
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DOS DETENTOS E OS CRITÉRIOS JURÍDICOS DA QUANTIFICAÇÃO INDENIZATÓRIA

Fabricio Veiga Costa¹

Aparecida Dutra de Barros Quadros²

Resumo

Objetiva-se investigar a violação dos direitos humanos e fundamentais dos detentos que cumprem pena no sistema penitenciário brasileiro e demonstrar que em razão de reiteradas condutas ilícitas omissivas do Estado se torna juridicamente possível a condenação do ente estatal a compensar monetariamente cada detento lesado no que tange à sua integridade e dignidade humana. A escolha do tema justifica-se em razão de sua relevância teórica e prática, já que a aplicabilidade da teoria do estado de coisa inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal evidencia a importância da intervenção do judiciário em exigir do executivo a implementação de políticas públicas. Pretensões individuais que ensejam a condenação do Estado a indenização por danos morais constitui-se em medidas paliativas, de natureza compensatória e pedagógica, pois o problema em si não é diretamente enfrentado. Por meio de uma pesquisa teórico-bibliográfica e documental concluiu-se que em razão de condutas ilícitas omissivas contrárias aos direitos humanos e direitos fundamentais o Estado poderá ser condenado a reparar civilmente os detentos e/ou suas famílias, na proporção do dano sofrido, pois a teoria do estado da coisa inconstitucional é o referencial teórico hábil ao enfrentamento de tal problemática sob a ótica coletiva.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado; Estado de coisa inconstitucional; Sistema penitenciário; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos.

¹ Pós-doutorado em educação pela UFMG – 2015. Especialização em direito educacional pela PUC-Minas – 2014. Doutorado em Direito Processual pela PUC-Minas – 2012. Especialista em Direito de Família pela PUC-Minas – 2009. Mestrado em Direito Processual - PUC-Minas – 2006. Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas - 2003. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – 2002. E-mail: fvcufu@uol.com.br

INTRODUÇÃO

O objetivo geral da presente pesquisa consiste na investigação dos direitos fundamentais e direitos humanos assegurados aos encarcerados, de modo a delimitar o foco de análise nas condutas omissivas estatais que culminam na violação de tais direitos, ensejando-se, assim, a possibilidade de reparação como medida compensatória decorrente da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A escolha do tema justifica-se em razão de sua densidade teórica, além da relevância prática do debate de tais proposições no âmbito acadêmico, considerando-se a imprescindibilidade de leitura da lei de execuções penais sob a ótica da constitucionalidade democrática. Em razão disso, realizou-se inicialmente um estudo da responsabilidade jurídico-extracontratual do Estado em planejar e executar políticas públicas hábeis a viabilizar o exercício e concretude dos direitos fundamentais aos condenados à pena privativa de liberdade. Demonstrou-se que a omissão estatal se caracteriza em ilicitude e, em razão disso, torna-se legítima a pretensão indenizatória, seja no âmbito individual ou coletivo, como medida eficaz à compensação de tais ilicitudes.

O estudo do dano moral, sua natureza jurídica e os critérios de quantificação foi relevante para demonstrar que a omissão estatal quanto à ineficiência na implementação de um sistema penitenciário que zele pelos direitos fundamentais dos apenados enseja pretensões indenizatórias como medida necessária à compensação das violações impostas pelo Estado.

A análise pontual, específica e contextualizada da lei de execução penal evidenciou a necessidade de compreendê-la sob o viés do texto constitucional vigente. Ou seja, por meio de pesquisas doutrinárias e documentais demonstrou-se os fundamentos da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, momento em que foram explicitadas as proposições atuais trazidas pelo judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo de forma clara que o sistema penitenciário brasileiro se constitui em um recinto onde direitos e garantias fundamentais são constantemente violados em razão da omissão estatal.

O estudo da dimensão coletiva e individual dos direitos fundamentais pertencentes aos detentos e encarcerados constituiu-se em abordagem necessária para demonstrar que o atual cenário vivenciado pelo Brasil evidencia um sistema de profunda ofensa aos direitos humanos e fundamentais pertencentes aos apenados, fato esse que exige do poder público a tomada de decisões que visem resguardar não apenas direitos dos condenados no seu contexto individual, mas uma mudança de postura no que atine ao enfrentamento de problemas institucionais que inviabilizam uma execução penal que privilegie a ampla e integral proteção jurídica da pessoa humana.

² Mestranda em proteção dos direitos fundamentais pela Universidade de Itaúna. Delegada aposentada na Polícia Civil de Minas Gerais. Tabela no Estado de Minas Gerais. E-mail: aparecidaquadros@hotmail.com

Uma das grandes mazelas do sistema penitenciário brasileiro atualmente é o aviltamento dos direitos humanos e das garantias fundamentais daqueles indivíduos que estão cumprindo pena e privados de sua liberdade. Por diversas vezes são lançadas defesas aos presos, por serem totalmente esquecidos pelo sistema e, conseqüentemente, “coisificados”. Ainda que apenados, os presos não podem ter esquecida sua condição de ser humano e ter qualquer direito violado, salvo aqueles suspensos em razão dos efeitos jurídicos da sentença penal condenatória.

O direito penal como instrumento de controle social tem como escopo proteger os bens jurídicos de valor maior da sociedade e violado suas regras decorre para o Estado o dever de aplicar sanções, podendo, dessa forma, a liberdade do indivíduo sofrer restrições face a eventuais infrações praticadas nessa seara.

O intuito do estudo proposto não é criticar a punição daqueles que infringem o ordenamento jurídico, pelo contrário, é preciso garantir a aplicabilidade das normas de forma integral diante da problemática da segurança pública, mas incluindo nessa senda os direitos fundamentais e humanos do apenado. Decorre, portanto, que a aplicação da pena não pode implicar violação de outros direitos cuja garantia constitucional existe independentemente de condenação penal ao indivíduo.

A dignidade da pessoa humana possui fundamento na Constituição Federal de 1988, art. 1º, inciso III, não existindo exceções. É obrigatório ao Estado proporcionar condições aos indivíduos do sistema carcerário, para que cumpram suas penas sem terem suas garantias violadas. Na mesma forma, tratando-se a liberdade um direito com base constitucional e sendo de elevada grandeza na categoria dos direitos fundamentais, tem-se que em face da subsidiariedade da reprimenda penal, essa somente poderá ser aplicada quando e se os demais ramos de direito se mostrarem ineficientes para a proteção ou controle social.

Estabelecidas essas premissas, pode-se afirmar que o fato de alguém ter cometido um ilícito penal e quebrado as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico e pela sociedade, não fica o Estado autorizado a inobservar as normas convencionais e constitucionais de proteção aos presos e respeito à dignidade do ser humano. Sendo assim, indaga-se quais os critérios jurídicos da responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes de violações a direitos humanos causados àqueles que estão sob sua guarda.

A pergunta problema proposta a delimitar o objeto de pesquisa é a seguinte: o Estado brasileiro pode ser responsabilizado, de forma individual e coletiva, pela violação dos direitos fundamentais dos encarcerados? A condenação do Estado a indenizar detentos por danos morais em razão de condutas omissivas constitui medida compensatória de natureza individual. Além disso, ressalta-se a importância de o judiciário atuar no sentido de exigir do executivo a implementação de políticas públicas que privilegiem o exercício dos direitos fundamentais daqueles sujeitos que cumprem pena privativa de liberdade em razão de sentença penal condenatória.

Nesse contexto, a pesquisa faz uma análise da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, a fim de se

compreender quais as implicações do reconhecimento desse estado no sistema penitenciário brasileiro e as implicações na mercantilização de direitos fundamentais, com a consequente responsabilização do Estado por danos causados àqueles que estão sob sua guarda.

O presente estudo é fruto de pesquisa do tipo teórico-bibliográfica e documental, realizada pelo método dedutivo e se divide em quatro seções além da Introdução e Conclusão, pois o primeiro capítulo abordará a responsabilidade extracontratual do Estado, traçando breves considerações sobre a indenização por ofensas à dignidade humana. Já no segundo capítulo procurou-se tratar da caracterização do estado de coisa inconstitucional e a lesão a direitos fundamentais coletivos e individuais com a consequente análise da linha decisionista do Supremo Tribunal Federal. No último capítulo buscou-se examinar os critérios jurídicos no controle jurisdicional para atribuição da responsabilidade estatal e a quantificação indenizatória, com fim a identificar norteamto no sentido de progressividade ou regressividade na defesa e garantia de direitos fundamentais.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

O estudo da sistemática jurídico-constitucional da responsabilidade civil extracontratual do Estado é de fundamental importância para o debate do objeto de investigação na presente pesquisa científica, considerando-se que seu foco é demonstrar que a violação da lei de execução penal caracteriza conduta omissiva estatal passível de indenização, desde que demonstrado o dano e o nexo de causalidade com a conduta ilícita omissiva.

Salienta-se que a responsabilidade civil do Estado está prevista no art. 37, §6º da Constituição da República (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 1988). De acordo com as determinações constitucionais, o Estado está obrigado a suportar os encargos da reparação dos danos causados por seus agentes, por dolo e culpa. “O sistema brasileiro de responsabilidade extracontratual do Estado – ancorado no texto expresso do art. 37, parágrafo 6., da Constituição da República, prescinde da ideia de culpa como fundamento da obrigação de indenizar” (MODESTO, 2002, p. 299). Ou seja, “o Estado só responde pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros”, pois “está a evidenciar que o constituinte adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral”, porém, “condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente de sua atividade administrativa” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 237).

“Para que incida a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano”, considerando-se que “a culpa é embutida na ideia de omissão” (DI PIETRO, 2011, p. 413). No momento em que o agente público deixa de cumprir uma obrigação legal do

Estado verifica-se que o próprio Estado trará para si a responsabilidade jurídica decorrente dessa conduta ilícita omissiva. Por isso, “a responsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos seus agentes não é, a rigor, responsabilidade por fato de outrem, como acontece no direito privado, nas relações entre patrão-empregado, comitente-comitido”. “O agente público é órgão do Estado, é parte dele, não é representante do Poder Público, é o próprio Poder Público, o que levava Pontes de Miranda a afirmar que ele presenta, e não representa o Estado” (SILVA, 1995, p. 28).

É importante esclarecer que “a responsabilidade extracontratual do Estado pode ser considerada objetiva, sem que, para tanto, tenha-se de acolher qualquer hipótese de dano indenizável que não se revelar antijurídico e injusto”. No contexto propositivo ora apresentado, “o vantajoso, nesse prisma teórico, é que atende à salutar preocupação com a abusiva e inaceitável responsabilização integral, sem resvalar para o abandono da responsabilidade objetiva, louvando-se numa noção de nexo proporcional, que impede o Estado a cumprir suas indeclináveis tarefas positivas e negativas” (FREITAS, 2005, p. 22).

“Para ser apurada a responsabilidade do Estado por conduta omissiva deve-se indagar qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso e quem estava obrigado a evitá-lo”. Nessa perspectiva, “o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, como numa enchente, por exemplo, mas sim por não ter ele praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível” (GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 51).

O estudo da responsabilidade civil do Estado encontra-se ancorado na teoria da responsabilidade objetiva, que evidencia que a responsabilidade do Estado é direta, dispensando-se a comprovação da conduta dolosa ou culposa do agente, salvo nos casos de ações regressivas propostas em desfavor do próprio agente público. Assim, constata-se que a responsabilidade extracontratual do Estado é “baseada na relação de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e a atuação da Administração Pública causadora do dano” (SIQUEIRA, 2000, p. 95).

Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2004) menciona que é preciso entender que a atuação estatal é imposta aos administrados, que é impossível recusar a presença do Estado, pois o Estado age de forma imperativa, independente da vontade do indivíduo. Daí nasce um tratamento especial para o administrado, e para o Estado um maior rigor quanto à responsabilização dos seus atos, destacando-se que no momento em que o Estado assume o dever de implementar direitos fundamentais mediante políticas públicas, além do dever de zelar pelo cumprimento da lei, sofrerá consequências diretas no que atine a condutas comissivas ou omissivas contrárias ao dever constitucional e infraconstitucional assumido.

Importante mencionar que, em regra, a modalidade de responsabilização extracontratual do Estado é objetiva, ou seja, para sua caracterização não se leva em consideração o elemento culpa para a determinação do

dever de reparar. Essa responsabilidade é fruto da Teoria do Risco Administrativo, cabendo ao lesado apenas comprovar a ocorrência do dano provocado (nexo causal) pelo agente público, nessa condição. Tem-se, portanto, que em se tratando de responsabilização extracontratual do Estado o elemento subjetivo da conduta do agente público é irrelevante para o surgimento do dever de reparar.

Há de se atentar para o caso de o lesado ter concorrido para a ocorrência do dano. Verificando-se a participação da vítima no ato que produziu a lesão falar-se-á em concausa, e a eventual indenização será reduzida proporcionalmente. Ressalta-se, ainda, os casos de culpa exclusiva da vítima, fato esse que desencadeia a impossibilidade de responsabilidade civil do Estado em razão da existência de excluyente de ilicitude.

Importa analisar, contudo, como fica a questão da responsabilidade estatal nos casos de omissão, ou seja, quando o Estado tinha o dever de agir, porém não o fez e essa inércia foi danosa. “Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos” (CARVALHO FILHO, 2001, p. 427). Nessa seara, “estará sujeita a ação de reparação por responsabilidade objetiva, a Administração que, não por qualquer inércia ou abstenção, [...] mas quando for manifesta e presumível omissão deixar de executar atividades ou prestar algum serviço público determinado por lei ou decisão judicial, acarretando prejuízo a terceiros” (FREITAS, 2004, p. 276).

O estudo e pesquisa sobre o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado por conduta omissiva é essencial para a investigação do objeto da presente pesquisa, haja vista que o descumprimento da lei de execuções penais quando acarretar danos aos detentos, especialmente no que atine a sua dignidade humana, ensejará o dever de indenizar, como medida compensatória decorrente do descumprimento do dever legal de oferecer condições dignas ao cumprimento da pena privativa de liberdade. Negar essa possibilidade é o mesmo que legitimar a omissão estatal no que concerne ao seu dever de assegurar condições necessárias à ressocialização dos detentos.

Haverá responsabilização estatal no caso de omissão em casos em que a ação do poder público era obrigatória; trata-se do que a doutrina denomina “falta do serviço”.

Visando perquirir o tema problema da presente pesquisa procurou-se perlustrar condutas omissivas estatal, o que se fez mediante a análise das conclusões inseridas no Acórdão da ADPF 347/DF/2015, Relator Ministro Marco Aurélio, onde discutiu-se em sede da Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais impetrado pelo Partido Socialista e Liberdade – PSOL em face da União e dos 27 entes Federados da República Federativa do Brasil, à aplicação da Teoria Colombiana de 1997 em face da violação de direitos fundamentais dos encarcerados no sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal ADPF 347/DF*).

Na citada ação de controle de constitucionalidade questionou-se o não deferimento de audiência de custódia a réu preso pela suposta prática de tráfico internacional de drogas, requerendo-se o reconhecimento da

figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, haja vista decorrerem as violações de omissões generalizadas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

As violações apontadas tratavam da inobservância pelo poder judiciário do artigo 93 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (BRASIL, *Decreto 592, de 6 de junho de 1992*), do artigo 7. 5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, *Decreto 678, de 06 de novembro de 1992*), como também da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seus artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), art. 5º os incisos III (ninguém será submetido a tortura nem a tratamento humano ou degradante), XLVII "e" (não haverá penas cruéis), XLVIII (a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com natureza do delito, a idade e o sexo do apenado), XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral) e LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

Em análise da infringência de preceitos fundamentais para cabimento do ADPF, a fim de verificar se e quais preceitos estariam sendo lesados, foram discutidos a violação à integridade física e moral dos custodiados no cárcere, destacando-se a atual situação existente quanto ao próprio sistema penitenciário brasileiro, a superlotação carcerária e a condição desumana de custódia. Na respectiva ação judicial foram apontadas falhas estruturais e falência de políticas públicas no processo e na atividade desenvolvida pelos atores responsáveis pela execução penal, fato esse que evidencia de forma clara a omissão estatal no que atine ao descumprimento do dever legal de cumprimento da lei de execução penal, tratados internacionais de direitos humanos e a própria constituição brasileira de 1988. Todo esse contexto jurídico ilustra reiteradas ilicitudes praticadas por condutas omissivas e comissivas do Estado, fundamento essencial para justificar sua responsabilidade civil no âmbito individual e coletivo, conforme será demonstrado a seguir.

Breves considerações sobre dano moral e os critérios jurídico-rationais de quantificação.

O estudo do dano moral no contexto da presente pesquisa se faz necessário para evidenciar a responsabilidade civil do Estado no que atine à violação de direitos dos detentos, especialmente a ofensa a dignidade humana e aos demais direitos fundamentais intrínsecos à execução penal.

“A Constituição da República refere-se ao dano moral no artigo 5., [...] inciso X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação)” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 260). Nessa mesma

perspectiva é importante ressaltar que “a Constituição Federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando, no inciso V, do artigo 5., ao ofendido total reparabilidade em virtude dos prejuízos sofridos” (MORAES, 2012, p. 50).

O legislador constituinte trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, de onde surge a tutela fundamental dos direitos da personalidade, materializada no art. 5º, inciso X, ao dispor que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantindo-se o direito a indenização (reparação) pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

Em que pese a diversidade de conceitos de dano moral, mostra-se mais lúcida aquela que demonstra que o dano está intrinsecamente ligado à noção de grave violação aos direitos da personalidade, arraigados no princípio da dignidade da pessoa humana. “Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização, inclusive em relação aos danos estéticos” (MORAES, 2012, p. 50).

“O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (CC, art. 52, Súmula 227 do STJ) provocado pelo fato lesivo”. Ou seja, “qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério de distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito [...]” (DINIZ, 2008, p. 89).

No mesmo sentido, verifica-se que “em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p. 61-62).

Pactuando desse entendimento Sílvio de Salvo Venosa afirma que “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade.” (VENOSA, 2005, p. 47). “O dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana”. Desse forma, “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 83).

Sob a ótica da autora Maria Helena Diniz, “O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria

imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família)” (DINIZ, 2004, p. 93).

Maria Celina Bodin de Moraes complementa dizendo que “constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. (MORAES, 2003, p. 237).

Logo, fica evidenciada a preocupação da Constituição Federal em resguardar a incolumidade moral dos integrantes da sociedade, na medida em que se garante a inviolabilidade da honra e de outros direitos personalíssimos como cláusula pétrea.

No que se refere a quantificação da compensação dos danos morais, cumpre destacar que não existe uma tarifação ou até mesmo uma relação exata de equivalência, determinada pelo ordenamento jurídico ao julgador, quando provocado para resolver a lide que lhe trouxeram. Considerando-se que o dano moral se constitui na lesão aos interesses imateriais ou não patrimoniais da pessoa física ou jurídica, resultado do fato lesivo, sabe-se que sua quantificação se torna mais desafiadora ao julgador.

Utilizando-se de critérios racionais, baseado nas provas produzidas nos autos e na extensão da conduta ilícita na vida da vítima, o julgador buscará elementos para compensar ou reparar os prejuízos sofridos. A quantificação pautada em valor evidentemente desproporcional às peculiaridades do caso concreto poderá inviabilizar o seu caráter pedagógico-compensatório, além de possibilitar o enriquecimento sem causa. “Desta feita, na reparação do dano moral, é mister que o julgador examine cada caso, [...] cotejando os elementos probatórios e analisando as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou a compensação não-econômica à pecuniária, sempre que possível, ou se não houver riscos de novos danos” (AMARAL, 2007).

Na visão de Clayton Reis, ainda que não existam parâmetros legais fixados, pois a melhor alternativa é confiar no discernimento racional do juiz, para a fixação do *quantum* indenizatório. Até porque, o juiz, no seu *munus* diário de sentenciar e valer-se dos elementos aleatórios que o processo lhe oferece e, ainda, valendo-se do seu bom senso e sentido de equidade, é quem estabelece o cumprimento da lei, buscando sempre recriar uma estabilidade social, abalada pela prática do ato. (REIS, 2001).

Sob a ótica do processo constitucional democrático, o julgador não pode ser a fonte primária, universal e soberana do direito. Concentrar nas mãos do julgador o amplo e irrestrito de decidir o caso concreto e quantificar o dano moral de acordo com sua experiência em julgar constitui uma forma de privilegiar o protagonismo e a discricionariedade jurisdicional. “O drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores”. Ou seja, “o poder discricionário propicia a criação do próprio objeto de conhecimento, típica manifestação do positivismo”. Nesse sentido, “a razão humana passa a ser a fonte iluminadora do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade”, haja vista que “as coisas são reduzidas aos nossos conceitos e

às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista” (STRECK, 2012, p. 93-94).

A construção do provimento final que tem como objeto a quantificação do dano moral deve ser discursiva, dialógica, já que todos os argumentos racionais, pontos controversos levantados e provas produzidas pelas partes interessadas deverão ser analisados jurídico-constitucionalmente pelo julgador. “Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade” (LEAL, 2002, p. 105).

“A persuasão do juiz, no Estado Democrático de Direito, é construída pelos critérios que a lei estabelece para seu autoconvencimento ante os fatos e atos examinados”. Dessa forma, “o julgador não pode decidir, assumindo o papel paternalista ou do magister em juízos de desvinculada subjetividade” (LEAL, 2009, p. 123). “A importância do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais é demonstrada ao se constatar sua recepção em enunciados normativos expressos nos ordenamentos jurídicos modernos, quer no plano constitucional, quer no plano infraconstitucional”. Por isso, impõe-se “aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando a afastar o arbítrio judicial, caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões” (DIAS, 2010, p. 125-126).

Fator importante para o magistrado é a prova da dimensão do dano, uma vez que a extensão do dano é fator fundamental para a análise da quantificação da reparação. Não é preciso que o magistrado entre na mente da vítima, a fim de entender o seu sofrimento, para determinar o dano sofrido. Sob a perspectiva do processo constitucional democrático, deverá o magistrado se utilizar de critérios racionais, superar a metajuridicidade e o solipsismo para, assim, construir de forma participada o mérito processual. “O mérito processual deverá refletir todo esse debate processual realizado entre os interessados e os legitimados ao provimento”, haja vista que o magistrado ficará obrigado “a se manifestar, de forma juridicamente fundamentada, sobre todas as proposições e os questionamentos propostos pelas partes ao longo do procedimento” (COSTA, 2012, p. 268).

Contudo, como salienta Cavalieri Filho, é por demais imbricado para a parte comprovar a lesão sofrida e o quanto seu estado psíquico foi afetado em razão do ato:

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais [...] neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao

lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 108).

No contexto do presente estudo, em que se propõe a análise dos danos causados pelo Estado em relação aos indivíduos inseridos no sistema prisional, faz-se importante analisar a dimensão dos direitos a eles garantidos, como também da natureza das violações para se permitir a compreensão das implicações envolvidas na mercantilização de direitos fundamentais e a responsabilização civil do Estado mediante os critérios jurídicos de quantificação adotados para a indenização.

O dano moral causado pelo Estado em desfavor dos encarcerados constitui importante debate a ser realizado no âmbito acadêmico, considerando-se que materializa a oportunidade de evidenciar aporias, problematizar questões teóricas de desdobramentos no âmbito da *práxis*, além de viabilizar a apresentação de propostas para minimizar essa constante e frequente violação de direitos fundamentais que atinge diretamente a dignidade humana. Para isso, o estudo das garantias e direitos dos detentos previstos na lei de execuções penais se torna essencial ao aprofundamento crítico do estudo proposto.

Das garantias e direitos da lei de execução penal

A execução penal é atividade complexa que inclui direitos e deveres do Estado e do executado. As atividades que envolvem a execução penal são determinadas em lei e buscam estabelecer uma espécie de “código de postura carcerária”. (MARCÃO, 2015).

“As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso, estão previstos em diversos estatutos legais”. Nessa perspectiva, ressalta-se que “em nível mundial existem várias convenções, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a proteção das garantias do homem preso”. Já no âmbito interno, “existem ainda em legislação específica a Lei de Execução Penal, os incisos I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer da execução penal” (ASSIS, 2007, p. 75).

A realidade vivenciada pelos encarcerados atualmente no Brasil retrata uma constante violação de direitos fundamentais e humanos dos detentos. “A superlotação das celas, sua precariedade e insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e contágio de doenças”. Cria-se um ambiente excessivamente nocivo à dignidade humana, considerando-se que “todos esses fatores estruturais, como também a má-alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão fazem com que o preso que ali adentrou numa condição sadia de lá não saia sem ser acometido de uma

doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas” (ASSIS, 2007, p. 75).

O advento da lei de execução penal na década de 80 possuiu um duplo sentido: “de um lado, o alarme em torno do aumento da criminalidade e, de outro, a constatação de que a pena-prisão, enquanto reação penal por excelência, estava falida, havendo necessidade de se intervir junto ao sistema penitenciário, quer “humanizando” a prisão, quer lhe propondo novas alternativas” (FRY; CARRARA, 1985). Verifica-se a partir de pesquisa desenvolvida há mais de trinta anos, anteriormente ao advento da constituição brasileira de 1988, que a problemática da dignidade humana do detento encarcerado já constituía objeto de debate na academia, haja vista que a postura do Estado brasileiro sempre foi de profunda omissão.

Tal reflexão levantada deixa ainda mais em evidência que mesmo com o advento da constituição brasileira de 1988, referencial interpretativo da lei de execução penal, o problema da indignidade do detento brasileiro não foi efetivamente enfrentado. Tal constatação vem reforçar o entendimento científico de que a norma jurídica por si só não é instrumento que viabiliza com efetividade a proteção integral da pessoa humana. Se o Estado ignora a norma e coisifica a pessoa humana dos detentos continua existindo a retroalimentação de um sistema de violação de direitos humanos.

Tanto na Constituição da República como nas normas infraconstitucionais são estabelecidas garantias aos detentos, cujo objetivo é proteger direitos básicos daqueles que estão sob a responsabilidade estatal. Assim, a execução penal no Estado Democrático de Direito busca observar estritamente os limites da lei e do necessário ao cumprimento da pena e da medida de segurança. Tudo que excede os limites mínimos previstos contraria direitos e mostra-se ilegal, como se extrai da lei 7210/84. (BRASIL, 1984, *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*).

O rol do art. 41 da mencionada Lei de Execução Penal é vasto, porém apenas exemplificativo. Nele estão previstos os direitos do preso, ainda que de forma não absoluta, sendo indicativo dos direitos da pessoa humana, mesmo daquela que se encontra presa e submetida a determinadas restrições. Portanto, a interpretação deverá ser a mais ampla possível, com vistas à proteção de direitos fundamentais e da dignidade humana. É preciso existir coerência e lógica na interpretação das regras proibitivas, quer seja para impedir ou permitir a prática de determinada conduta.

O grande desafio enfrentado pela sociedade e Estado brasileiro é assegurar ao detento uma execução penal digna. A norma legal em si não assegura a dignidade do detento. Sua aplicabilidade e interpretação, utilizando-se como referencial o texto da constituição brasileira vigente é o primeiro passo para proteger integralmente a pessoa humana dos encarcerados. Para isso, o planejamento e a execução de políticas públicas que assegurem o cumprimento da pena voltado ao ideal da ressocialização constitui a forma mais legítima de prevenir danos e, assim, evitar indenizações.

O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisa Inconstitucional é uma teoria desenvolvida no seio da Corte Constitucional Colombiana, definida pela reiterada inércia dos poderes públicos em relação a violações de direitos fundamentais. O estudo do presente tema no contexto da pesquisa ora desenvolvida justifica-se em razão da necessidade de compreender o objeto proposto sob a ótica de que somente é possível reconhecer o dever de o Estado indenizar civilmente detentos quando verificada a violação dos direitos fundamentais e direito humanos expressamente previstos no plano constituinte, instituinte e infraconstitucional.

O direito à indenização decorre da comprovada omissão estatal que tem como consequência a violação de direitos fundamentais. Nesse sentido, torna-se relevante o entendimento da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, proposto pela Corte Constitucional Colombiana:

[...] entre os fatores considerados pelo tribunal para definir a existência do estado de coisas inconstitucional, destacam-se: a) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; c) **a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos**; d) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; e) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, 2004) (grifo nosso)

Para o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional é necessário que as violações tenham o potencial de atingir um número razoável de indivíduos. Além disso, deve haver uma falha estrutural do Estado, que implique violação sistemática e reiterada de direitos.

No contexto da temática ora debatida, verifica-se pertinente a aplicabilidade da respectiva teoria no momento em que o Estado brasileiro é omissor quanto à adoção de medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais no sentido de assegurar a dignidade humana dos detentos e, assim, evitar a ocorrência de danos passíveis de indenização.

“O Estado de Coisa Inconstitucional funciona como a senha de acesso da corte à tutela estrutural: reconhecido o Estado de Coisa Inconstitucional, a corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que o congresso e o executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária” (STRECK, 2015, p. 2).

Com o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional a corte passa a expedir remédios para órgãos estatais visando ações para enfrentar e superar as situações de supressões e violações graves dos direitos fundamentais garantidos ao homem, como observa Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. (CAMPOS, 2015)

É sabido que o atual cenário vivenciado pelo sistema penitenciário brasileiro se constitui em evidente violação maciça de direitos fundamentais dos detentos, fato esse que legitima a intervenção do judiciário no sentido de formular políticas públicas que exijam do executivo e legislativo a adoção de medidas que impliquem em alocações de recursos públicos hábeis a superar o estado de coisa inconstitucional vigente.

No caso da Colômbia foi possível observar a declaração de existência do Estado de Coisa Inconstitucional em dois momentos. O primeiro foi no caso dos professores que tiveram direitos previdenciários recusados. O segundo no caso das pessoas que foram deslocadas de suas residências de forma forçada:

Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997”, emanada pela Corte Constitucional de Colômbia. Na ocasião, diversos professores tiveram benefícios previdenciários recusados, e a Corte constatou que esse descumprimento era generalizado, falha essa que não seria atribuída a apenas um responsável estatal, mas sim a toda a estrutura do país, diante da deficiência na política educacional (2015). Nessa ocasião, a Corte Constitucional, “ao declarar o ECI, procurou beneficiar todos aqueles em situações similares, dirigindo ordens em face de todas as autoridades públicas cujas ações seriam necessárias para corrigir as falhas sistêmicas e estruturais.[...] Na Sentencia T – 025, de 2004, a CCC examinou, de uma vez, 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maior parte dessa população era composta por vulneráveis como mulheres cabeças de família, menores, minorias étnicas e idosos. Argumentaram que os direitos à moradia, saúde, educação e trabalho eram absolutamente inexistentes, carecendo as vítimas do mínimo para sobreviver. A Corte conclui estarem presentes os principais fatores que caracterizam o ECI: a permanente e massiva violação de direitos fundamentais, a omissão de diferentes atores estatais que tanto implica essa violação como a mantém, o envolvimento de um número elevado de pessoas afetadas e a necessidade de a solução ser alcançada pela ação conjunta e coordenada de vários órgãos. [...] Sem exercer diretamente as competências desses poderes, a CCC: declarou o ECI; exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficientes para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos. [...] A manutenção da jurisdição sobre o caso fez toda a diferença[...]. (CAMPOS, 2015)

O Estado de Coisa Inconstitucional é caracterizado mediante a supressão de direitos fundamentais, o que foi constatado na ADPF 347/2015 diante do quadro avançado das inconstitucionalidades decorrentes do sistema penitenciário brasileiro. Na respectiva arguição de descumprimento de preceito fundamental o judiciário brasileiro posicionou-se no sentido de reconhecer claramente a omissão estatal, cuja consequência é a supressão de direitos fundamentais dos detentos. O posicionamento do judiciário nesse contexto é exigir do executivo e

legislativo postura ativa no que tange ao planejamento orçamentário e execução de medidas que viessem a reconhecer e a garantir a dignidade dos detentos no sistema carcerário. Tal decisão tem significativa importância para fundamentar as pretensões indenizatórias dos detentos e suas famílias em face do Estado brasileiro, já que deixa claro sob o ponto de vista jurisdicional as reiteradas condutas omissivas e contrárias aos direitos fundamentais dos encarcerados no Brasil.

Direitos fundamentais coletivos e individuais

Os direitos fundamentais são liberdades positivas e negativas de observância obrigatória no Estado Democrático de Direito, com vista a garantir condições dignas aos hipossuficientes e hipervulneráveis, em cuja categoria se insere os presos submetidos ao regime prisional brasileiro. “O direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade” (TORRES, 1989, p. 32).

A implementação dos direitos fundamentais é pressuposto inerente do Estado Democrático, considerando-se que “Estado de Direito requer exercício permanente de cidadania (princípio republicano) e da democracia, entendido como parceria”, ou seja, “o princípio do Estado de Direito exige a afirmação, defesa e realização dos direitos fundamentais” (OMMATI, 2018, p. 15).

Nesse contexto teórico-propositivo verifica-se que a constituição democrática “que visa a garantir a igualdade e a liberdade, só pode ser fruto de um poder constituinte originário democrático, aberto, que dê vazão à pluralidade das formas de vida de uma sociedade que é plural, aberta, sujeita a modificações” (OMMATI, 2018, p. 37).

Ademais, o direito de buscar a prestação jurisdicional do Estado não se restringe ao caráter puramente individualista, uma vez que o direito constitucional pós-positivista, compreendendo a nova *summadivisio* constitucionalizada do direito coletivo e direito individual, impõe a revisitação dos institutos jurídicos e a ressignificação dos compromissos do Estado frente à implementação de políticas públicas voltadas à garantia e efetivação de direitos fundamentais individuais e metaindividuais. Dessa forma, sabe-se que no âmbito da presente pesquisa pode-se afirmar que constitui dever do Estado brasileiro assegurar o exercício e gozo dos direitos fundamentais dos detentos tanto sob o ponto de vista individual quanto transindividual, oferecendo condições minimamente dignas ao cumprimento da pena.

A Constituição como um sistema aberto de princípios comporta valores de espécies múltiplas e reconhece a não limitação e proteção jurídica do direito material coletivo. É nessa perspectiva que se poder afirmar que danos de dimensão coletiva afetam direitos fundamentais coletivos, a exemplo dos grupos de vulneráveis no

qual se situam os encarcerados, justificando-se tutelas jurisdicionais em face de condutas estatais comissivas/omissivas, como se observa na pesquisa com análise de decisões que impõe obrigação de fazer à administração pública, visando a realização de obras emergenciais em presídios, construções de novas penitenciárias e abertura de mais vagas, como também sentenças que privilegiam o abrandamento de pena e/ou colocação em liberdade antecipadamente e ainda a retribuição pecuniária.

A análise do objeto da pesquisa sob o viés dos direitos fundamentais dos encarcerados se condiciona ao estudo do tema sob o olhar coletivo e individual de tais direitos, considerados essenciais à proteção jurídica integral da pessoa humana, que não deve ser vista como coisa, mas, sim, como sujeito de direitos que merecem iguais proteções no âmbito do exercício daqueles direitos constitucionalmente previstos.

As obrigações de dar, fazer/não fazer e pagar quantia impostas ao poder público

Constatando-se não haver respostas específicas e pontuais para a aplicabilidade da teoria do estado de coisa inconstitucional no Brasil, haja vista a generalizada situação resultante da ineficácia da prestação de direitos fundamentais no sistema penitenciário, volta-se para a aplicação de velhas fórmulas de composição de conflitos, hoje ampliada ao que se denomina de ativismo judicial, considerado um meio de legitimar a aplicabilidade dos direitos fundamentais e observância da dignidade humana dos detentos.

Nesse debate se acha acrescido um novo ingrediente que é a inaptidão funcional dos órgãos jurisdicionais para a ação substitutiva de implantação de políticas públicas, cujas objeções são apontadas em dois eixos principais: o déficit democrático do judiciário em relação à representatividade e o déficit funcional do judiciário para o controle e redirecionamento das políticas públicas. A omissão estatal quanto à implementação de políticas públicas voltadas à proteção dos direitos fundamentais dos encarcerados legitima a intervenção jurisdicional como mecanismo de prevenção e repressão de tais violações.

O primeiro entrave restou vencido superando-se os argumentos de que somente o voto pudesse legitimar o agir do poder, admitindo-se o trabalho técnico e independente, associado à motivação das decisões – denominado de representação argumentativa. Já o segundo embate, por tratar-se do aspecto operacional, ao que se denomina de *déficit de expertise*, guarda temas a serem ainda equacionados, a exemplo do caráter de generalidade aos beneficiários dos direitos fundamentais, que envolve o monitoramento de métodos e programas de ação estatal, cuja fragilidade operacional ainda enfrenta dificuldades na sua superação.

No Estado Democrático de Direito constitui dever do executivo e legislativo planejar, instituir, executar e oferecer condições dignas de cumprimento de pena aos encarcerados. Em caso de omissão estatal ou ineficiência na execução da respectiva política pública, o judiciário terá legitimidade de impor à administração pública

obrigações de fazer ou não fazer no que atine aos meios necessários a viabilizar a execução da pena em conformidade com a lei de execução penal e o princípio da dignidade humana.

Traçando um panorama dos precedentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca das obrigações de dar, fazer/não fazer e pagar quantia, pode-se observar a construção jurisprudencial para fazer frente ao estado de coisa inconstitucional, iniciando os estudos pela análise do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral – Tema 220 -RE 592.581/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowsky – Sessão Plenária de 13 de agosto de 2015, na qual se destaca:

Repercussão Geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. Inadmissibilidade. Preceitos que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata. Intervenção judicial que se mostra necessária e adequada para preservar o valor fundamental da pessoa humana. Observância, ademais, do postulado da inafastabilidade da jurisdição. Recurso conhecido e provido para manter a sentença cassada pelo tribunal. I - 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. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.(BRASIL, *Supremo Tribunal Federal* – Recurso Extraordinário 592.581/RS, 2015).

Ainda nessa perspectiva, com vistas à compensação à violação de direitos humanos de envergadura irreparáveis, surgem novas decisões que privilegiam o abrandamento da pena diante da falta de vagas em estabelecimento penitenciário, como se evidencia pelo exame do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral – Tema 423 -RE 641.320/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes – Sessão Plenária de 11 de maio de 2016 do qual se destaca:

[...] Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos[...].(BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral – Tema 423-RE 641.320/RS 2016).

As decisões supramencionadas demonstram a indispensabilidade de intervenção do judiciário em razão

da omissão do executivo, reconhecendo-se que a sequencia de tais omissões caracteriza uma forma de coisificação dos detentos, face às constantes e evidentes violações de direitos fundamentais, ausência de condições dignas de cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais, ineficiência no acompanhamento individualizado no cumprimento da pena.

Diante do déficit funcional do judiciário quanto à implantação de políticas públicas voltadas aos encarcerados, são recorrentes as tutelas repressivas individuais em face de violação de direitos fundamentais por parte do Estado para a compensação mediante retribuição pecuniária, como se verifica no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral – Tema 365-RE 580.252/MS, Relator Ministro Teori Zavascky – Sessão Plenária de 16 de fevereiro de 2017:

O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios, como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional. [...] Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação.[...] (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral – Tema 365-RE 580.252/MS 2017*).

Decisões judiciais condenando o Estado a reparar detentos em razão de violações dos direitos fundamentais no sistema prisional confirma as proposições ora levantadas, de que o poder público é omissivo, ineficiente na implementação de políticas públicas referentes ao cumprimento da pena privativa de liberdade, fato esse que robustece ainda mais as afirmações de que a reparação desses danos somente se torna viável em razão de condutas ilícitas omissivas praticadas pelo Estado no âmbito da execução penal.

Como se destaca, as tutelas reparatórias individuais se mostram apequenadas diante da violação maciça de direitos humanos. Nesse contexto, as ações coletivas, seja pelo processo coletivo comum ou especial, permite a garantia de direitos de um conjunto de pessoas com interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos e, ainda, interesses individuais indisponíveis. Ou seja, o processo coletivo é visto como um espaço de amplo debate jurídico voltado à proteção dos direitos fundamentais dos detentos, permitindo-se a exigibilidade do Estado

implementar políticas públicas voltadas à observância de tais direitos, fato esse indispensável à dignidade humana dos encarcerados. Pensar o tema em questão apenas sob a ótica individual é uma forma de minimizar o problema existente, concentrar as reflexões no âmbito reparatorio, sem permitir um enfrentamento mais direto do fenômeno sócio jurídico da violação dos direitos humanos dos apenados.

Posto isso, tem-se que as ações constitucionais de proteção de direitos individuais são ferramentas jurídicas que devem evoluir e passar a dialogar com as demais ações constitucionais coletivas, com o fim de prevenir a propositura de milhares de ações objetivando a reparações individuais em decorrência de lesão sofrida por toda uma coletividade, a exemplo da que foi manejada pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu-São Paulo/SPo “Habeas Corpus Coletivo em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal – HC 143.641/SP*).

Como se verifica, o *habeas corpus* coletivo alhures mencionado foi impetrado a favor de todas as mães encarceradas consideradas como uma coletividade definível e catalogável, expostas à violação de direitos fundamentais na execução da pena. Ademais, qualquer ramo do direito pode ser abordado sob a ótica do direito coletivo e, em sua dimensão substancial, qualquer violação aos direitos da dignidade da pessoa humana encarcerada são limitações ilegítimas que ferem o devido processo legal e apresentam-se como inconstitucionais, como bem foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário na ADPF 347/2015.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS A DETENTOS

Reconhecido o Estado de Coisa Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a questão da reparação dos eventuais danos suportados pelos indivíduos inseridos no sistema prisional brasileiro toma uma dimensão diferenciada, ademais quando coletivamente considerados. Com o mencionado reconhecimento, o Estado brasileiro passa a ser apontado como efetivo violador dos direitos fundamentais dos encarcerado. Nesse sentido, em havendo algum dano causado ao detento no interior das instituições prisionais, parece presumível a existência de nexos causal entre o dano e a omissão estatal, motivo esse que justifica a reparação como medida compensatório-pedagógica decorrente da conduta ilícita praticada.

Verificado o dano e sendo absolutamente provável o nexos causal em virtude da inércia do Estado, passa a haver uma massiva demanda de responsabilização do Estado, obrigado a reparar todos os detentos afetados diretamente no exercício de seus direitos fundamentais, seja no âmbito individual ou coletivo. Com a decisão de

decretação do Estado de Coisa Inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal confirmou que o Estado é ineficaz em garantir segurança daqueles que ali se encontram, reafirmando sua responsabilidade pelas consequências de sua ineficiência.

Nos casos de morte do detento, devem ser analisados diversos fatores. O primeiro deles é se o evento morte se deu por ação ou por omissão estatal. Isto porque, em caso de ação, como ocorreria, por exemplo, se fosse atingido por um tiro de arma de fogo do agente responsável pela guarda, a responsabilidade do Estado seria objetiva. Entretanto, se a morte ocorresse por uma omissão estatal relativamente a algum aspecto da segurança da instituição, a tendência seria se falar em responsabilidade subjetiva. Nesse caso, porém, não haveria a possibilidade de o Estado desviar do dever de reparar pois, em relação ao detento, por estar sob sua tutela, o Estado tem o dever de agir e sua responsabilização seria inafastável.

Sendo assim, verifica-se que o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional figura como prova contundente contra o Estado, reforçando ainda mais a certeza de que é dever do poder público reparar os danos que foram causados aos detentos.

Os critérios jurídicos para atribuição da responsabilidade estatal e a quantificação indenizatória

As decisões judiciais substitutivas que determinam condutas ao administrador não serão consideradas efetivas e legítimas se não vierem acompanhadas da indicação dos resultados que pretende alcançar, mesmo com uma visão alargada dos limites da jurisdição na proteção de direitos fundamentais. Ademais, a responsabilização estatal se vê esvaziada quando privilegia decisões condenatórias consubstanciadas em obrigações de pagar quantia em retribuição pecuniária às lesões a direitos fundamentais irreparáveis.

Verifica-se hesitação nos tribunais entre a determinação da obrigação de fazer ao ente público e a dificuldade de se identificar quais prioridades a atender diante do quadro de estado de coisa inconstitucional que se instalou nos presídios brasileiros. Dessa forma, pode-se afirmar que nem toda intervenção jurisdicional em sede da falência de políticas públicas penitenciárias representa progresso na efetividade dos direitos fundamentais, contendo sim um risco de regressividade, pois trazem sempre inclusões e exclusões de direitos, como também reparações indenizatórias descontextualizadas da gravidade na ofensa à dignidade da pessoa humana.

Somado a essa realidade, tem-se ainda por nefasto e danoso à proteção da pessoa humana e à jurisdição os riscos da substituição de direitos fundamentais pelo correspondente pecuniário ao que denominam mercantilização de direitos fundamentais.

Definir critérios para responsabilização pelo estado de coisa inconstitucional, traçar e definir estratégias

para enfrentá-lo e assegurar direitos fundamentais, exige deliberação política por meio de um controle jurisdicional político responsável, sintonizado entre o balanceamento a ser realizado entre a universalização de direitos e o seu correspondente financiamento, acrescido da necessária consciência das repercussões sociais, econômicas e políticas a atuação nessa seara.

Em tempos de sociedade de risco a mediação e a ponderação se apresentam como parâmetros a delimitar a tomada de decisão, devendo ser incorporado a consensualidade no controle jurisdicional da atuação estatal para fins de atribuição de responsabilidade e a consequente quantificação indenizatória para reparação de danos, que se frise são irreparáveis.

É certo que a afirmação por si só da indisponibilidade de recursos financeiros para fazer face ao estado de coisa inconstitucional diante da multiplicação de violação a direitos humanos não encontra ressonância no judiciário, sendo rechaçada quando se trata da proteção ao mínimo existencial para a preservação da vida e da dignidade humana, bens esses não restringidos pela reprimenda penal imposta pelo Estado e, desta forma, não há que se permitir a apuração de quanto vale uma vida no sistema prisional brasileiro, ou mesmo a retribuição pecuniária diante de lesões aviltantes impingidas ao ser humano no cárcere. Nesse sentido é o que preleciona Vanice Regina Lírio do Vale:

Resta igualmente evidente o risco de uma proteção jurisdicional mais afoita, em que, à míngua de uma visão mais clara e imediata de qual seja o provimento jurisdicional efetivamente apto a conferir efetividade ao direito fundamental em jogo, aplica-se a velha fórmula processual segundo a qual, inviabilizada a entrega da prestação devida *in natura*, dá-se a sua substituição por prestação pecuniária. Esse parece ser o maior potencial regressivo da intervenção judicial controladora de políticas públicas, onde o bem ou o serviço tido pela constituição como diretamente relacionado à preservação da dignidade da pessoa, se tem por substituído por prestação pecuniária - que normalmente será fixada em proporções modestas, eis que o julgador tem por presente em algum canto da memória, os riscos do efeito multiplicador dessa estratégia. A substituição de direitos fundamentais pelo correspondente pecuniário - já denominada em outro trabalho como mercantilização de direitos fundamentais? - é danosa à proteção à pessoa, e à jurisdição, eis que ela se apresenta como verdadeira representação pacificadora ao julgador, que "tendo entregue alguma coisa", se vê de alguma forma tranquilizado quanto ao suposto exercício de seu mister. (VALLE, 2016, p. 156).

Como se verifica, ainda se tem um caminho longo a perseguir, a fim de assegurar a efetivação de direitos fundamentais no sistema penal brasileiro, com a consequente responsabilidade estatal. Ressalta-se, contudo, que somente pela via democrática e com diálogo permanente, aberto a correção de erros e rumos que se permitirá o aprimoramento das ações e das instituições, tudo isso com o fim de se evitar a substituição da dignidade humana pela retribuição pecuniária. Diante da constante omissão estatal, a compensação pecuniária, regida pelos parâmetros compensatórios e pedagógicos de quantificação do dano moral, torna-se medida necessária, haja vista que dessa forma o apenado terá condições minimamente dignas de exigir a implementação daqueles direitos fundamentais expressamente previstos no plano constituinte e instituinte, corolários da dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção jurídica das pessoas condenadas a penas privativas de liberdade decorre da interpretação sistemático-constitucionalizada da lei de execução penal, cujo referencial teórico central encontra-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, caberá ao Estado implementar políticas públicas que viabilizem a ampla e integral proteção jurídica dos encarcerados, ressaltando-se que condutas ilícitas omissivas estatais terão como consequência a responsabilidade jurídica no âmbito civil.

No momento em que o Estado se omite e deixa de assegurar a proteção da integridade física, moral e psicológica dos detentos, em razão da manutenção de um sistema penitenciário que reproduz violência e coisifica pessoas, surge a pretensão jurídico-indenizatória. A condenação do Estado a indenizar individualmente detentos por danos morais é uma forma de compensar monetariamente os prejuízos sofridos em razão da ofensa aos direitos fundamentais e direitos humanos.

A intervenção do judiciário justifica-se no sentido de viabilizar a proteção de pretensões individuais e coletivas decorrentes da omissão estatal em garantir a proteção integral da pessoa humana no sistema penitenciário brasileiro. A responsabilidade jurídica estatal no âmbito individual tem natureza compensatório-pedagógica, já que a monetarização advinda dessas condenações é uma forma de minimizar, mas não resolver, o atual cenário que indignifica a pessoa condenada. No mesmo sentido, destaca-se a importância da atuação do judiciário em reconhecer a omissão estatal e determinar que o executivo implemente políticas públicas voltadas a institucionalizar um sistema penitenciário menos lesivo e violento aos direitos daqueles que cumprem pena privativa de liberdade.

A Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional constitui referencial teórico importante para o entendimento sistemático do tema, considerando-se que sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal reforça o entendimento e a afirmação de que o atual sistema de cumprimento de penas é um espaço que legitima reiteradas violações de direitos humanos. A obrigatoriedade de implementação de políticas públicas pelo Estado decorre de dever legal e constitucional, enfatizando-se que em razão de sua omissão obriga-se que os detentos convivam com tais violações de direitos e busquem perante o judiciário a compensação dos danos por eles sofridos.

Com a pesquisa realizada foi possível observar que a importação da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional possui repercussões no cenário jurídico brasileiro, no tocante a responsabilização do Estado em razão de danos causados a detentos. Essa teoria, cuja gênese se deu na Colômbia, com posterior importação para ao direito brasileiro, considera inconstitucional o tratamento dos indivíduos como coisas, mediante o

cometimento reiterado de graves violações a direitos fundamentais.

Verificando-se ser o caso de reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional, o próprio Tribunal que o reconheceu passa a emitir decisões que obrigam o poder público a tomar atitudes para a solução dos problemas encontrados, consubstanciando em obrigações de dar, fazer/não fazer e pagar quantia. Ocorrendo lesão ao detento, haverá o dever de o Estado reparar. Isso ocorre porque o poder público assume a responsabilidade pelo detento quando, pela força, determina a privação da sua liberdade. Nesse sentido, tanto em razão de ação ou omissão o Estado há de retribuir em compensação financeira ou em outras ações os danos provocados à dignidade humana.

A preocupação que se instala é com o risco da regressividade na proteção de direitos fundamentais, em face da linha de evolução da prática decisionista do poder judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, apontando-se para cuidados que devem ser adotados para que a prática jurisdicional não contribua mais para a inefetividade dos direitos fundamentais e menos para a garantia desses direitos.

É dever da administração pública agir a partir da diagnose responsável do problema, da exploração de alternativas de condutas e com a enunciação expressa da trajetória escolhida para a implantação e avaliação, sendo esse caminho o que melhor traduz um Estado de Direito e passível de sindicabilidade pelo poder judiciário. Assim, a busca da efetivação dos direitos fundamentais é o caminho a ser perseguido para preservação da linha cogente da determinação constitucional e se traduz no direito fundamental à administração eficiente e eficaz e a um judiciário responsável e comprometido.

As decisões judiciais e as ações administrativas devem ser progressivas e não regressivas. Deverá, sim, conciliar eficiência e valor, resultado em compromisso com os direitos fundamentais, de forma a otimizar uma visão relacional das múltiplas manifestações para a primazia dos direitos humanos, sem a necessidade da sua mercantilização.

Quando se tem todo um sistema que reproduz vegetativamente a violação de direitos humanos dos condenados e um Estado que continua na inércia, mesmo tendo conhecimento de todas essas violações, a compensação monetária passa a ser alternativa viável para não deixar de imputar ao ente estatal sua responsabilidade, destacando-se que tais condenações reparatorias são medidas paliativas, já que não garantem o enfrentamento direto do problema, e tampouco viabiliza uma proposta efetiva e real de solução. A extensão do dano na vida do apenado e de seus familiares; a comprovação da omissão estatal no que tange à observância da lei de execução penal e o princípio da dignidade humana; a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a conduta ilícita omissiva, são considerados os referenciais lógicos de fundamentação racional das decisões judiciais condenatórias do Estado a indenizar condenados e seus familiares em razão da violação de direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro.

THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE FOR THE VIOLATION OF DETENTION RIGHTS AND THE LEGAL CRITERIA OF THE INDEMNIFYING QUANTIFICATION

Abstract

The objective of this paper is to investigate the violation of the human and fundamental rights of prisoners serving sentences in the Brazilian penitentiary system and to demonstrate that due to repeated illicit acts of the State it becomes legally possible to condemn the state entity to compensate monetarily each prisoner injured in respect to their integrity and human dignity. The choice of theme is justified by its theoretical and practical relevance, since the applicability of the theory of the unconstitutional state by the Federal Supreme Court highlights the importance of judicial intervention in demanding from the executive the implementation of public policies. Individual claims that lead to the condemnation of the State the indemnification for moral damages constitutes palliative measures, of compensatory and pedagogic nature, because the problem itself is not directly faced. Through a theoretical-bibliographical and documentary research it was concluded that because of omissive illicit conduct contrary to human rights and fundamental rights, the State could be condemned to civilly repair detainees and / or their families, in proportion to the damage suffered, since the theory of the state of the unconstitutional thing is the theoretical reference capable to the confrontation of such problematic from the collective point of view.

Keywords: Civil liability of the State; State of unconstitutionality; Penitentiary system; Fundamental rights; Human rights.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Prisão ilegal: a responsabilidade civil do estado e o decorrente dever de indenizar pelos danos morais. Quantificação dos valores indenizatórios**, 2007. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13017-13018-1-PB.pdf>. Acesso em 20 maio 2018.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro, **REVISTA CEJ**, Brasília, ano

XI, n. 39, p. 74-78, out-dez., 2007. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/949>. Acesso em 20 maio 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **As bases principiológicas da responsabilidade do Estado**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 69, set/out 2011.

BORGES, Loester Ramires. **Responsabilidade Civil do Estado**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8039/Responsabilidade-civil-do-Estado>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 11 mar.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 347/DF, Pleno do STF, Julgado em 09/09/2015. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em 11 mar 2018.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 11 mar 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 11 mar. 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Revista Consultor Jurídico*, 1º set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-025/04. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

COSTA, Fabrício Veiga Costa. *MÉRITO PROCESSUAL – A formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DEPRÁ, Vinicius Oliveira Braz; VALER, Willian. *Estado de Coisa Inconstitucional: Uma discussão na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Paulo%20Henrique/Downloads/14239-9091-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *PROCESSO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 4.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade Civil do Estado. Responsabilidade Civil Contemporânea*

– Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **CURSO DE DIREITO CIVIL** – Responsabilidade Civil. 2.ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. **Revista de Direito Administrativo FGV**, v. 241, 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43326/44667>. Acesso em 19 maio 2018.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Responsabilidade patrimonial do Estado. **Curso prático de Direito Administrativo**. Coordenador Carlos Pintos Coelho Motta. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRY, Peter; CARRARA, Sérgio. **AS VICISSITUDES DO LIBERALISMO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 9º Encontro Anual da ANPOCS no Grupo de Trabalho "Direito e Sociedade", Águas de São Pedro, 22-25 de outubro de 1985. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_02/rbcs02_05.htm. Acesso em 20 maio 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **REVISTA CEJ**, v. 7, n. 23, p. 45-59, out.-dez., 2003. Disponível em <http://www.jfjus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/577/757>. Acesso em 19 maio 2018.

LEAL, André Cordeiro. **O CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **TEORIA GERAL DO PROCESSO** – Primeiros Estudos. 8.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo da FGV**, jan.-mar., 2002. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46913/44558>. Acesso em 19 maio 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. **TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. **UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Prisões Fechadas: prisões abertas**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1978.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIBEIRO, Tiago. **Sistema Penitenciário e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/sistema_penitenciario.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo FGV**, v. 202, 1995. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46614/46349>. Acesso em 19 maio 2018.

SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado. **Revista de Direito Administrativo FGV**, n. 219, p. 91-106, jan.-mar. 2000. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47497/45243>. Acesso em 19 maio 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O QUE É ISTO – DECIDO CONFORME MINHA CONSCIÊNCIA?** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **CONJUR – Consultor Jurídico**. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4117057/mod_resource/content/0/ConJur%20-%20Estado%20de%20Coisas%20Inconstitucional%20%C3%A9%20uma%20nova%20forma%20de%20ativismo.pdf. Acesso em 26 maio 2018.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 177, jul.-set. 1989, p. 29-49. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46113/44271>. Acesso em 26 maio 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

Trabalho enviado em 03 de julho de 2018

Aceito em 12 de janeiro de 2019