenado a pena maior do que 8 (oito) anos no caso de réu primário, já para indivíduo reincidente a pena deverá ser maior do que 4 (quatro) anos, tal pena deverá ser cumprida obrigatoriamente em estabelecimento prisional de segurança média ou máxima.

Já no regime semiaberto, o indivíduo réu primário, que tenha a pena maior do que 4 (quatro) anos e menor do que 8 (oito) anos, poderá ser cumprida em colônia industrial ou agrícola, sempre deverá retornar ao estabelecimento prisional na parte da noite.

Para os reincidentes, existe uma súmula do Superior Tribunal de Justiça, onde determina: “É admissível à adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis às circunstâncias judiciais”.

Enquanto no regime aberto, somente poderá ser designado quando o indivíduo for réu primário, onde sua pena tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, o local para o cumprimento de deferido regime se dá em estabelecimento apropriado ou em casa de albergado.

Ao analisarmos a sistemática atual do sistema prisional, podemos perceber a situação caótica entre a realidade que os apenados vivem no sistema prisional e a legislação protetiva.

As verdadeiras funções que deveriam ser exercidas pelo encarceramento são encobertas pelo meio social. Marcelo Gonçalves Saliba (2009, p. 44), disserta sobre o tema: “Ao determinar a pena como único remédio para o controle social nas condutas incriminadas, a modernidade indica querer punição e vigilância e não pacificação social”.

O encarceramento hoje, depois de uma enorme crise da pena privativa de liberdade, diante do fato da enorme violação aos direitos fundamentais dos reclusos, tem como finalidade a punição a quem cometeu o ato, usada como uma forma de controle social.

Na visão de René Ariel Dotti (1998, p. 105):

A prisão tem sido nos últimos séculos a esperança das estruturas formais do Direito para combater o processo da criminalidade. Ela constitui a espinha dorsal dos sistemas penais de feição clássica. É tão marcante a sua influência em todos os setores das reações criminais que passou a funcionar como centro de gravidade dos programas destinados a prevenir e reprimir os atentados mais ou menos graves aos direitos da personalidade e aos interesses da comunidade e do Estado.

Para nossa legislação, a execução da pena dada pelo Estado, tem como finalidade duas funções: a prevenção de possíveis infrações penais futuras e a retribuição do ato que foi praticado. Porém, diante da situação em que se encontra o sistema prisional nacional, o recluso não tem um processo de ressocialização, muitas vezes o ambiente hostil em que é submetido só piora a situação.

Vejamos o que diz Manoel Pedro Pimentel (1983, p. 158):

Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado, nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito pelo grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois não está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas, de um homem prisionizado.

Isto é, muitas vezes no meio carcerário é obtido culturas, costumes que vão contra tudo aquilo que tem como fundamento – a ressocialização, e estimulam ainda mais a prática de novos crimes, tornando uma escola.

No sentido de violação de direitos no sistema prisional, Ivan Carvalho Junqueira (2005, p. 50) discorre:

[...] as celas são imundas, de tal forma que o odor fétido que exalam pode ser sentido ainda no pátio interno do distrito policial. Todas elas são escuras e sem ventilação. Ao alto, em uma das paredes, há uma pequena abertura gradeada com não mais que quinze centímetros de largura. No chão, em meio a sujeira e lixo, transitavam com desenvoltura dezena de baratas. Nas paredes laterais das celas, inscrições firmadas com sangue dos seus autores

nos oferece a sugestão de sofrimentos passados. Também nas paredes, outras mensagens gravadas com o auxílio de cascas de banana complementam a sujeira toda. Ao alto, no teto desses cárceres, centenas de pequenos aviõezinhos de papel, confeccionados pelos internos, encontram-se grudados pelo “bico”, como se ali se depositasse simbolicamente uma compreensível vontade de “voar”. A visão geral é deprimente. Todos esses presos estão obrigados a dormir no chão, sobre a laje, sem que lhes seja oferecido sequer um colchão ou uma manta. Disputam, assim, espaço com os insetos. A nenhum deles é permitido que tenha acesso, mesmo que restrito, a qualquer área aberta. Não tomam sol, não caminham nem se exercitam. A longa permanência naquele lugar nojento lhes provoca crises nervosas, acessos de choro e doenças, as mais variadas, destacadamente as doenças de pele e as bronco-pulmonares. Assegura-lhes também, uma coloração especial, algo assim como um tom esmaecido entre o branco e o amarelo, pelo que é possível lembrar, alternadamente, as imagens de hepáticos que perambulassem ou de cadáveres que insistissem em viver.

Levando em consideração a precariedade em que os detentos vivem em cumprimento de pena nas penitenciárias nacional, a privação de seus direitos, inúmeras vezes ultrapassam o direito de liberdade.

A administração pública tem o dever de sempre respeitar os direitos fundamentais dos apenados de forma a garantir que os apenados exerçam todos os direitos, dando meios para que haja a melhor ressocialização possível para o indivíduo.

4.2 A Responsabilidade do Estado Por Morte de Detento em Estabelecimento Penitenciário (Excludentes)

Na responsabilidade objetiva do Estado, não é admitida excludentes de ilicitude e excludentes de culpabilidade, não há diferença a respeito da diferenciação do ato ser legal ou não, bem como a consideração de um aspecto psicológico que tem como fim a responsabilização estatal.

Enquanto na responsabilidade civil subjetiva é possível ter a excludente de culpabilidade, desde que seja de fato demonstrado que o Estado exerceu a conduta esperada, isto é, que não tenha agido de forma negligente, imprudente, imperícia ou com dolo, caso tivesse agido assim, a responsabilidade civil não estaria caracterizada.

Com relação ao dano, basta a configuração de sua existência, levando em conta, apenas nos casos de atos lícitos da Administração, onde o dano que o particular sofreu foi de forma anormal ou específica.

Desse modo, conforme passadas as ponderações no tocante aos elementos do dano e da conduta, verifica-se que o principal ponto é em relação às

excludentes de responsabilidade civil do Estado de natureza objetiva que está ligada ao nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

É importante ressaltar que há 4 (quatro) maneiras para constituir excludente de causalidade, desta forma, excluindo a responsabilidade civil do Estado. Sendo elas: fato de terceiro, fato exclusivo da vítima, força maior e caso fortuito.

Para Rodrigo Valgas Santos (2010), a excludente de culpabilidade de fato de terceiro, se dá quando pessoa diferente da vítima e do provável causador do dano foi verdadeiramente o responsável pela conduta que ocasionou o dano. Destaca-se, que para o rompimento absoluto do nexo de causalidade o fato deve ser atribuído de forma exclusiva a este terceiro sob pena de responsabilização parcial do Estado.

Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 483) traz o conceito de terceiro:

Ademais, o termo terceiro deve ser compreendido de forma estrita. O terceiro, pessoa natural ou jurídica, é um estranho ao autor à vítima – alguém que com eles não mantenha qualquer forma de vínculo ou sofra influência -, mas que culmina por se interpor na relação existente entre eles, sendo seu fato a causa exclusiva do evento.

Antes de tudo, esclarece-se que a terminologia fato exclusivo da vítima é a expressão mais correta a ser utilizada, tendo em vista que é a mais encontrada na doutrina: culpa exclusiva da vítima. Porque a questão é levada para a esfera do nexo causal e não da culpa, de forma que a expressão fato exclusiva da vítima é mais ampla, pois desconsidera o elemento subjetivo da vontade.

Na hipótese de fato da vítima quem propiciou o efeito danoso foi o próprio lesado, de tal forma que o agente causador do dano é apenas de forma aparente, tendo sua responsabilidade elidida pela excludente da conduta da vítima.

Por fim, as excludentes de força maior e caso fortuito também eliminam a responsabilidade civil do Estado. A doutrina nos traz duas características que são básicas que precisam envolver essas excludentes: a imprevisibilidade e a inevitabilidade.

Alguns doutrinadores consideram como requisitos das excludentes a externalidade (enquanto fato externo à conduta do agente) e a inevitabilidade do evento danoso.

O caso fortuito se trata de um evento que não dá para prever, e diante disso, é inevitável. Enquanto a força maior, mesmo que previsível, é inevitável, por ser

fato além das forças do agente, caracterizando uma irresistibilidade, por isso é comum ser associado a forças da natureza.

Ainda que tenha uma grande discussão nesse sentido, o que realmente importa é que para efeitos práticos ambos configuram excludentes de responsabilidade civil do Estado, na maneira em que o nexo causalidade é rompido impedindo então a imputação do evento danoso à conduta Estatal.

Temos então, que somente é admitido excludente de culpabilidade na Teoria do Risco Administrativo, já na Teoria do Risco Integral não cabe qualquer excludente.

4.3 A Posição do Supremo Tribunal Federal e o Direito à Indenização

O tema de responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico existe uma grande força jurisprudencial.

As coisas que envolve o risco, como já fora demonstrado, são relativos a própria atividade humana, de uma forma que os danos que resultantes dessas atividades se dão de inúmeras formas. É nesse sentido que a jurisprudência, com base nas construções doutrinárias, adquire um papel essencial na solução de pontos que envolvem a responsabilidade civil.

Vejamos o primeiro julgado no qual o tema é tratado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1947: o RE número 6.786, transcrito abaixo:

Responsabilidade civil do Estado por ato de seus prepostos. Mal funcionário do serviço público dá lugar à responsabilidade desde que não foi assegurada a incolumidade do preso de cadeia pública. Cabimento do recurso e não provimento do mesmo. (RE nº 6786, Relator Min. JOSE LINHARES, Segunda Turma, julgamento em 19/08/1947. Coletânea de Acórdãos nº 262 – página 227)

No referido caso, a esposa entrou com ação de indenização contra o Estado de Minas Gerais em decorrência da morte de seu marido dentro de uma penitenciária pública, sob o fundamento de negligência do Estado, com culpa manifesta conforme o artigo 15 do Código Civil de 1916, devido o delegado, subdelegado e os policiais carcerários não fizeram nada para impedir que o seu esposo fosse assassinado.

Informou também, que a morte derivou de um desejo de vingança de outro particular que ele agrediu, e que o responsável foi negligência, pois sabia do caso e sequer realizou a transferência do preso, ou realizou uma apuração de seu assassinato por meio de inquérito policial. No caso, em primeira instância, em fase de apelação, deu-se razão ao particular, o Estado de Minas Gerais recorreu sobre a decisão ao Supremo Tribunal Federal, que negou provimento ao recurso nos seguintes fundamentos do voto do Relator, Ministro José Linhares (1946. p. 5):

Não se discute mais hoje em dia a responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes. Alarga-se cada vez mais o âmbito daquela responsabilidade, sendo a jurisprudência em geral no sentido de atribuir-se a ele a responsabilidade em tal caso, em face mesmo de investir-se o Estado do monopólio dos serviços públicos, e, por isto, devem arcar com todas as consequências resultantes do seu mau funcionamento. (...) Resulta a responsabilidade do mau funcionamento do serviço, desde que o fato do agente esteja ligado ao serviço, de modo que só se poderia dar em razão de negligência, causa, ou inobservância da lei no funcionamento do serviço – Ora, não se contesta antes é aceito mesmo pelo Estado – que o assassinio ocorreu, quando a vítima estava preza (sic) na cadeia pública, e na ocasião que os soldados da guarda estavam afastados do local, de modo que foi fácil aos assassinos ou assassino o acesso para desfechar tiros de arma de fogo de modo a produzir a morte. Ao Estado, por intermédio de seus agentes, cumpria prestar toda assistência, de modo a assegurar a sua incolumidade quanto mais se fazia necessária quanto se sabia que era intenção tirar-se uma desforra.

Enquanto o voto do Ministro Orosimbo Nonato (1946, p. 7), nota-se determinação pela não aplicabilidade da Teoria Civilista da Culpa, apesar dos relatores no final reformarem a sentença usando os artigos do Código Civil. Importante destacar o trecho que explica o motivo de ter afastado a noção civilista:

Sr. Presidente, no caso dos autos, qualquer que fosse o critério que se tomasse para aferir a responsabilidade do Estado, ela existiria. Ainda à luz da noção civilista da culpa subjetiva, porque o dever de vigilância foi, à evidência, descumprido.

Outro aspecto que deve ser considera, é que apesar de proferido em 1947, sob a vigência da Constituição de 1946, o acórdão foi baseado no Código Civil. Ainda que se fale na tendência de que o Estado deveria ter a maior responsabilidade como resposta a Teoria Objetiva da responsabilidade civil, onde também foi exposto a influência da Teoria Civilista, sob o fundamento da ideia de culpa.

Vejamos outro julgado de extrema relevância para o estudo, RE número 12.1130, relato Ministro Francisco Rezek. Trata-se de um caso de suicídio de um recluso dentro do sistema carcerário, após ter sido preso por embriaguez:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DETENTO QUE PRÁTICA SUICÍDIO DEPOIS DE SER PRESO POR EMBRIAGUEZ. INOCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO. A só ocorrência do evento danoso não importa necessariamente na obrigação de indenizar, se inexistente relação de causa e efeito entre a prisão do suicida e sua morte. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 121130, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 14/05/1996, DJ 09-05-1997 PP-18139 EMENT VOL-01868-03 PP-00606 RTJ VOL-00163-01 PP-00321)

Sendo então, um recurso extraordinário do Ministério Público em face do Estado de São Paulo, com a finalidade de alterar o acórdão que concordou com a sentença para excluir a responsabilidade civil do Estado no caso em tela, por culpa exclusiva da vítima.

O fundamento do Ministério Público está no caso de que a prisão do apenado se deu de forma ilegal, por isso o resultado morte foi decorrente de um ato comissivo e ilegal do poder público.

O relator, no caso em tela decidiu no sentido de reafirmar o acórdão, onde considera presente a excludente de culpa exclusiva da vítima, vejamos um trecho do voto (p. 14-15):

Não se lançou dúvida sobre o autoextermínio. Não se suspeitou de que a polícia daquela cidade pacata de algum modo houvesse maltratado aquele a quem periodicamente recolhia por embriaguez. A ilegalidade da prisão, como asseverou o Tribunal de Justiça, é uma tese no mínimo discutível, porque se é certo que não havia uma ordem escrita de autoridade judiciária, não menos certo é que a embriaguez pública com manifestações de incontinência, como a própria família a inicial reconhece, é causa de detenção em flagrante, ainda que tendente a cessar com a volta da sobriedade. Em cela absolutamente segura, onde o extinto não foi posto ao lado de qualquer pessoa que representasse perigo para sua integridade, (como acontecera nos precedentes em que essa corte deu guarida à postulação familiar), o que aconteceu foi um infortúnio, por conta do qual não é justo, não é de bom direito, entender-se que o Estado deve, segundo a teoria da responsabilidade objetiva e pelo só feito de encontrar-se detido o suicida em instalações de domínio público, ressarcir a família.

Nesse seguimento, vejamos o voto-vista do Ministro Carlos Velloso:

Em suma, a responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa e torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. No caso, a vítima fora detida, porque, 'em estado de embriaguez', 'promovia desordens na via pública'. A prisão, segundo está no acórdão recorrido, 'foi efetuada em benefício da própria vítima, que, naquele

estado lamentável, estava brigando com um tal de 'Bicão', segundo disse sua viúva (fls. 97 v.), e naturalmente poderia machucar-se ou até encontrar a morte. (...) O suicídio ocorreu. Mas, pergunta-se, a morte, por suicídio, deveu-se à ação estatal, vale dizer, o ato da vítima, matando-se, ocorreu em razão da prisão? É dizer: está comprovado, nos autos, onexo causal entre o dano e a ação administrativa? (...) No caso, o evento decorreu apenas do ato da vítima, convindo registra que fora está posta em cela segura, sozinho, vale dizer, não foi posto na companhia de marginais ou indivíduos perigosos.

Antes de tudo, insta salientar, que no caso em tela, a questão em relação da ilegalidade da prisão da vítima que estava embriagada. Deste modo, se por acaso a prisão fosse considerada ato ilícito e o motivo da morte, como fundamento do Ministério Público Estadual, o Estado de São Paulo poderia ser responsável.

No presente trabalho, não tem como fim analisar as questões de uma possível ilegalidade da prisão. Importante informar que restou demonstrado que não possuía nexode causalidade entre a conduta dos agentes públicos e o evento danoso. A tese está bem demonstrada nos trechos que foram colocados acima.

O Tribunal informou que a vítima estava em uma cela sozinha: “dela retirando tudo o que pudesse ser usado na prática de um ato tresloucado; e é inexigível que fosse colocado um funcionário à sua disposição para vigiá-lo a noite inteira”.

Este é um dos pontos de eventuais precauções que o Estado pode tomar, em especial nos casos de suicídio dentro do sistema prisional.

Vejamos outras decisões dos Tribunais frente a responsabilidade do Estado, conforme julgados abaixo:

0004303-68.2011.8.19.0066 - APELAÇÃO - 1ª Ementa Des(a). LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 07/06/2016 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DO PRESÍDIO HÉLIO GOMES. QUADRO DE TURBERCULOSE. NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DA UNIDADE PRISIONAL. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ENTE ESTADUAL. GENITORA QUE PRETENDE REPARAÇÃO POR DANO MORAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ACERTO DO JULGADO. VALOR DE R\$ 20.000,00 QUE NÃO ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO PARA R\$ 50.000,00. JUROS DE MORA A CONTAR DA DATA DO ÓBITO. A responsabilidade do Estado, em relação aos seus administrados, é objetiva, que, diferentemente da responsabilidade subjetiva, não necessita da comprovação de dolo ou culpa, sendo necessária apenas a constatação do dano e do nexode causalidade, adotando-se, ainda, especificamente, a Teoria do Risco Administrativo, condicionando a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da atividade administrativa, que, diversamente do que sustenta o segundo apelante, pode advir de uma conduta, tanto comissiva quanto omissiva, do Estado. Compulsando-se os autos, é possível concluir que o

filho da autora estava cumprindo pena privativa de liberdade no Presídio Hélio Gomes (arquivo 39), e que veio a óbito (cfr. Certidão arquivo 30) no dia 25/3/2006, com a seguinte "causa mortis": tuberculose miliar, hemorragia digestiva - doença adquirida devido à negligência no atendimento médico aos detentos, bem como às condições precárias do presídio, conforme se extrai dos documentos de fls. 218/220, os quais foram corroborados pela prova testemunhal (fls.200 e 237). Dano moral manifesto.

Majoração do valor para R\$ 50.000,00. Juros de mora que devem ser contados a partir da data do óbito do apenado, nos termos da Súmula 54 do STJ. Recurso do Estado do Rio de Janeiro não provido. Provimento do recurso da autora para majorar a verba reparatória do dano moral para R\$ 50.000,00, com correção monetária a contar deste acórdão, e juros de mora a partir da data da morte do apenado. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 07/06/2016.

Em outro caso se reconhece a omissão do Estado na morte do recluso, e os efeitos nefastos em sua família:

0138689-12.2006.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa Des(a). RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 27/10/2015 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DE UNIDADE PRISIONAL. DEVER DE ZELAR PELA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO PRESO SOB CUSTÓDIA. DANO MORAL CONFIGURADO. No caso submetido a exame se aplica a teoria objetiva, uma vez que o Estado, ao efetuar a prisão, fica responsável pelas pessoas que retirou do convívio social, devendo responder objetivamente pelos danos causados no caso de morte dentro dos estabelecimentos prisionais. Precedentes jurisprudenciais. O Estado tinha o dever de providenciar a transferência do interno para nosocômio a fim de ser atendido por um médico. Tinha o dever de envidar esforços e mecanismos necessários para salvaguardar a vida daquele que estava aos seus cuidados, e, em assim não agindo, não permitindo que o filho da autora fosse transferido para o hospital, pouco importando se tinham ou não viaturas disponíveis, uma vez que o bem maior a ser tutelado é a vida, responde pelos danos causados com a morte do detento. Levando em consideração a imensa dor da perda, sopesando as circunstâncias do evento e a impotência da mãe, que nada pode fazer para salvar a vida do filho que estava sob a custódia do Estado, entendo que a verba fixada pelo magistrado observou os critérios da possibilidade, razoabilidade e proporcionalidade, estando de acordo com os valores que vem sendo fixados para casos análogos. Recursos desprovidos.

No caso abaixo não houve comprovação do nexos causal, entre a omissão do estado e a morte do recluso, conforme se extrai do julgado:

0186103-59.2013.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa Des(a). NAGIB SLAIBI FILHO - Julgamento: 05/10/2016 - SEXTA CÂMARA CÍVEL Direito da Responsabilidade Civil. Indenização por danos morais. Morte de preso em presídio do Estado. Interno que ingressou no sistema prisional com grave lesão por Projétil de Arma de Fogo (PAF). Falecimento por tuberculose pulmonar e derrame pleural. Sentença de improcedência. Recurso. Reforma que se impõe. O fundamento esposado pelo douto Juízo, de que não houve comprovação da omissão do Poder Público, não deve prosperar, pois a mesma encontra-se plenamente comprovada, por meio da "causa mortis" do

presidiário, qual seja, pelo relevante fato de o seu custodiado haver adquirido doença fatal, tuberculose, claramente relacionada à condição de habitabilidade de seu ambiente de estada. A omissão do Poder Público, manifestada através de seus agentes, está comprovada a partir do momento em que a inobservância e o descaso com as regras mínimas de saúde e higiene são violados, como neste caso, e em tantos outros que nos são veiculados pela imprensa todos os dias. Reparação fixada no patamar de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais sofridos. Precedente: “Constitucional e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento no interior do Presídio Hélio Gomes. Quadro de tuberculose. Negligência do poder público. Condições precárias da unidade prisional. Omissão específica do ente estadual. Genitora que pretende reparação por dano moral. Procedência do pedido. Acerto do julgado. Valor de R\$ 20.000,00 que não atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Majoração para R\$ 50.000,00. Juros de mora a contar da data do óbito. A responsabilidade do Estado, em relação aos seus administrados, é objetiva, que, diferentemente da responsabilidade subjetiva, não necessita da comprovação de dolo ou culpa, sendo necessária apenas a constatação do dano e do nexos de causalidade, adotando-se, ainda, especificamente, a Teoria do Risco Administrativo, condicionando a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da atividade administrativa, que, diversamente do que sustenta o segundo apelante, pode advir de uma conduta, tanto comissiva quanto omissiva, do Estado. [...] “(Acórdão 0004303-68.2011.8.19.0066 - Apelação Lindolpho Morais Marinho - Décima Sexta Câmara Cível). Provimento do recurso. Data de Julgamento: 05/10/2016.

Conforme se observa nos julgados acima, a responsabilidade do Estado frente à morte de um recluso se dá quando se comprova o dano e o nexos de causalidade. Aplicando-se a Teoria Objetiva ou mais especificadamente a Teoria do Risco Administrativo.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que no sistema carcerário brasileiro há uma enorme deficiência, tendo em vista que existe uma superlotação dos presídios e falta de estrutura, temos uma afronta aos direitos fundamentais do custodiado, onde as condições que vivem é uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais.

A pena privativa de liberdade vem com uma imagem de ser ressocializadora quando na verdade está longe disso, o cárcere ao invés de diminuir a criminalização parece aumentar, em decorrência do contexto de exclusão e negação de direitos, enquanto instrumento de reprodução das desigualdades sociais.

Analisando o contexto de litígio estrutural que marca as unidades prisionais do país, o Supremo Tribunal Federal, vem aplicando nos casos de responsabilidade civil do estado a Teoria do Risco Administrativo, a partir da qual é necessário apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade, para que haja responsabilização.

Por meio de uma atuação contra majoritária e seguindo a criação jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana, o Supremo Tribunal Federal declarou em 2015, que o sistema carcerário nacional padece de um verdadeiro Estado de Coisa Inconstitucional, sendo necessária a atuação conjunta e coordenada de diversos órgãos estatais para que reparar as lesões aos preceitos fundamentais sofridas pelos indivíduos em situação de cárcere, como resultado da omissão dos Poderes.

A responsabilidade civil do Estado é um instituto imprescindível à consolidação do Estado Democrático de Direito, pois garante os direitos do cidadão diante de um dano injusto motivado pelo poder público a seu bem.

Sua objetivação concorda com o que doutrina mais moderna alega, que busca facilitar que o indivíduo que teve dano tenha um ressarcimento de forma mais rápida, dispensando então a prova da culpa.

A responsabilidade que tem o Estado em reparar o dano causado, teve uma evolução expressiva, se considerarmos que antigamente o indivíduo deveria provar além do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, deveria provar a culpa ou o dolo presente na ação do agente prestador de serviço também, tornava o direito a indenização mais difícil, hoje basta provar que existiu uma relação entre o dever

que o Estado não cumprido e o dano sofrido que ficará caracterizado a responsabilidade objetiva, devendo o indivíduo que sofreu o dano ser indenizado, em especial atenção a primazia da dignidade humana atribuída pelo texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. 2015-a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 02 out. 2018.

BITENCOURT, César. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1.984. Brasília, DF: Senado, 1984.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1.940. Brasília, DF: Senado, 1940.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 121130 – SP**. Ministério Público Estadual e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Francisco Rezek, Brasília, 11 de maio de 1996. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+121130%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+121130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8wlk3t2>. Acesso em: 20 mai. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMARGO, Henrique. **Como foi o massacre do Carandiru?** 31 de julho de 2005. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/como-foi-o-massacre-do-carandiru>. Acesso em: 22 ago. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. 1. ed. **Estados de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

DEPEN. **Informações Penitenciárias**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 12 out. 2018.

DI PIETRO. Maria Sylvio Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESPINOSA, Manoel José Cepeda; GIL, Rodrigo Escobar; TRIVINO, Jaime Cordoba. **AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Asociaciones de desplazados/AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA** Condiciones para que las asociaciones de desplazados interpongan la acción. **Corte Constitucional República de Colômbia**. 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FARIAS, Cristiano. C. D.; NETTO, Felipe. P. B.; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Rebelião em presídio do Rio deixa ao menos 34 mortos**. 01 de junho de 2004. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u95073.shtml>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. **Em 2001, megarrebelião promovida pelo PCC envolveu 29 penitenciárias**. 14 de maio de 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121461.shtml>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. **Saiba quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil**. 02 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-alguas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>. Acesso em: 25 ago. 2018.

GLOBO. **Rebelião de presos no Maranhão termina com 18 mortes**. 09 de novembro de 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/11/rebeliao-de-presos-no-maranhao-termina-com-18-mortes.html>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Sobe número de presos mortos em rebelião na Penitenciária de Cascavel.** 24 de ago de 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2014/08/sobe-numero-de-presos-mortos-em-rebeliao-na-penitenciaria-de-cascavel.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. **Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM.** 02 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>. Acesso em: 27 ago. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria do risco administrativo.** 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/289879/teoria-do-risco-administrativo>. Acesso em: 15 mai. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva 2018.

JUNQUEIRA, Ivan Carvalho. **Dos Direitos Humanos do Preso.** 1. ed. São Paulo, Lemos e Cruz, 2005.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEAL, César Barros. **Prisão, Crepúsculo de uma era.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOPES, André; CAVALCANTE, Márcio. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>. Acesso em 10 mai. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11.07.84.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo:** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno:** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MESQUITA, Pedro Henrique. **Sistema Prisional Brasileiro: Privatização como parte da solução.** 2015. Disponível em: <https://pedromesquita92560.jusbrasil.com.br/artigos/252789746/sistema-prisional-brasileiro> Acesso em: 15 out. 2018.

MICHAEL, Andréa. **Crime Organizado funciona como holding.** Folha, 2011. Disponível em: Acesso em 03 out. 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Problemas de responsabilidade civil do Estado**. In: FREITAS, Juarez (org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: 1. ed. Saraiva, 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1935-marcelo-goncalves-saliba/file>. Acesso dia 20 fev. 2019

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Carla Maia dos. **Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 16 nov. 2008.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado**. 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2635. Acesso em: 16 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena no estado democrático de direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TULIO, Silvio e MARTINS, Vanessa. **Rebelião deixa 9 detentos mortos e 14 feridos em presídio de Aparecida de Goiânia**. 01 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/detentos-fazem-rebeliao-em-presidio-em-aparecida-de-goiania.ghtml>. Acesso em: 27 ago. 2018.