



**Universidade de Brasília (UnB)
Faculdade de Direito (FD)
Curso de graduação em Direito**

GABRIEL RIBEIRO MENDES ASSUÇÃO

**A INDENIZAÇÃO MORAL DE ENCARCERADOS SUBMETIDOS A CONDIÇÕES
DEGRADANTES MEDIANTE REMIÇÃO DA PENA**

*The moral compensation of prisoners submitted to degrading conditions upon redemption
their penalty*

Brasília

2022



Universidade de Brasília (UnB)
Faculdade de Direito (FD)
Curso de graduação em Direito

**A INDENIZAÇÃO MORAL DE ENCARCERADOS SUBMETIDOS A CONDIÇÕES
DEGRADANTES MEDIANTE REMIÇÃO DE PENA**

Autor: Gabriel Ribeiro Mendes Assunção

Orientador: Prof. Gabriel Jamur Gomes

Monografia apresentada à Banca Examinadora, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília, ___ de _____ de 2022.

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL RIBEIRO MENDES ASSUNÇÃO

A INDENIZAÇÃO MORAL DE ENCARCERADOS SUBMETIDOS A CONDIÇÕES DEGRADANTES MEDIANTE REMIÇÃO DE PENA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 20 de setembro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gabriel Jamur Gomes
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca
(Membro Avaliador)

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto
(Membro Avaliador)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Marcelo e Margareth, e às minhas avós maternas, Antonieta e Elisabeth (*in memoriam*), que sempre acreditaram em meu potencial para alçar voos mais altos.

Ao meu irmão, Rodrigo, pelo exemplo de esforço e dedicação a ser seguido.

A Sofia, minha companheira e melhor amiga, pelo incentivo e apoio constantes.

Aos meus amigos de graduação pelas risadas e convívio memoráveis.

Ao professor Paulo de Souza Queiroz, cuja contribuição para o Projeto de Iniciação Científica que deu origem ao presente trabalho foi inestimável.

Sou grato ao professor Gabriel Jamur, pela zelosa orientação e pelas horas de reflexão concedidas.

Agradeço também aos professores Reynaldo Fonseca, pelos ensinamentos que rejuvenesceram minha crença no potencial transformador do Direito, e João Costa Neto, pelo exemplo de dedicação acadêmica que apresenta a todos os seus alunos.

“Não serei o poeta de um mundo caduco. Também não cantarei o mundo futuro. Estou preso à vida e olho meus companheiros. Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças. Entre eles, considero a enorme realidade. O presente é tão grande, não nos afastemos. Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.”

(Carlos Drummond de Andrade)

“O delinqüente, até que não seja encarcerado, é outra coisa. Confesso que o delinqüente me repugna; em certos casos me causa horror. Para mim, entre outros, o delito, o grande delito, me aconteceu de vê-lo pelo menos uma vez, com os meus olhos. Os briguentos pareciam duas panteras; e permaneci estático, horrorizado; contudo bastou que visse um dos dois homens, que tinha posto por terra o outro com um golpe mortal, enquanto os policiais, providencialmente acudiam, metendo-lhe as algemas, para que do horror nascesse à compaixão. A verdade é que, apenas algemado, a fera se tornou um homem.”

(Francesco Carnelutti).

FICHA CATALOGRÁFICA

RA85i Ribeiro Mendes Assunção, Gabriel
 A INDENIZAÇÃO MORAL DE ENCARCERADOS SUBMETIDOS A
 CONDIÇÕES DEGRADANTES MEDIANTE REMIÇÃO DE PENA / Gabriel
 Ribeiro Mendes Assunção; orientador Gabriel Jamur Gomes. --
 Brasília, 2022.
 83 p.

 Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
 Brasília, 2022.

 1. Direito Constitucional. 2. Responsabilidade Civil do
 Estado. 3. Preso. 4. Compensação in natura. 5. Remição da
 Pena. I. Jamur Gomes, Gabriel , orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASSUNÇÃO, Gabriel Ribeiro Mendes. **A Indenização Moral de Encarcerados Submetidos a Condições Degradantes Mediante Remição da Pena**. Monografia de Final de Curso (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 82f, 2022.

RESUMO

O presente trabalho parte busca analisar a viabilidade jurídica e as possibilidades de compensação civil em casos de presos encarcerados submetidos a condições desumanas. Defende-se, pois, que a indenização pecuniária deve ser reservada aos casos em que não seria mais possível efetivar a compensação mediante remição da pena. O seu marco teórico está centrado em uma visão do direito civil constitucional, que visa a *repersonalização* de seus institutos de maneira a oferecer uma medida compensatória adequada como resposta a danos morais. Diante deste contexto teórico, o presente trabalho visa: (i) demonstrar como a responsabilidade civil do Estado é juridicamente viável em casos de presos submetidos a condições degradantes; (ii) definir parâmetros gerais sobre o que pode ser considerado fundamento legítimo para indenização moral no âmbito da execução da pena privativa de liberdade e (iii) demonstrar a preferência pela indenização não pecuniária mediante remição de pena em detrimento da compensação mediante pecúnia. A hipótese proposta é de que a indenização não pecuniária consistente na remição de pena possui melhores condições de resguardar os direitos lesados pelo Estado em razão de pobres condições materiais no âmbito da execução da pena privativa de liberdade, de maneira que deve ter prevalência sobre a compensação pecuniária.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Responsabilidade Civil do Estado; Preso; Compensação *in natura*; Remição da Pena.

ABSTRACT

The present work seeks to investigate the legal feasibility and compensation possibilities in the context of prisons in inhumane conditions. It is argued that the monetary compensation should be reserved for cases in which it would no longer be possible to offer compensation through non-monetary species. Its theoretical framework starts from the premise of a civil law from the constitutional point of view, which aims to *repersonalize* civil law institutes in order to offer an adequate compensatory measure in response to moral damages. Given this theoretical context, the present work aims to: (i) demonstrate how the civil liability of the State is legally viable in cases of prisoners subjected to degrading conditions; (ii) define general parameters on what can be considered a legitimate basis for moral damages in the context of the penalty of reclusion and (iii) demonstrate the preference for non-pecuniary compensation through redemption of part of the punishment. The hypothesis proposed is that the non-pecuniary compensation consisting in the remission of sentence has better conditions to protect the rights injured by the State due poor material conditions of prisons in which inmates must serve their sentences.

Key-words: Constitutional Law; State civil liability; Prisoner; Non-monetary compensation; Good conduct credits.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	-	Condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros.....	23
Gráfico 2	-	Estabelecimentos prisionais sem qualquer registro de inspeção.....	24
Gráfico 3	-	Custo mensal por preso nas UFs que declararam utilizar a Resolução nº 06/2012 do CNPCP na metodologia do cálculo.....	37

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	-	Registro dos votos proferidos no RE nº 580.252	50
Tabela 2	-	quadro comparativo das alterações do art.112 da LEP.....	55

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEP	Lei de Execução Penal
PNUD	Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento
PPS	Pessoa Privada de Liberdade
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. Introdução.....	13
2. A responsabilidade Civil do Estado por danos morais sofridos por encarcerados... 17	
2.1. O dano moral como violação a direito da personalidade de encarcerados.....	18
2.2. O estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro e a insalubridade de suas prisões.....	21
2.3. Os obstáculos ao reconhecimento da responsabilidade civil do Estado para com seus encarcerados	29
3. Proposta de novo paradigma: princípio da reparação adequada e reparação não pecuniária do dano moral	34
3.1. A insuficiência da indenização pecuniária e as dificuldades associadas à compensação dos encarcerados	34
3.2. A reparação adequada dos danos morais sob a visão do Direito Civil Constitucional	40
4. A compensação mediante remição da pena sob a ótica do direito penal	43
4.1. A função da pena e sua compatibilidade com a remição como forma de compensação... 43	
4.2. A possibilidade de condicionamento a exame criminológico.....	48
5. A compensação por remição no ordenamento brasileiro e estrangeiro	54
5.1. O Recurso Extraordinário nº 580.252	54
5.2. A experiência das Cortes Internacionais e de ordenamentos estrangeiros.....	61
5.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	61
5.2.2. Da Corte Europeia de Direitos Humanos	64
6. Considerações Finais.....	68
Referências Bibliográficas	71

1. Introdução

Cronologicamente, a primeira norma que se dispôs a humanizar os cárceres brasileiros foi a Constituição Política do Império do Brasil, de 24 de março de 1824. Até então, o direito penal era regido pelo Livro Quinto das Ordenações Filipinas, conjunto de regras que se voltava para penas sobre o corpo, degredos, entre outros.¹ Segundo o art. 179, XXI da Constituição de 1824 “as cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes”².

Não obstante a primeira Constituição brasileira já ter previsto que as prisões do Brasil serão “seguras”, “limpas” e “bem arejadas”, essa realidade não se concretizou até os dias atuais. Entre as várias Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) instauradas para investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, destaca-se o seguinte trecho, da CPI de 2009, cujo retrato faz justiça ao comentário proferido pelo então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, de que as prisões brasileiras seriam verdadeiras “masmorras medievais”³:

“A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com paredes encardidas cheias de “*homens-morcego*”. Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio.”⁴

O completo divórcio entre as previsões normativas e a realidade do sistema prisional, revela verdadeira *insinceridade normativa*⁵ em relação ao princípio da dignidade da pessoa

¹ Brasil. Senado Federal. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.* Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 14/08/2022.

² Brasil. *Constituição Política do Imperio do Brazil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14/08/2022.

³ MARTINS, Luísa. *Presídios Brasileiros são masmorras medievais*, diz ministro da Justiça. Estado de S. Paulo. 05 de novembro de 2015. Disponível em: < <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>>. Acesso em: 09/08/2022.

⁴ Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília, 2009, p. 247.

⁵ Termo utilizado para expressar o contexto de desídia entre as previsões legais e constitucionais e a realidade fática brasileira. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 283.

humana, fundamento da República Federativa do Brasil⁶, à vedação de penas cruéis⁷ e a grande parte da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Nesse diapasão, em 9 de setembro de 2015, Supremo Tribunal Federal (STF) declarou o *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário brasileiro no âmbito do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 em razão do “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”⁸.

Diante desse contexto de desconformidade, coloca-se em voga a responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes da lesão de direitos da personalidade de encarcerados, em especial à danos relacionados à sua *esfera biológica*⁹.

Em 16 de fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 580.252, que discute “o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da *reserva do possível*)”¹⁰. Não obstante o resultado do julgamento tenha reafirmado a responsabilidade do Estado de indenizar presos por danos morais causados pela “falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”¹¹, acórdão do

⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”. (Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/08/2022).

⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: e) cruéis;” (Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/08/2022).

⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347*, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgado em: 09/09/2015, DJe em: 31/02/2016.

⁹ Segundo Judith Martins Costa, a esfera biológica do ser humano deve ser compreendida de maneira ampla, de forma a englobar aspectos físicos, psicológicos e emocionais, além das necessidades vitais, a exemplo do sono, repouso, alimentação, vestuário entre outros. (MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014, p. 7085.)

¹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema de repercussão geral nº 365: responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 17/08/2022.

¹¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252*. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 16/02/2017. DJe em: 08/09/2017, p. 2.

STF se limitou a reestabelecer a indenização arbitrada anteriormente, qual seja, a obrigação do pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Dito isto, busca-se analisar a possibilidade jurídica da concessão de *uma forma não pecuniária de compensação* como resposta ao dano moral perpetrado pelo Estado, partindo-se da visão *do direito civil constitucional* e do princípio da *reparação adequada* dos danos morais. Neste sentido, propõe-se a comparação entre a indenização pecuniária e a indenização *in natura* mediante remição da pena, conforme proposta no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que restou vencido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252.

Ou seja, a *pergunta de pesquisa* busca responder às seguintes arguições: (i) a reparação pecuniária em resposta aos danos morais sofridos por presos submetidos a condições desumanas são a espécie compensatória que melhor tem capacidade de tutelar os direitos da personalidade dos lesados? (ii) Se não, a compensação não pecuniária mediante remição da pena possui vantagens suficientes para recomendar sua adoção? e (iii) quais foram os óbices apontados pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento que recusou a proposta de compensação mediante remição da pena?

A hipótese central é a de que a compensação mediante pecúnia é insuficiente no caso em análise porque pressupõe o arbitramento de um valor contínuo ao preso submetido a condições degradantes, o que, além de não endereçar *diretamente* a violação de seus direitos da personalidade também leva a uma situação paradoxal. Nesse sentido, quanto maior for a adoção do remédio pecuniário, menor serão os recursos à disposição do Estado para evolução das condições materiais envolvendo a execução da pena privativa de liberdade, verdadeira causadora da violação de direitos no contexto carcerário.

O trabalho está dividido em quatro capítulos. No início de cada um deles será abordado a razão de sua pertinência e quais as consequências práticas que se busca aclarar com a presença do capítulo.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar o porquê da escolha de algumas opções teóricas essenciais para a resposta da *pergunta de pesquisa*, a exemplo do conceito de dano moral, dos requisitos da responsabilidade civil do Estado e dos obstáculos normalmente apontados contra a responsabilidade civil do Estado em relação a encarcerados. Também será explorada o que pode ser considerado dano moral em casos concretos associados à execução da pena privativa de liberdade.

O segundo capítulo, por sua vez, é dedicado à demonstração da insuficiência e dos problemas práticos associados à padronizada indenização pecuniária no caso em questão, além

de apresentar os pressupostos e as vantagens associadas à indenização não pecuniária dos danos morais.

Tendo em vista a alta relevância envolvendo a escolha da espécie reparatória sob a ótica do direito penal, o terceiro capítulo visa-se descobrir se a compensação mediante remição da pena é compatível com a finalidade da pena privativa da liberdade e com os fins perseguidos por nossa execução penal. Ademais, também será analisada a possibilidade de restringir a compensação mediante remição da pena a determinados detentos, tendo em vista a natureza do crime cometido ou o risco que sua liberdade representa para a segurança da sociedade. Essas avaliações são fundamentais tendo em vista que em nada adiantaria encontrar uma solução para o problema da reparação dos encarcerados se a resposta apontada violar pressupostos e finalidades do direito penal.

No quarto capítulo, descreve-se a proposta, apresentada originariamente pelo Ministro Luís Roberto Barroso, da remição da pena como forma não pecuniária de compensação de presos submetidos a condições desumanas. Ademais, serão apresentadas objeções levantadas pelos Ministros contrários à sugestão, chegando-se a uma conclusão acerca da pertinência destes argumentos. Por fim, serão apresentados alguns julgamentos episódicos da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de maneira a demonstrar como os ordenamentos estrangeiros tem recebido a remição não pecuniária mediante remição de pena.

2. A responsabilidade Civil do Estado por danos morais sofridos por encarcerados

Primeiramente, é preciso fazer um alerta. Não obstante a eleição da responsabilidade civil do Estado como o instrumento de combate ao *estado de coisas* inconstitucional do sistema carcerário brasileiro objeto do presente trabalho, é inegável que esta não substitui a implementação de uma execução penal humanizada.

Deve ficar claro que, diante da constatação de graves violações a direitos humanos e a direitos da personalidade, o Estado tem de agir prioritariamente para mitigar esta situação mediante a tomada de decisões efetivas visando a elevação da salubridade dos estabelecimentos prisionais. Neste sentido, decisão do STF já reconheceu a possibilidade de o Poder Judiciário tomar medidas como a interdição de prisões e a fixação de obrigações de fazer por parte do Poder Público¹². Frisa-se que as compensações, sejam elas pecuniárias ou não pecuniárias, devem ter caráter secundário diante do real avanço das condições materiais dos cárceres. Feita essa observação, passa-se ao objeto do presente trabalho.

A presente discussão, qual seja, a possibilidade de responsabilização civil do Estado por danos morais sofridos por encarcerados submetidos a condições degradantes, tem como pré-requisitos três questionamentos distintos: (i) o que vem a configurar a ocorrência de dano moral? (ii) os atuais parâmetros de execução da pena no sistema prisional brasileiro podem ocasionar a ocorrência de dano moral? Se sim, em que condições? e (iii) existem condições que elidam o Estado de responder pelos referidos danos morais?

Para responder aos questionamentos mencionados, será exposta brevemente a corrente doutrinária escolhida para a definição acerca do conceito de dano moral, bem como os motivos que levaram à sua seleção. Em seguida, será apresentada, em termos gerais, as condições da execução penal no contexto brasileiro, além de quais condições efetivamente podem ser apontadas como causadoras de danos morais. Por fim, será exposta a jurisprudência dos Tribunais Superiores no que toca a eventuais circunstâncias capazes de obstar a responsabilidade estatal.¹³

¹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 592.581*, Plenário, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, julgado em: 13/08/2015, DJe em: 29/01/2016.

¹³ Nesse sentido, faz-se referência à clássica lição de Miguel Seabra Fagundes de que “administrar é aplicar a lei de ofício” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 4). No caso em questão, administrar seria aplicar a pena privativa de liberdade em conformidade com o art. 5º, LXI da Constituição de 1988.

2.1. O dano moral como violação a direito da personalidade de encarcerados

Embora atualmente prevaleça, sem maiores questionamentos, o reconhecimento do dano extrapatrimonial, é pertinente ressaltar que este nem sempre foi o pensamento dominante.¹⁴ Por não encontrar disposição em lei, o conceito de dano moral foi por muito tempo objeto de instigante debate doutrinário, de maneira que correntes de pensamento se sucederam para tentar explicar o que caracterizaria esta espécie de dano.¹⁵

A teoria majoritária nos Tribunais brasileiros foi, por muito tempo, a chamada teoria subjetiva do dano moral, corrente que conceitua o dano extrapatrimonial como sendo a angústia, humilhação ou dor emocional experimentada pela vítima.¹⁶ Com o passar do tempo, é possível observar uma gradual transição da teoria subjetiva do dano moral em direção a outras teorias que consideram os sentimentos negativos com meras decorrências acidentais do dano moral.¹⁷

O acúmulo de críticas que apontam a ausência de cientificidade do conceito subjetivo de dano moral permitiu o florescimento de conceitos alternativos. O conceito objetivo de dano moral, por exemplo, identifica essa espécie de dano pela violação de direito da personalidade ou pela lesão do direito subjetivo à dignidade, de maneira que a reação psicológica do ofendido se torna irrelevante para definir a existência do dano moral.¹⁸

Nesse sentido, “dano moral traduz a contrapartida imediata do princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁹ por meio da garantia da tutela da pessoa em seus “variados corolários (ou subprincípios) da dignidade, a saber: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e

¹⁴ Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 extirpou qualquer dúvida quanto à reparabilidade do dano moral ao “pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral” quando previu em seu art. 5º, inciso V e inciso X, o instituto do dano extrapatrimonial (PEREIRA, Caio Mário da Silva.; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade Civil*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 81).

¹⁵ Entre as referidas correntes, pode-se citar a teoria: (i) *excludente*, defendida por Pontes de Miranda, segundo a qual “dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor” (ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do Conceito de Dano Moral, Revista da EMERJ, vol. 6, nº 24, 2003, p. 143.) (ii); *do dano moral como “efeito da lesão”*, defendida, entre outros por, Antônio Chaves e Sílvia Rodrigues que identifica dano moral como a dor, humilhação, sofrimento; (*Ibidem*) e (iii) *da lesão à dignidade humana*, que defende que o dano moral constitui ofensa aos substratos materiais da dignidade da pessoa humana (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos. 2ª Ed, Rio de Janeiro: processo, 2017, p.188) e (iv) *da violação de direito da personalidade*, corrente adotada para os fins do presente trabalho de conclusão de curso, pelas razões expostas a seguir.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014, p. 7077.

¹⁷ Paulo Lôbo (2001, p.16-17 *apud* COSTA, 2014, p. 300) afirma que “a dor é uma consequência, não o direito violado”

¹⁸ Sobre um prisma objetivo, o dano moral poderia ser decorrente de uma violação de direitos da personalidade ou de uma lesão ao direito subjetivo à dignidade, de maneira que a reação psicológica do ofendido fica de fora da discussão jurídica acerca da existência ou não do dano moral. (MORAES, Maria Cecília Bodin de. Conceito, Função e Quantificação do Dano Moral, Revista IBERC; Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/4>>. Acesso em: 08/09/2022).

¹⁹ SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro. Revista Brasileiro de Direito Civil – RBDCIVIL. Belo Horizonte, v. 30, p. 33-60, out./dez. 2021, p. 47.

solidariedade”. Ainda de acordo a teoria objetiva do dano moral, este é aquele que ofende direito da personalidade, caracterizados por Carlos Alberto Bittar como aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções no ordenamento jurídico”,²⁰ a exemplo da vida, integridade física, intimidade, respeito, honra, entre outros. De maneira mais analítica, Judith Martins Costa afirma que o dano moral é o ato que afronta direito da personalidade em suas três esferas, quais sejam, a *biológica*, a *da singularidade* e a *social*,²¹ razão pela qual foi adotada sua perspectiva.

Firmada a escolha acerca da teoria a ser seguida, é pertinente arguir que circunstâncias relacionadas à execução da pena privativa de liberdade podem ser consideradas como violadoras da personalidade do encarcerado.

A pena privativa de liberdade pressupõe, essencialmente, certo grau de limitação da liberdade de locomoção e da privacidade do condenado visando a retribuição pelo crime cometido, a prevenção de novos delitos ou a recuperação do infrator.²² Neste sentido, a prisão é exemplo evidente de instituição total²³, isto é, “local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, leva uma vida fechada e formalmente administrada”²⁴.

Por esta razão, inúmeras condutas, que fora do contexto prisional seriam inaceitáveis, fazem parte do regime que regula aqueles que tem sua liberdade de locomoção limitada pelo Estado. A ausência de opinião sobre o que comer, vestir ou onde e quando trabalhar e dormir não podem ser tidas como violações indevidas aos direitos da personalidade de presos, desde que voltadas para a manutenção da segurança do estabelecimento prisional e à continuidade da execução regular da pena.

Por este motivo, o Estatuto de Roma, cuja aderência pelo Brasil foi promulgada no Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002, exclui do conceito de tortura “a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por ela

²⁰ BITTAR, Carlos A. *Os Direitos da Personalidade*, 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502208292. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208292/>. Acesso em: 02 ago. 2022, p. 29.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014, p. 7085.

²² MESSA, Ana F. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. 9788584935765. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>. Acesso em: 02 ago. 2022, p. 82.

²³ Como exemplo, Michael Foucault apresenta trecho do regime da “Casa dos Jovens detentos em Paris” datado de 1838: “Art. 17 - O dia dos detentos começará às seis horas da manhã no inverno, às cinco horas no verão. O trabalho há de durar nove horas por dia em qualquer estação. Duas horas por dia serão consagradas ao ensino. O trabalho e o dia terminarão às nove horas no inverno e as oito horas no verão” (FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Rachel Ramallete. 39ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. p. 9).

²⁴ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*, São Paulo: Editora Perspectiva, 1974, p. 11.

ocasionadas”²⁵. Não obstante, o desrespeito às determinações da LEP ²⁶ podem, a depender do caso concreto, constituir indevida lesão a direitos da personalidade do encarcerado.

Neste contexto, os Tribunais Superiores são constantemente demandados acerca de eventuais abusos na execução penal das penas privativas de liberdade que poderiam constituir danos morais. Dentre estas decisões, pode-se citar: (i) a possibilidade da utilização de *contêineres* como celas, tendo em vista as condições climáticas inadequadas de seu uso;²⁷ (ii) o trabalho do preso como *dever* e a possibilidade de sua remuneração em patamar inferior ao salário mínimo;²⁸ (iii) os limites de submeter seus visitantes a revistas íntimas;²⁹ (iv) a responsabilidade civil do Estado por suicídio de detento sob sua tutela;³⁰ (v) a filmagem e divulgação de imagem de preso dentro de seu local de cumprimento de pena.³¹

Não obstante a infinidade de arguições que possam surgir acerca do que poderia vir a caracterizar lesão indevida a direito da personalidade de detento no âmbito da execução da pena privativa de liberdade, adotou-se, como parâmetro geral, a violação dos direitos ligados à *esfera biológica* do preso para tanto, conforme proposto por Judith Martins Costa. A razão para tanto

²⁵ Brasil. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002: promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 08/09/2022.

²⁶ De acordo com o art. 10 da Lei de Execução Penal, “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. O art. 11 complementa seu antecessor, ao afirmar que “a assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI – religiosa” (Brasil, *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 17/08/2022).

²⁷ Recentemente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça negou pedido do Ministério Público para interditar cadeia pública no Estado de Santa Catarina sob o argumento de que o uso deste tipo de cela atentaria contra a dignidade dos presos. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt no Recurso Especial nº 1.626.583*, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Julgado em: 05/10/2021 DJe em: 05/11/2021) Em sentido contrário, tem-se o HC 142.513, julgado pela Sexta Turma (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 142.513*, Sexta Turma, Ministro Relator Nilson Naves, Julgado em: 23/03/2010, DJe em: 10/05/2010).

²⁸ De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o art. 31 da LEP, que dispõe “o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidades” e o art. 29 da mesma lei, cuja redação afirma “o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo” são constitucionais. A justificativa para tanto se encontra em sua finalidade educativa, além dos custos associados ao emprego de pessoas que cumprem pena privativa de liberdade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 336*, Plenário, Julgado em: 01/03/2021, DJe em: 10/05/2021).

²⁹ O Superior Tribunal de Justiça entende que inexistente violação à dignidade da pessoa humana ao submeter visitante a revista íntima, desde que esta seja feita dentro dos parâmetros legais. Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no Recurso Especial nº 1959230*, Quinta Turma, Ministro Relator Joel Ilan Paciornik, Julgado em: 09/11/2021, DJe em: 16/11/2021.

³⁰ Em casos que demandem atenção especializada e especial vigilância, a exemplo de preso portador de doenças mentais e com tendências suicidas, o Estado tem o dever de tomar as medidas adequadas para evitar sua ocorrência. Do contrário, nascerá a familiar próximo do falecido o direito à compensação (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1874042*, Primeira Turma, Ministro Relator Gurgel de Faria, Julgado em: 06/12/2021, DJe em: 17/12/2021).

³¹ No caso em questão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não haveria como reconhecer o dano moral tendo em vista a inexistência de qualquer “alteração da verdade ou excesso dos repórteres” e que “o caso concreto trata de filmagem de sujeito cuja 'notícia' de sua pessoa é de conhecimento geral.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário com Agravo 1.051.946*, Ministro Relator Edson Fachin, julgado em: 30/06/2017, DJe em: 02/08/2017).

consiste no fato de que as ofensas às *necessidades vitais*³², a exemplo do sono, repouso, alimentação, vestuário, acondicionamento e higiene são aquelas que estão intimamente ligadas às precárias condições materiais dos estabelecimentos prisionais.

Dito isto, serão apresentadas breves considerações acerca do atual estado dos estabelecimentos prisionais brasileiros e das previsões normativas que regem a execução penal no Brasil, bem como de que forma o Supremo Tribunal Federal vem tentando mitigar a evidente *insinceridade normativa* que nasce do confronto destas.

2.2. O estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro e a insalubridade de suas prisões

Na exposição de motivos da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), destacam-se profundas críticas à Lei nº 3.274/1957, sua antecessora. Entre os trechos de maior relevância, chama atenção a afirmação de que suas previsões “não são verdadeiras normas jurídicas” e que “o referido diploma é sistematicamente ignorado, e ao longo de sua existência - mais de vinte anos - não ensejou o desenvolvimento da doutrina nem sensibilizou juízes, tribunais e a própria administração pública”³³.

A Lei de Execução Penal de 1984 pretendia ser o marco legal para o desenvolvimento de um ramo autônomo de Direito denominado de Direito Penal Executivo³⁴, capaz de assegurar a autonomia da execução penal em relação às normas do Direito Administrativo, além de formalmente reconhecer o direito do preso à assistência jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde. Neste sentido, sua exposição de motivos também fez referência à conclusão da Primeira Comissão Parlamentar de Inquérito com o objetivo de investigar o sistema penitenciário brasileiro:

“minoría infima da população carcerária, recolhida a instituições penitenciárias, tem assistência clínica, psiquiátrica e psicológica nas diversas fases da execução da pena, tem cela individual, trabalho e estudos, pratica esportes e recreação. A grande maioria,

³² MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014, p. 7086.

³³ Brasil, Câmara dos Deputados. *Lei nº 7.210, de julho de 1984 - Exposição de Motivos*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 3 de junho de 2021.

³⁴ Também denominado de Direito Penitenciário, trata-se de “ramo do Direito Público formado por um conjunto de normas jurídicas que disciplinam o tratamento dos sentenciados na fase do cumprimento da sanção penal, com a regulamentação de direitos e deveres entre o condenado/internado e a administração penitenciária” (MESSA, Ana F. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. 9788584935765. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>. Acesso em: 03 ago. 2022, p. 86).

porém, vive confinada em celas, sem trabalho, sem estudos, sem qualquer assistência no sentido da ressocialização”.³⁵

Curiosamente, trinta e sete anos depois da promulgação da Lei nº 7.210/1984, a realidade do sistema prisional brasileiro parece não ter sido substancialmente modificada. A situação do sistema penitenciário é tão dramática que já motivou a instauração de quatro Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) nos anos de 1976, 1993, 2008 e 2015, em geral antecedidas por massacres ou rebeliões prisionais.³⁶

Com o objetivo de regulamentar o art. 66, inciso VII da LEP³⁷, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 47/2007, que determinou aos juízes de execução criminal a obrigação de realizar pessoalmente inspeção mensal nos estabelecimentos penais sob sua responsabilidade.³⁸ Os relatórios elaborados pelos juízes são posteriormente enviados à Corregedoria de Justiça do respectivo Tribunal e utilizados para alimentar o Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), visando sua consolidação no “sistema Geopresídios, de consulta pública, que apresenta dados estruturados acerca da população prisional, dos estabelecimentos e das vagas existentes no sistema penitenciário, comarca ou seção judiciária”³⁹.

De acordo com dados do painel estatístico sobre inspeções penais em estabelecimentos prisionais consolidados e estruturados pelo Conselho Nacional de Justiça, apenas 3,1% dos

³⁵ *Ibidem*, p. 86.

³⁶ A primeira destas CPIs (1976) tinha como objetivo extraoficial revelar as condições de presos político no contexto da ditadura militar. Já a CPI de 1994 teve como antecedente o infame Massacre do Carandiru, que deixou 111 encarcerados mortos. A CPI de 2008 foi precedida de uma série de ataques encomendados pela facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC). Por fim, a CPI de 2015 foi instaurada após a Rebelião no Complexo Prisional do Curado, em Pernambuco. (Brasil. Câmara dos Deputados. *Quatro CPIs já investigaram o sistema penitenciário brasileiro*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cpis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>>. Acesso em: 03/08/2022).

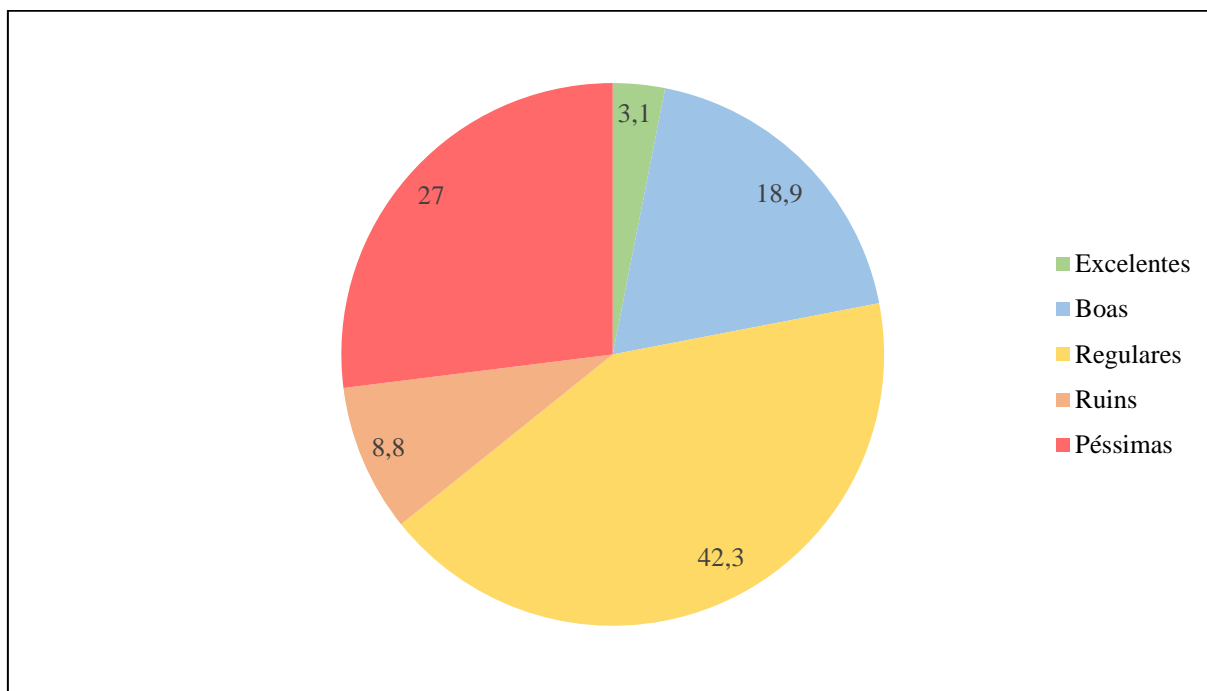
³⁷ “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...). VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade”. (Brasil. *Lei 7.210, de 11 de julho de 1984: Institui a Lei de Execução Penal*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 17/08/2022).

³⁸ “Art. 1º Determinar aos juízes da execução criminal realizar pessoalmente inspeção mensal nos estabelecimentos penais sob sua responsabilidade e tomar providências para seu adequado funcionamento, promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 47 de 18 de dezembro de 2007: dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal*, DJ em: 21/12/2007. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/162>>. Acesso em: 15/06/2022).

³⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Geopresídios: Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos Penais (CNIEP)*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/geopresidios-page/>>. Acesso em: 10/12/2021.

presídios são classificados em condições “excelentes”, enquanto 27% são considerados “péssimos”.⁴⁰

Gráfico 1: Condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros:



Fonte: Elaboração própria, de acordo com dados obtidos pela pesquisa (2022)

Ainda de acordo com o sistema GEOPRESÍDIOS, 58,7% dos presídios se encontram em situação de superlotação,⁴¹ totalizando 174.052 mil vagas faltantes no sistema prisional brasileiro.⁴²

No âmbito internacional, a superlotação prisional vem tomando cada vez mais destaque como a principal causadora das demais violações a direitos fundamentais de presos.⁴³ Segundo o documento *Combating prison overcrowding*, expedido pela Comissão Europeia para Prevenção de Tortura e da Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, “a superlotação

⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Painel de dados sobre as inspeções penais em estabelecimentos prisionais*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acesso em: 20/01/2022.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais: relatório mensal do cadastro nacional de inspeções nos estabelecimentos penais (CNI EP)*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em 28/06/2022.

⁴³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada Execução penal [livro eletrônico]: *teoria crítica / Rodrigo Duque Estrada Roig*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. 6 Mb; ePub 2. ed. e-book baseada na 6. edição impressa.

Nesse sentido, afirma-se que os presídios brasileiros constituem ambientes de extrema insalubridade⁴⁶ e que a desassistência pode levar a riscos reais à vida e à saúde dos encarcerados. Segundo a pesquisa “Mortalidade e causas de óbitos nas prisões do Rio de Janeiro”, que buscou comparar as taxas de mortalidade e causas de óbito entre as Pessoas Privadas de Liberdade (PPL) e a população geral do Estado durante os anos de 2015 e 2017:

“As principais causas de morte entre PPL foram doenças infecciosas (30%), doenças do aparelho circulatório (22%) e causas externas (12%). Dentre as causas infecciosas, destacam-se HIV/aids (43%) e tuberculose (TB) (52% se considerados todos os óbitos com menção de TB). Somente 0,7% das PPL que faleceram tiveram acesso a serviço de saúde extramuros. A taxa global de mortalidade foi maior entre as PPL comparadas à população geral do estado, com mortalidade por doenças infecciosas 5 vezes superior, por TB 15 vezes e por doenças endócrinas, especialmente diabetes, e doenças circulatórias (1,5 e 1,3 vez, respectivamente), enquanto mortes por causa externa foram menos frequentes entre PPL.”⁴⁷

Diante deste contexto de total desestruturação do sistema carcerário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal declarou seu *estado de coisas inconstitucional* no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.⁴⁸

Pode-se situar a referida decisão em um panorama mais amplo, marcado pela denominada *judicialização da política* “processo pelo qual os Tribunais e magistrados dominam, ou tendem a dominar a produção de políticas públicas que eram previamente realizadas por outras instituições [agências] governamentais”⁴⁹. Em um contexto de judicialização da política, o Poder Judiciário, em especial os Tribunais Superiores, passam a decidir acerca de políticas públicas e demandas sociais, o que também pode ser interpretado como *ativismo judicial*.

Cabe aqui apresentar a diferenciação feita por Lenio Streck, no sentido de que judicialização da política e ativismo judicial não se confundem. De acordo com este autor, o primeiro destes é inevitável em Democracias regidas por Constituições normativas, podendo

⁴⁶ O termo “insalubre” significa “tudo aquilo que origina doença”, podendo ser causado por agentes físicos (ruído, calor, radiações, frio, vibrações e umidade), químicos (poeira, gases, vapores, névoas e fumos) ou biológicos (micro-organismos, vírus e bactérias) (SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade [livro eletrônico]: aspectos técnicos e práticos*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2022, p. 11).

⁴⁷ DE TOLEDO, Celina Roma Sánchez; CAMACHO, Luiz Antônio Bastos; SANCHÉZ, Alexandra. *Cadernos de Saúde Pública (online); Mortalidade e causas de óbitos nas prisões do Rio de Janeiro*, Brasil, 2021. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/csp/a/7MFpG9t68Zb4ghM6mL8s4Pj/?lang=pt> >. Acesso em: 12/08/2022.

⁴⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal, *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf> >. Acesso em: 11/08/2022.

⁴⁹ CF; NEAL (1995) *apud* VERONESE, 2009, p. 254. (VERONESE. *A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo*. VI Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP) realizado em 29 de julho a 1 de agosto de 2008 em Campinas (SP).

ser benéfico ou prejudicial para a saúde democrática. De forma diversa, o ativismo judicial seria sempre prejudicial ao debate democrático, uma vez que consiste na substituição do debate político pela vontade do julgador.⁵⁰

Neste contexto de *judicialização da política*, situa-se a teoria do *estado de coisas inconstitucional*, instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana durante o julgamento da *sentencia de unificación* nº 559, no ano de 1997,⁵¹ cuja formulação visou a implementação de medidas estruturais para dar efetividade a direitos fundamentais sistematicamente desrespeitados.⁵²

De acordo com César Rodríguez Garavito, a figura do *estado de coisas inconstitucional* está presente em contextos que: (i) afetam um número grande de pessoas que alegam a violação de seus direitos, seja diretamente, seja mediante organizações que litigam em sua causa; (ii) envolvam várias autoridades estatais demandadas por sua responsabilidade na falha da prestação de serviços públicos e (iii) demandam uma ordem de execução completa, de forma que o juiz instrutor da causa deverá dirigir várias entidades públicas na busca de ações coordenadas para a proteção da população afetada e não apenas dos demandantes processuais.⁵³

Neste contexto, é possível afirmar que o processo que envolve a teoria do *estado de coisas inconstitucional* pressupõe a ocorrência de um *proceso estructural*. Nestes casos, constata-se “um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal”⁵⁴.

⁵⁰ Streck, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. Espaço Jurídico *Journal of Law* [EJLL], 17(3), 2016, p. 722.

⁵¹ A Sentença de Unificação nº 559 foi a primeira ocasião em que a Corte Constitucional Colombiana aplicou a teoria do *estado de coisas inconstitucional*. O julgamento tinha como questão de fundo a violação de direitos previdenciários de professores da educação estadual. Logo foi constatado que o descumprimento de direitos fundamentais possuía caráter sistêmico, de forma a afetar número indefinido de servidores públicos da educação. (Colômbia, Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia de unificación* nº 559. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1997/su559-97.htm>>. Acesso em: 03/08/2022).

⁵² KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. *A ADPF 347 e o “Estado de coisas inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil*. Direito, Estado e Sociedade, nº 53 p. 147 a 181, jul/dez 2018.

⁵³ Tradução livre do seguinte trecho: “*Se trata de casos caracterizados por (1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o través de organizaciones que litigan su causa, (2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas y (3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto)*. (GARAVITO, César Rodríguez. *¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 435).

⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; JR, Fredie Didier; JR, Hermes Zaneti. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, jan./mar.2020, p. 104.

Nos processos estruturais, a resposta processual não pode se limitar à mera adjudicação do objeto de conflito, atestando a existência de um direito e impondo uma obrigação, sob pena desta abordagem se revelar ineficaz. Há necessidade de que a “decisão e cumprimento possam se retroalimentar e fazer com que o plano de reestruturação seja responsivo aos efeitos que ele mesmo acarreta, à medida que se desenvolve”⁵⁵.

Ao provocar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF 347, o Partido Político Socialismo e Liberdade requereu as seguintes medidas cautelares: (i) determinação a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivassem expressamente as razões que impossibilitariam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal; (ii) reconhecimento da aplicabilidade imediata do art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e do art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; (iii) determinação para que juízes e tribunais brasileiros passassem a considerar, fundamentadamente, o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; (iv) reconhecimento de que a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo ordenamento jurídico, bem como a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção a ser imposta, substituindo - quando viável - por pena alternativa à prisão; (v) afirmação de que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando evidenciado que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; (vi) reconhecimento de que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando evidenciado que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; (vii) determinação para que o Conselho Nacional de Justiça coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a

⁵⁵ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 432.

viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “v” e “vi” acima e, por fim, (viii) imposição imediata do descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e na vedação à União de realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.⁵⁶

Ao apreciar as medidas cautelares requeridas, o Supremo Tribunal Federal deferiu apenas aquelas referentes aos itens “ii” e “viii”, que versam, respectivamente, sobre as audiências de custódia e ao descontingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Também é pertinente apontar outras posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal direcionadas à situação de desconformidade do sistema carcerário: (i) o Recurso Extraordinário nº 592.581,⁵⁷ que discute a fixação pelo Poder Judiciário de obrigação de fazer à Administração Pública em caso de omissão estatal que lesione direitos fundamentais de encarcerados; (ii) o Recurso Extraordinário nº 641.320⁵⁸, que trata da possibilidade do apenado cumprir sua sentença em regime mais favorável ante a falta de vaga no regime a ele designado; e (iv) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170, que, à semelhança do Recurso Extraordinário nº 580.252⁵⁹, debate a viabilidade do recebimento de danos morais por ação ou omissão do Estado no contexto prisional.

⁵⁶ Brasil. Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). *ADPF n° 347, Petição Inicial*, 26 de maio de 2015.

⁵⁷ O julgamento terminou com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 592.581*, Plenário, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Julgado em: 13/08/2015, DJe em: 29/01/2016).

⁵⁸ O STF decidiu que o apenado deve cumprir pena em regime menos gravoso diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas em regime originalmente estabelecido na condenação penal e fixou o Tema de Repercussão Geral nº 423 nos seguintes termos: “I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas ‘b’ e ‘c’); III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”. (Brasil. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário n° 641.320*, Plenário, Ministro Relator Gilmar Mendes, Julgado em: 11/05/2016, DJe em: 29/07/2016).

⁵⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 580.252*, Plenário, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Julgado em: 16/02/2017, DJe em: 08/09/2017.

O posicionamento do STF nos referidos casos apresenta clara tendência no sentido do reconhecimento da situação degradante a qual os condenados à pena privativa de liberdade são submetidos no Brasil, além de instituir medidas práticas e coordenadas para a mitigação deste *estado de coisas inconstitucional*.

Todavia, não obstante os esforços do STF, pode-se afirmar que a situação do sistema carcerário brasileiro foi timidamente modificada desde a declaração de *seu estado de coisas inconstitucional* no ano de 2015. De acordo com o documento “O sistema prisional brasileiro fora da constituição - 5 anos depois: balanços e projeções a partir do julgamento da ADPF 347”, a população privada de liberdade aumentou 9,3% entre os anos de 2016 e 2020. Contudo, nesse mesmo intervalo de tempo, houve redução de cerca de 100 vagas no sistema prisional.⁶⁰

Esses dados indicam que as medidas adotadas não foram suficientes para mudar significativamente o quadro sistemático de violações de direitos da personalidade vivenciados no âmbito do cumprimento da pena privativa de liberdade em um período de 5 anos. Por essa razão, é necessário realizar uma nova reflexão sobre como endereçar o problema, aparentemente duradouro, da superlotação carcerária e precarização das condições materiais da pena.

2.3. Os obstáculos ao reconhecimento da responsabilidade civil do Estado para com seus encarcerados

Uma vez apresentada a teoria do dano moral adotada, bem como contextualizada a situação do sistema prisional, passa-se a discorrer sobre os obstáculos específicos relacionados à responsabilidade civil do Estado por danos morais no contexto carcerário.

A primeira questão a ser abordada será a necessidade da presença de culpa por parte do Estado para que este seja responsável civilmente pelos danos morais sofridos por encarcerados. O tema é relevante porque, de acordo com parte da doutrina⁶¹, não incidiria a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva prevista no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988⁶² por danos ocasionados por condutas omissivas.

⁶⁰ Conselho Nacional de Justiça, *O sistema prisional brasileiro fora da constituição - 5 anos depois: balanços e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*, junho de 2021, p. 6.

⁶¹ Fernando Menezes afirma que Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entendem que o Estado somente deve ser responsabilizado subjetivamente por suas omissões. Todavia, a distinção em questão é mais formal do que material, de maneira que os defensores da responsabilidade subjetiva “dirão que implícito no descumprimento do dever de agir há, inevitavelmente, um aspecto culposo” (MENEZES, *Responsabilidade civil do Estado*, Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 2, n. 8, maio, 2014, p. 21).

⁶² “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

Nesse sentido, diante de violações a direitos da personalidade advindas da ausência de condições materiais mínimas no cumprimento da pena privativa de liberdade, seria necessária a demonstração de conduta culposa por parte do Estado.⁶³ Quanto ao assunto, é possível encontrar julgamentos do Supremo Tribunal Federal em ambos os sentidos, embora as decisões mais recentes apontem em direção da adoção da teoria da responsabilidade objetiva.⁶⁴

Não obstante esta distinção de classificação, ambas as linhas de pensamento parecem convergir em termos práticos. Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, defensor da responsabilidade subjetiva do Estado por condução omissivas, “é razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver *de direito obrigado a impedi-los*”⁶⁵. Isto é, em casos em que o Estado tenha o *dever de impedir o dano*, as consequências práticas de ambas as teorias seriam idênticas.

Uma visão alternativa sobre o assunto foi manifestada pelo Ministro Luís Roberto Barroso no âmbito do Recurso Extraordinário nº 580.252 sob o argumento de que, no âmbito da execução penal, a conduta do Estado seria comissiva uma vez que “ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres”⁶⁶.

Seja pela adoção da teoria objetiva da responsabilidade do Estado por atos omissivos, seja pelo reconhecimento do dever do Estado de evitar quaisquer danos aos encarcerados sob sua custódia,⁶⁷ fica evidente que a Administração Pública não pode se utilizar do referido argumento como forma de se eximir de sua responsabilidade.

contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17/08/2022).

⁶³ O referido argumento foi utilizado pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria da República como impedimento à responsabilidade civil do Estado por danos morais sofridos por encarcerados em condições insalubres (Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252*. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 16/02/2017. DJe em: 08/09/2017, p. 135).

⁶⁴ Defendendo a responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos, pode-se citar: (i) *Recurso Extraordinário nº 608.808*, Plenário, Ministro Relator Alexandre de Moraes, julgado em: 08/09/2020, DJe em: 01/10/2020, que versa sobre a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de crime por pessoa foragida; (ii) *Recurso Extraordinário nº 136.861*, Plenário, Ministro Relator Edson Fachin, julgado em: 11/03/2020, DJe em: 22/01/2021, que dispõe acerca da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício diante da ausência de fiscalização estatal e (iii) *Recurso Extraordinário nº 841.526*, Plenário, Ministro Relator Luiz Fux, julgado em: 30/03/2016, DJe em: 01/08/2016, que discorre sobre a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento. Em favor da responsabilidade subjetiva do Estado por condutas omissivas: (i) *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 235.524*, Primeira Turma, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, julgado em 30/06/2004, publicação em: 20/08/2004; (ii) *Recurso Extraordinário nº 382.054*, Segunda Turma, Ministro Relator Carlos Velloso, julgado em: 03/08/2004, publicação em: 01/10/2004.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 1043.

⁶⁶ Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252*. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 16/02/2017. DJe em: 08/09/2017, p. 75.

⁶⁷ Novamente me reporto a argumentação utilizada pelo Ministro Luis Roberto Barroso no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário 580.252. “Ainda que assim não fosse, a definição da natureza da responsabilidade civil

O segundo obstáculo à responsabilidade civil aqui investigada diz respeito à aplicabilidade da *teoria da reserva do possível* para obstar o pagamento da indenização em questão.⁶⁸ Antes de qualquer coisa, é preciso ressaltar que resta superado o entendimento de que *direitos de defesa*, também denominados de direitos de primeira geração, não necessitam de atuação material direta do Estado, enquanto que direitos prestacionais, identificados classicamente como direitos sociais, dependem de dispêndio orçamentário do Estado.⁶⁹

Neste contexto, a referida teoria versa sobre contextos em que a escassez de recursos públicos, conjuntamente com a grande gama de direitos sociais constitucionalmente assegurados leva à situação em que a consecução de todos os anseios da sociedade se revela incompatível com a realidade material.⁷⁰

No âmbito fiscal, a partir do paradigma do Estado Social, o orçamento público deixa de ser mero documento contável desvinculado dos interesses coletivos e se transforma em instrumento de concretização de metas por meio de políticas públicas, visando a concretização de determinações constitucionais, cada vez mais abrangentes.⁷¹ Desta forma, o Estado se vê incapaz de suprir todas as necessidades públicas a ele atribuídas.

Não obstante, no âmbito carcerário, “a proteção dos direitos dos presidiários se resume a nada mais, nada menos, que obrigar os funcionários do sistema carcerário a cumprirem a lei”⁷². Isso inclui não somente o cumprimento de certos requisitos por parte das instalações prisionais, mas também o fornecimento de bens materiais, treinamento e remuneração da polícia penal. O simples fato de o detento ter seus direitos fundamentais assegurados depende de

no caso deve considerar a particularidade de que os presos encontram-se sob a custódia do Estado. Nessa situação, estão inseridos em uma instituição total, na qual se submetem inteiramente ao controle do poder público e dependem de agentes estatais para quase todos os aspectos de sua vida, inclusive para o atendimento de suas necessidades mais básicas e para sua autoproteção. Como contrapartida, o Estado assume uma posição especial de garante em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação de liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida” (Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252*. Tribunal Plenário, julgado em: 16/05/2017, DJe em: 08/09/2017, p. 74).

⁶⁸ O referido argumento foi empregado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no âmbito do julgamento dos *Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2006.003179-7/0001-01*, Terceira Seção Cível, Ministro Relator Atapoã da Costa Feliz, julgado em 21/05/2007.

⁶⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos* [livro eletrônico]: *porque a liberdade depende de impostos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 73.

⁷⁰ Como alertam Stephen Holmes e Cass Sunstein “para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: Editora W/MF Martins Fontes, 2019, p. 88).

⁷¹ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, jan/jul 2008.

⁷² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: Editora W/MF Martins Fontes, 2019, p. 73.

constante dispêndio de recursos públicos. Não obstante, tanto os direitos de proteção quanto os direitos sociais impliquem em custos estatais, ambos seguem lógicas distintas.

Em razão dessa distinção de essência, a *teoria da reserva do possível* se direciona unicamente para a falha na concretização de direitos sociais, tendo em vista ser impossível assegurar prover todos os serviços públicos e suprir todas as demandas da sociedade⁷³ num dado momento. De forma contrária, os direitos de primeira geração, geralmente identificados com liberdades individuais, podem ser legitimamente invocados independentemente da previsão de recursos porque não encontram fundamento numa lógica de distribuição de recursos, mas de proteção do indivíduo. Proteção esta que, caso desrespeitada, enseja a responsabilidade, seja ela civil, seja ela criminal do ofensor.

Neste sentido se manifestou o Ministro Teori Albino Zavascki no âmbito do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 962.934, que versou sobre a possibilidade de pagamento de indenização por dano extrapatrimonial sofrido por detento:

“Faz sentido considerar tal princípio (princípio da reserva do possível) para situações em que a concretização constitucional de certos direitos fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições. Mas não é disso que aqui se cuida. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequada prestação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização.”⁷⁴

Dito isto, fica evidente que as limitações orçamentárias comumente apontadas como óbices para a efetivação de direitos sociais não podem ser invocadas como um impedimento à responsabilidade civil do Estado, sob risco de se regredir a tempos passados nos quais o Estado, por sua posição de superioridade em relação ao particular, era tido como irresponsável por seus atos. Também não merecem prosperar eventuais argumentos que invoquem a necessidade de comprovação de culpa por parte do Estado por suas condutas omissivas. Quando se tratar de

⁷³ Emprega-se políticas públicas no sentido de “, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, Maria Paula Dallari, *Políticas Públicas e direito administrativo*, Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997, p. 91 | Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, 1996, p. 134-144).

⁷⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Divergência em Resp. nº 962.934*, Primeira Turma, Ministro Relator Teori Albino Zavascki, julgado em: 14/03/2012, DJe em: 25/04/2012.

casos em que exista um dever jurídico de proteção, a exemplo da guarda daqueles que se encontram sob sua custódia, o Estado deve ser objetivamente responsável tendo em vista seu dever de impedir o dano.

Demonstrada a inadequação dos óbices levantados, outra questão se apresenta: como deve se dar a compensação pelo dano moral ocasionado pelo Estado no âmbito do cumprimento da pena privativa de liberdade?

3. Proposta de novo paradigma: princípio da reparação adequada e reparação não pecuniária do dano moral

O dano moral pode ser compensado mediante duas formas: a atribuição de certo valor monetário (compensação pecuniária) ou por compensações não pecuniárias (compensação *in natura*⁷⁵).⁷⁶ Chama-se atenção para a natureza negativa do conceito de compensação *in natura* como sendo aquela espécie reparatória que não se expressa mediante pecúnia. A indeterminabilidade do referido instituto tem relação direta sua versatilidade diante de casos concretos, “cabendo à doutrina e aos tribunais desenvolver novos caminhos para a reparação integral da vítima”.⁷⁷

Ainda que reconhecida a existência destas duas maneiras de se compensar,⁷⁸ a maior parte das condenações a danos morais no Brasil ainda se restringe a determinar obrigação de pagar certa quantia pecuniária ao lesado, o que levou Anderson Schreiber a afirmar que “os Tribunais brasileiros já ‘despatrimonializaram’ o dano, mas ainda não a sua reparação”⁷⁹.

3.1. A insuficiência da indenização pecuniária e as dificuldades associadas à compensação dos encarcerados

A primeira dificuldade associada à adoção do dano moral sofrido por encarcerados sob a custódia do Estado consiste na complexidade da aferição de um *quantum* indenizatório apropriado. No âmbito da responsabilidade civil, embora sejam apontadas três funções pela

⁷⁵ Antônio Menezes Cordeiro define a indenização específica ou natural como sendo aquela que “implica a entrega, ao vitimado, de um bem igual ao prejudicado”. (*apud* BISNETO, Cícero Dantas. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019, p 185). Já Maita María Naveira Zarra define a reparação *in natura* como sendo aquela reparação “que restabelece a situação que existia anteriormente à produção do dano. Esse restabelecimento da situação *ex ante*, que tende a reintegrar o interesse lesado do sujeito prejudicado, se consegue normalmente reparando ou emendando o bem lesado, não obstante, quando isto não é possível, substituindo-o por outro igual. Por este motivo, a reparação na forma específica não se concretiza necessariamente em uma obrigação de fazer, como creem alguns autores, mas pode também consistir em uma obrigação de dar” (tradução livre, ZARRA, Maita María, *El resarcimiento en la responsabilidad civil extracontractual*, Universidade da Coruña, Faculdade de Direito, 2004, p. 211).

⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada*, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. 9788522493449. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493449/>. Acesso em: 04 ago. 2022, p. 18.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁷⁸ Embora ainda incipiente, a compensação não pecuniária já foi reconhecida pelo enunciado nº 589 da VII Jornada de Direito Civil, cujo enunciado afirma “a compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou de outro meio”. (Brasil. Conselho da Justiça Federal, *Enunciado nº 589*, disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>>. Acesso em: 04/08/2022).

⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada*, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. 9788522493449. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493449/>. Acesso em: 04/08/2022, p. 19.

doutrina,⁸⁰ a finalidade que se destaca é a reparatória, consubstanciada no princípio da reparação integral do dano.⁸¹ Neste contexto, o *quantum* concedido judicialmente deverá ser suficiente para compensar a vítima sem constituir seu enriquecimento ilícito, razão pela qual o arbitramento do dano moral é questão tão tormentosa.

Na tentativa de contornar o problema acima citado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) cunhou o chamado *sistema bifásico da indenização*, método que consiste na reunião dos critérios do *interesse jurídico lesado* e *das circunstâncias do caso concreto* racionalizar o processo de quantificação pecuniária do dano moral.

Primeiramente, “arbitra-se o valor bifásico ou inicial da indenização do interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria”,⁸² de maneira a assegurar “razoável igualdade”⁸³ de tratamento em casos análogos, e preservar a igualdade e coerência dos julgamentos pelos juízes e Tribunais, além de se “evitar pontual intervenção do legislador”⁸⁴.

Como forma de aplacar eventual risco de tarifamento judicial do dano moral, o que transformaria o arbitramento do *quantum* indenizatório “em simples operação de subsunção, e não mais de concreção”⁸⁵, o STJ conjugou o método bifásico com o critério da valorização das circunstâncias do evento danoso. Nesse sentido, a “gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente responsável, a eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica, social e política das partes”⁸⁶ foram elencadas como elementos subjetivos e objetivos relevantes para a quantificação da indenização do dano moral. Cabe aqui fazer a ressalva que a consideração do sofrimento da vítima não se coaduna com a vertente doutrinária adotada, o que demonstra, mais uma vez, os resquícios que a teoria subjetiva do dano moral possui nos Tribunais brasileiros.

Apesar de seus esforços, o sistema bifásico da indenização foi recebido com críticas por setores da doutrina. Alguns entendem que a consideração de fatores subjetivos, a exemplo

⁸⁰ Felipe Peixoto Braga Netto; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald elencam três objetivos para a responsabilidade civil: (i) a reparatória, dedicada ao restabelecimento do equilíbrio patrimonial da vítima do dano; (ii) a punitiva, que visa a expiação do ofensor e (iii) a de precaução, cuja finalidade é a prevenção de condutas potencialmente danosas. (NETTO, Felipe Peixoto Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 62.)

⁸¹ BISNETO, Cícero Dantas. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019, p 15.

⁸² Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.152.541*, Terceira Turma, Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 13/09/2011.

⁸³ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁵ *Ibidem* p. 15.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 15.

da culpabilidade do agente responsável, atribuem função punitiva aos danos na responsabilidade civil, de modo a inovar indevidamente em nosso sistema de responsabilidade civil.⁸⁷

Ademais, alerta-se para a inescapável *hierarquização de dignidades*, inerente a qualquer processo que vise atribuir quantia pecuniária a dano moral. Nesse sentido, grupos marginalizados e vulneráveis, a exemplo dos encarcerados, apresentam dificuldades para ter seu direito à indenização reconhecido. Ademais, quando reconhecidos, os valores arbitrados costumam ser relativamente menores quando comparado a pessoas de classe social mais alta, sob a justificativa de que o mesmo valor seria percebido com indiferença por uns e constituiria enriquecimento ilícito de outros. Nas palavras do Ministro Luiz Edson Fachin:

“Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetive - um dia reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência”⁸⁸

A dificuldade em se admitir a indenização por dano extrapatrimonial, em razão da situação degradante às quais os encarcerados são submetidos e sua fixação em montantes insignificantes revela o desprezo pela dignidade humana do encarcerado. Não obstante o preso “seja membro do tecido social e não ser afastado do princípio da dignidade da pessoa humana”⁸⁹, sua humanidade é efetivamente negada em muitos sentidos.

A segunda constatação que desaconselha a adoção da compensação pecuniária para os casos de submissão de encarcerados a condições desumanas diz respeito às dificuldades orçamentárias associadas à constante compensação pecuniárias de grande número de presos submetidos a condições degradantes. Cabe a ressalva de que o que se critica aqui não é o simples desgosto à indenização do preso, mas sim o fato de que os recursos públicos voltados para a humanização da pena privativa de liberdade e aqueles direcionados à compensação de encarcerados concorrem, ainda que indiretamente, entre si.

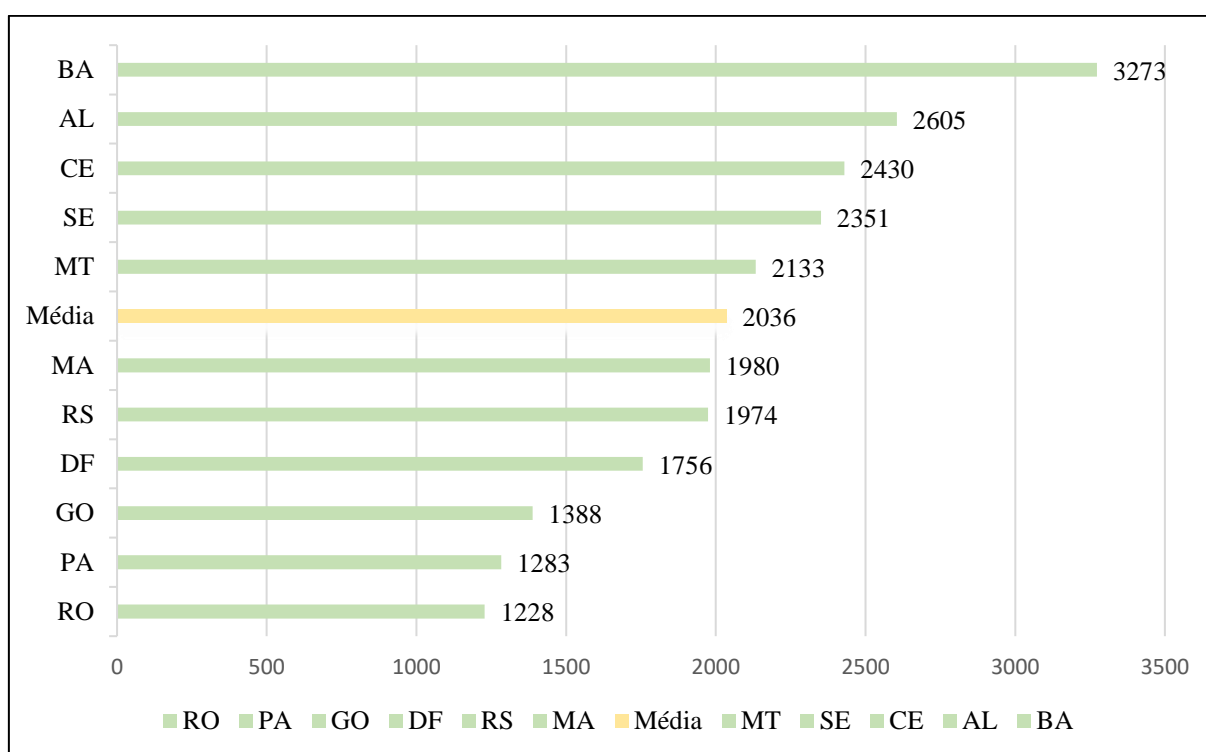
⁸⁷ BORGARELLI, Bruno de Avila. *O método bifásico do cálculo dos danos extrapatrimoniais e sua adoção pela jurisprudência brasileira*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 18. ano 5. p. 493-509. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 504.

⁸⁸ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição - 5 anos depois: balanços e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*, junho de 2021, p. 8.

⁸⁹ FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 132.

Ainda discorrendo acerca da pressão orçamentária relacionada à indenização pecuniária, cabe ressaltar que, de acordo com o documento *Calculando Custos Prisionais: Panorama Nacional e Avanços Necessários* elaborado pelo CNJ⁹⁰ em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD), o custo médio mensal de um preso no ano de 2021 é de R\$ 2.036 (dois mil e trinta e seis reais).⁹¹

Gráfico 3: Custo mensal por preso nas UFs que declararam utilizar a Resolução n° 06/2012 do CNCP na metodologia do cálculo:



Fonte: Elaboração própria, conforme dados obtidos do documento “Calculando custos prisionais: panorama nacional e avanços necessários” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (2022).

⁹⁰ Conselho Nacional de Justiça. *Calculando custos prisionais [recurso eletrônico]: panorama nacional e avanços necessários* / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

⁹¹ Tendo em vista que a maioria dos Estados brasileiros não segue a Resolução n° 6/2012 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), o valor diz respeito apenas aos 12 Estados que calcularam o custo médio de seus presos de acordo com o referido texto normativo (Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Calculando custos prisionais [recurso eletrônico]: panorama nacional e avanços necessários* / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 25).

Conforme exposto no gráfico acima, cada um dos 907.910 (novecentos e sete mil e novecentos e dez) presos⁹² custa ao Estado aproximadamente R\$ 2.036 (dois mil e trinta e seis reais) para a manutenção de sua pena privativa de liberdade cada mês⁹³.

Se todos aqueles mantidos em condições consideradas “péssimas”, o que equivale a 476 estabelecimentos prisionais,⁹⁴ ajuizarem ações de indenização contra seus respectivos Estados membros pode-se presumir que o valor mensal a título de indenização moral seria extremamente elevado aos cofres públicos, além de significativo em relação ao custo mensal de cada preso.

Ademais, frisa-se que a reparação deverá ser contínua, isto é, não poderá cessar até que a lesão a direitos da personalidade seja interrompida. Embora pareça evidente, destaca-se que no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252, o STF decidiu pela manutenção da decisão do juiz de primeiro grau, que concedeu ao preso uma indenização unitária, não obstante seu pedido pelo estabelecimento de um salário mínimo mensal.⁹⁵ Ou seja, a indenização unitária viola o requisito da *subsistência* do dano indenizável,⁹⁶ de forma a impedir eventuais pedidos de indenização futuros, não obstante a continuidade das lesões extrapatrimoniais.

Acrescenta-se que não se ignora que os recursos destinados ao pagamento de indenização por dano moral não são custeados diretamente do orçamento do sistema penitenciário. Todavia, há que se ponderar que os referidos valores são deduzidos do montante à disposição do Estado para a satisfação de infinitas demandas da coletividade. Assim sendo, a

⁹² Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas Banco Nacional de Mandados de Prisão*. Disponível em: < <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> >. Acesso em: 05/08/2022.

⁹³ Frisa-se que a média mensal adotada diz respeito apenas aos Estados que forneceram informações de acordo com a Resolução nº 06/2012 do Conselho Nacional de Justiça, de forma que os dados apresentados devem ser tomados apenas como estimativas.

⁹⁴ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Painel de dados sobre as inspeções penais em estabelecimentos prisionais*. Disponível em: < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel> >. Acesso em: 05/08/2022.

⁹⁵ No caso em questão, o preso já havia se retirado da prisão no momento da apreciação de seu caso pelo Supremo Tribunal Federal, que optou por reestabelecer o *quantum* arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul ao invés de conceder o valor monetário que supostamente seria percebido desde a apresentação da ação de indenização (Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*, Plenário, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Julgado em: 16/02/2017, DJe em: 08/09/2017, p. 148).

⁹⁶ Atilio Aníbal Alterini sustentou que são indenizáveis apenas aqueles danos que possuem os requisitos de atualidade, certeza e *subsistência*. Em relação ao requisito da atualidade, a interpretação prevalecente é de que este condicionante não é absoluto, isto é, caso seja possível afirmar com certeza que um dano atual terá consequências futuras, a exemplo da incapacidade permanente para o trabalho em razão de lesão, seria possível considerar o dano futuro na fixação da indenização. A *subsistência* significa que “não será ressarcível o dano que já tenha sido reparado pelo responsável”, de forma a obstar que alguém seja repetidamente indenizado por dano supostamente já compensado, impedindo, desta forma, o enriquecimento ilícito do lesado. (ALTERINI, 1974 *apud* PEREIRA, TEPEDINO, 2018. p. 64.)

escolha pela indenização pecuniária tem potencial para postergar ainda mais a efetivação das inúmeras demandas urgentes relacionadas ao sistema prisional. Isso significa que o remédio compensatório mediante pecúnia pode, paradoxalmente, agravar ainda mais o quadro de violação de direitos no sistema carcerário.

Em argumentação similar, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial nº 962.934 negou o direito à indenização individual de preso:

"Em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-los, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros."⁹⁷

Por fim, ressalta-se que a utilização de compensação pecuniária também contribui para a *mercantilização do dano moral*, de maneira a reforçar a lógica de que “a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que esteja disposto a arcar com o ‘preço’ correspondente”⁹⁸. Esse contexto se torna ainda mais reprovável quando aplicado ao sistema carcerário, cujo caráter *seletivo* direciona a punição estatal eminentemente para grupos de marginalizados⁹⁹. Inexiste *pedágio-masmorra* ou *bolsa-dignidade*¹⁰⁰ que justifique a compra da humanidade de todo um segmento de pessoas, não se aplicando, no entanto, a cansada lógica de que “que nada se dê, somente por não poder se dar exato”¹⁰¹.

A compensação dos danos morais, especialmente a indenização extrapatrimonial analisada no presente trabalho, demanda o estabelecimento de um novo paradigma, que prestigie a espécie compensatória com efetiva capacidade de resguardar os direitos fundamentais dos encarcerados.

⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial 962.934*, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Julgado em: 13/04/2010, DJe em: 04/05/2011.

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192.

⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da Punição*. [livro eletrônico]: Tirant lo Blanch: 2021, p. 250.

¹⁰⁰ Expressão encontrada no Recurso Especial nº 962934, nos seguintes termos “2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.” (Brasil. *Recurso Especial nº 962934*, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Julgado em: 13/04/2010, DJe em: 04/05/2011).

¹⁰¹ MIRANDA *Apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, 4ª Ed. São Paulo: 2019, p. 359.

3.2. A reparação adequada dos danos morais sob a visão do Direito Civil Constitucional

De acordo com Luiz Edson Fachin, a dogmática do direito civil contemporâneo passa por um processo de reflexão em busca de novas maneiras de “*repersonalização* de [seus] estatutos essenciais”¹⁰². A *repersonalização* aqui mencionada diz respeito à transformação do objeto primário do direito civil, que deve abandonar seu *estatuto patrimonial privado* e individualista em favor da centralidade e da proteção do *indivíduo como ser coletivo*.¹⁰³

A denominada *constitucionalização do direito civil*¹⁰⁴ prega uma “constante reinvenção e renovação do direito”¹⁰⁵ “guiada pelo axioma da promoção da dignidade da pessoa humana”¹⁰⁶. Este contexto de *repersonalização* e reinvenção, quando aplicado à responsabilidade civil, parece sugerir que a compensação pecuniária não seria a mais adequada para a reparação de danos morais. Isso ocorre porque a indenização pecuniária ignora as particularidades do dano no caso concreto e propõe uma resposta uniforme aos mais variados prejuízos a direitos da personalidade.¹⁰⁷

Conforme afirma Anderson Schreiber, a atribuição de valor ao dano moral banaliza a própria *inviabilidade* dos direitos da personalidade.¹⁰⁸ Neste mesmo sentido, Maria Rosaria Marella afirma que a indenização pecuniária por danos morais torna “quotidianos exemplos de um exercício de quantificação e de tradução em dinheiro exatamente daquilo que o dinheiro não pode comprar”¹⁰⁹. Não por outra razão, afirma-se que “a reparação *in natura* tem valência mais moralizante, pois não consente ao ofensor a liberação com o simples pagamento de valores pecuniários”¹¹⁰

¹⁰² FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil*. Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, a. 27, n° 27. 1992/1993, p. 50.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰⁴ Termo atribuído a Pietro Perlingieri por Edson Fachin (FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica*. Revista TST. Brasília, vol. 77, n° 4, out/dez 2011, p. 197).

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 198.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 198.

¹⁰⁷ BISNETO, Cícero Dantas. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019, p 109. Não obstante sua vocação para a reparação de danos morais, nada impede que a reparação *in natura* seja empregada em danos materiais (FICHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 140).

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 194.

¹⁰⁹ MARELLA, 2000, p. 289 *apud* SCHREIBER, 2009, p. 195.

¹¹⁰ GNANI, 2018, p. 16 *apud* CANTALI, 2021, p. 7 (CANTALI, R. U. *Reparação de danos extrapatrimoniais: entre medidas pecuniárias e não pecuniárias*. *civilistica.com*, v. 10, n. 3, p. 1-23, 6 dez. 2021).

Dito isto, defende-se uma nova visão sobre o tema fundamentada no *princípio da reparação adequada*. As formas não pecuniárias de compensação deveriam ter primazia diante da reparação pecuniária, tendo em vista seu potencial de “recompor ou recuperar, ainda que parcialmente (...) o bem da personalidade atingido”¹¹¹.

Embora a compensação não pecuniária tenha grande liberdade para a fixação de formas variadas de compensação, a jurisprudência pátria relega a indenização *in natura* para segundo plano, sendo comum a noção de que apenas diante de lei autorizadora seria possível apresentar novas modalidades de compensação do dano moral.¹¹²

A título de exemplo, tem-se a recusa de alguns tribunais em reconhecer o instrumento do *direito de resposta*¹¹³, até então presente na Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953 (Lei da Imprensa), após a declaração de sua não recepção pelo Supremo Tribunal Federal. A problemática somente foi resolvida, restabelecendo-se a possibilidade da fixação de obrigação relativa ao direito de resposta, com o Recurso Especial nº 885.248 da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Segundo o referido julgamento, o direito de resposta apenas poderia ser concedido judicialmente porque continua sendo previsto legalmente em nosso ordenamento jurídico por meio do art. 14 do Pacto de San José da Costa Rica¹¹⁴. O referido entendimento parece ser equivocado, uma vez que, mesmo na ausência de lei autorizadora que preveja o referido instituto, o devido processo legal deve abarcar respostas jurisdicionais que permitam a prestação de uma tutela adequada pelo Estado.

A potencialidade de adaptação e a capacidade de oferecer respostas efetivas para casos concretos, cuja natureza se dá pelo próprio conceito de compensação *não pecuniária* resta

¹¹¹ BISNETO, Cícero Dantas. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019, p. 173.

¹¹² BISNETO, Cícero Dantas. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 215.

¹¹³ Direito de resposta pode ser definido como o direito “conferido ao ofendido de esclarecer, de mão própria, no mesmo veículo de imprensa, os fatos divulgados a seu respeito em reportagem questionada” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 885.248*, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrighi, Julgado em: 15/12/2009, DJe em: 21/05/2010).

¹¹⁴ Direito de Retificação ou Resposta. 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial. (Brasil. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992: promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06/08/2022).

seriamente restringido pela crença de que todas as modalidades de compensação devem estar previstas em lei.¹¹⁵

Alerta-se para o fato de que a submissão a condições de extrema insalubridade, pode levar a impactos permanentes na saúde e na qualidade de vida futura dos presos. Dessa maneira, a mera adjudicação monetária não tem capacidade de evitar maiores danos à condição física e psíquica dos condenados à pena privativa de liberdade, de forma que a melhor solução que se apresenta é a abreviação da própria fonte das violações, isto é, da pena privativa de liberdade.

Ademais, sustenta-se que a espécie reparatória mais *fraterna*¹¹⁶, isto é, aquela que de fato *reconhece* o encarcerado como membro da mesma comunidade social que os demais é a indenização não pecuniária, de maneira a contribuir para a construção de uma sociedade mais “livre, justa e solidária”¹¹⁷. Isso ocorre porque a indenização pecuniária, além de não impedir a degradação da dignidade e a lesão dos direitos da personalidade do encarcerado, também é comumente arbitrada em valor ínfimos diante do grau de violação comumente encontrado em cárceres, reforçando uma divisão inadmissível entre a dignidade humana dos indivíduos.

¹¹⁵ BISNETO, Cícero Dantas. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 219.

¹¹⁶ De acordo com Luis Fernando Barzotto “a fraternidade é uma atitude complexa de reconhecimento do outro como irmão, na solidariedade com ele (o outro é membro da minha comunidade), no respeito (o outro é livre) e na reciprocidade (o outro é igual a mim). (BARZOTTO, 2018, p. 88 *apud* FONSECA, 2019, p. 93).

¹¹⁷ Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/08/2022.

4. A compensação mediante remição da pena sob a ótica do direito penal

Uma vez apresentadas as razões que permitem concluir pela preferência da compensação não pecuniária dos danos morais, passa-se à aplicação desta lógica ao presente problema de pesquisa, de maneira a revelar qual seria a melhor espécie de compensação a encarcerados submetidos a condições insalubres. Inicialmente, o instituto da remição da pena, previsto no art. 126 da Lei de Execução de Penal¹¹⁸ se apresenta como instrumento potencialmente capaz de permitir a concretização do princípio da reparação adequada.

Todavia, não se ignora que a referida compensação deverá ser compatível com os preceitos do direito penal tendo em vista a interdisciplinaridade do tema. De nada adiantaria apresentar a solução perfeita do ponto de vista da responsabilidade civil extracontratual do Estado se esta está em desacordo com a finalidade da pena privativa de liberdade. Para tanto, será apresentada de forma breve quais as são as funções da pena adotadas por nosso ordenamento, bem como de que maneira se procederia à compensação mediante remição.

Ademais, também será analisada a possibilidade de condicionar o gozo da compensação mediante remição da pena ao exame criminológico que aconselhe o emprego dessa forma não pecuniária de reparação, bem como se seria viável juridicamente negar essa possibilidade completamente em razão da natureza do crime cometido.

4.1. A função da pena e sua compatibilidade com a remição como forma de compensação

O direito penal somente faz sentido no âmbito da vida em sociedade, “o homem sozinho não precisaria de códigos, leis ou penas, sendo condição de possibilidade para a criação da pena e da punição a existência do outro”¹¹⁹. Neste sentido, os fins e as justificativas desse

¹¹⁸“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. (Brasil. *Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 06/08/2022).

¹¹⁹ BOSCHI, 2002, p. 91 *apud* PEÇANHA, 2020, p. 277. (PEÇANHA, Marcos. *Reflexão e racionalização acerca do contexto punitivo na atualidade*. Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais - PUCRS [livro eletrônico]: direito penal, volume 3/ organizadores Ana Clara Santos Elasbão, Ariel Koch Gomes, Camila de Oliveira Angel, Carlos Hélder Furtado Mendes, Fernando Vechi, Jádía Larissa Timm dos Santos, Leandro Ferreira de Paula, Lucas da Silva Santos, Roberta da Silva Medina, Vanessa Cerezer de Medeiros; Coordenadores Augusto Jobim do Amaral, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Fernanda Martins, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Ruth M. C. Gauer - 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. - (Série Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais - PUCRS).

ramo do direito foram seguidamente revisitados, de forma a apresentar diferentes respostas para a explicação dos fundamentos da pena.¹²⁰

De acordo com Luigi Ferrajoli, as ideologias penais podem ser divididas em divididas em duas grandes áreas, as doutrinas abolicionistas¹²¹ e as *justificacionistas*. As teorias que *vislumbram* algum fundamento legítimo para a imposição de penas pelo Estado, denominadas por Ferrajoli como *justificacionistas*, são divididas entre dois grandes grupos: as teorias *absolutas* e as teorias *relativas*, também chamadas de *preventivas*.¹²²

A primeira destas entende que a pena deve servir com um fim em si própria, isto é, a única coisa que pode *motivar* a aplicação da pena é o castigo, a retribuição que ela visa promover. Já as teorias *relativas*, que também podem ser chamadas de *utilitaristas*, utilizam a pena como um meio para alcançar outro fim, seja ela o impedir a reiteração da delinquência pelo infrator (*prevenção especial*), seja desestimular o cometimento de novos crimes por toda a sociedade (*prevenção geral*).¹²³

Por sua vez, a *prevenção especial* também pode ser decomposta em duas correntes, denominadas de *prevenção especial positiva*, cuja finalidade é a reeducação do infrator para o convívio social, e de *prevenção especial negativa*, cujo objetivo consiste na eliminação ou neutralização do delinquente.¹²⁴

Dentre as vertentes apresentadas, ressalta-se que apenas a teoria da *prevenção especial negativa* é notadamente incompatível com nosso ordenamento jurídico diante da vedação constitucional de penas de morte, salvo em casos de guerra declarada, de carácter perpétuo e cruéis.¹²⁵

¹²⁰ Exemplo dessa dialética se encontra na substituição dos suplícios pelas penas privativas de liberdade, conforme dito por Michael Foucault “o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos” (FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Rachel Ramallete. 39ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. p.15).

¹²¹ Essas correntes de pensamento defendem o fim do direito penal, seja porque seus fundamentos éticos, a exemplo da proteção da sociedade, da retribuição pelo crime cometido e da reabilitação do infrator, não são aceitos, seja porque as vantagens de um sistema penal são superadas pelo custo da efetivação destas regras na sociedade. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 200).

¹²² Fala-se também em teorias *mistas* como uma combinação entre a teoria *relativa* e *absoluta*.

¹²³ *Ibidem*, p. 213.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 213.

¹²⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; e) cruéis;” (Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 06/08/2022).

A discussão sobre a finalidade da pena em nosso ordenamento jurídico é relevante porque, caso opte-se exclusivamente pela deferência à teoria *relativa especial positiva*, a compensação do dano moral sofrido por encarcerado mediante remição da pena iria contra as finalidades da pena privativa de liberdade, efetivamente furtando do encarcerado a oportunidade de ser reintegrado à sociedade.

Todavia, caso entenda-se que a pena privativa de liberdade visa a retribuição pelo crime cometido, em uma lógica unicamente punitiva, a compensação por um acréscimo não permitido de sofrimento ao detento, consubstanciado em péssimas condições de execução penal, poderia ser compensado mediante um instrumento capaz de abreviar sua punição, a exemplo da remição da pena.

A pena é “a mais importante das consequências jurídicas do delito”,¹²⁶ razão pela qual sua função constitui questão central no direito penal. Acrescenta-se que a função que a pena *deveria exercer* em um contexto social e a que ela efetivamente *exerce* não necessariamente são coincidentes, razão pela qual o problema em questão pode ser estudado sob diversas óticas:

“o problema da função da pena se apresenta em diferentes sentidos. Desde uma perspectiva sociológica importa saber qual é a função que efetivamente cumpre a pena em um determinado sistema social. Desde o prisma da dogmática jurídica que busca averiguar que função o direito vigente atribui à pena”.¹²⁷

No âmbito normativo, tem-se o art. 59 do Código Penal, que determina ao juiz que estabeleça a pena “conforme necessário e suficiente para a *reprovação e prevenção do crime*”, o que indica uma opção do legislador pela teoria *mista*. Ademais, tem-se também o art. 1º da Lei de Execução Penal, que adota expressamente a teoria *prevenção especial positiva* ao dispor que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”.

Não obstante estas disposições normativas conflitantes, a realidade fática leva à conclusão que a real função que a pena privativa de liberdade exerce em nosso ordenamento jurídico é predominantemente *absoluta*. Neste sentido, afirma-se que função *relativa* da pena, consubstanciada no exercício estatal de reabilitação do condenado, embora seja reforçada em

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 267.

¹²⁷ PUIG, Santiago Mir. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 39, Fasc/Mes 1, 1986, pgs. 49-58.

inúmeros institutos legais, a exemplo da saída temporária¹²⁸, da assistência social¹²⁹ e da progressão de regime¹³⁰, perde espaço para uma efetiva pena com viés meramente punitivo no contexto social prisional.

No ano de 2015, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apresentou relatório de pesquisa intitulado *Reincidência Criminal no Brasil*.¹³¹ O referido trabalho, que compilou diversas outras pesquisas sobre o tema,¹³² aponta o resultado de outra pesquisa realizada pelo IPEA a pedido do CNJ no ano de 2013. Os resultados revelados indicam que 24,4% dos presos são reincidentes.¹³³ Ressalta-se que o conceito de reincidência utilizado é mais amplo que a definição legal prevista pelo Código Penal¹³⁴, sendo essa apenas uma de suas definições.¹³⁵

Também com resultados negativos, a pesquisa “Reentradas e Reiteraões Infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros”¹³⁶ concluiu que “42,5% das

¹²⁸ “Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.” (Brasil. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 07/08/2022.)

¹²⁹ “Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”. (Brasil. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 07/08/2022.)

¹³⁰ “Art. 112 § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão” (Brasil. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 07/08/2022.)

¹³¹ Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil: relatório de pesquisa*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/121/1/Reincid%3%aancia%20Criminal%20no%20Brasil%20-%20Relat%3%b3rio%20de%20Pesquisa%20-%20Ipeia.pdf>>. Acesso em: 07/08/2022.

¹³² Ao analisar diversas outras tentativas de quantificar a reincidência carcerária em diversas regiões e momentos distintos, o relatório do IPEIA concluiu que o indicador de reincidência criminal é de ‘difícil apuração’. Todavia, os percentuais variaram de 29,34% até 70%.

¹³³ *Ibidem*, p. 23.

¹³⁴ “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (Brasil. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07/08/2022.)

¹³⁵ Elionaldo Fernandes Julião elenca cinco conceitos de reincidência, quais sejam a: (i) *reincidência natural* ou *genérica*, que diz respeito à prática de novo crime independente de nova condenação; (ii) *reincidência social*, que pressupõe condenação anterior; (iii) *reincidência legal*, derivada da legislação penal; (iv) *reincidência penitenciária*, cuja versa sobre os indivíduos que voltam para as prisões e (v) a *multireincidência*, isto é, a reincidência reiterada (JULIÃO, Elionaldo Fernandes. *A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro*. Tese (doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009, p. 83).

¹³⁶ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Reentradas e reiteraões infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativos e prisionais brasileiros*. Brasília: CNJ, 2019.

peças com processos registrados nos Tribunais de Justiça em 2015 de todo o Brasil¹³⁷ reentraram¹³⁸ no Poder Judiciário até dezembro de 2019”. Isto é, em um período de 4 anos, 4 em cada 10 pessoas com execuções penais baixadas ou transitadas em julgado viraram réus em nova ação penal no sistema de justiça criminal. A pesquisa também alerta que os números refletem a metodologia adotada, que utiliza como parâmetro o prazo temporal de 4 anos, o que pode indicar que o número de reiterações criminosas tende a crescer caso sejam considerados prazos maiores.¹³⁹

Constata-se, portanto, que a realidade do sistema prisional brasileiro está em profunda dissonância com as previsões que buscam regular a execução penal. O referido “hiato entre norma e realidade”¹⁴⁰ tem de ser combatido, de maneira a apontar direções para a “superação da insinceridade normativa”¹⁴¹.

Ademais, tendo em vista os elevados índices de reincidência e reentrada no sistema prisional, além das condições precárias e de superlotações deste meio, sustenta-se que a função da pena privativa de liberdade é efetivamente *absoluta*, isto é, volta-se para os atos passados do delinquente, de forma a retribuir o crime cometido com uma punição.¹⁴² Neste sentido, eventual remissão da pena privativa de liberdade em decorrência da submissão do encarcerado a condições insalubres que violem seus direitos da personalidade não seria incompatível com a finalidade da pena.

A proposta em questão também teria a virtude de acrescentar nova dimensão para a pena privativa de liberdade, cujo tratamento se dá exclusivamente em razão de sua classificação formal. Atualmente, apenas levam-se em conta critérios formais no momento de dosimetria da pena privativa de liberdade, a exemplo do tempo de condenação e regime inicial. Ao fazer isso, ignoram-se as condições concretas da execução penal, o que se denomina de *medida qualitativa da pena privativa de liberdade*. Nas palavras do renomado de Eugênio Raúl Zaffaroni:

“Portanto, não é apenas neste momento que se deve estabelecer um limite ao poder punitivo por meio de sua mensuração na sentença, mas também, qualitativamente, em

¹³⁷ Os Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Pará e Sergipe foram desconsiderados por ausência de dados porque não houve preenchimento de dados do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ) por parte dos respectivos Tribunais de Justiça.

¹³⁸ Reentrada significa que o indivíduo preso no passado foi novamente processado criminalmente, sem, no entanto, ter nova sentença condenatória transitada em julgado (*Ibidem*, p. 21).

¹³⁹ *Ibidem*, p. 52.

¹⁴⁰ FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 74.

¹⁴¹ BARROSO, 2009, p. 294 *apud* FONSECA, 2019, p. 76. (FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019).

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

sua execução, quando traduzida em punição mais severa, deveria ser passível de redução compensatória, e, até mesmo, de cancelamento punitivo em casos de intensa desproporcionalidade e dupla punição”.¹⁴³

Neste sentido, a punição que vai além do permitido passaria a ser compensada por uma abreviação da pena privativa de liberdade, de maneira a buscar um equilíbrio entre as condições materiais da execução da pena e a pena atribuída em abstrato ao condenado.¹⁴⁴

A compatibilização desta disparidade sanada seguindo a mesma lógica do instituto da *compensação*, com previsão no art. 368 do Código Civil.¹⁴⁵ Nesse sentido, o Estado tem um direito de crédito contra o encarcerado que está condenado a cumprir pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, na proporção da dosimetria constante da sentença condenatória. De igual forma, a vítima da lesão existencial é credora do Estado, em razão da exacerbação da punição legalmente admitida consubstanciada em condições de execução penal degradantes e em desconformidade com a Lei de Execução Penal.

Dito isto, tanto o Estado quanto o encarcerado possuem créditos opostos uns aos outros, de forma que estes podem ser *compensados* entre si, de forma a buscar uma equalização entre a punição legitimamente recebida e a ilegalmente exacerbada.

4.2. A possibilidade de condicionamento a exame criminológico

Outra questão relevante sob a ótica do direito penal diz respeito à possibilidade da instituição de exame criminológico de periculosidade como condição genérica para o gozo da compensação civil mediante remição da pena ou sua completa vedação em determinados delitos.¹⁴⁶

A referida restrição parece se fundamentar na ideia de *periculosidade do infrator*, de forma que sua liberação antecipada do regime fechado teria como requisito a exposição

¹⁴³ Tradução livre do seguinte trecho “no es sólo en este tiempo que se debe fijar un límite al poder punitivo a través de su mensuración en la sentencia, sino que, cualitativamente, em su ejecución, al traducirse em un castigo más gravoso, debe ser objeto de reducción compensatoria, e incluso, de cancelación punitiva, ante supuestos de intensa desproporcionalidad y doble punición” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena*. Buenos Aires: 2013, p. 5)

¹⁴⁴ Diz-se que a pena é atribuída em abstrato a um indivíduo porque todos são condenados com base em um procedimento legal e abstrato que não considera as condições prisionais concretas nas quais as penas serão cumpridas.

¹⁴⁵ “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”. (Brasil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: institui o Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17/08/2022).

¹⁴⁶ Conforme será visto posteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já empregou esse tipo de condicionante quando provocada a se manifestar sobre as condições de presídios brasileiros, de forma a determinar que condenados por crime violentos e sexuais passem por exame criminológico que conclua pela indicação da referida forma de compensação.

antecipada da sociedade ao risco representado pelo preso. Nesse sentido, pode-se afirmar que esse conceito aproxima a *pena privativa de liberdade e medida de segurança*, como observado na Escola italiana Positiva de Criminologia.

De acordo com Luiz Regis Prado e Alfonso Serrano Maíllo, a Escola positivista “vê no delinquente um sujeito que atua impelido por causas que se encontram fora de seu controle, propõe respostas ao delito que tendam à *proteção da sociedade e à reabilitação do delinquente*”¹⁴⁷. Como pode-se depreender, o enfoque na proteção social nega, ainda que em certa medida, a natureza retributiva da pena, expressamente adotada por nosso ordenamento jurídico.¹⁴⁸

Exatamente por se fundamentar na ideia de periculosidade do infrator é que a medida de segurança, ao contrário da pena privativa de liberdade, demanda realização de exame criminológico para a liberação do inimputável, o que pode confirmar que o risco representado pelo inimputável não é mais atual. Nesse sentido, pode-se citar os art. 715¹⁴⁹ e 775¹⁵⁰ do Código de Processo Penal.

Luís Greco faz referência à relação entre a medida de segurança e direito penal do inimigo¹⁵¹. O referido conceito foi criado por Günther Jakobs para justificar a necessidade de dois sistemas processuais. O primeiro destes seria direcionado aos cidadãos, enquanto que o direito penal do inimigo seria reservado para “quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito (*darf*) de tratá-lo como pessoa, pois *doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas*”.¹⁵²

O legislador brasileiro parece ter se distanciado desse entendimento ao dar tratamento evidentemente distinto entre pena e medida de segurança. A lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, responsável pela reforma da parte geral do Código Penal de 1940, extinguiu o chamado

¹⁴⁷ MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. *Criminologia*, 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 95.

¹⁴⁸ “Trata-se, portanto, de uma política criminal afastada daquela escola clássica e da imposição de penas no sentido de *mal* que se impõe a quem pôde se dirigir a si mesmo, fazendo uso de seu livre arbítrio”. (*Ibidem*, p. 95).

¹⁴⁹ “Art. 715. Se tiver sido imposta medida de segurança detentiva, o livramento não poderá ser concedido sem que se verifique, mediante exame das condições do sentenciado, a cessação da periculosidade.” (Brasil. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14/08/2022).

¹⁵⁰ “Art. 775. A cessação ou não da periculosidade se verificará ao fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança pelo exame das condições da pessoa a que tiver sido imposta, observando-se o seguinte”. (Brasil. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14/08/2022).

¹⁵¹ GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005, p. 218.

¹⁵² Jakobs *apud* Greco. (GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005, p. 219).

sistema duplo binário e instituiu o *sistema vicariante*, modelo que não admite a imposição de medida de segurança contra indivíduos imputáveis, tendo em vista que ambos institutos se dirigem a sujeitos distintos. De acordo com sua exposição de motivos:

“18. O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos denominados crimes qualificados pelo resultado.”¹⁵³

“22. Além das correções terminológicas necessárias, prevê o Projeto, no parágrafo único, *in fine*, do artigo 26, o sistema vicariante para o semi-imputável, como consequência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiros em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairão todas as consequências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do Título VI, onde se situa o artigo 98, objeto da remissão contida no mencionado parágrafo único do artigo 26.”¹⁵⁴

Dito isto, cabe ressaltar que a Lei nº 10.792, de 2003, alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal, norma responsável pela regulação das condições para progressão de regime da pena privativa de liberdade. Posteriormente, a norma foi novamente alterada pela Lei nº 13.964 de 2019. O seguinte quadro compara as três redações pelas quais o art. 112 da Lei de Execução Penal passou:

Tabela 1: quadro comparativo das alterações do art.112 da LEP

Redação (originária)	Redação (Lei nº 10.792/2003)	Redação (Lei nº 13.964/2019)
Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do <i>exame criminológico, quando necessário</i> .	Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar <i>bom comportamento carcerário</i> , comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.	Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (...) § 1º Em todos os casos, <i>o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária</i> , comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Fonte: Elaboração própria (2022).

¹⁵³ Brasil. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984: altear dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. *Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html> >. Acesso em: 15/08/2022.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Como é possível observar, a Lei nº 10.792/2003 retirou a previsão de exame criminológico como condição à progressão do regime, de forma a substituir esse requisito pela existência de *bom comportamento* por parte do preso. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal ainda admite a realização do exame criminológico como um dos elementos que o juiz da execução pode se ater ao decidir sobre a progressão de regime do condenado. Para tanto, a realização do exame deve sempre ser motivada concretamente, não podendo ser imposta *a priori* em razão do delito cometido:

“3. A decisão judicial que determina, diante de pleito de progressão de regime, a realização de exame criminológico de forma desfundamentada, como decorrência de construção argumentativa despida de elementos concretos relacionados à execução da pena do reclamante, viola o verbete sumular vinculante 26 desta Suprema Corte. 4. Inexistindo indicação de base empírica que revele a gravidade concreta do crime praticado, tampouco apontamento das razões pelas quais o condenado ostentaria personalidade criminosa, o pedido de progressão de regime deve ser analisado sem a exigência de realização prévia de exame criminológico”¹⁵⁵

De maneira semelhante, ao ser chamado para se manifestar acerca das consequências das alterações do art. 112 da Lei de Execução Penal, o Superior Tribunal de Justiça confirmou que o exame criminológico é instrumento idôneo para justificar a denegação da progressão de regime, mas deve ser fundamentado concretamente pelo juiz.

“1. Desde a Lei 10.793/2003, que conferiu nova redação ao art. 112 da Lei 7.210/1994 (LEP), aboliu-se a obrigatoriedade de realização do exame criminológico para a concessão da progressão de regime e livramento condicional. Incumbe ao julgador verificar, caso a caso, sua necessidade, podendo dispensá-la ou determiná-la, mediante decisão concretamente fundamentada. 2. Constatada motivação concreta na determinação da realização do exame, embasada no cometimento de falta grave no curso da execução, não se verifica nenhuma ilegalidade a ser sanada pela via do habeas corpus.”¹⁵⁶

Convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal possui súmula vinculante que menciona a possibilidade de o juiz determinar fundamentadamente a realização de exame criminológico. Nesse sentido, reputa inconstitucional a previsão do cumprimento da pena integralmente em regime fechado em casos de crimes hediondos, conforme previsto pela

¹⁵⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Agravo Regimental na Reclamação 29.527, Ministro Relator: Dias Toffoli, Julgado em: 07/08/2018; DJe em: 17/10/2018.

¹⁵⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no HC nº 740.647*, Sexta Turma, Ministro Relator Olindo Menezes, julgado em: 02/08/2022, DJe em: 05/08/2022.

redação original da Lei nº 8.072/1990, mas permite que a progressão seja denegada em razão de motivações concreta.

“Súmula Vinculante nº 26 Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, *podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*”

Dito isto, diante da diferença substancial entre medida de segurança e pena privativa de liberdade, argumenta-se que não seria possível limitar o acesso do encarcerado à compensação mediante remição em razão de exame criminológico ou tendo como fundamento a natureza do crime cometido. O argumento de proteção social não faz sentido para esse fim, visto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite que a progressão de regime seja, excepcional e mediante fundamentação, obstada em razão motivos concretos que desaconselham a progressão, a exemplo do exame criminológico.

Apenas a progressão de regime, evento que pode significar um risco social direto, tem como requisitos critérios objetivos, consistentes no cumprimento de determinada porcentagem da pena em regime fechado, e subjetivos, consubstanciada a boa conduta carcerária, conforme disposto no art. 112 da LEP. Nesse sentido, ainda que o preso se beneficie da compensação mediante remição da pena, poderá ter sua progressão de regime negada em razão da ausência de bom comportamento ou de exame criminológico que desaconselha a progressão, sempre mediante decisão fundamentada do juiz da execução.

Dessa forma, a limitação do gozo da indenização mediante compensação *in natura* não seria proporcional como maneira a proteger a segurança social. A limitação é incompatível com a primeira sub-regra do princípio da proporcionalidade, qual seja, a necessidade da restrição estatal ao direito fundamental¹⁵⁷. Isso ocorre porque, ainda que um preso cuja periculosidade o torne inapto à progressão de regime seja beneficiado pela remição da pena como forma de compensação, não haveria prejuízo para a segurança social, visto que ele ainda seria obrigado a se submeter ao exame criminológico e aos demais requisitos subjetivos no momento em que fosse pleiteada sua progressão de regime.

Conclui-se que inexistente razão justa para obstar o preso acesso ao meio de compensação que melhor seja capaz de tutelar seus direitos da personalidade, não havendo que se falar em

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 21.

limitações decorrentes da natureza do crime cometido, da quantidade de pena atribuída ou em razão de exame criminológico desfavorável.

5. A compensação por remição no ordenamento brasileiro e estrangeiro

Após a demonstração da possibilidade jurídica da responsabilidade do Estado por excessos durante a execução da pena privativa de liberdade e a preferência da compensação não pecuniária para os referidos casos, busca-se apresentar como essa opção de reparação vem sendo recebida. Para tanto será apresentado o posicionamento do Supremo Tribunal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 580.252, caso concreto em que foi debatida a possibilidade da compensação mediante remição da pena. Ademais, também serão introduzidos alguns precedentes da Corte Americana de Direitos Humanos (CADH) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) sobre o tema.

5.1. O Recurso Extraordinário nº 580.252

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar acerca da responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação no âmbito do Recurso Extraordinário nº 580.252. O pedido de Recurso Extraordinário teve como objetivo reformar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul no âmbito dos Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 20060031797000101.

Inicialmente, Anderson Nunes da Silva, detento do presídio de Corumbá/MS, requereu ao juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá “pensão mensal no valor de um salário mínimo”¹⁵⁸ em razão dos problemas de “superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene”¹⁵⁹, de maneira que a reparação deveria durar “enquanto estiver sofrendo danos”¹⁶⁰. Diante da recusa do juízo de primeiro grau com fundamento na ausência de conduta culposa por parte do Estado, além da aplicação da “teoria da reserva do possível e do princípio da razoabilidade”¹⁶¹, resolveu apelar para o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ao analisar o mérito do caso, o Tribunal decidiu por prover o recurso parcialmente tendo em vista as razões já exploradas acerca dos óbices apontados contra a indenização moral dos encarcerados, de maneira a conceder uma indenização unitária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Em seguida, o Estado do Mato Grosso do Sul apresentou embargos infringentes contra a referida decisão. No novo julgamento, novamente afirmou-se a aplicação da teoria da reserva do possível como óbice à indenização pleiteada.¹⁶² A argumentação apresentada frisa que:

¹⁵⁸ Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível nº 2006.003179-7/0000-00*, Terceira Turma Cível, Desembargador Relator Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 10/04/2006, p. 2.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.1.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 2.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 2.

¹⁶² Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Embargos infringentes em embargos de declaração em apelação cível nº 2006.003179-7/0001-01*, Terceira Seção Cível, julgado em: 21/05/2007.

“(...) foram várias as ações ajuizadas em face do Estado de Mato Grosso do Sul com o intuito de reparação de danos morais em razão das condições dos presídios do Estado.

Assim não será apenas 1 (um) salário mínimo mensal ou R\$ 2.000,00 destinados ao embargado, mas destinados a diversos outros presos com a mesma pretensão, o que conseqüentemente causará dano na distribuição do orçamento, prejudicando outros setores do país.”¹⁶³

Diante da recusa indenizatória, a Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul interpôs o Recurso Extraordinário nº 580.252 requerendo a condenação do Estado “a indenizar o recorrente nos termos do pedido formulado na inicial da petição”¹⁶⁴.

No julgamento do referido Recurso Extraordinário, o Ministro Relator, Ministro Teori Zavaski apresentou voto que foi seguido pelos demais Ministros sem maiores contestações no que diz respeito à (i) não aplicação da teoria da reserva do possível e (ii) responsabilidade objetiva do Estado com fundamento no art. 37, §6º da Constituição Federal pela responsabilidade física e psíquica daquelas que estão sob sua custódia.

Todavia, enquanto que o Ministro relator votou por “restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação”¹⁶⁵, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou solução distinta. De acordo com o referido posicionamento, buscava-se a instituição da compensação por dano moral provocado por superlotação e pelo encarceramento em condições desumanas e degradantes mediante analogia com o instituto da remição da pena previsto no art. 126 da Lei de Execução Penal. Neste sentido, propôs-se a seguinte tese de repercussão geral:

“O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.”¹⁶⁶

¹⁶³ *Ibidem*, p. 4.

¹⁶⁴ Brasil. Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, *Petição de Recurso Extraordinário nos Embargos infringentes em embargos de declaração apelação cível nº 2006.003179-7/0001.01* de 5 de julho de 2007.

¹⁶⁵ Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252*. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 16/02/2017. DJe em 08/09/2017, p. 19.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 39.

A sugestão foi aceita por alguns dos Ministros, sendo, porém, rechaçada por outros em razão de diversos fundamentos, conforme se pode depreender da seguinte tabela informativa:

Tabela 2: Registro dos votos proferidos no RE nº 580.252

Ministro	Admitiu a compensação mediante remição?	Justificativa
Carmen Lúcia	Não	Se limitou a "acompanhar os votos dos Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes" ¹⁶⁷
Celso de Mello	Sim	Enfatiza a necessidade de concretização dos direitos fundamentais dos presos ¹⁶⁸
Dias Toffoli	Não	Se limitou "acompanhar o relator e os que o seguiram" ¹⁶⁹
Gilmar Mendes	Não	Ausência de previsão legal ¹⁷⁰
Luis Roberto Barroso	Sim	Autor da proposta
Luiz Edson Fachin	Não	Ausência de previsão legal ¹⁷¹
Luiz Fux	Sim	Destaca que a proposta está de acordo com o art. 8 do CPC/2015 ¹⁷²
Marco Aurélio	Não	Acompanhou o voto do relator ¹⁷³
Ricardo Lewandowski	Não	Acompanhou o voto do relator
Rosa Weber	Não	Ausência de previsão legal e inexistência de "agir orientado" em sentido à ressocialização do encarcerado ¹⁷⁴
Teori Zavascki	Não	Incompatibilidade entre responsabilidade civil e remição da pena e ausência de lei ¹⁷⁵

Fonte: Elaboração própria (2022)

Conforme pode-se observar, dois dos Ministros acompanharam a proposição do Ministro Luis Roberto Barroso, enquanto sete se opuseram por razões distintas. Em relação aos Ministros que admitiram a hipótese de remição da pena, cabe ressaltar alguns argumentos dos apresentados. Em seu voto, o Ministro Luiz ressaltou o direito do jurisdicionado obter do Estado uma tutela específica como resposta à sua lide. Ademais, afirma também que o art. 8º do Código de Processo Civil prevê que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deverá atender seus fins sociais e promover a dignidade da pessoa humana. Ademais, afirma também que “a fixação de

¹⁶⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252*. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 16/02/2017. DJe em 08/09/2017, p. 186.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 167.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 161

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 107.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 153.

¹⁷² *Ibidem*, p. 159

¹⁷³ *Ibidem*, p. 206.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 132.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 104.

valores não será a solução mais onerosa e mais eficiente; ela será a mais onerosa e, no meu modo de ver, a menos eficiente.”¹⁷⁶

No voto proferido pelo então ministro Celso de Mello, frisou-se que a situação das prisões brasileiras são a prova de que “‘os presos não tem direitos’ em razão do estado crônico e irresponsável de abandono por parte do Poder Público, do seu dever de prover condições minimamente adequadas”¹⁷⁷.

Noutro giro, os fundamentos utilizados pelos Ministros contrários à compensação mediante remição da pena foram: (i) a ausência de lei autorizadora; (ii) a ausência de um comportamento do encarcerado em direção à sua ressocialização e (iii) a incompatibilidade entre a natureza da responsabilidade civil e remição da pena.

Entende-se que essas objeções apontadas poderiam ser superadas ou que não constituem verdadeiros óbices para a implementação da compensação mediante remição de pena, não obstante se reconheça que a crítica mais contundente diz respeito à possibilidade de implementação sem lei autorizadora.

Primeiramente, quanto à ausência de lei permitindo a remição pelas condições insalubres da execução penal, destaca-se que o requisito da previsão legal já foi relativizado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores em ocasiões pretéritas. A remição pelo estudo inicialmente não teve origem em lei, mas nasceu de construção jurisprudencial de juízes de varas de execução penal dos Estados do Rio Grande do Sul, do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul, que aplicavam a remição por estudo mediante analogia com a remição por trabalho inicialmente prevista na Lei de Execuções Penal de 1984.¹⁷⁸

Até então, a possibilidade de remição por estudo não era uniformemente aceita pelos Tribunais brasileiros, contexto que foi significativamente alterado no ano de 2007 com a edição da súmula nº 341 do Superior Tribunal de Justiça de seguinte teor: “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”. Dentre julgados do Superior Tribunal de Justiça que reconheceram a remição pelo estudo, destacam-se os seguintes exemplos, que pugnam pela interpretação extensiva do vocábulo “trabalho”:

“A interpretação extensiva do vocábulo 'trabalho', para alcançar também a atividade estudantil, não afronta o art. 126 da Lei de Execução Penal. É que a *mens legislatoris*,

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 159.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 167.

¹⁷⁸ TORRES, Eli. *A gênese da remição de pena pelo estudo: dispositivo jurídico-político e a garantia do direito à educação aos privados de liberdade no Brasil*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de Campinas, 2017, p. 40.

com o objetivo de ressocializar o condenado para o fim de remição da pena, abrange o estudo, em face da sua inegável relevância para a recuperação social dos encarcerados.”¹⁷⁹

“O conceito de trabalho na Lei de Execução Penal não deve ser restrito tão-somente àquelas atividades que demandam esforço físico, mas deve ser ampliado àquelas que demandam esforço intelectual, tal como o estudo desenvolvido em curso de alfabetização. A atividade intelectual, enquanto integrante do conceito de trabalho trazido pela Lei. 7.210/84, conforma-se perfeitamente com o instituto da remição.”¹⁸⁰

“2. Na mesma linha, este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal.3. Em recente julgado, a Quinta Turma assentou que a interpretação extensiva conferida ao art. 126 da LEP é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe 200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851) (HC 382.780/ PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/4/2017). 4. Ordem concedida para reconhecer o direito do paciente à remição da pena decorrente da aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio.”¹⁸¹

Dito isto, pode-se afirmar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores admitia a possibilidade de remição da pena por estudo mesmo antes que a Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2001, alterasse o art. 126 da Lei de Execução Penal para passar a prever esta modalidade de remição. De igual forma, a ausência da referida previsão legal não deveria constituir óbice insuperável à concessão de remição da pena como forma de compensação. Luiz Guilherme Marinoni ressalta que o legislador não tem condições de prever todas as hipóteses processuais capazes de *concretizar o direito à uma tutela efetiva*, dessa forma, cabe ao “juiz o poder-dever de encontrara a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material”¹⁸².

Conclui-se esse tema com o questionamento, feito por Rogerio Schietti Machado Cruz, sobre se para “concretização dos valores e princípios incorporados em nossa Carta Maior se faz

¹⁷⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 256.273*, Ministra Relatora Laurita Vaz, Julgado em: 22/03/2005.

¹⁸⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 596114*, Quinta Turma, Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, Data de Julgamento: 21/10/2004, DJe em: 22/11/2004.

¹⁸¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *HC 381.858*. Sexta Turma, Ministro Relator Néfi Cordeiro. Julgado em: 27/04/2017, DJe em: 08/05/2017.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Edição 15, 2006. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm>. Acesso em: 13/08/2022.

necessário aguardar a edição de leis que contenham normas positivas mais explícitas e vinculantes”¹⁸³ ou se seria possível, desde já “uma atuação judicial eficaz na tarefa de evitar que o programa constitucional relativo aos direitos fundamentais não seja um mero jogo de palavras”¹⁸⁴.

Em relação à ausência de uma conduta voluntária do encarcerado em direção à sua ressocialização, como presente nos casos de remição mediante trabalho e estudo, afirma-se que o caráter majoritariamente punitivo da pena privativa de liberdade torna o argumento pouco efetivo. Uma vez que o encarcerado é constantemente submetido a degradação relacionada à indigência, imundície, carestia e à moléstia, não há como cobrar uma condução no sentido de sua ressocialização, até porque as condições materiais que permitem esse desenvolvimento não se encontram presentes em muitas prisões.¹⁸⁵

Por fim, no que toca à incompatibilidade de natureza entre a ação de responsabilidade civil e a remição da pena, frisa-se que a remição, conforme se pode depreender da Lei de Execução Penal é um *benefício* concedido ao encarcerado como forma de abreviar o seu tempo na prisão quando cumpre pena em regime fechado ou semiaberto.¹⁸⁶

O preso tem a *faculdade* de optar por remir sua pena. A remição, deste modo, tem origem em *ato lícito*, decorrente de lei, que gera direito subjetivo do encarcerado de abater na sua pena a fração previamente correspondente ao permissivo legal. Aqui, ambos os institutos estão na seara do direito penal, qual seja, o cumprimento da pena em regime fechado ou semiaberto, cuja dosimetria é realizada em dias de prisão, bem como o abatimento (remição) da pena à razão de dias de prisão proporcionalmente ao tempo de trabalho, estudo ou leitura. A competência para processar e julgar a remição é do juízo da execução penal, conforme previsão legal.¹⁸⁷

¹⁸³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um Processo Penal Democrático. Justiça Criminal e Democracia/Bruno Amaral Machado, coordenador. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013, p. 54.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ De acordo com o documento “o sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois”, apenas 35,5% das prisões possuem salas de aula, 32,3% dispõe de bibliotecas e somente 26,5% contém oficinas de trabalho. (Brasil, Conselho Nacional de Justiça. *O sistema brasileiro fora da Constituição - 5 anos depois: balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*, junho de 2021, p. 12)

¹⁸⁶ “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. (Brasil. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>, Acesso em: 07/08/2022).

¹⁸⁷ “Art. 126. (...) § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.” (Brasil. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>, Acesso em: 07/08/2022).

Diversamente é a condenação do Estado por dano extrapatrimonial em razão de lesão a direito da personalidade do encarcerado. Nesta hipótese, nasce um direito civil de crédito do encarcerado contra o Estado, decorrente de um *ilícito civil* por este praticado. De logo se vê que o direito à reparação do dano existencial reside na seara do *direito civil* ao passo que a execução da pena está alocada no *direito penal*. Portanto, a competência para processar e julgar eventual abatimento (remição) pertence a juízos distintos e não há previsão legal autorizativa da pretendida remição.

A competência do juízo criminal em decidir questões relativas a dano moral não é, propriamente, novidade. Isto porque o art. 387 do Código de Processo Penal já prevê que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo a título de reparação do dano experimentado pela vítima.¹⁸⁸ Assim sendo, por analogia *in bonam partem*, nada obsta que, jurisprudencialmente, o juízo da execução penal promova a remição entre o instituto civil do crédito decorrente do dano extrapatrimonial do encarcerado com o tempo de pena ainda a ser por ele cumprido.

Por fim, é pertinente ressaltar que a instituição de compensação não retira o caráter ilícito do ato estatal, estar-se diante de *ação ilícita continuada* do Estado, o que demanda uma *tutela inibitória* consistente no fim da conduta ilícita estatal. Luiz Guilherme Marinoni também ressalta a distinção entre *tutela inibitória* e *tutela ressarcitória* ao apontar que:¹⁸⁹

“A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por conseqüência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo.”

Dito isto, não seria suficiente a concessão de um direito à compensação pelo dano moral sofrido, seria necessário que a gênese da ilegalidade fosse endereçada a partir do caso concreto. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

“É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que

¹⁸⁸ “Art. 387. (...). IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. (Brasil. Decreto Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940: Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17/08/2022).

¹⁸⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, 2019. Disponível em: < <https://www.mpmg.mp.br/data/files/80/10/52/54/DA44A7109CEB34A7760849A8/Tutela%20Inibitoria%20e%20Tutela%20de%20Remocao%20do%20Illicito.pdf>>. Acesso em: 13/08/2022, p. 4.

preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”¹⁹⁰

O caso concreto tratava de ação civil pública cujo pedido incluía a reforma do Albergue Estadual de Uruguaiana, requerimento negado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tendo por supostamente levar o Poder Judiciário a imiscuir-se “indevidamente em seara reservada à Administração”¹⁹¹ e que tal intervenção deveria ser limitada pela teoria da *reserva do possível*.

Nesse contexto, ressalta-se que o objeto do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade do Estado por danos morais sofridos por presos submetidos a condições degradantes e lesados em seus direitos da personalidade, demanda que a sentença que admita a indenização também atue para que a finalidade da lesão a direitos seja reparada na medida do possível. A precariedade das instalações prisionais deve ser endereçada mediante a imposição de uma obrigação de fazer, o que não necessariamente precisa ser determinado na sentença individual que concede o dano moral.

5.2. A experiência das Cortes Internacionais e de ordenamentos estrangeiros

Em consonância com as conclusões apresentadas é pertinente ressaltar que as Cortes Internacionais tem se posicionado em favor da remição da pena em razão das condições insalubres e indignas dos cárceres. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e as reformas empreendidas pela Itália no ano de 2014, adotaram posicionamentos que vão ao encontro do reconhecimento da remição da pena como forma compensatória em contextos em que a execução penal se apresente de forma degradante ou cruel. Cabe ressaltar que não se trata de uma análise de direito comparado sobre o tema proposto, mas apenas de julgamentos que trataram sobre as questões levantadas, de maneira que suas conclusões podem ser úteis para a perspectiva brasileira.

5.2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002¹⁹², reconheceu como “obrigatório, de pleno direito e por prazo indeterminado”, a competência da Corte Interamericana de Direitos

¹⁹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 592.581*, Plenário, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Julgado em: 13/08/2015, DJe em: 29/01/2016, p. 3.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁹² Brasil. *Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002: Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de*

Humanos (CIDH) em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto Legislativo nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Uma das normas presentes no referido tratado internacional de Direitos Humanos é o art. 5.2, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que dispôs que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano¹⁹³”. Em 30 de março de 2016, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro a requereu à CIDH “medidas necessárias para preservar a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (doravante denominado também IPPSC)”¹⁹⁴.

A petição da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro adotou como fundamento o art. 63.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que autoriza a adoção de medidas provisórias pela Corte que aprecia a questão a ela submetida: “em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes”¹⁹⁵.

No caso em questão, a CIDH fundamentou a fixação de medida cautelar em função da: (i) situação crítica de superlotação; (ii) dificuldade de acesso à saúde e insalubridade; (iii) ocorrência de mortes recentes e (iv) ausência de pessoal de segurança entre outras condições. Ao fim de sua recomendação, a CIDH decidiu, ainda, “requerer ao Estado que adote, de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá de Carvalho”¹⁹⁶, além de determinar a apresentação de um relatório periódico detalhando as medidas adotadas.

novembro de 1969. Disponível em: <[¹⁹³ Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <\[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm\]\(http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm\)>. Acesso em 04/07/2022.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.463%2C%20DE%208,22%20de%20novembro%20de%201969.>”. Acesso em: 17/08/2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução de 13 de fevereiro de 2017: medidas provisórias a respeito do Brasil - Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 13 de fevereiro de 2017*, p. 1. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf>. Acesso em: 17/08/2022.

¹⁹⁵ Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre direitos humanos*, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17/08/2022.

¹⁹⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução de 13 de fevereiro de 2017: medidas provisórias a respeito do Brasil - Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 13 de fevereiro de 2017*, p. 8. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf>. Acesso em: 17/08/2022.

Em 22 de novembro de 2018, tendo em vista a falta de informação solicitada ao Estado brasileiro e a perpetuação das condições degradantes e perigosas de cumprimento de pena vigentes no Instituto Penal Plácido de Sá (IPPSC), a CIDH, arbitrou que “(...) se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas”¹⁹⁷ tendo em vista que:

“Em princípio, e dado que é inegável que as pessoas privadas de liberdade no IPPSC podem estar sofrendo uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico muito maior que o inerente à mera privação de liberdade, por um lado, é justo reduzir seu tempo de encarceramento, para o que se deve ater a um cálculo razoável, e, por outro, essa redução implica compensar, de algum modo, a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução. As penas ilícitas não deixam de ser penas em razão de sua antijuridicidade, e o certo é que vêm sendo executadas e causando sofrimento, circunstância que não se pode negar para chegar a uma solução o mais racional possível, em conformidade com a estrutura jurídica internacional e de acordo com o *mandamus* do Supremo Tribunal Federal estabelecido na Súmula Vinculante No. 56”¹⁹⁸.

A compensação pela punição que extrapola os limites previstos em lei, foi admitida pela CIDH mediante contagem de pena em período superior ao curso cronológico a fim de se mitigar o excesso de punição decorrente das condições materiais da execução penal, à semelhança do que foi proposto mediante compensação em analogia ao instituto da remição penal.

Em caso similar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também reconheceu o estado de superlotação crítica do Complexo de Curado, no Recife, detentor “de uma superpopulação com densidade que ultrapassa os 200%”¹⁹⁹, além de afirmar que “a baixa *ratio* funcionário/preso mostrar que o Estado não controla por completo a ordem do instituto”²⁰⁰ entre outras constatações preocupantes, a exemplo da ocorrência de violência sexual contra um preso²⁰¹. Entre as medidas tem-se a obrigação de contagem de dois dias para cada dia de pena cumprida nas referidas condições, que deveria ser cumprido:²⁰²

¹⁹⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução de 22 de novembro de 2018: medidas provisórias a respeito do Brasil - Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, 2018, p. 24. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 17/08/2022.

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução de 22 de novembro de 2018: medidas provisórias a respeito do Brasil - Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, 2018, p. 23. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 17/08/2022.

¹⁹⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução de 28 de novembro de 2019. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do complexo penitenciário de curado*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf>. Acesso em: 08/08/2022, p. 17.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 14.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 19.

²⁰² *Ibidem*, p. 28.

“124. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do Complexo de Curado, cuja densidade é superior a 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.”

A referida recomendação também determinou que a contagem em dobro fosse implementada no prazo de seis meses “para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas”²⁰³. Ademais, aqueles condenados ou acusados por crimes contra a vida, a integridade física, ou de natureza sexual deverão se “e sujeitar, em cada caso, a um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade”²⁰⁴.

Conforme disposto no tópico 4.2 do presente trabalho, o condicionamento de parecer positivo por meio de exame criminológico é uma restrição não proporcional, tendo em vista que não atende ao subprincípio da necessidade. Isso ocorre porque somente a progressão de regime – que demanda requisitos objetivos e subjetivo – é que poderia, teoricamente, colocar em risco a segurança da sociedade. Ademais, a imposição de realização de exame criminológico de maneira genérica, tendo como parâmetro a gravidade em abstrato do crime cometido, também não se apresenta como compatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

5.2.2. Da Corte Europeia de Direitos Humanos

A insalubridade do cárcere e a insuficiência de vagas dos sistemas prisionais é um problema universal. Neste contexto, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) foi provocada a se manifestar sobre a violação de direitos humanos de presos em diversas ocasiões, a exemplo dos julgamentos *Neshkov e outros v. Bulgária* (*application* n. 36925, julgado em 27/01/2015); *Varga e outros v. Hungria* (*application* n. 14097, julgado em 10/03/2015); *Torreggiani e outros v. Itália* (*application* n. 43517, julgado em 08/01/2013); *Orchowski v. Polônia* (*application* n. 17885/04, julgado em 22/10/2009); *Rezmives e outros v. Romênia*

²⁰³ *Ibidem*, p. 37.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 29.

(*application* n. 61467/12, julgado em 25/04/2017); *Ananyev e outros v. Rússia (application* n. 42525/07, julgado em 10/01/2012) e *Sukachov v. Ucrânia (application* n. 14057/17, julgado em 30/01/2020) entre outros.²⁰⁵

No caso *Ananyev e outros v. Rússia*, a CEDH expressamente declarou que “remédios reparatórios devem prover compensação, *incluindo a redução de sentença* ou compensação monetária”²⁰⁶, de formas a reafirmar a possibilidade de compensação por remição de pena no âmbito da execução da pena privativa de liberdade. No âmbito do caso *Torreggiani e outros v. Itália*, a Corte Europeia de Direitos Humanos determinou que:

“Com relação aos recursos internos a serem adotados para lidar com o problema sistêmico reconhecido no presente caso, a Corte recorda que, em matéria de condições de detenção, devem coexistir recursos ‘preventivos’ e de ‘natureza compensatória’ uma forma complementar. Assim, quando um requerente é detido em condições contrárias ao artigo 3 da Convenção, o melhor remédio possível é a rápida cessação da violação do direito de não ser submetido a tratamentos desumanos e degradantes. Além disso, qualquer pessoa que tenha sido submetida a uma detenção que prejudique sua dignidade deve poder obter uma compensação pela violação sofrida”²⁰⁷

Em resposta a este e outros julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, o Poder Legislativo italiano expediu o Decreto-lei nº 146, de 23 de dezembro de 2013, convertido pela lei nº 10 de 21 de fevereiro de 2014, e o Decreto-lei nº 92, de 28 de junho de 2013, convertido na lei nº 117, de 11 de agosto de 2014, que alterou a lei nº 354 de 1975. As alterações introduziram o art. 35-ter:

“1. Quando o prejuízo referido no artigo 69, parágrafo 6, alínea b), consiste, por um período de tempo não inferior a quinze dias, em condições de detenção que violem o artigo 3º da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, ratificado pela lei de 4 de agosto de 1955, nº 848, conforme interpretado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mediante solicitação apresentada pelo detento, pessoalmente ou por meio de defensor com procuração especial, o magistrado de vigilância ordenará, a título de indemnização por danos, a redução da pena

²⁰⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Prisoner's rights*. 30 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_ENG.pdf>. Acesso em: 17/08/2022.

²⁰⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Ananyev and Others v. Rússia - 42525/07 and 60800/08*, Julgado em: 10/01/2012, p. 2. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-24&filename=002-24.pdf&TID=ihgdqbxnfi>>. Acesso em: 17/08/2022.

²⁰⁷ Tradução livre do seguinte trecho: “96. En ce qui concerne la ou les voies de recours internes à adopter pour faire face au problème systémique reconnu dans la présente affaire, la Cour rappelle qu’en matière de conditions de détention, les remèdes « préventifs » et ceux de nature « compensatoire » doivent coexister de manière complémentaire. Ainsi, lorsqu’un requérant est détenu dans des conditions contraires à l’article 3 de la Convention, le meilleur redressement possible est la cessation rapide de la violation du droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants. De plus, toute personne ayant subi une détention portant atteinte à sa dignité doit pouvoir obtenir une réparation pour la violation subie” (Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Torreggiani e outros v. Itália*, Julgado em: 8/01/2013. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115860%22%5D%7D>>. Acesso em: 17/08/2022).

detenção ainda a expiar, em duração, a um dia para cada vez durante os quais o recorrente sofreu o prejuízo. 2. Quando a pena ainda a expiar for tal que não permita a dedução de toda a medida percentual referida no n.º 1, o magistrado de tutela também liquidará o requerente, em relação ao período remanescente e a título de indemnização por danos, uma quantia em dinheiro igual a € 8,00 por cada dia em que sofreu a lesão. O magistrado de vigilância fornecerá, da mesma forma, no caso em que o período de detenção expiado em condições não conformes com critérios referidos no artigo 3.º da Convenção de Salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais foi menos de quinze dias.”²⁰⁸

Pode-se extrair do texto de lei acima expresso que o ordenamento italiano decidiu privilegiar a indenização *não pecuniária* mediante remição da pena. Neste contexto, a reparação em pecúnia teria aplicação meramente subsidiária, sendo empregada em situações que não mais comportam em a reparação por remição da pena, de forma que a compensação se direcione verdadeiramente aos anseios existenciais do lesado.²⁰⁹

Ao apreciar as alterações legislativas promovidas pela Itália no âmbito do julgamento do caso Gennaro Stella e outros v. Itália, a Corte Europeia de Direitos Humanos assim se manifestou sobre a indenização mediante remição de pena:

“59. A Corte reitera que uma redução de pena, sob certas condições, pode constituir uma reparação satisfatória por violações da Convenção em matéria penal quando as autoridades nacionais, explícita ou em substância, reconheceram e depois repararam a violação à Convenção. Assim, embora ainda não tenha tido a oportunidade de se pronunciar sobre o artigo 3 da Convenção, a Corte já considerou satisfatório conceder uma redução expressa e mensurável da pena em caso de descumprimento do requisito de “tempo razoável” prescrito pelo Artigo 6 § 1 da Convenção (Eckle v. Alemanha, 15 de julho de 1982, § 66, Série A n.º 51, Beck v. Noruega, n.º 26390/95, 26 de junho de 2001, Cocchiarella v. Itália [GC], n.º 64886/01, § 77, CEDH 2006-V, e Menelaou v. Chipre, Além disso, a remissão pode constituir reparação adequada nos casos em que as autoridades nacionais não tenham tratado o caso de um preso em prisão preventiva com a diligência exigida pelo artigo 5 § 3 da Convenção (Dzelili c. Alemanha, n.º 65745/01, § 83, 10 de novembro de 2005).⁶⁰ Na opinião do Tribunal, uma redução de pena como a prevista na nova seção 35 terceiro da Lei de Administração Prisional constitui uma reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção, na medida em que, não apenas é expressamente concedida para remediar a violação do artigo 3º da Convenção, mas também porque seu impacto sobre

²⁰⁸ Tradução livre do seguinte trecho: “1. Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena deteiva ancora da espriare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. 2. Quando il periodo di pena ancora da espriare e' tale de a non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espriato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo” (Itália, *Legge n.º 26 luglio 1975, n.º 354*, Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1975-07-26;354>>. Acesso em: 17/08/2022).

²⁰⁹ BISNETO, Cicero Dantas. *Formas não pecuniárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 175.

o quantum da pena do interessado é mensurável (ver, quanto à mensurabilidade, *Bochev v 73481/01*, § 83, 13 de novembro de 2008, e *Sheremetov c. Bulgária*, nº 16880/02, § 34, 22 de maio de 2008). Além disso, essa forma de correção tem a vantagem inegável de ajudar a resolver o problema da superlotação, acelerando a liberação dos presos.”²¹⁰

Conforme percebe-se, a Corte Europeia de Direitos Humanos expressamente admite que a redução proporcional do tempo de pena privativa de liberdade é uma medida adequada à reparação de eventuais excessos durante a execução penal. Além disso, também ressalta que a compensação *in natura* também contribui para a mitigação da origem da precariedade no âmbito prisional, qual seja, a superlotação carcerária.

Dito isto, conclui-se que tanto a Corte Interamericana quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos vêm admitindo que a indenização mediante remição da pena cumprida em condição degradante seja utilizada como espécie compensatória em favor do preso submetido a grau de punição superior ao legalmente admitido.

Os casos analisados, ainda que pontuais, parecem apontar para uma tendência internacional em direção à admissão da indenização não pecuniária para tratar das más condições do sistema prisional, seja porque a indenização não pecuniária efetivamente traz alívio às graves violações de direitos, seja porque ela tem a capacidade de acelerar a liberação de presos do cumprimento do regime fechado.

²¹⁰ Tradução livre do seguinte trecho: “59. La Cour rappelle qu’une réduction de peine, sous certaines conditions, peut constituer un redressement satisfaisant pour des violations de la Convention en matière pénale, lorsque les autorités nationales ont, explicitement ou en substance, reconnu puis réparé la violation de la Convention. Ainsi, bien qu’elle n’ait pas encore eu l’opportunité de se prononcer relativement à l’article 3 de la Convention, la Cour a déjà jugé satisfaisant l’octroi d’une réduction de peine de façon expresse et mesurable en cas de non-respect de l’exigence de « délai raisonnable » prescrite par l’article 6 § 1 de la Convention (*Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, § 66, série A no 51, *Beck c. Norvège*, no 26390/95, 26 juin 2001, *Cocchiarella c. Italie [GC]*, no 64886/01, § 77, CEDH 2006-V, et *Menelaou c Chypre (déc.)*, no 32071/04, 12 juin 2008). En outre, une remise de peine peut constituer une réparation adéquate dans les cas où les autorités nationales n’ont pas traité l’affaire d’une personne placée en détention provisoire avec la diligence requise par l’article 5 § 3 de la Convention (*Dzelili c. Allemagne*, no 65745/01, § 83, 10 novembre 2005). 60. Aux yeux de la Cour, une réduction de peine telle que celle prévue par le nouvel article 35 ter de la loi sur l’administration pénitentiaire constitue un redressement adéquat en cas de mauvaises conditions matérielles de détention dans la mesure où, d’une part, elle est explicitement octroyée pour réparer la violation de l’article 3 de la Convention et où, d’autre part, son impact sur le quantum de la peine de la personne intéressée est mesurable (voir, quant au caractère mesurable, *Bochev c. Bulgarie*, no 73481/01, § 83, 13 novembre 2008, et *Sheremetov c. Bulgarie*, no 16880/02, § 34, 22 mai 2008). En plus, cette forme de redressement présente l’avantage indéniable de contribuer à résoudre le problème du surpeuplement en accélérant la sortie de prison des personnes détenues”. (Corte Europeia de Direitos Humanos. *Stella e outros v. Itália*, 26/09/2014. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-146873%22%5D%7D>>. Acesso em 07/07/2022).

6. Considerações Finais

O caminho percorrido ao longo do presente trabalho buscou analisar se Estado pode ser responsabilizado por danos morais sofridos por encarcerados submetidos a condições desumanas e insalubres e quais podem ser as possíveis espécies indenizatórias nesse contexto.

Conclui-se que é possível que o Estado seja responsabilizado por lesões a direitos fundamentais de encarcerados que ultrapassem as normais inconveniências decorrentes do cumprimento de pena. No contexto da execução da pena privativa de liberdade, identificou-se dano moral como aquela lesão a direitos da personalidade, especialmente no que diz respeito à esfera *biológica* dos indivíduos, a exemplo da sua higiene, alimentação, vestimenta entre outros.

Por fim, afirma-se existem duas espécies indenizatórias: a pecuniária e a não pecuniária, também nominada de indenização *in natura*, e que esta deve ter prevalência sobre aquela. Isso decorre da maior aptidão da indenização não pecuniária, consubstanciada na remição de pena fixada em correspondência às efetivas condições materiais de cumprimento da pena, em tutelar os direitos da personalidade e a dignidade humana violada pela ação estatal, de maneira a atenuar a dimensão cronológica da condenação do preso.

Ao analisar os óbices comumente apontados contra a responsabilidade estatal, restou evidente que não subsistem os óbices comumente levantados em favor da responsabilidade estatal, em especial a necessidade de conduta culposa por parte da Administração Pública e a suposta aplicação da teoria da *reserva do possível*.

Conforme demonstrado, a imputação da responsabilidade civil do Estado se dá de forma objetiva em casos de encarcerado submetido a condições degradantes, não havendo que se inquirir acerca de qualquer conduta culposa por parte da Administração Pública. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso “o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres”²¹¹, de maneira que o este “assume uma posição especial de garante em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação de liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida”²¹².

Também não é admissível a invocação do argumento de escassez de recursos públicos como obstáculo ao reconhecimento do direito à indenização dos encarcerados por dano extrapatrimonial relacionado às condições insalubre e/ou desumanas do cárcere uma vez que a *Teoria da reserva do possível* tem como âmbito de aplicação as demandas sociais endereçadas

²¹¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Plenário. Diário de Justiça eletrônico em: 01/01/2018, p; 37.

²¹² *Ibidem*, p. 37.

segundo uma lógica de distribuição de riqueza. Dessa forma, não é legítima sua aplicação em situações nas quais o Estado é autor dano ilícito.

Ademais, tem-se claro que a responsabilidade civil do Estado pode ser executada mediante duas espécies reparatórias distintas, quais sejam, a compensação mediante pecúnia e a reparação *in natura*, consistente em meios não pecuniários. Nesse sentido, surge a proposta de remição da pena como espécie não pecuniária de reparação.

A análise das consequências práticas em relação à forma de indenização adotada revela que a mais indicada é a compensação não pecuniária, seja porque é a que melhor tem capacidade de tutelar os direitos da personalidade da população carcerária, seja porque a indenização monetária drena recursos públicos essenciais para a própria melhoria do sistema carcerário, de maneira que a ampla implementação desta medida compensatória pode paradoxalmente precarizar ainda mais o sistema penitenciário.

Dito isto, tendo em vista a natureza essencialmente punitiva da pena privativa de liberdade em nossa realidade social, conclui-se que a implementação da referida medida compensatória é compatível com finalidade de retribuição que a pena exerce em nossos estabelecimentos penais. A punição exacerbada deve ser compensada mediante a abreviação da pena, de forma a adicionar uma nova dimensão à dosimetria da pena privativa de liberdade que, ao considerar as condições materiais da execução pena, concretiza de maneira mais efetiva o princípio da proporcionalidade, transcendendo os clássicos critérios temporal e formal.²¹³

Outrossim, admite-se que, embora a indenização mediante remição da pena não possa ser utilizada como salvo conduto para a manutenção das inadequadas condições materiais e estruturais do sistema prisional, ela é a que melhor mitiga essa situação aparentemente irreparável em que o sistema prisional brasileiro se encontra há décadas.²¹⁴

Por fim, julgamentos recentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos parecem reforçar a conclusão do presente trabalho, bem como as reformas legislativas adotadas pela Itália após a condenação em casos similares por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos. Também cabe destacar que dois projetos de lei distintos admitem a remição como compensação pelo excesso de punição no âmbito da execução penal.

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena*. Buenos Aires: 2013, p. 5.

²¹⁴ Ressalta-se que a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito a ser instaurada para investigar o sistema prisional data de 1976 (Brasil. Câmara dos Deputados. *PRC 70/1976*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=235813>>. Acesso em: 09/08/2022).

O primeiro desses diz respeito ao Projeto de Lei nº 9.054/2017, que prevê a adição do seguinte texto à Lei de Execução Penal:

“Art. 186-B. No caso de excesso ou desvio em razão de o estabelecimento impor ao preso situação degradante ou ofensiva à sua integridade física e moral, o juiz decidirá sobre a remição de pena de que trata o art. 126-A desta Lei.
Parágrafo único. A reparação civil só será cabível quando a remição da pena não for possível.”²¹⁵

De forma similar, a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, atento às eventuais repercussões financeiras da decisão pela remição em pecúnia, apresentou o Projeto de Lei nº 6.957/2017, que prevê a adição do § 1.º ao artigo 3º da Lei de Execuções Penais com a seguinte redação:²¹⁶

“Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
§1º Será assegurada, inclusive, a dignidade da pessoa humana, sendo devido ao preso que se encontre em situação degradante ou desumana a respectiva indenização, *em caráter não pecuniário*, pelos danos causados, a ser fixada pelo juiz competente, em ação própria.”

Conclui-se que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 580.252 não deve enterrar de maneira permanente a possibilidade da adoção da compensação mediante remição da pena privativa de liberdade. Cabe ressaltar que, conforme disposto pelo Ministro Luis Edson Fachin em seu voto, o caso em que foi proposta a compensação mediante remição de pena teve como plano de fundo um caso concreto, no qual a Corte teve que decidir inúmeras outras questões²¹⁷.

A finalidade do presente Trabalho de Conclusão de Curso foi esclarecer um tema de grande repercussão social, qual seja, a responsabilidade civil do Estado por eventuais excessos no âmbito da execução da pena privativa de liberdade, e apontar os fundamentos e as questões que surgirão em caso de eventual adoção da compensação mediante remição da pena, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja por meio de um dos Projetos de Lei apresentados.

²¹⁵ Brasil. Câmara dos Deputados. *PL 9054/2017*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836>>. Acesso em: 16/08/2022.

²¹⁶ Brasil. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. *Projeto de Lei nº 6.957/2017*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=202929AE17511E871C328B4858EE2F0A.proposicoesWebExterno1?codteor=1609050&filename=Avulso+-PL+6957/2017>. Acesso em: 09/08/2022.

²¹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Plenário. Diário de Justiça eletrônico em: 01/01/2018, p. 153.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Roberto Fuck de. *Responsabilidade Civil do Estado*, Revista brasileira de Estudos Jurídicos, vol. 6, número 2, jul./dez. 2011.

ALTERINI, Atilio Anibal. *Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

ANDRADE, André Gustavo C. de. *A evolução do Conceito de Dano Moral*, Revista da EMERJ, vol. 6, nº 24, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas [livro eletrônico]*; tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BEDENDI, LUÍS FELIPE FERRARI. *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. Declaração de direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BISNETO, Cícero Dantas. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.

BITTAR, Carlos A. *Os Direitos da Personalidade*, 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502208292. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208292/>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BORGARELLI, Bruno de Avila. O método bifásico do cálculo dos danos extrapatrimoniais e sua adoção pela jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18. ano 5. p. 493-509. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2.ed.rev.atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Brasil, Câmara dos Deputados. *Legislação Informatizada - Lei nº 7.210, de julho de 19894 - Exposição de Motivos*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 3 de junho de 2021.

Brasil. *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14/08/2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 235.524*, Primeira Turma, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, Julgado em: 30/06/2004, DJe em: 20/08/2004.

Brasil. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. *Projeto de Lei nº 6.957/2017*.

Brasil. Câmara dos Deputados. PL 9054/2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836>>. Acesso em: 16/08/2022.

Brasil. Câmara dos Deputados. PL 9054/2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836>>. Acesso em: 16/08/2022.

Brasil. Câmara dos Deputados. PRC 70/1976. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=235813>>. Acesso em: 09/08/2022.

Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília, 2009. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 17/08/2022.

Brasil. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 589*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>>. Acesso em: 04/08/2022.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *O sistema brasileiro fora da Constituição - 5 anos depois: balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*, junho de 2021.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativos e prisionais brasileiros*. Brasília: CNJ, 2019.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Calculando custos prisionais [recurso eletrônico]: panorama nacional e avanços necessários / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi [et al.]*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais: relatório mensal do cadastro nacional de inspeções nos estabelecimentos penais*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em 28 jun. 2022.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Geopresídios: Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos Penais*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/geopresidios-page/>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Painel de dados sobre as inspeções penais em estabelecimentos prisionais. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,cursel>>. Acesso em: 05/08/2022.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 47 de 18 de dezembro de 2007: dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/162>>. Acesso em: 15 de julho de 2022.

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 16/08/2022.

Brasil. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16/08/2022.

Brasil. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal, Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07/08/2022).

Brasil. *Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002: Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 16/08/2022.

Brasil. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002: promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 08/09/2022.

Brasil. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992: promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06/08/2022.

Brasil. Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, *Petição de Recurso Extraordinário nos Embargos infringentes em embargos de declaração apelação cível nº 2006.003179-7/0001.01* de 5 de julho de 2007.

Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil: relatório de pesquisa*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:< <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/121/1/Reincid%20c3%aancia%20Criminal%20no%20Brasil%20-%20Relat%20c3%b3rio%20de%20Pesquisa%20-%20Ipeia.pdf>>. Acesso em: 07/08/2022.

Brasil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 16/08/2022.

Brasil. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984: altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em:< <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em: 15/08/2022.

Brasil. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 17/08/2022.

Brasil. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). *Resolução nº 6, de 29 de junho de 2012*. Disponível em:< <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2012/resolucao-no-6-de-29-de-junho-de-2012.pdf/view#:~:text=Padronizar%20os%20m%C3%A9todos%20a%20serem,em%20cada%20unidade%20da%20Federa%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em: 05/08/2022.

Brasil. Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). *ADPF nº 347, Petição Inicial*, 26 de maio de 2015.

Brasil. *Recurso Extraordinário nº 608.808*, Plenário, Ministro Relator Alexandre de Moraes, julgado em: 08/09/2020, DJe em: 01/10/2020.

Brasil. Senado Federal. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*. Disponível em:< <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 14/08/2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial 962.934*, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Julgado em 13/04/2010, DJe em 04/05/2011.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1874042*, Primeira Turma, Ministro Relator Gurgel de Faria, Julgado em:06/12/2021, DJe em: 17/12/2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt no Recurso Especial nº 1.626.583*, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Julgado em: 05/10/2021 DJe em: 05/11/2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Divergência em Resp. nº 962.934*, Primeira Turma, Ministro Relator Teori Albino Zavascki, julgado em: 14/03/2012, DJe em: 25/04/2012.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Divergência em Resp. nº 962.934*, Primeira Turma, Ministro Relator Teori Albino Zavascki, Julgado em: 13/04/2010, DJe em: 04/05/2011.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 256.273*, Ministra Relatora Laurita Vaz, Julgado em 22/03/2005, DJe em: 06/06/2005.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 885.248*, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado em:15/12/2009, DJe em: 21/05/2010.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.152.541*, Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe em: 21/09/2011.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt nos EDcl no REsp nº 1.882.194*, Quarta Turma, Ministro Relator Raul Araújo, julgado em 21/06/2021, DJe em: 01/07/2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgInt nos EDcl no REsp nº 1.925.926*, Terceira Turma, Ministro Moura Ribeiro, Julgado em 15/06/2021, DJe em: 18/06/2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Agravo Regimental no HC nº 740.647*, Sexta Turma, Ministro Relator Olindo Menezes, julgado em: 02/08/2022, DJe em: 05/08/2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no Recurso Especial nº 1.959.230*, Quinta Turma, Ministro Relator Joel Ilan Paciornik, Julgado em: 09/11/2021, DJe em: 16/11/2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *AgRG no REsp nº 1.269.246*, Quarta Turma, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, Julgado em 20/05/2014, DJe em: 27/05/2014.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *HC nº 381.858/PR*, Sexta Turma, Ministro Relator Néfi Cordeiro. Julgado em: 27/04/2017, DJe em: 08/05/2017.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *HC nº 142.513*, Sexta Turma, Ministro Relator Nilson Naves, Julgado em: 23/03/2010, DJe em: 10/05/2010.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.152.541*, Terceira Turma, Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em: 13/09/2011; DJe em: 21/09/2011.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 270.730, Terceira Turma, Ministro Relator Carlos Alberto Menezes, Julgado em 19/12/2000, DJe em: 07/05/2002.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 962934, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, julgado em: 13/04/2010, DJe em: 04/05/2011.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. na Reclamação 29.527, Segunda Turma Ministro Relator: Dias Toffoli, Julgado em: 07/08/2018; DJe em: 17/10/2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. nos Emb. Div. no Ag Reg. no Recurso Extraordinário 677.139, Tribunal Plenário, julgado em 22/10/2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 235.524*, Primeira Turma, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, julgado em 30/06/2004, publicação em: 20/08/2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Julgado em: 18/03/2020, DJe em: 18/03/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 11/08/2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 641.320*, Plenário, Ministro Relator Gilmar Mendes, Julgado em: 11/05/2016, DJe em: 29/07/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 336*, Plenário, Julgado em: 01/03/2021, DJe em: 10/05/2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgado em: 09/09/2015, DJe em: 31/02/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 29527*, Segunda Turma, Ministro Relator Dias Toffoli, Julgado em: 07/08/2018, DJe em: 17/10/2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 31.657*, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgado em: 24/09/2018, DJe em: 27/09/2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 566.040*, Ministro Relator Ayres Britto, Julgado em: 05/12/2011, DJe em: 01/02/2012.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252*, Plenário, Ministro Relator Gilmar Mendes, Julgado em 16/02/2017, DJe em: 11/09/2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252*. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 16/02/2017, DJe em: 08/09/2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 592.581*, Plenário, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Julgado em: 13/08/2015, DJe em: 29/01/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 841.526*, Tribunal Pleno, Ministro Relator Luiz Fux, Julgado em: 30/03/2016, DJe em: 01/08/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 136.861*, Plenário, Ministro Relator Edson Fachin, Julgado em: 11/03/2020, DJe em: 22/01/2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 382.054*, Segunda Turma, Ministro Relator Carlos Velloso, Julgado em: 03/08/2004, DJe em: 01/10/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 841.526*, Plenário, Ministro Relator Luiz Fux, julgado em: 30/03/2016, DJe em: 01/08/2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 26*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula775/false>>. Acesso em: 15/08/2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Tema de repercussão geral nº 365: responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária*, 2017. Disponível em<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 17/08/2022.

Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, *Recurso Extraordinário nº 2006.003179-7/0001.02*, Desembargador Ildeu de Souza Campos, julgado em: 05/09/2007.

Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, *Apelação Cível nº 2006.003179-7/0000-00*, Terceira Turma Cível, Relator Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 10/2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível nº 2006.003179-7/000-00*, Terceira Turma Cível, Julgado em 10/04/2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Terceira Turma Cível, *Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2006.003179-7/0001-01*, Julgado: em 21/05/2007.

Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2006.003179-7/0001-01, Terceira Turma Cível, Julgado em 21/05/2007.

Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível nº 2006.003179-7/0000-00*, Terceira Turma Cível, Desembargador Relator Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 10/04/2006.

Brasil. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Embargos infringentes em embargos de declaração em apelação cível n.º 2006.003179-7/0001-01*, Terceira Seção Cível, julgado em: 21/05/2007.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *EI nº 250/1999*, Câmara Cível, Desembargador Wilson Marques, julgado em: 29/09/1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari, *Políticas Públicas e direito administrativo*, Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997| Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, 1996.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. Revista dos Tribunais, 1ª Ed. em e-book, 2014.

CANTALI, R. U. *Reparação de danos extrapatrimoniais: entre medidas pecuniárias e não pecuniárias*. civilistica.com, v. 10, n. 3, p. 1-23, 6 dez. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*; tradução espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan, São Paulo, Editora Pillares, 2009.

Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Törbjorn (Ed.). *The global expansion of the judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

Colômbia. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia de unificación nº 559*. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1997/su559-97.htm>>. Acesso em: 03/08/2022.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 5º, inciso 2. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 04/07/2022.

Conselho Nacional de Justiça, *O sistema prisional brasileiro fora da constituição - 5 anos depois: balanços e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*, junho de 2021.

Corte Europeia de Direitos Humanos. *Ananyev and Others v. Rússia - 42525/07 and 60800/08*, Julgado em: 10/01/2012, p. 2. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-24&filename=002-24.pdf&TID=ihgdqbxnfi>>. Acesso em: 17/08/2022.

Corte Europeia de Direitos Humanos. *Stella e outros v. Itália*, 26/09/2014. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-146873%22%5D%7D>>. Acesso em 07/07/2022.

Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Torregiani e outros v. Itália*, Julgado em: 8/01/2013. Disponível em: < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-115860%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-115860%22]}) >. Acesso em: 17/08/2022.

Corte Europeia de Direitos Humanos. *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Prisoner 's rights*. 30 de abril de 2022. Disponível em:< https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_ENG.pdf>. Acesso em: 17/08/2022.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução de 13 de fevereiro de 2017: medidas provisórias a respeito do Brasil - Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 13 de fevereiro de 2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf>. Acesso em: 17/08/2022.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução de 22 de novembro de 2018: medidas provisórias a respeito do Brasil - Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, 2018, p. 23. Disponível em:< https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 17/08/2022.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução de 28 de novembro de 2019*. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do complexo penitenciário de curado. Disponível em:< https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf>. Acesso em: 08/08/2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 1- 5; 1969, v. 6 e 7; 1970, v. 8; 1972, v. 10.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um Processo Penal Democrático. Justiça Criminal e Democracia/Bruno Amaral Machado, coordenador. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013.

DE TOLEDO, Celina Roma Sánchez; CAMACHO, Luiz Antônio Bastos; SANCHÉZ, Alexandra. *Cadernos de Saúde Pública (online); Mortalidade e causas de óbitos nas prisões do Rio de Janeiro*, Brasil, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00224920>>. Acesso em: 12/08/2022.

DONEDA, Danilo. *A parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Os direitos da personalidade. Renovar: 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica*. Revista TST. Brasília, vol. 77, nº 4, out/dez 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil*. Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, a. 27, nº 27. 1992/1993.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, 4ª Ed. São Paulo: 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão [Livro eletrônico]: teoria do garantismo penal*. 1ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.

FILHO, Raphael de Barros Monteiro. *Indenização por Dano Moral: evolução e jurisprudência*. Brasília, 1995.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FONTAINHA, Fernando de Castro; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; VERONESE, Alexandre. *Por uma sociologia política do Direito no Brasil*. Revista Brasileira de Sociologia, vol. 05, nº 11, set/dez/2017.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Rachel Ramallete. 39ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

Fragoso, Heleno. Revista de direito penal e criminologia, v. 1, nº 1, Sistema do duplo binário: vida de morte. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de ciências penais do Rio de Janeiro, 1971.

GARAVITO, César Rodríguez. *Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*, São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.
GRECO, luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: Editora W/MF Martins Fontes, 2019.

Itália. *Legge nº 10, 21 febbraio 2014: Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2014-02-21;10>>. Acesso em: 25/07/2022.

Itália. *Decreto-Legge nº 146, 23 dicembre 2013: Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2013-12-23;146>>. Acesso em: 25/07/2022.

Itália. *Decreto-Legge nº 92, 26 giugno 2014: Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle*

liberta' fondamentali, nonche' di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2014-06-27&atto.codiceRedazionale=14G00104&atto.articolo.numero=1&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.tipoArticolo=0>>. Acesso em: 25/07/2022.

Itália. *Legge n° 354, 26 luglio 1975: Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della liberta'*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1975-07-26;354!vig=>>>. Acesso em: 25/07/2022.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. *A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro*. Tese (doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009.

JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. *Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: ED. RT, jul.-set. 2016.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. *A ADPF 347 e o "Estado de coisas inconstitucional": ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil*. Direito, Estado e Sociedade, n° 53 p. 147 a 181, jul/dez 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Danos Morais e Direitos da Personalidade*. Revista. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, 2001.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luis Fernando. *Direito e Fraternidade: em busca de concretização*. Aracaju: EDUNIT, 2018.

MAFFINI, Rafael. *Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, V. 274, p. 209-234, jan./abr. 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. Revista Direito GV, V. 15 n° 2, 2019.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. *Criminologia*, 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a internação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, jan./jul. 2008.

MARELLA, Maria Rosaria. *La riparazione del danno in forma specifica*. Padova: CEDAM, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Edição 15, 2006. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm>. Acesso em: 13/08/2022.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, 2019. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/data/files/80/10/52/54/DA44A7109CEB34A7760849A8/Tutela%20Inibitoria%20e%20Tutela%20de%20Remocao%20do%20Illicito.pdf>>. Acesso em: 13/08/2022.

MARTINS, Luísa. *'Presídios Brasileiros são masmorras medievais', diz ministro da Justiça. Estado de S. Paulo*. 05 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>>. Acesso em: 09/08/2022.

MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MESSA, Ana F. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. 9788584935765. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>>. Acesso em: 02 ago. 2022.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI, 1959.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Conceito, Função e Quantificação do Dano Moral*, Revista IBERC; Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/4>>. Acesso em: 08/09/2022).

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos*. 2 Ed, Rio de Janeiro: processo, 2017.

NETO, Antônio Salomão; David, Décio Franco. *Reflexões sobre a pena em Hegel: (in)compreensão e dificuldade de superação*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18, p. 59-80, jan./jun. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; JR, Fredie Didier; JR, Hermes Zaneti. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, jan./mar.2020.

PEÇANHA, Marcos. *Reflexão e racionalização acerca do contexto punitivo na atualidade. Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais - PUCRS* [livro eletrônico]: direito penal, volume 3/ organizadores Ana Clara Santos Elasmão, Ariel Koch Gomes, Camila de Oliveira Angel, Carlos Hélder Furtado Mendes, Fernando Vechi, Jádía Larissa Timm dos Santos, Leandro Ferreira de Paula, Lucas da Silva Santos, Roberta da Silva Medina, Vanessa Cerezer de Medeiros; Coordenadores Augusto Jobim do Amaral, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Fernanda Martins, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Ruth M. C. Gauer - 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. - (Série Anais do 10º Congresso Internacional de Ciências Criminais - PUCRS).

PEREIRA, Caio Mário da Silva.; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade Civil*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POSNER, Richard A. *Overcoming law*, Harvard University Press, United States: 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PUIG, Santiago Mir. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Anuário de derecho penal y ciencias penales, tomo 39, Fasc/Mes 1, 1986, pags. 49-58, disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46280>>. Acesso em 22 jan. 2022.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, vol. 4. 1989.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal [livro eletrônico]: teoria crítica / Rodrigo Duque Estrada Roig*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. 6 Mb; ePub 2. ed. e-book baseada na 6. edição impressa.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade [livro eletrônico]: aspectos técnicos e práticos*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2022.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da Punição*. [livro eletrônico]: Tirant lo Blanch: 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada*, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. 9788522493449. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493449/>. Acesso em: 17/08/2022.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o dano moral no direito brasileiro*. Revista Brasileiro de Direito Civil – RBDCIVIL. Belo Horizonte, v. 30, p. 33-60, out./dez. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais nº 798, 2002, Disponível em: < <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em 08/09/2022.

STIGLITZ, Gabriel A. / ECHEVESTI. Carlos A. *Responsabilidad Civil*. 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 2: 37-53, abr/jun 2006. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf>. Acesso em 12 de jan. de 2022.

Tepedino, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. 1999. Disponível em:<http://www.tepedino.adv.br/wp-content/uploads/2017/07/Codigo_civil_chamados_microssistemas_constituicao_fls_0001-0016.pdf>. Acesso em 14 de jul. 2021.

TORRES, Eli. *A gênese da remição de pena pelo estudo: dispositivo jurídico-político e a garantia do direito à educação aos privados de liberdade no Brasil*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de Campinas, 2017.

União Europeia. Comissão Europeia para Prevenção de Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. *Combating prison overcrowding*. Disponível em:<<https://hudoc.cpt.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22CPTDocumentDate%20Descending,CPTDocumentID%20Ascending,CPTSectionNumber%20Ascending%22%5D,%22CPTSectionID%22:%5B%22p-standards-inf-2022-5-part-en-1%22%5D%7D%7D>>. Acesso em: 06/08/2022.

VERONESE. *A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo*. VI Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP) realizado em: 29 de julho a 1 de agosto de 2008 em Campinas (SP).

VILLELA, João Baptista. *Variações Impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. Superior Tribunal de Justiça: doutrina. Edição Comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, p. 562-581, 2009.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena*, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZARRA, Maita María, *EL resarcimiento en la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad da Coruña, Faculdade de Direito, 2004.