

JÉSSYCA LORRANE NUNES DIAS

**A EXECUÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS E
TRATADOS INTERNACIONAIS**

CURSO DE DIREITO - UniEVANGÉLICA

2018

JÉSSYCA LORRANE NUNES DIAS

**A EXECUÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS E
TRATADOS INTERNACIONAIS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mestre Leonardo Rodrigues de Souza.

ANÁPOLIS – 2018

JÉSSYCA LORRANE NUNES DIAS

**A EXECUÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS E
TRATADOS INTERNACIONAIS**

Anápolis, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

*À Deus, meu alicerce.
Aos meus pais, minha razão de viver.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus em primeiro lugar, por ter me conduzido até aqui, por ter guiado meus passos ao longo dessa trajetória, por me moldar durante esses 05 anos, por me capacitar, por me dar sabedoria e conhecimento e por sempre estar ao meu lado. Foram muitas lutas, batalhas e doenças enfrentadas, e durante todas elas sempre pude contar com o amparo e proteção d'Ele.

Agradeço a minha família pelo incentivo, pelo apoio incondicional e pelo estímulo que sempre injetaram em minha vida durante toda a minha Graduação. A minha mãe, por todo o apoio e por todos os anos de companheirismo, pelas palavras de estímulo, fé, coragem e principalmente pelo ombro amigo, que em todos os aspectos da minha vida mim consolou. Ao meu pai, por sempre acreditar no meu futuro, pelos conselhos transmitidos e por sempre estar ao meu lado para o que eu precisar. Agradeço, também, aos meus irmãos, pessoas mais que especiais para mim, anjos da guarda, pessoas de luz e de muita fé, a eles, a minha eterna gratidão por toda alegria.

Agradeço a todos os professores, por todos esses anos de ensinamento, conhecimento, pelas palavras de apoio, pelas histórias de superação, que me serviram de profunda inspiração. Em especial, ao meu orientador Leonardo Rodrigues de Souza, que mim acolheu de braços abertos, sempre mim encorajando e conduzindo os meus caminhos com toda paciência, dedicação e empenho durante toda a pesquisa. A ele, minha eterna gratidão e carinho. À banca examinadora, por fazerem parte desse momento tão importante em minha vida. Agradeço a todos os amigos conquistados durante esses anos da Graduação, obrigada a cada um, pela troca de conhecimento, pelos trabalhos realizados, pelas palavras de apoio, pelas conversas. Agradeço a todas as pessoas que fizeram parte de meus estágios.

Obrigada a Deus, aos meus pais, a minha família, aos meus professores, aos meus amigos que de muitas formas me incentivaram para que fosse possível a realização deste trabalho e a concretização desse sonho. Enfim, valeu a pena viver cada momento da Graduação, cada noite mal dormida, cada madrugada em claro estudando, cada olheira, cada lágrima derramada, cada obstáculo enfrentado. Valeu UniEvangélica pela qualidade de ensino e por proporcionar os melhores 05 anos da minha vida, ficará para sempre em minha memória.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.
(Albert Einstein)

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar a execução da pena no âmbito do sistema prisional brasileiro sob a ótica dos direitos humanos e tratados internacionais. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e análise basilar de posicionamento jurisprudencial dos tribunais de superposição, além de análise doutrinária. Está dividida didaticamente em três capítulos. Inicialmente, será abordada a execução da pena no sistema prisional brasileiro, de modo a compreender seu desenvolvimento e sua formação, evidenciando-se os princípios para sua interpretação, bem como os regimes de cumprimento de pena que são aplicados no Brasil. O segundo capítulo ocupa-se em analisar o “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) sob o enfoque da responsabilidade civil do Estado, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347/DF). Em seguida o texto aborda as espécies de responsabilidade civil do Estado, ressaltando a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, faz-se uma exposição acerca da responsabilidade do Estado na reparação pelos danos causados aos presos e às vítimas de crimes. Por fim, o terceiro capítulo trata dos direitos humanos dos presos e das vítimas de crimes, bem como os tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ao findar do estudo, conclui-se que a dignidade da pessoa humana é um dever do Estado que é assegurado pela Constituição Federal, tanto o preso como a vítima de um crime são detentores desse direito, pois os direitos humanos são direitos inalienáveis, assegurados a qualquer pessoa humana pelo simples fato de existir.

Palavras-chave: Execução Penal. Sistema Carcerário. Estado de Coisas Inconstitucional. Responsabilidade Civil do Estado. Direitos Humanos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CC – Código Civil

CCC – Corte Constitucional Colombiana

LEP – Lei de Execução Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - A EXECUÇÃO DA PENA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO SOB O VIÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	03
1.1 Execução da pena no sistema prisional brasileiro	03
1.1.1 Conceito e finalidade da pena para o Direito Penal e para a Lei de Execução Penal	03
1.1.2 Teorias sobre a Finalidade das Penas	04
1.1.3 Espécies de Penas	07
1.2 A execução penal no brasil, o objeto, a natureza e os princípios regentes	09
1.2.1 A Execução penal no Brasil	09
1.2.2 Objeto e objetivo da Lei de Execução Penal	10
1.2.3 Natureza jurídica da pena	11
1.2.4 Princípios regentes da pena	12
1.3 regimes de cumprimento de pena: considerações gerais	14
CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FALHAS OCORRIDAS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO	17
2.1 Crise do atual sistema prisional brasileiro: os réus-vítimas	17
2.1.1 Responsabilidade civil do Estado: aspectos gerais	18
2.1.2 Espécies de responsabilidade civil do Estado	19
2.1.3 Causas excludentes da responsabilidade	21
2.2 ADPF 347/DF: Estado de Coisas Inconstitucional	22
2.2.1 Considerações gerais	23

2.2.2 Breve histórico.....	24
2.2.3 ADPF 347/DF: Arguição de descumprimento de preceito fundamental	26
2.2.4 O Estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema prisional brasileiro	28
2.3 A Inconstitucionalidade e a transgressão de Direitos Fundamentais	31
2.4 A responsabilidade na reparação do dano	31
2.4.1 O dever de indenizar do Estado por falhas ocorridas dentro do sistema prisional brasileiro	32
CAPÍTULO III - DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS: DIREITOS DAS VÍTIMAS E DIREITO DOS PRESOS.....	35
3.1 Concepções doutrinárias acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.	36
3.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Projeto de Reforma da Lei de Execução Penal	41
3.3 Direitos Humanos dos Presos e das Vítimas de Crimes	43
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como ideia central analisar a execução da pena no âmbito do sistema prisional brasileiro sob a ótica dos direitos humanos e tratados internacionais. O seu objetivo é analisar o instituto denominado de Estado de Coisas Inconstitucional por meio da ADPF nº 347/DF, tendo como campo de estudo as graves violações ocorridas ao longo dos últimos anos no sistema prisional brasileiro. A pesquisa é realizada por meio da compilação bibliográfica, bem como da análise de jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro.

Este trabalho visa expor casos exibidos na mídia recentemente sobre as cadeias brasileiras, além de ressaltar também sobre a transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana diante os apenados e as vítimas de crimes. Por ser um tema bastante relevante e atualmente muito debatido em jornais, reportagens, convém aqui abordar questionamentos sobre os direitos das vítimas e a maneira com que os presos têm cumprido as suas penas, além de fazer menção sobre a responsabilidade civil do Estado em ambos os casos. Assim sendo, pondera-se que este trabalho foi sistematizado de forma didática, em três partes.

Trata-se, no Capítulo 1, da execução da pena no sistema prisional brasileiro sob o viés da Lei de Execução Penal, trazendo o conceito, finalidade e teorias aplicadas, bem como as espécies: as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direitos, multa e os regimes de cumprimento de penas do Brasil. Em seguida, o texto discorre sobre a execução penal no Brasil, o objeto, a natureza e os princípios regentes, insculpidos na legislação pátria e explicados nas doutrinas balizadas.

No Capítulo 2, trata-se do Estado de Coisas Inconstitucional por meio da liminar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347/DF) sob o enfoque da responsabilidade do Estado. Este capítulo tem por finalidade entender como o Ente Estatal tem tentado resolver o caos prisional e como a doutrina tem enxergado essa problemática, além de abordar a forma com

que tem ocorrido a responsabilidade civil do Estado na reparação pelos danos causados aos presos e às vítimas de crimes.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi reconhecido no Brasil, ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, considerando o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país. Considerando a verdadeira ineficiência do Estado no intuito de coibir a crescente onda de criminalidade e violência das últimas décadas, esse texto busca demonstrar os principais pressupostos para aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Destarte, será possível demonstrar a importância que tem o ECI como ferramenta na compreensão sobre a proteção de direitos fundamentais dos réus-vítimas do sistema carcerário. Por fim, faz-se uma exposição acerca da responsabilidade do Estado na reparação pelos danos causados aos presos e às vítimas de crimes.

No Capítulo 3, é feita uma análise sobre os direitos humanos dos presos e das vítimas de crimes. É primordial tentar compreender as principais características do princípio da dignidade da pessoa humana no que tange aos direitos humanos dos presos e das vítimas de crimes. Por fim, procurou-se ressaltar a importância dos direitos humanos no âmbito do atual sistema prisional brasileiro como regra a ser cumprida, bem como destacar às medidas adotadas pelo Poder Público no intuito de combater violações aos direitos fundamentais dos réus-vítimas.

A pesquisa desenvolvida espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão planteada, indicando observações emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema em relação ao caso concreto.

CAPÍTULO I – A EXECUÇÃO DA PENA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO SOB O VIÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O presente capítulo, inicialmente, fará uma breve abordagem do tema “A Execução da Pena no Sistema Prisional Brasileiro”. De início, necessário se faz conceituar o que é pena e quais as suas principais características dentro do ordenamento jurídico brasileiro, além de examinar suas espécies, finalidade e principais teorias. Em um segundo momento, o trabalho elucidará o objeto, a natureza da pena e os princípios, previstos tanto na Carta Magna, no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Ao final, será abordado sobre o regime de cumprimento de pena adotado pelo Brasil.

1.1 Execução da pena no sistema prisional brasileiro

Neste capítulo, tratar-se-ão de alguns aspectos extremamente importantes para o entendimento do tema proposto, como o conceito, a finalidade da pena e as teorias que subsidiam o instituto da pena e o sistema prisional como um todo.

1.1.1 Conceito e finalidade da pena para o Direito Penal e para a Lei de Execução Penal

Em seu livro *Direito Penal Esquematizado*, Cleber Masson (2011, p. 573) nos ensina que: “sanção penal é a resposta estatal, no exercício do *ius puniend* após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal”. De acordo com o Autor, sanção penal seria gênero, que comporta duas espécies: pena e medida de segurança.

A pena é apontada como uma das principais sanções penais impostas pelo Estado ao autor de uma infração penal. Para Jesus (2015, p. 563), pena seria “a sanção aflagrante imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Ressalta-se que uma vez aplicada a pena ao autor de uma conduta delituosa, tem início a execução penal, regida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 7.210/1984, a Lei de Execução Penal (LEP). Ela, a pena, é de fundamental importância na sociedade, de modo que possibilita a prevenção de outros crimes, seja do sujeito que cometeu uma conduta delituosa, seja de outras pessoas. Segundo Nucci (2015, p. 349), “é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.

Nesses termos, a pena é considerada uma necessidade social de sobrevivência, cuja imposição simboliza a retribuição pela prática do crime, objetivando-se a prevenção de outras infrações (NUCCI, 2015). Jesus (2015, p. 563) assevera que a pena: “apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. Tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações”. Portanto, no entendimento de Masson (2011, p. 635),

pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de um a infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.

A pena é um instituto que priva a pessoa de seu direito básico à liberdade, um dos mais importantes para o ser humano. A ideia é a de que, uma vez reclusa, a pessoa consegue ser readaptada para a vida em sociedade.

1.1.2 Teorias sobre a Finalidade das Penas

A pena é considerada um importante instrumento de proteção social dentro do Estado Democrático de Direito, pois restringe um bem jurídico e impõe um

castigo ao indivíduo que cometeu um ato ilícito como consequência da sua conduta delituosa, prevenindo assim a prática desenfreada de novas infrações penais por parte do indivíduo na sociedade. Assim, convém em um primeiro momento estudar quais as finalidades da pena para se adentrar no estudo de suas teorias, pois ambas as matérias estão intimamente ligadas. Dias aduz que:

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, a sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal. (1975, p. 43-44).

De acordo com o célebre Autor, pode-se dizer que as teorias inerentes aos fins da pena relacionam-se com a própria origem do Direito Penal. Para a teoria absoluta ou retributiva (de retribuição ou retribucionista), a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. Neste mesmo sentido, Paschoal nos ensina que o crime é um mal, devendo ser retribuído com outro mal, o que demonstra claramente a ideia apregoada pela Lei de Talião “olho por olho” e “dente por dente”:

A teoria que vislumbra na pena função retributiva parte do pressuposto de que o crime é um mal, devendo ser retribuído (pago) com outro mal, que é a pena. Trata-se de uma teoria que poderia ser reputada mesquinha, na medida em que põe o Estado na condição de vingador. Por isso, muitos autores ficam constrangidos em assumir que a pena tem uma finalidade retributiva. (2015, p. 89)

A pena, de acordo com essa teoria, não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma (SILVA, 2001). Ou seja, para essa teoria, a pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (CAPEZ, 2011).

Já para a teoria relativa ou preventiva, a sanção penal tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção contra o

crime é de suma importância para a sociedade, pois é esse instituto que garante a paz social. Afinal de contas, a ação do Estado pode coibir, ou seja, atuar de modo repressivo, ou prevenir, atuar de modo educativo. É o que disserta Nucci (2015, p. 563), nos seguintes termos, ao afirmar que o caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos:

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Assim, ninguém pode negar que a pena é um mal que se impõe como consequência de um delito. A pena é, sem dúvida, um castigo. Nesse sentido, Nucci (2015) afirma que aqui não valem eufemismos, e também a teoria preventiva deve começar a reconhecer o caráter de castigo da pena. Assim, acredita-se na finalidade multifacetada da pena, sem que se possa excluir qualquer aspecto, desde a retribuição até os diversos prismas da prevenção.

Por fim, pode-se dizer que a terceira teoria, conhecida como teoria mista (também chamada de teoria eclética, intermediária, conciliatória ou unitária), surgiu da combinação entre as duas primeiras teorias. Para Bitencourt (2015, p. 155), “as teorias mistas, também denominadas por ele como unificadoras, buscam um único conceito de pena, retribuição do delito cometido, e a prevenção geral e especial”. E o Autor ainda continua:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena (2015, p. 155).

Segundo Nucci (2015, p. 350), a retribuição é uma realidade advinda da imposição da pena, reconhecidamente aflitiva, mas esse mal não representa, em si

mesma, a realização de justiça. Cuida-se da forma civilizada de se aplicar a sanção penal a quem infringe a lei, evitando-se a vingança privada e assegurando-se a prevalência do monopólio estatal de punição. Após a reforma de 1984, foi a teoria acolhida pelo Código Penal. Dispõe o artigo 59 do Código Penal que “o juiz [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940, *online*). Portanto, a pena passou a apresentar natureza mista, ou seja, de retribuição e prevenção. Destarte, pode-se dizer que a pena assume uma tríplice finalidade: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

1.1.3 Espécies de Penas

Em sua obra *Vigiar e Punir*, Foucault (2002, p. 56) afirma que a prisão é a “detestável solução, de que não se pode abrir mão”. Nesse diapasão, considera-se a pena como a forma mais tradicional de punição, porém é importante frisar que o ordenamento jurídico brasileiro admite outros tipos de punição, além da prisão, conforme será visto adiante. Leciona Masson (2011) que as penas podem ser classificadas com base em variados critérios: quanto ao bem jurídico do condenado atingido pela reação estatal (pena), quanto ao critério constitucional e quanto ao critério adotado pelo Código Penal. Em relação ao critério constitucional, Masson fala que:

A classificação constitucional das penas está definida pelo art. 5º, XLVT, da Constituição Federal. O rol é exemplificativo, pois se admitem, dentre outras, as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Não sendo permitidas penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (2011, p. 584).

Quanto ao critério adotado pelo Código Penal, pode-se dizer que são consideradas como pena: as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direitos e multa, tudo nos termos do artigo 32 do Diploma Repressivo. Pode-se dizer que quanto ao bem jurídico do condenado atingido pela reação estatal, a pena pode ser dividida em: penas privativas de liberdade, pena restritiva de direitos, pena de multa, pena restritiva de liberdade e pena corporal. O Código Penal trata das penas privativas de liberdade em seus artigos 33 a 42. Paschoal afirma que as penas privativas de liberdade também são disciplinadas pela Lei de Execução Penal, a Lei

7.210/84, e devem ser aplicadas apenas em último caso, pois privam a pessoa de seu bem maior, a liberdade:

Além de estarem previstas no Código Penal, as penas privativas de liberdade são disciplinadas pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). Como o próprio nome diz, a Lei de Execução Penal disciplina todo o cumprimento da pena. A existência dessa lei faz com que a execução penal seja judicial, e não meramente administrativa (2015, p. 103).

Nas palavras de Masson (2011, p. 593), a pena privativa de liberdade retira do condenado o seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado. Seguindo a mesma linha de pensamento, Avena (2017, p. 195) conceitua que a “pena privativa de liberdade é a sanção penal correspondente à supressão da liberdade de locomoção por determinado período de tempo fixado em decisão condenatória”.

No Direito Penal brasileiro, essa pena pode ser de três espécies: reclusão, detenção ou prisão simples. As duas primeiras constituem decorrência da prática de crimes e a terceira é aplicada às contravenções penais. Nesta senda, Avena (2017, 196) disserta que:

A pena de reclusão é prevista pelo preceito secundário do tipo penal nos crimes mais graves, podendo ser cumprida nos regimes fechado, semiaberto e aberto (art. 33, *caput*, 1ª parte, do CP).

A pena de detenção é uma forma de pena mais branda, que pode ser cumprida inicialmente apenas nos regimes semiaberto e aberto, não se admitindo o regime inicial fechado.

A prisão simples, que é prevista especificamente para as contravenções penais, deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto (art. 6º, *caput*, da Lei das Contravenções Penais). Nesse contexto, inviável o seu cumprimento em regime fechado, seja inicialmente, seja em razão de regressão.

Não se admite a privação perpétua da liberdade (CF, art. 5º, XLVII, “b”), mas somente a de natureza temporária, pelo período máximo de 30 (trinta) anos para crimes (CP, art. 75) ou de 5 (cinco) anos para contravenções penais (LCP, art. 10) (MASSON, 2011).

As penas restritivas de direitos limitam um ou mais direitos do condenado, em substituição a pena privativa de liberdade. Estas podem ser genéricas ou

específicas. Consideradas genéricas ou gerais, pois substituem as penas privativas de liberdade em qualquer crime, desde que presentes os requisitos legais. Específicas ou especiais, pois substituem as penas privativas de liberdade aplicadas como decorrência da prática de crimes determinados. Com previsão no art. 43 do Código Penal e por alguns dispositivos da legislação extravagante. Nos moldes do artigo 43, as penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. As penas restritivas de direitos (prestação pecuniária e perda de bens e valores) foram criadas pela Lei 9.714/1998, ao passo que as demais já existiam pelo Código Penal (MASSON, 2011).

A pena é um instituto de extrema importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e sua aplicação não pode deixar de possuir todas as suas principais características: legalidade, anterioridade, personalidade, inderrogabilidade, individualidade, proporcionalidade e humanidade. Só assim o Direito Penal poderá cumprir a sua função preventiva e socializadora, com resultados mais produtivos para a ordem social e para o próprio transgressor.

1.2 A Execução Penal no Brasil, o objeto, a natureza e os princípios regentes

Neste momento, importante discorrer sobre a execução penal no Brasil, o objeto, a natureza e os princípios regentes, insculpidos na legislação pátria e explicados nas doutrinas balizadas.

1.2.1 A Execução penal no Brasil

A execução penal no Brasil é regulamentada pela Lei nº 7.210/1984, está vigente há mais de 30 (trinta) anos no ordenamento jurídico brasileiro, e é considerada como um importante instrumento de ressocialização e exemplo de legalidade no nosso país. Ao conceituar a Lei de Execução Penal Nucci (2015, p. 957) disserta que se trata: “da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária”.

O referido Diploma Legal é considerado uma das leis mais modernas e mais completas do mundo. Porém, quanto a sua aplicação ao caso concreto pode-

se afirmar que a Lei de Execução Penal se transforma em letra morta, devido à transgressão e supressão de direitos assegurados aos presos, o que gera no sistema carcerário um verdadeiro caos.

O objetivo da Lei de Execução Penal é castigar/punir e ressocializar o indivíduo que comete um ato ilícito. Porém, diante das inúmeras barbáries que aconteceram no início do ano de 2017 nos presídios de diversos Estados Brasileiros, percebe-se que a execução penal no Brasil não tem atingido tais objetivos basilares, nem a devida proteção à sociedade frente ao crescente índice de criminalidade e violência das últimas décadas.

1.2.2 Objeto e objetivo da Lei de Execução Penal

Estabelece o Diploma Legal (artigo 1º, da LEP) 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. Segundo Silva (2001), referido artigo expressa duas finalidades precípuas, não mais da pena, mas da execução penal. Em outras palavras pode-se dizer que:

a Lei de Execução Penal possui dois fins primordiais: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinadas a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social (MARCÃO, 2014, p. 27).

Nesse sentido é o que discorre Silva (2001, p. 39), ao dizer que a pena possui duas ordens de finalidade:

[...] a primeira finalidade é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou na decisão judicial, destinada a reprimir e a prevenir a prática criminosa; e, a segunda finalidade é a harmoniosa reinclusão social do condenado e do internado, mediante a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social [...]

É o que ensina Avena (2017, p. 5) ao afirmar que o objetivo da execução penal é proporcionar condições para a integração social do condenado. Ou seja, é proporcionar ao apenado condições favoráveis para sua (re) integração na sociedade, seja por meio de medidas educativas ou de políticas públicas. Pode-se

dizer, assim que são dois os objetivos da execução penal: a punição e a humanização.

1.2.3 Natureza jurídica da pena

Existem divergências na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza jurídica da execução penal. Nesse ponto, parte da doutrina entende que a lei possui natureza puramente administrativa e, outra parte entende ser sua natureza eminentemente jurisdicional, há quem defenda também ser sua natureza mista, englobando assim o caráter administrativo e jurisdicional.

Para parte da doutrina sua natureza seria mista, uma vez que embora os incidentes do processo se desenvolvam em âmbito judicial, diversos aspectos da execução dependem de atuação administrativa, sobretudo da direção, chefia de disciplina e secretaria dos estabelecimentos penais (ROIG, 2014). Nesse sentido é o que leciona Grinover nos seguintes termos, ao dizer que:

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais (1987, p.7).

Nucci (2017, p. 958), tratando a respeito do tema, afirma que: “o entrosamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo”. Entretanto, adverte Marcão (2015, p. 33) que: “a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que envolve”. Dessa forma, considera Avena (2017, p. 2) que: “embora não se possa negar tratar-se de atividade complexa, não é pelo fato de não prescindir de certo rol de atividades administrativas que sua natureza se transmuda; prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes da execução”.

Destarte, pode-se dizer que para a doutrina prevalece o entendimento de que a execução penal teria natureza mista, ou seja, complexa, desenvolvendo-se ao

mesmo tempo na esfera jurisdicional do Estado (juízo de execução) e na esfera administrativa (demais órgãos do poder executivo), sendo regulada por normas que pertencem a outros ramos do direito, especialmente o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Administrativo. Portanto, diz-se que a execução penal no Brasil é de natureza mista.

1.2.4 Princípios regentes da pena

Para o Professor Cretella Júnior (1986, p. 6), “princípio é toda proposição, pressuposto de um sistema, que lhe garante a validade, legitimando-o. Em outras palavras, princípio é o ponto de referência de uma série de proposições, corolários da primeira proposição, premissa primeira do sistema”. Segundo o célebre autor Marcão (2015, p. 34): “afirmar a natureza jurisdicional da execução penal implica admitir sujeição aos princípios e garantias constitucionais incidentes”. Nesse diapasão, tendo em vista a natureza jurisdicional da pena, devem ser observados, entre outros: os princípios da legalidade, da intranscendência ou personalidade da pena; da inderrogabilidade; da proporcionalidade; da individualização da pena e humanidade.

O princípio da legalidade é previsto no texto constitucional (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF) e legal (artigo 1º do CP), significa que nenhuma conduta pode ser considerada crime e nenhuma pena pode ser aplicada e executada sem que uma lei anterior a sua prática assim estabeleça. De acordo com Avena (2017, p.6), a doutrina clássica costuma desdobrar o princípio da legalidade em duas outras regras: o princípio da reserva legal, segundo o qual não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, e o princípio da anterioridade, certificando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, de onde se infere que o enquadramento da conduta como crime e a previsão de pena deverão ser anteriores ao fato delituoso.

O princípio da intranscendência da pena, também denominado princípio da personalidade, tem fundamental relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Está previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, no qual preceitua que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser [...] estendidas aos

sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. (BRASIL, 1988, *online*). Diz-se que a pena e medida de segurança não podem ir além da pessoa do autor da infração penal. (MARCÃO, 2014)

Aduz o princípio da inderrogabilidade que uma vez constatada a prática do crime, a pena não pode deixar de ser aplicada por liberalidade do juiz ou de qualquer outra autoridade. (AVENA, 2017). O princípio da proporcionalidade, por sua vez, traduz a ideia de que a pena deve ser proporcional ao crime praticado. Ou seja, deve existir equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta. Encontra respaldo constitucional no art. 5º, XLVI, que se refere à individualização da pena (AVENA, 2017).

No que diz respeito ao princípio da individualização da pena Avena (2017, p. 7) afirma que a pena deve ser imposta e executada em relação ao condenado de acordo com o grau de sua culpabilidade e em obediência aos critérios legais, desenvolvendo-se assim em três fases:

A primeira, no âmbito legislativo (individualização legislativa ou formal), que ocorre no momento da criação do tipo penal incriminador, quando o legislador estabelece abstratamente o mínimo e o máximo da pena cominada; segunda, no âmbito judicial (individualização judicial), quando, diante do caso concreto, o juiz do processo de conhecimento, a partir dos critérios estabelecidos na legislação, fixa a pena cabível ao agente; e, terceiro, no âmbito executório (individualização executória), quando o juiz da execução penal adapta a pena aplicada na sentença à pessoa do condenado ou internado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição etc.

E finalmente, o princípio da humanidade que se encontra previsto no artigo 5º, XLVII da CF, na qual dispõe que: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. (BRASIL, 1988, *online*). Segundo Nucci (2017) referido princípio é adotado, constitucionalmente, envolvendo não apenas o Direito Penal, como também o Direito da Execução Penal. Para Avena (2017, p. 7), o princípio da humanidade “determina a prevalência dos direitos humanos, razão pela qual se proíbem penas insensíveis e dolorosas”. Esse princípio é fortemente defendido pelos adeptos da Teoria Garantista, que valorizam sobremaneira os direitos humanos.

1.3 Regimes de cumprimento de pena: considerações gerais

Segundo descreve Masson (2011, p. 593) podemos entender como regime ou sistema penitenciário o meio pelo qual se efetiva o cumprimento da pena privativa de liberdade. Importante ressaltar que o artigo 59 do CP prevê alguns critérios que o juiz deve observar para a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena, como: a) culpabilidade; b) antecedentes; c) à conduta social; d) à personalidade do agente; e) motivos; f) às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

O Código Penal elenca em seu artigo 33, § 1º, três regimes para aplicação da pena: fechado, semiaberto e aberto. É o que Avena (2017) descreve no seguinte trecho de sua obra, ao dizer que a natureza da pena privativa de liberdade aliada à quantidade de pena, à reincidência ou não do indivíduo e às circunstâncias do art. 59 do Código Penal é que vão permitir ao juiz sentenciante definir o regime de cumprimento que pode ser fechado, semiaberto e o aberto. Posto isso, a seguir serão apresentadas as particularidades relativas a cada um dos regimes previstos no Código Penal.

De acordo com os artigos 82 e 83 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. Segundo Avena (2017, p. 163) são estabelecimentos penais os seguintes:

- 1) Penitenciária, para os condenados à pena de reclusão, quando cumprida em regime fechado;
- 2) Colônia Agrícola, Industrial ou similar, para os condenados à pena de reclusão ou detenção, em regime semiaberto;
- 3) Casa do Albergado, para os condenados que cumprem pena de prisão em regime aberto e para os condenados à pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana;
- 4) Centro de observação, destinado à realização de exames gerais e criminológicos;
- 5) Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, para os indivíduos acometidos de perturbação da saúde mental;
- e 6) Cadeia pública, reservada aos presos provisórios (prisão preventiva e prisão temporária).

Conforme dispõe o Código Penal a pena será executada em estabelecimento de segurança máxima ou média. Segundo Bitencourt (2015, p. 614), “no regime fechado o condenado cumpre a pena em penitenciária e estará obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário, na

conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena”.

Segundo prescreve o Código Penal, a pena, no regime semiaberto, será executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Conforme previsão legal contida no Código Penal a pena será executada, no regime aberto, em casa do albergado ou estabelecimento adequado. Bitencourt (2015, p.618) afirma que tal regime se baseia “na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado, conforme previsão expressa do artigo 36, *caput*, do Código Penal”. Ressalta-se que existem três sistemas que disciplinam a progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Masson (2011, p. 601) descreve os três sistemas nos seguintes dizeres:

O primeiro sistema chamado de sistema da Filadélfia, onde o preso fica isolado em sua cela, sem dela sair, salvo esporadicamente para passeios em pátios fechados. O segundo sistema chamado de sistema de Auburn, onde o condenado, em silêncio, trabalha durante o dia com outros presos, e submete-se a isolamento no período noturno. E finalmente, o sistema inglês ou progressivo, que baseia-se (*sic*) no isolamento do condenado no início do cumprimento da pena privativa de liberdade, mas, em um segundo momento, e autorizado a trabalhar na companhia de outros presos. E, na última etapa, e colocado em liberdade condicional.

O Código Penal Brasileiro e Lei de Execução Penal adotaram o sistema progressivo ou inglês, é o que está disposto nos artigos 33, § 2º, do CP e no artigo 112 da LEP. O artigo 33, § 2.º, do CP diz que: “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva”. O art. 112 da LEP preceitua que: “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso”. Convém frisar que esse sistema não foi integralmente acolhido, pois a legislação brasileira lhe impôs algumas modificações (MASSON, 2011).

Em linhas gerais, de acordo com previsão legal no artigo 112, *caput*, da LEP, a progressão de regime prisional depende de dois requisitos cumulativos, um objetivo (cumprimento de ao menos 1/6 da pena no regime anterior) e, subjetivo (é o mérito, presente quando o condenado ostentar bom comportamento carcerário). Importante destacar que a progressão por saltos é incompatível com o sistema

acolhido pelo direito brasileiro. De acordo com Masson (2011, p. 603), a progressão por saltos, consiste na passagem direta do regime fechado para o aberto. Assim, de acordo com o item 120 da exposição de motivos da LEP:

Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semiaberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

Em relação aos crimes hediondos, equiparados a hediondos e regime de cumprimento, a Lei nº 8.072/1990, em seu artigo 2º, § 1º, salienta que estão sujeitos ao regime inicialmente fechado, ainda, os condenados à pena de reclusão pela prática de crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo. Entretanto, após divergência jurisprudencial foi consolidado o entendimento que independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (AVENA, 2017).

Ademais, é importante frisar que a Lei nº 7.210/1984 manteve a classificação dos regimes de cumprimento de pena instituído pela Lei nº 6.416/77. Ressalta-se também que recentemente a Lei nº 10.792/2003 institui o regime disciplinar diferenciado, que poderá ter duração máxima de 360 dias, a ser cumprido em cela individual (BITENCOURT, 2015).

CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FALHAS OCORRIDAS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Este capítulo faz uma abordagem sobre a responsabilidade civil do Estado, apresentando o conceito do instituto e seus principais elementos, além de demonstrar a sua evolução histórica, as principais teorias, excludentes da responsabilidade do Estado e quais os danos são passíveis de indenização dentro do sistema carcerário brasileiro.

Em um segundo momento, o presente capítulo tem por objetivo demonstrar que as garantias fundamentais descritas pela Magna Carta são direcionadas a todas as pessoas, e não a uma parcela significativa da sociedade. Busca-se de forma sistematizada relatar como foi decretado o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e como os Tribunais Brasileiros têm tentado dirimir questões relativas a esse instituto.

Ao final, será realizada uma exposição acerca da responsabilidade do Estado na reparação pelos danos causados aos presos e às vítimas de crimes. Por fim, torna-se imprescindível relatar a forma com que tem ocorrido essa responsabilização do Estado no âmbito do sistema penitenciário. Neste aspecto será possível responder a seguinte indagação: quando o Estado terá a obrigação de reparar o dano e quando não haverá essa responsabilidade?

2.1 Crise do atual sistema prisional brasileiro: os réus-vítimas

Neste tópico, serão apresentadas algumas considerações gerais a respeito da responsabilidade civil do Estado, como: conceito, fundamentos,

principais teorias, causas excludentes e atenuantes da responsabilidade. Não será desenvolvido um estudo aprofundando sobre o tema responsabilidade civil do Estado; apenas uma explanação sucinta, pois o enfoque do presente estudo é analisar qual é o tipo de responsabilidade do Estado em relação aos presos e às vítimas de crimes no âmbito do sistema prisional brasileiro.

2.1.1 Responsabilidade civil do Estado: aspectos gerais

Gasparini (2012) entende que a responsabilidade civil do Estado pode ser conceituada como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável. De acordo com o célebre autor o fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado é bipartido, conforme seja ela decorrente de atos lícitos ou ilícitos. No caso de ato lícito, o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargo a que estão sujeitos os administrados; ao passo que no caso de ato ilícito, o fundamento é a inobservância ao princípio da legalidade.

Di Pietro ensina que quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Nesse sentido, a autora discorre que:

Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do **Estado**, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A **capacidade** é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária (2017, p. 815) (Grifos nossos).

Para a Autora, a expressão “responsabilidade da Administração Pública” está errada, já que esta não tem personalidade jurídica. Alguns autores preferem utilizar a expressão “responsabilidade civil do Estado”; outros preferem “responsabilidade civil da Administração Pública”, como é Dias (2016, p. 265).

No Direito Privado, a responsabilidade civil do Estado pode ser classificada, em contratual e extracontratual. Para Coutinho e Rodor (2015, *online*),

“a responsabilidade contratual, deriva do descumprimento do que restou pactuado entre as partes, e não, propriamente, de condutas ou omissões estranhas aos pactos obrigacionais que causam lesão a terceiro”.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, como herdada do direito romano, e reproduzida em nossas leis civis, é tradicionalmente baseada na ideia de culpa (negligência, imprudência e imperícia), abrangendo também, por extensão, o dolo. (COUTINHO; RODOR, 2015). Denominada de responsabilidade subjetiva, visto que deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual.

Torna-se imprescindível esclarecer que a responsabilidade do Estado não pode ser confundida com a obrigação, a cargo do Poder Público. Para Mello (2015), isso significa que não há que se falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere.

2.1.2 Espécies de responsabilidade civil do Estado

Sobre o tema responsabilidade civil do Estado pode-se dizer que no transcorrer dos anos, inúmeras foram as teorias elaboradas até chegar ao estágio atual. Convém esclarecer que em cada país o tema responsabilidade civil do Estado passou por um longo período de evolução, no qual cada teoria seguiu um ritmo próprio. Destarte, a data de passagem de uma teoria para outra sofre variação, de acordo com as normas impostas pelo direito positivo. Será analisada, dentre as várias teorias existentes, apenas a teoria da irresponsabilidade estatal; a teoria da responsabilidade subjetiva, e; a teoria da responsabilidade objetiva, consideradas as mais importantes para se compreender o atual posicionamento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria da irresponsabilidade estatal (teoria feudal, regalista ou regaliana) foi a primeira teoria aplicada na história, adotada na época dos Estados absolutistas nos quais a vontade do Rei tinha força de lei. O Estado não possuía qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. Nesse sentido, Mazza (2017, p. 462) discorre que duas frases resumiam bem o espírito do período: “o rei não erra” (“the king can do no wrong”) e “aquilo que agrada ao príncipe tem força de

lei”. Essa teoria começou a ser superada por influência do direito francês, sendo que o grande marco que motivou essa superação foi a decisão de 8 de fevereiro de 1873, tomada pelo Tribunal de Conflitos na França, conhecida como Aresto Blanco.

A teoria da responsabilidade subjetiva conhecida também como teoria da responsabilidade com culpa, teoria intermediária, teoria mista ou teoria civilista, instaurou-se sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao particular. Sobre o tema, Gasparini (2012, p. 1.126) ensina:

Por esse artifício o Estado torna-se responsável e, como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou dolo ao Estado. É a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela incorria a obrigação de indenizar do Estado. O Estado e o particular eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade patrimonial, respondiam conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam.

O Autor nos ensina ainda que essa teoria foi acolhida pelo nosso Código Civil de 1916, nos termos do que estabelecia seu art. 15, hoje artigo 43, e vigorou sozinha até o advento da Constituição Federal de 1946. Mazza (2017) disserta que a teoria subjetiva estava apoiada na lógica do direito civil na medida em que o fundamento da responsabilidade é a noção de culpa. Ou seja, para a sua comprovação era necessário demonstrar a ocorrência simultânea de quatro requisitos: a) ato; b) dano; c) nexos causal e; d) culpa ou dolo.

Diferentemente da teoria subjetiva, a teoria da responsabilidade objetiva (teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista), afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo. Assim, a responsabilidade objetiva pode ser conceituada como sendo a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem (MELLO, 2015). Nesse sentido, é o que disserta Dias (2016, p. 275), nos seguintes termos, ao dizer que,

a obrigação de indenizar do Estado ocorre em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu lesão na esfera

juridicamente protegida de outrem, bastando para tanto o mero nexo de causalidade (relação causal entre a conduta estatal e o evento danoso), independentemente de qualquer ação dolosa ou culposa do serviço ou do agente público.

Baseada na ideia de solidariedade social, a doutrina associa a teoria objetiva as noções de partilha de encargos e justiça distributiva. Mazza (2017) explica que existem duas correntes internas que disputam a primazia quanto ao modo de compreensão da responsabilidade objetiva: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. Em síntese, pode-se dizer a teoria do risco integral sustenta que a comprovação de ato, dano e nexo é suficiente para determinar a condenação estatal em qualquer circunstância. No entendimento de Gasparini (2012) não se indaga, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Isto é, basta o simples envolvimento do Estado no evento.

A teoria do risco administrativo, que está disciplinada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sustenta que a obrigação de o Estado indenizar o dano surge, tão só, do ato lesivo de que ele, Estado, foi o causador (GASPARINI, 2012). Ou seja, não exige a culpa do agente público nem a culpa do serviço, sendo suficiente a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado.

Nesses termos, pode-se afirmar que o tema responsabilidade civil do Estado perpassou por um sensível período de transição entre uma teoria e outra, partindo da teoria da irresponsabilidade do poder público e passando, depois, pela teoria subjetiva até se chegar a posição atual em que se encontram a doutrina e a jurisprudência no que diz respeito a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as teorias supracitadas, enfatiza-se que a doutrina e jurisprudência, preponderantemente reconhecem como regra adotada pela Magna Carta a teoria objetiva na variação do risco administrativo, que está fundamentada no artigo 37, §6º, do referido Diploma Legal.

2.1.3 Causas excludentes da responsabilidade

Di Pietro (2017) aponta como causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Como causa atenuante, é

apontada a culpa concorrente da vítima. Segundo Oliveira (2017b), a primeira causa excludente do nexu causal refere-se à hipótese em que o dano é causado por fato exclusivo da própria vítima (autolesão). De acordo com o autor, quando ocorre esse tipo de excludente, o Estado não terá responsabilidade, tendo em vista a autolesão que a própria vítima realizou contra si mesma. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém comete suicídio. Entretanto, nos casos em que o Estado contribui, de alguma forma, por ação ou omissão com o suicídio, restará configurada a sua responsabilidade.

Em relação à excludente de força maior é importante frisar que a doutrina é divergente ao tratar do tema, pois não se tem um conceito chave que difere o caso fortuito e a força maior. De acordo com Bolzan (2015), os Tribunais Superiores não fazem mais distinção entre caso fortuito e força maior na maioria de suas decisões, considerando apenas ambas as causas como excludentes de responsabilidade do Estado. Mazza (2017) entende como força maior o acontecimento involuntário, imprevisível e incontornável, causado por uma força externa ao Estado, como por exemplo, um tufão ou uma nevasca que venham a causar danos. Já o caso fortuito gera um dano decorrente de ato humano ou de falha na Administração.

A culpa de terceiro ocorre quando o prejuízo pode ser atribuído à pessoa estranha aos quadros da Administração Pública. Em outras palavras, quando o dano é causado por fato de terceiro que não possui vínculo jurídico com o Estado (OLIVEIRA, 2017b). Tem-se, ainda, a chamada culpa concorrente reconhecida como causa atenuante de responsabilidade. Pode ser entendida como casos em que a vítima e o agente público provocam, por culpa recíproca, a ocorrência do prejuízo. É o que Mello (2015) denomina de concausas. Segundo Mazza (2017), nos casos de culpa concorrente, a questão se resolve com a produção de provas periciais para determinar o maior culpado.

2.2 ADPF 347/DF: Estado de coisas inconstitucional

Neste ponto, será abordado sobre o instituto denominado de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), criado pela Corte Constitucional de Colômbia no intuito de dirimir questões relativas a omissões estatais e estruturais que implicam quadros de violação massiva dos direitos fundamentais.

O ECI será analisado a partir da liminar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n° 347/DF), tendo como campo de estudo as graves violações ocorridas ao longo dos últimos anos no sistema prisional brasileiro. Destarte, será possível demonstrar a importância que tem o ECI como ferramenta na compreensão sobre a proteção de direitos fundamentais no Brasil.

2.2.1 Considerações gerais

Por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347, o Supremo Tribunal Federal aborda no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”. Esse instituto foi reconhecido no Brasil pelo STF em 2015, ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, considerando o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país. Em seu livro *Estado de Coisa Inconstitucional*, Campos (2016, p. 21) define o Estado de coisas inconstitucional como sendo:

a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Em outro trecho, o célebre autor nos ensina que o Estado de coisas inconstitucional tem se tornado um importante instrumento social na tutela dos direitos fundamentais. É a solidificação de uma Constituição Cidadã, que respeita os direitos humanos e que busca garantir princípios básicos de cunho internacional, como a vida, a liberdade, a dignidade.

trata-se de uma decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo,

a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial (2016, p. 96).

Campos (2016) leciona que o ECI declara uma violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais e agravada pela sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas. Destarte, quando se declara o ECI a Corte afirma existir um quadro dramático de violações a preceitos fundamentais, decorrentes de atos omissivos e comissivos, além da inércia das autoridades públicas no intuito de rever esse quadro. Segundo o autor, existem quatro pressupostos para o reconhecimento do ECI, a saber:

O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para que seja racional a identificação desse primeiro fator, é necessário que três aspectos estejam presentes: violação massiva e contínua de direitos; variedade de direitos fundamentais violados; e o número amplo e expressivo de pessoas e grupos afetados [...] O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais [...] O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades, especialmente se considerarmos falhas estruturais como deficiências no ciclo das políticas públicas [...] O quarto pressuposto diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária (2016, p. 180-185).

Desse modo, resta evidenciado o Estado de Coisas Inconstitucional, doravante ECI, quando presentes os pressupostos apontados. Assim, o exame dos pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional revela sua conexão íntima com a figura do litígio estrutural ou processo estrutural, pois o litígio estrutural é, em sua essência, e vincula o ECI à fixação de remédios estruturais (CAMPOS, 2016). Nesse sentido, Campos (2016) afirma que a declaração do ECI, com a afirmação de seus pressupostos, configura uma senha ou um passaporte para as cortes proferirem sentenças estruturais.

2.2.2 Breve histórico

O Estado de Coisas Inconstitucional é um instrumento criado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC). Vários foram os casos em que referido

instrumento foi declarado ante as violações de direitos humanos, seja na esfera social ou econômica no País. A primeira vez que o ECI foi declarado pela Corte foi na SU n° 559/1997. A SU n° 559/1997 se referia ao caso em que 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de Maria La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A CCC reconheceu o ECI, pela segunda vez, na Sentencia T n° 068/1998, que tratava da mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas.

Em uma de suas decisões mais notórias, todavia, mais decepcionantes, a Corte Constitucional declarou o ECI relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país (CAMPOS, 2016). A decisão estava relacionada à superlotação carcerária e às condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A Corte identificou uma série de violações aos direitos, tais como: à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde.

Na Sentencia T n° 590/1998, a Corte voltou a declarar o ECI. Segundo Campos (2016), o caso envolveu pedido de tutela formulado pelo defensor de direitos humanos, Esteban Cancelado Gómez, que estava preso por haver supostamente praticado o delito de rebelião. Logo após, na Sentencia T n° 525/1999, a Corte declarou o ECI em relação ao atraso sistemático no pagamento das verbas de aposentadoria e pensões pelo Departamento de Bolívar.

Ressalta-se que o caso mais importante de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais que a CCC enfrentou foi o deslocamento forçado de mais de três milhões de pessoas em virtude da violência na Colômbia. Segundo Campos (2016), o grande diferencial deste caso, em comparação aos demais, foi o fato de a Corte ter retido jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação total de suas ordens.

O ECI envolve uma série de violações sistemáticas de direitos fundamentais de uma parcela significativa de pessoas, cujas causas estão relacionadas a litígios estruturais, além das omissões por parte do Ente Público no intuito de tentar reverter esse quadro dramático. Conforme mencionado, vários

foram os casos em que o ECI foi decretado pela Corte devido a violações massivas e as omissões por parte dos Poderes Executivo e Judiciário. Assim, pode se afirmar que o ECI foi um instrumento construído progressivamente pela Corte Constitucional Colombiana a fim de assegurar a tutela dos direitos fundamentais dos diferentes setores sociais. (CAMPOS, 2016)

Frisa-se, por fim, que na ordem jurídica brasileira é um tema que é bastante polêmico, pois vários são os questionamentos relativos à legitimidade e às medidas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal a fim de sustar a violação a direitos fundamentais. Conforme será apresentado no tópico a seguir, o ECI é um tema que foi levado a julgamento pelo STF no Brasil, por meio da ADPF nº 347/DF.

2.2.3 ADPF 347/DF “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”:

A Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF) é considerada como um importante instrumento constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no §1º, do art. 102, da CF e regulamentado pela Lei nº 9.882/99. Não se deve confundir o termo *descumprimento* com *inconstitucionalidade*. Segundo Tavares, Martins e Mendes (2005), *descumprimento* é utilizado apenas quando da previsão do instituto da ADPF, é, por isso mesmo, conceito mais amplo, englobando toda e qualquer violação de norma constitucional. O termo *inconstitucionalidade* só deve ser aplicável em situações específicas delimitadas pela Magna Carta e pelo Supremo Tribunal Federal. É o que será analisado em tópico subsequente.

A ADPF pode ser entendida como uma garantia processual de origem constitucional. Nesse sentido, Tavares, Martins e Mendes (2005) dissertam que referida garantia processual visa a preservar a obediência geral devida às regras e princípios constitucionais. De acordo com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2005), a ideia da regulamentação da ADPF surgiu em maio de 1997. Foi um trabalho em conjunto com o Professor Celso Ribeiro Bastos. O objetivo primordial do presente trabalho era averiguar um instrumento adequado a combater a chamada “guerra de liminares” no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse diapasão, Dantas (2015, p. 127) explica que:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos da lei que regulamentou o instituto, é cabível em 3 (três) hipóteses:

(a) para evitar lesão a preceito fundamental por ato do Poder Público; (b) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e (c) quando houver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

De acordo com Moraes (2017), a arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal poderá ser preventiva ou repressiva, pois possibilita uma maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais. É o que o autor discorre nos seguintes termos:

Caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de analisar em sede de ADPF o denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”. Segundo Moraes (2017), nossa Corte Suprema entendeu que, no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. Esse quadro de violações estaria atrelado às péssimas condições com os presos têm vivido nas prisões brasileiras, violações essas relacionadas à dignidade, higidez física, integridade psíquica e as penas cruéis e desumanas em que são submetidos.

A ADPF nº 347/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, refere-se à possibilidade de decretação do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, pedido formulado pelo Partido Socialismo e Liberdade/ PSOL (BRASIL, 2015). Ao reconhecer esse instituto, pretende que o STF interfira na criação e implementação de políticas públicas no intuito de reverter o quadro dramático em relação à superlotação carcerária e as condições indignas dos presos no Brasil. No julgamento da liminar, várias foram as divergências quanto à forma de alcançar essas mudanças. A primeira objeção diz respeito à ilegitimidade democrática e institucional do STF para adotar tais medidas. Já a segunda objeção refere-se à ineficácia em aplicar tal instituto no sistema prisional brasileiro, visto que nem mesmo na Colômbia o seu uso se mostrou útil para tentar reverter os problemas atrelados ao sistema carcerário do país.

O relatório acerca da ADPF nº 347/DF descreve que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal (STF, 2015). Portanto, a ADPF é cabível somente em casos onde houver descumprimento a preceitos fundamentais, não sendo considerado como instrumento hábil para combater qualquer ocorrência de inconstitucionalidade, exceto aquelas que infrinjam preceitos fundamentais.

2.2.4 O Estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema prisional brasileiro

No sistema prisional brasileiro, as omissões e as falhas estruturais têm se tornado mais evidente, embora existam outros setores sociais em que são percebíveis violações sistemáticas de direitos fundamentais, como: saúde pública, educação, saneamento básico, entre outros. Nesse aspecto, nota-se a grande semelhança com o ocorrido nas Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellin na Colômbia.

Em ambos os casos, os problemas se sobressaem. Problemas relacionados à superlotação carcerária, a precariedade das instalações das delegacias e presídios, além das péssimas condições de vida dos presos, o que configura tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia do Estado. Tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. É o que afirma Campos (2016) ao dizer que os presos não são tratados como seres humanos.

Campos (2016) discorre que o problema da superlotação carcerária é o mais visível e talvez o mais importante em comparação aos demais. Em 2014, segundo dados divulgados pelo CNJ, havia 563.526 detentos em prisões que podem comportar apenas 357.219 pessoas. Nesse sentido, a CPI da Câmara dos Deputados, em relatório final formalizado em 2009, concluiu que:

a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana.

A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário (BRASÍLIA, 2009, *online*).

Em estudo sobre o tema, dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos apontaram diversas violações aos direitos fundamentais dos presos. Segundo pesquisas realizadas, a população carcerária, na maioria de pobres e negros, beira as 570 mil pessoas, sendo a maior parte sujeitas às seguintes violações de direitos. É preciso, pois, realizar uma análise de cunho sociológico e por que não antropológico sobre o tema, pois não se trata apenas de marginais (aqueles que vivem à margem da sociedade), mas de seres humanos dotados de direitos e deveres na sociedade. No texto da ADPF encontra-se a seguinte consideração:

superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (STF, 2015, *online*).

Nesse diapasão, ao dissertar sobre o ECI, Campos (2016, *online*) afirma:

Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de aplicação da lei penal.

Quanto ocorre essas violações sistemáticas e generalizadas de direitos fundamentais no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica dos presos, diversas leis, normas, convenções e tratados internacionais são transgredidos, como: a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Destaca-se que essa forte violação dos direitos fundamentais dos presos reflete de maneira negativa na sociedade, visto o elevado número de violência noticiado pelos meios de comunicação. Nesse sentido, a Professora Barcellos nos ensina que: “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência” (2010, *online*).

O Estado de Coisas Inconstitucional é realmente assustador. Indaga-se o que pode o Supremo Tribunal Federal fazer para tentar dirimir questões relativas ao Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil? A Magna Carta de 1988 oferece dispositivos institucionais que permitem que referido instituto migrado da Corte Colombiana seja decretado pelo STF através da ADPF nº 347/DF. Deve o STF controlar as omissões estatais por parte dos poderes, por meio de medidas estruturais como a implementação de políticas públicas no intuito de sustar violações sistemáticas e generalizadas de direitos humanos. É o que o Relator, Deputado Domingos Dutra descreveu no final do relatório sobre a CPI do sistema carcerário brasileiro, nos seguintes termos:

Assim, acreditamos que com políticas econômicas viáveis, programas sociais efetivos; ações de prevenção e combate à criminalidade, governo e sociedade estarão caminhando a passo largos para FECHAR as portas de entrada no sistema carcerário.

Da mesma forma, governo e sociedade devem juntar as mãos no esforço concentrado e solidário para ABRIR as portas do sistema carcerário ao cumprimento das leis, ao respeito dos encarcerados e sobretudo para garantir o direito de todos os brasileiros a uma vida tranquila e segura.

É com este sentimento e com a certeza de que ‘a vida é um combate, que aos fracos abate e que aos fortes e bravos só pode exaltar’ que entrego à sociedade brasileira este relatório com esperanças renovadas de que é possível construir uma sociedade livre, justa e humana para TODOS. (BRASILIA, 2009, *online*)

No julgamento da ADPF nº 347/DF, o relator apontou a violação sistemática de diversos direitos fundamentais dos presos, falhas estruturais, entre outros, o que caracteriza o ECI. A maioria dos ministros reconheceu expressamente estar presente um ECI (ministros: Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski). Todos os Ministros concordaram que ante a violação sistemática de direitos fundamentais, o

Tribunal deveria intervir. (CAMPOS, 2016) Destarte, a decisão valeu como marco inicial de utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira.

2.3 A inconstitucionalidade e a transgressão de direitos fundamentais

Puccinelli Junior (2015) explica que a Constituição é suscetível de descumprimento tanto por ação quanto por omissão. Campos (2016, p.76) nos ensina que a doutrina tradicional revela-se insuficiente para a proteção dos direitos fundamentais violados pela omissão total ou pela ação deficiente do Estado.

Ainda segundo Puccinelli (2015), a inconstitucionalidade por ação traduz um agir, um atuar, um facere ofensivo às disposições constitucionais. Ao passo que a inércia do Poder Público pode conduzir igualmente a uma modalidade específica de ilegitimidade, qual seja a inconstitucionalidade por omissão. Como, por exemplo, a inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer por ausência de decreto, regulamentação ou outras medidas próprias do Poder Executivo e seus órgãos. Nesse aspecto, a transgressão a princípios fundamentais se mostra clara no âmbito do sistema prisional brasileiro.

Como mencionado na ADPF nº 347/DF inúmeras são as violações ao texto constitucional. Diversos dispositivos da Magna Carta são ofendidos, como: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV), entre outros.

Desta forma, sem a regulamentação de políticas públicas ou a adoção de remédios estruturais para sustar violações aos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, o sistema prisional brasileiro entrará em um “beco sem saída”, o que ocasionará uma onda desenfreada de transgressões a outros direitos fundamentais, bem como o aumento desenfreado da criminalidade e da violência.

2.4 A responsabilidade na reparação pelo dano

Neste último tópico, será abordado sobre a responsabilidade civil do Estado na reparação pelos danos causados aos presos e às vítimas de crimes. Convém ressaltar que será demonstrado que nem sempre o Estado terá a obrigação de indenizar.

2.4.1 O dever de indenizar do Estado por falhas ocorridas dentro do sistema prisional brasileiro

Descreve o artigo 144 da Constituição Federal que a segurança pública é um direito assegurado a todas as pessoas e um dever do Ente Público. Assim, conforme princípio igualitário previsto na Magna Carta, todas as pessoas, sem distinção, devem ser amparadas pelo Estado frente a situações que violem os seus direitos. Nessa senda, Maluf (2017) ensina que o Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. Entretanto, convém ressaltar que não é toda situação que implique a violação de um direito que o Estado terá a obrigação de reparar o dano ali ocorrido.

Para Dias (2016), um dano só será reparável pelo Estado quando dotado de certas características, tais seja: a) dano certo: é o dano possível, real, efetivo; b) dano especial: é o dano individualizado, e; c) dano anormal: é o que supera os meros agravos patrimoniais pequenos. Mello (2015) adverte que não é qualquer dano relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que dá margem a indenização.

Isso significa dizer que o Estado não responderá por todos os prejuízos que as pessoas vierem a sofrer no dia a dia. Conforme ensina Mello (2015, p. 1.031), se assim não fosse, o Estado seria considerado um “segurador universal”, pois seria responsabilizado por qualquer acontecimento, ainda que não tivesse dado causa, como: assaltos em vias públicas, enchentes ou agressões sofridas.

Perfilhando ainda de seu entendimento, pode-se afirmar que quando o dano foi oriundo da omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) deve-se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva por culpa do serviço. Diferentemente do entendimento de Mello, Meirelles (2009) entende que a

responsabilidade será objetiva, independentemente de culpa, por parte da administração, tanto na ação como na omissão.

Segundo Nohara (2017), há diversos posicionamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre o tipo de responsabilidade decorrente da omissão do Estado, se objetiva, ou independente de culpa, ou se subjetiva. O tema é bastante polêmico entre doutrina e jurisprudência, pois os Tribunais brasileiros têm entendimento controverso sobre o assunto.

No ano de 2014 no Agravo Regimental no AREsp 501.507, o Superior Tribunal de Justiça chegou à conclusão que diante de uma conduta comissiva a responsabilidade do Estado seria subjetiva. Porém, no Agravo Regimental no AREsp 446.316 entendeu pela responsabilidade objetiva, por se tratar de morte de detento custodiado pelo Estado. Já o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de danos causados por preso foragido, morte de detento. Nesse diapasão, Mazza (2017) discorre que o Ente Público tem o dever de indenizar a vítima do dano, mesmo que a conduta lesiva não tenha sido praticada por agente público. Entretanto, o autor adverte que,

a responsabilidade estatal é objetiva na modalidade do risco administrativo, razão pela qual a culpa exclusiva da vítima e a força maior excluem o dever de indenizar. Assim, por exemplo, o preso assassinado na cadeia por outros detentos durante rebelião gera dever de o Estado indenizar a família. Entretanto, se a morte teve causas naturais (força maior), não há dever de indenizar (2017, p. 399).

Por fim, em relação ao suicídio do preso cometido dentro da cadeia, os Tribunais Brasileiros têm entendimento no sentido de aplicar a responsabilidade objetiva do Estado, em razão de violação do dever estatal de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, motivo pelo qual é devida a sua indenização.

O texto constitucional prevê no seu artigo 245 o amparo em relação às vítimas de crimes, ao dizer que: “a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito” (BRASIL, 1988, *online*). É evidente a grande ineficiência do Estado quanto

às medidas de amparo e indenização às vítimas de crimes. A vítima de um crime deve ter direito a voz, ante a violação de seus direitos. Direito ao respeito e a tratamento igualitário, bem como direito a indenização por parte do Estado quando sustados e/ou violados seus direitos.

Nota-se que apesar do emaranhado de leis existentes no Brasil para assegurar os direitos fundamentais de todos, está evidenciada a desigualdade em relação à proteção exacerbada no tratamento entre presos e vítimas de crimes. Chega-se à conclusão de que não há lei que assegure direitos a essas pessoas, apenas uma assistência deficiente por parte do Ente Estatal. Não há no ordenamento jurídico brasileiro dispositivos legais suficientes no intuito de assegurar direitos igualitários às vítimas de crimes.

O que muito se indaga é por que um preso tem vários direitos que lhe são garantidos, ao passo que a vítima de um crime ou até mesmo sua família quando esta vem a óbito fica sem amparo econômico? A resposta a essa questão está relacionada aos problemas que são gerados pelas omissões do Poder Público. A grande deficiência está na aplicação da lei ao caso concreto. No intuito de coibir essas omissões, o Estado deveria adotar uma série de políticas públicas no objetivo de criar mecanismos que amparem e protejam as vítimas de crimes. Dessa maneira, o Estado estará cumprindo o seu dever social, tal seja: a segurança jurídica e a integridade física de todas as pessoas.

CAPÍTULO III – DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS: DIREITOS DAS VÍTIMAS E DIREITO DOS PRESOS

Torna-se imprescindível destacar as principais características do princípio da dignidade da pessoa humana para que o tema que engloba os direitos humanos dos presos e das vítimas seja pormenorizado nos seus principais aspectos. É de fundamental relevância tentar compreender em um primeiro momento como surgiu o princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil. Destarte, será possível analisar algumas violações a este princípio por meio de casos expostos pelos meios midiáticos.

Em um segundo momento, o presente trabalho busca discorrer sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, discutindo as posições atualmente debatidas na seara do sistema carcerário brasileiro. Visa-se demonstrar que os tratados internacionais assinados pelo Brasil não estão sendo cumpridos em sua verdadeira essência. Isso significa que o Brasil configura flagrante desrespeito a um acordo internacional.

Por fim, serão analisados os direitos humanos das vítimas de crimes e presos, ambos reféns da máquina estatal e do emaranhado de leis ineficazes existentes no Brasil. Neste terceiro momento busca-se demonstrar que os direitos humanos são assegurados a todas as pessoas. Procura-se ressaltar a importância dos direitos humanos no âmbito do atual sistema prisional brasileiro como regra a ser cumprida. Por fim, é importante destacar quais foram às medidas adotadas pelo Poder Público no intuito de combater violações aos direitos fundamentais dos réus-vítimas.

3.1 Concepções doutrinárias acerca do princípio da dignidade da pessoa humana

De imediato, é importante frisar que não existe na doutrina um conceito específico em relação à dignidade da pessoa humana, pois ao longo dos anos, várias foram às concepções e significados formulados. Desta maneira, torna-se extremamente difícil formular um conceito concreto a respeito do tema. Nesse sentido, torna-se primordial, em um primeiro momento, conceituar o que é princípio, para que dessa forma se entenda o que venha a ser a dignidade da pessoa humana como princípio base no ordenamento jurídico brasileiro.

Convém ressaltar que não é uma tarefa fácil definir o conceito de princípio. Em relação ao tema, existem divergências na doutrina e na jurisprudência. Uma das principais divergências é a distinção entre princípios e regras, se estes são ou não sinônimos. Leite (2014) explica que a doutrina majoritária defende a distinção entre regras e princípios, mas entende que ambos possuem força normativa, ou seja, são normas jurídicas. Como bem lembra Alexy (2008), a distinção entre regras e princípios constitui a estrutura normativo-material dos direitos fundamentais. Segundo Leite (2014) os princípios são normas que se diferem das regras por diversos motivos. Saliencia Alexy (2008, p. 90) que os princípios são fundamentos de otimização,

que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que sua satisfação dependerá não só das possibilidades fáticas, como também das jurídicas – o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Em linhas gerais, deve-se compreender que os princípios assumem um importante papel no ordenamento jurídico. São considerados verdadeiros norteadores em todo sistema jurídico nacional. Enfim, princípio pode ser entendido como o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer (PEIXINHO, 2015). Isto é, aquilo do qual as coisas vêm, aquilo pelo que são, aquilo no qual terminam (REALE, 2012). Nessa senda, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 é repleta de princípios, a saber: dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, entre outros. Será analisado neste tópico, dentre os princípios que regem

os direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e seus principais aspectos. A saber, a noção do princípio da dignidade da pessoa humana é antiga. De acordo com Nucci (2016, p. 45) o termo “*dignidade (dignitas)* ligava-se a *status* social; posição de relevo em sociedade, tal como possuía um Senador romano”. Tem seu sentido vinculado às noções de valor, merecedor, habilitado, capaz, honrado, apropriado (SARLET; MELLO; FRASÃO, 2013).

Segundo Rocha (2001, *online*), o surgimento do conceito de dignidade da pessoa, no século XVIII, no fluxo das ideias iluministas, veio à tona como a busca e garantia “a finalidade última das democracias”. A respeito do tema, leciona Leite (2014, p. 43) que: [...] na Antiguidade Clássica, a dignidade era quantificada, na medida em que quanto mais alta a posição social que o indivíduo ocupava e o seu grau de conhecimento, mais dignidade ele teria. Para Leite (2014) é com a filosofia de Immanuel Kant que esta concepção passa a se aproximar dos contornos modernos. O grande filósofo procurou definir a dignidade da pessoa humana a partir da natureza racional do ser humano, pois para ele,

O fundamento da dignidade da pessoa humana encontra-se na autonomia da vontade, atributo encontrado apenas nos seres racionais; a pessoa deve ser considerada como um fim, e não como meio, e que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade (KANT, 2004, p. 140).

Dessa forma, Kant distinguiu no mundo o que tem preço e o que tem dignidade. Por essa razão a dignidade encontra guarida na autonomia da vontade. Nessa perspectiva, Rocha (2001, *online*) diz que,

O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar, até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há de valer-se para a obtenção de uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprimindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado. O que é uma dignidade não tem valoração e figura, assim, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço. O preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço.

Em razão deste princípio, segundo afirma Holthe (2010, p. 90) o ser humano jamais poderá ser tratado como coisa, objeto ou mero instrumento, de forma a negar sua condição humana. Nas palavras de Piovesan (2015, p. 576) a dignidade da pessoa humana possui um *quid* que a individualiza de todas as demais normas dos ordenamentos. Muitos constitucionalistas o consideram como verdadeiro princípio conformador (LEITE, 2014). A dignidade da pessoa humana aparece no texto constitucional como um dos primeiros fundamentos do Estado democrático de direito, nos seguintes termos: “Artigo 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, 1988, *online*).

Ela, a dignidade é reconhecida como princípio absoluto, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo. Em seu livro “O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana”, Nunes (2010) explica que o que se tem de fazer é apontar o conteúdo semântico de dignidade, sem permitir que façam dele um conceito relativo, variável segundo se duvide do sentido de bem e mal ou de acordo com o momento histórico. Como bem salienta, Rocha (2001, *online*), a dignidade da pessoa humana passa a ser, pois,

encarecida sobre qualquer outra idéia a embasar as formulações jurídicas do pós-guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se projeta e se elabora a partir de então. Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade da pessoa humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados a partir de então, alterando se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental, a substância mesma do quanto constitucionalmente construído.

Nunes (2010, p. 59) entende que: “a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais”. De acordo com o célebre autor esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidas as pessoas no Texto Constitucional. Nucci (2016) discorre que a dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte

axiológico ao sistema jurídico brasileiro. Nessa linha de pensamento, Moraes (2002, p. 128) compreende que a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa,

que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Segundo Nunes (2010) a dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica. Incluída em tratados e constituições, a dignidade da pessoa humana tornou-se um princípio regente e, como tal, de complexa definição (NUCCI, 2016). Assim, deve ser levada em consideração a evolução social, a cultura, o poder que governa a sociedade para se entender o conceito de dignidade, tendo em vista, que a sua interpretação difere de acordo com o local e a época. É o que apontam Sarlet, Mello e Frasão (2013, p. 76) ao ressaltarem a inadequação de uma conceituação “fixista” diante da harmonização com o pluralismo e a diversidade das sociedades modernas contemporâneas.

Quanto à positivação da dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Brasileiro, sublinham Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 261), que ela tardou a ser objeto de reconhecimento, muito embora o Brasil, em comparação com a absoluta maioria das demais ordens constitucionais, tenha-a inserido de maneira relativamente precoce em um texto constitucional. Nesse sentido, lembra Leite (2014, p. 43) que o conceito de dignidade da pessoa humana encontra-se em construção permanente, haja vista a evolução e modificação dos valores que se manifestam nas sociedades contemporâneas. Foi criado e compreendido historicamente como valor básico do Estado Democrático de Direito para proteger todas as pessoas. Nesse aspecto, ao adotar a dignidade como valor, está reconhecendo o ser humano como o centro e o fim do direito. Nucci (2016, p. 46) aponta o duplo aspecto da dignidade da pessoa humana: aspecto objetivo e o aspecto subjetivo. Nas palavras do autor, o aspecto objetivo seria,

o respeito devido ao ser humano concerne à garantia de suas mínimas condições de sobrevivência, a ponto de diferenciá-lo de

seres irracionais. Utilizamos como exemplo o salário mínimo, previsto na Constituição Federal (art. 7º, IV), capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Subjetivamente, cuida-se do caráter moral de respeito à imagem e à autoestima do ser humano, o que lhe permite ser feliz e confiante. (2016, p. 46)

É importante ressaltar que a Constituição Federal não conceituou a dignidade da pessoa humana, apenas a positivou como direito fundamental. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é caracterizado como valor fundamental. Este princípio serve de base para todo o ordenamento jurídico brasileiro, pois coordena outros princípios e demais normas vigentes no país. Em outras palavras, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2015). Barroso (2014, p. 414) nos ensina a importância que teve esse princípio nas últimas décadas, ao dizer que,

[...] a dignidade humana tornou-se um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, em constituições nacionais, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de encantar o espírito e ganhar adesão unânime. Contudo, em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matéria como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech* (manifestações de ódio a grupos determinados em razão da raça, religião, orientação sexual ou qualquer outro fator), clonagem, engenharia genética, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização das drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome e exigibilidade de direitos sociais.

Enfim, chega-se a conclusão que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca de todas as pessoas. Preexistente ao direito é um princípio fundamental, considerado como o fim maior do Estado e da sociedade. Assim, extrai-se da Magna Carta de 1988 diversos direitos fundamentais que projetam a dignidade da pessoa humana como princípio base, a saber: o direito de liberdade; direito de igualdade; direito de propriedade com função social; direitos sociais econômicos, sociais e culturais; direitos políticos e de nacionalidade. A respeito do tema, é importante salientar que os direitos fundamentais a partir da adoção da

Constituição Federal de 1988 assumem uma dimensão extraordinária, o que coloca a Magna Carta como uma das leis mais avançadas no mundo moderno.

3.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Projeto de Reforma da Lei de Execução Penal

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) possui sua sede em Washington (Estados Unidos), representa todos os membros da Organização dos Estados Americanos e é composta de sete integrantes, eleitos para um mandato de quatro anos pela sua Assembleia Geral. De acordo com Malheiro (2016) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem por função principal a observância e defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem poderes para formular recomendações aos governos dos Estados-membros.

Destaca-se que o Pacto de São José da Costa Rica estabelece uma Comissão e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos. Segundo Gonçalves (2013) o documento inaugural do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. O Pacto de São José da Costa Rica consagra o duplo grau de jurisdição no direito interno dos Estados, ao garantir o direito de uma pessoa recorrer de sentença a juiz ou tribunal. O Pacto de São José da Costa Rica foi aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 27, em 25 de setembro de 1992, e promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Ensina Piovesan (2015, p. 57) que os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Aponta Almeida (2015, p. 36), que a elaboração do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi simultaneamente um ato de repúdio aos eventos pretéritos e um ato de fé e esperança no futuro. Comparato (2015, p. 238) nos explica que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. É o que Guerra (2016, p. 103) diz, nos seguintes termos:

foi após a hecatombe da Segunda Guerra Mundial, durante a qual o mundo teve a oportunidade de assistir a uma série de barbaridades

envolvendo milhares de pessoas, sentiu-se a necessidade de criar mecanismos que pudessem garantir proteção aos seres humanos. A partir daí floresceu uma terminologia no Direito Internacional, relacionando-o aos Direitos Humanos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 rege que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, é o que prevê a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso III. A expressão tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante deve ser interpretada de maneira que abarque a mais ampla proteção possível contra todo tipo de abuso, sejam físicos ou mentais. (MAIA NETO, 2014). Entretanto, não é o que se tem visto nos presídios brasileiros. De acordo com os Juízes da CIDH as condições nos presídios brasileiros configurariam possíveis penas cruéis, desumanas e degradantes.

No ano de 2017, o Brasil foi denunciado pela CIDH pela crescente onda de violência e pela superlotação carcerária. A denúncia aborda os seguintes pontos: superlotação das prisões, relatos de tortura e maus tratos, o uso sistemático das prisões provisórias no país e a conivência do Estado brasileiro com as violações de direitos das pessoas presas. Os tratados internacionais assinados pelo Brasil são flagrantemente desrespeitados. A Corte elaborou um documento que contém sete medidas para desafogar o sistema prisional brasileiro, dentre elas está a adoção de políticas para limitar ou reduzir o número de presos preventivos, bem como a aplicação de medidas urgentes para reduzir a superpopulação carcerária.

Devido a inúmeros problemas relacionados ao sistema carcerário foi elaborado um projeto de reforma da Lei de Execução Penal (LEP), o Projeto de Lei nº 513/2013. O projeto estabelece mais de 200 alterações na LEP. A proposta da reforma tem como objetivo evitar a superlotação e a precariedade dos estabelecimentos prisionais, o excesso de números provisórios, além de fixar os critérios para o regime de cumprimento de pena, entre outros. A reforma da LEP tem por princípio a humanização da sanção penal e a garantia dos direitos fundamentais do condenado.

O Projeto da Lei nº 513/2013 foi elaborado por uma comissão de juristas que atuou no senado em 2013, sendo assinado pelo então presidente do Senado,

Renan Calheiros. O relator do presente projeto foi o Senador Antonio Anastasia. No dia 04 de outubro de 2017, o projeto de reforma (Lei nº 513/2013) da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) tinha sido aprovado pelo Plenário do Senado. Ressalta, que em decisão anterior, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado já tinha se decidido a respeito do tema. Segundo Oliveira (2017a, *online*) o projeto de reforma da LEP prevê vários pontos positivos, a saber:

a previsão do trabalho não mais como apenas um dever, mas como *condição de dignidade humana* do preso; melhores critérios de classificação do sentenciado; programa de assistência a dependentes químicos; previsão de justiça restaurativa com a participação do Conselho da Comunidade; incentivos fiscais para empresas contratantes de egressos; salário mínimo; trabalho voluntário para fins de remição de pena; fim da exigência de 1/6 de cumprimento da pena em regime semiaberto para exercício de trabalho externo; visita íntima; atenção especial aos presos estrangeiros; defesa técnica em caso de falta disciplinar; definição de faltas leves e médias e a classificação do comportamento prisional pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; extinção de parecer do Conselho Penitenciário em casos de indulto; extinção da casa de albergado e assimilação do recolhimento domiciliar; progressão de regime antecipada em caso de superlotação; extinção das carceragens em delegacias de polícia; libertação direta e sem alvará até às 12h do dia de cumprimento ou extinção da pena; fim da perda dos dias remidos em caso de infração; limitação ao tempo de condenação em caso de superveniência de doença ou perturbação da saúde; reconhecimento de excesso na execução em caso de superlotação, concessão imediata de direitos no prazo de 30 dias se não houver manifestação; restrição do uso de algemas à situação excepcional e motivação por escrito; e uma série de medidas de assistência à mulher encarcerada e a seu filho.

Em linhas gerais, pode-se concluir que o projeto de reforma da LEP abrange duas facetas, ou seja, dois pontos. De um lado positivo, é um projeto que garante uma série de inovações aos direitos fundamentais dos presos. De outro lado, abrange uma série de pontos negativos para o Estado. Como exemplo, a norma prevista no projeto que condiciona saídas temporárias ao uso de tornozeleira eletrônica restringiria o direito ao benefício e oneraria o Estado. Enfim, é um projeto que ainda está em tramitação no Congresso Nacional, aguardando aprovação na Câmara dos Deputados.

3.3 Direitos Humanos dos Presos e das Vítimas de Crimes

As definições de direitos humanos não são unívocas. Trata-se de expressão múltipla, por vezes genérica, ambígua, fluída e cuja delimitação

conceitual aceita variações de natureza filosófica, histórica, social, cultural, política ou mesmo linguística. (OLIVEIRA, 2016) Assim, os direitos humanos podem ser definidos como o conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade. (RAMOS, 2013)

Faz-se imensamente importante estabelecer que as vítimas dos direitos humanos somos todos nós, cada qual e cada um, na sua hora e no momento de fraqueza ou negligência podemos ser vitimizado pelo abuso de poder, ou seja, pela macrovitimização (MAIA NETO, 2014). Nessa perspectiva, Maia Neto (2014, p. 16) salienta que

somos todos cidadãos do mundo, possuidores de dignidade humana. Esta garantia constitucional e universal não é concedida pelas autoridades públicas, mas surge da própria existência na sua perspectiva espiritual. São as autoridades públicas que estão obrigadas por Lei e pela constituição a cumprir com o dever inerente aos seus cargos.

Baseado no direito a igualdade jurídica, os direitos humanos são assegurados a todas as pessoas, seja bandido ou pessoas honestas. Tanto a vítima de um crime como um preso tem direito à intimidade, vida privada, honra, segurança e privacidade respeitada pelos meios de comunicação.

A LEP assegura em seu capítulo II, assistência ao preso, no que se refere ao fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, bem como assistência à saúde, que compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Porém, a realidade é bem diferente do que está previsto na norma legal. Vários desses preceitos são constantemente violados, o que ocasiona como consequência as rebeliões. Afirma Maia Neto (2014, p. 100) que os presos são vítimas do sistema repressivo do Estado, da crueldade originada pelo tratamento penitenciário. Na obra *“Direitos Humanos das Vítimas de Crimes”*, o autor diz que:

os presos tornam-se vítimas do sistema penitenciário quando, na prática, são caracterizados pela crueldade e desumanidade, quando não são respeitados os direitos fundamentais assegurados na legislação ordinária, na constituição e nos instrumentos de direitos humanos, à dignidade da pessoa humana.

Em síntese, podemos afirmar que os direitos humanos são direitos naturais, direitos irrevogáveis, direitos inalienáveis, indisponíveis, direitos

fundamentais, direitos indispensáveis, direitos autoaplicáveis, direitos dos povos e das gentes, normas consuetudinárias prevalentes, cláusulas pétreas de respeito humano, mandamentos supremos de direitos e deveres.

Destarte, os direitos humanos, sem exceção alguma, visam à prevenção e a repressão das violações fundamentais inerentes ao direito de viver com dignidade, e não estão para justificar o estado atual e as consequências negativas produzidas pela prisão (MAIA NETO, 2014). Portanto, os direitos humanos são direitos das vítimas, dos processados, dos presos, da polícia, dos menores, dos idosos, do índio, entre outros. Em outras palavras, são direitos que estão pautados no princípio da igualdade jurídica, segundo o qual, determinados direitos fundamentais não podem ser restringidos, a não ser pelos limites impostos pela lei.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo foi analisado o conceito de pena no ordenamento jurídico brasileiro. Também foi abordado sobre a pena e suas principais características tanto para o Direito Penal como para a Lei de Execução Penal. Além disso, foram estudadas as teorias sobre a finalidade das penas, quais sejam: a teoria absoluta ou retributiva, a teoria relativa ou preventiva e a teoria mista, que é a teoria acolhida pelo Código Penal Brasileiro. Ademais, foi discorrido sobre a execução penal no Brasil que é regulamentada pela Lei nº 7.210/1984, bem como os princípios regentes, a saber: os princípios da legalidade, da intranscendência ou personalidade da pena; da inderrogabilidade; da proporcionalidade; da individualização da pena e humanidade. Por fim, foi abordado sobre os regimes prisionais para o cumprimento de pena: fechado, aberto e semiaberto.

No segundo capítulo foi abordado o ECI, a partir da liminar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347/DF), que fora criada pela Corte Constitucional de Colômbia no intuito de dirimir questões relativas a omissões estatais e estruturais que implicam quadros de violação massiva dos direitos fundamentais. Esse instrumento teve como campo de estudo as omissões, falhas estruturais e as graves violações ocorridas ao longo dos anos no sistema prisional brasileiro, tendo em vista as últimas rebeliões que ocorreram nos presídios de diversos Estados. Verificou-se que a superlotação e a precariedade dos presídios brasileiros é um problema histórico no país.

O capítulo teve como enfoque ressaltar o tipo de responsabilidade do Estado diante os apenados e as vítimas de crimes, além de demonstrar a importância do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil como

instrumento na efetivação dos direitos humanos dos presos. Procurou-se expor os principais aspectos do sistema prisional brasileiro, elencados pelos meios de comunicação ao longo das últimas décadas, além de mencionar a vulnerabilidade e a ineficácia na aplicação de políticas públicas, a inconstitucionalidade de direitos, a transgressão a leis e institutos jurídicos, além de diversas irregularidades que são omitidas pelo Poder Público no âmbito desse setor.

Conclui-se que o Brasil preenche todos os pressupostos para que seja aplicado o ECI. O STF entendeu que a responsabilidade pelo estágio que o sistema prisional brasileiro chegou deve ser atribuída conjuntamente aos Três Poderes, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Por meio da análise da ADPF nº 347/DF, relativo ao sistema carcerário brasileiro, a decretação do ECI nesse setor demonstrou a importância que tem o instituto como ferramenta na compreensão sobre a proteção de direitos fundamentais.

Já no terceiro capítulo foi estudado sobre os direitos humanos dos presos e das vítimas de crimes. Nota-se que apesar do emaranhado de leis existentes no Brasil para assegurar os direitos fundamentais de todas as pessoas, é evidente a desigualdade em relação à proteção exacerbada no tratamento entre presos e vítimas de crimes. Destarte, chega-se à conclusão de que não há lei que assegure direitos a essas pessoas, apenas uma assistência deficiente por parte do Estado. Não há no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivos legais suficientes no intuito de assegurar direitos igualitários às vítimas de crimes.

No transcorrer deste trabalho, observa-se que a aplicação do Estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema prisional brasileiro revela um avanço no processo de reconhecimento das garantias dos presos, um amadurecimento dos princípios esculpidos na Constituição de 1988, que é comumente chamada de Cidadã, que respeita direitos e garantias fundamentais, pautando-se na proteção à vida, à liberdade e principalmente à dignidade da pessoa humana. Não pode o preso, o detento, o reeducando, ser submetido a métodos medievais de aprisionamento, pois isso, como se sabe, não garante a sua ressocialização. Ao contrário, contribui para que se marginalize ainda mais. A aplicação do ECI é, pois, uma nítida demonstração de uma importante experiência jurídica nesses 30 anos de Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**: esquematizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo** n° 254, 2010 (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOLZAN, Fabrício. **Direito administrativo para concursos públicos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Instituiu o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

_____. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Instituiu a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Projeto de Lei do Senado n° 513, de 2013 - AGENDA BRASIL 2015. **Senado Federal**. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115665>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASÍLIA. **CPI sistema carcerário**. Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2009. Disponível em: < file:///C:/Users/ntc/Documents/AUREA%20-%202018-1/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado De Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivim, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de Direito Administrativo**. Volume Único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Coimbra: João Abrantes, 1975.

DIAS, Licínia Rossi Correia. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOLTHE, Leo van. **Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivim, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Vol. 1: parte geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos das vítimas de crimes: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2014

MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. Parte Geral. vol. 1. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Luiz Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Edmar. Liberdade antecipada - O PLS 513/2013 que modifica a Lei de Execução Penal tramita a todo vapor. **Jusbrasil**. 2017a. Disponível em: <<https://advedmar.jusbrasil.com.br/noticias/440491990/liberdade-antecipada-o-pls-513-2013-que-modifica-a-lei-de-execucao-penal-tramita-a-todo-vapor>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

OLIVEIRA, Fabiano Melo de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017b.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2015.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Giovanni. História da filosofia grega e romana. v. 1. Tradução de Marcelo Perine. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza. 2001. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria critica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Série IDP - Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível

em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.
Acesso em: 26 fev. 2018.

TAVARES, André Ramos; MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira.
Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.