

REVISTA INTERNACIONAL **CONSINTER** DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO I – NÚMERO I

DIREITO E JUSTIÇA
Aspectos Atuais e Problemáticos

Lisboa
Editorial Juruá
2015

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO I, Nº I, 2º SEM. 2015



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez
Germán Barreiro González
Gonçalo S. de Melo Bandeira
María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Adel El Tasse
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto
Aloísio Krohing
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Angela Cassia Costaldello
Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Pele
Camila Clarisse Romero Gomes
Carlos Trujillo Hernandez
Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Danielle Portugal de Biazzi
David Vallespín Pérez
Dirce Nazaré de Andrade Ferreira
Fabiane Grando
Fabiano Dolenc Del Masso
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando Rister de Sousa Lima
Francisco Carlos Duarte
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Gregorio Saravia
Greice Patrícia Fuller
Guilherme Augusto Souza Godoy
Idir Canzi
Iraci de Andrade
Irene Portela
Isa Filipa António
J. Eduardo López Ahumada
Jardel de Freitas Soares
Jessica Ramos da Silva

Jordi Garcia Viña
Jorge de Oliveira Vargas
José Adércio Leite Sampaio
Karin Kässmayer
Linara Oeiras Assunção
M^a Ángeles Pérez Marín
Maraluce Maria Custódio
Marcel Magalhães e Guerra
Marco Antonio Lima
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nuria Belloso Martín
Paulo J. B. Faiad
Paulo Junior Trindade dos Santos
Paulo Ricardo Opuszká
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Rita Daniela Leite da Silva
Robert Carlon de Carvalho
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño
Rubén Miranda Gonçalves
Rui Miguel Zeferino Ferreira
Saulo Tarso Rodrigues
Sônia M. P. Wiedmann
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Valesca Raizer Borges Moschen
Vinícius Almada Mozetic
Vitor de Medeiros Marçal
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Zulmar Fachin

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objectivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos seleccionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de selecção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

EXCESSO DE EXECUÇÃO PENAL. GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. CONSEQUÊNCIAS

*Jorge de Oliveira Vargas*¹

Resumo: Neste trabalho pretende-se refletir sobre o caos do nosso sistema carcerário, quer nas penitenciárias, quer nas cadeias públicas, e as consequências do cumprimento de pena privativa de liberdade em condições desumanas ou degradantes, que afrontam os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do respeito a integridade física e moral dos detentos; normas de aplicabilidade imediata, bem como os tratados internacionais que tratam da matéria e a Lei de Execução Penal. O excesso ou desvio de execução, que torna ilegítima a atuação do poder punitivo do Estado. A discussão do tema nos tribunais, bem como a possibilidade da indenização por danos morais, face a inobservância do princípio humanitário no cumprimento da pena. Ainda, a aplicabilidade, entre nós, do *habeas corpus* genérico, uma terceira espécie de *habeas corpus*, que visa fazer cessar a violência física e moral sofrida pelos detentos, e ainda a possibilidade do *habeas corpus* coletivo. O desrespeito aos direitos humanos dos presos tem sido reiteradamente reconhecido, porém o Poder Público continua a ignorá-los. A pesquisa aqui desenvolvida foi da legislação a respeito do tema e da jurisprudência, concluindo-se pela urgente necessidade de reverter-se essa situação.

Palavras-chave: Caos penitenciário. Excesso de cumprimento de pena. Consequências. Dano moral. *Habeas corpus* genérico.

Abstract: The purpose of this work is to take into consideration the chaos of the Brazilian prison system, both in the prisons as well in the jails, and the consequences of incarceration under inhuman and degrading conditions in confront with the constitutional principles of humanity, dignity and respect of the physical and moral integrity of the detainees despite the legal protection granted by the law and the international treaties. The excessive or improper execution of the penalties that configures the illegality of the punitive power of the State, and consequently the judicial trial about a possible compensation for moral damages, arising from criminal executions in viola-

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Mestre, Doutor e Pós-doutor pela Universidade Federal do Paraná, Professor universitário e Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Vinculado à Escola da Magistratura do Paraná.

tion of the sentences; yet, the applicability, in Brazil, of the “generic habeas corpus”, a third species aimed at cessation of physical and moral violence suffered by detainees, and the possibility of the “collective habeas corpus”. The research took into consideration the legislation on the subject and the decisions of the courts, and the conclusion was the urgent need for resumption of legality.

Keywords: Prison chaos – excess of prison serving – consequences – moral damage – generic *habeas corpus*.

INTRODUÇÃO

A finalidade deste estudo foi realizar uma pesquisa a respeito dos direitos fundamentais das pessoas privadas de seu direito de liberdade, sob a ótica do texto constitucional de 1988, com relação aos tratados internacionais e também à Lei de Execução Penal.

Esse arsenal legislativo, que garante a humanização da pena, tem sido reiteradamente ignorado na prática. A execução da pena privativa de liberdade, de maneira geral, em nosso país, caracteriza uma afronta à dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos e, de consequência, ao Estado Democrático de Direito.

Os Tribunais, na condição de guardiães da Constituição, nem sempre têm garantido a concretização desse direito fundamental.

Buscou-se, na Constituição do Paraguai, a figura do *habeas corpus* genérico como um remédio apropriado para minorar o cumprimento das penas em condições desumanas e degradantes.

O direito à indenização por dano moral também é abordado.

A timidez do Poder Judiciário, em muito contribui para que esse estado de coisas não se altere, apesar de algumas posições encorajadoras em sentido contrário.

Uma reflexão sobre o tema, que é antigo, mas continua atual, tem a finalidade de chamar a atenção para a gravidade do problema, em busca de soluções urgentes, com a participação mais efetiva dos poderes públicos, fazendo com que os direitos humanos sejam uma realidade e não mero protocolo de intenções.

A pesquisa legislativa e jurisprudencial realizada, mostra o abismo que existe entre o desenvolvimento teórico do tema e o dia a dia das pessoas sujeitas à privação da liberdade. O Estado usa a legislação para condenar, mas ignora aquela que garante os direitos do condenado, assumindo uma posição que seja ser hipócrita.

1 O CAOS DO NOSSO SISTEMA PENITENCIÁRIO

São notórias as condições precárias do nosso sistema penitenciário²; as condições desumanas em que pessoas cumprem pena em cadeias públicas e penitenciárias. Situação reconhecida pelos nossos tribunais, inclusive os Tribunais Superiores, que fere a Constituição Federal, os Tratados internacionais e a Lei de Execução Penal, mas que, apesar disso, continua sem solução adequada, apesar de existirem remédios processuais aptos para tanto.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS AO CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Dos incisos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, se extraem, como subprincípios da dignidade da pessoa humana, em relação aos presos, os seguintes: III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XLVI – a lei regulará a individualização da pena [...]; XLVII – não haverá penas: [...] e) cruéis; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; e L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Esses direitos fundamentais individuais são normas constitucionais de eficácia plena, de aplicação imediata, conforme dispõe o § 1º do citado artigo.

3 DO *HABEAS CORPUS*

O remédio heroico para afastar a violência ao direito de locomoção, a desumanidade do tratamento no cumprimento de pena e o excesso de execução, é o *habeas corpus*, assim definido no art. 5º, LXVIII, da nossa Carta Magna: “*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”.

Essa garantia fundamental deve ser interpretada da maneira mais ampla possível, de modo especial para assegurar aos presos, seus direitos constitucional e legalmente consagrados.

² No jornal *Gazeta do Povo*, do dia 12.06.2015, na p. 11, consta uma reportagem com o título “*Presos à mingua no 1º DP de Curitiba*”. No texto diz: “*Presos no 1º Distrito Policial (DP) de Curitiba estão em condições sanitárias insalubres e sem acesso a higiene. Duas celas e uma sala adaptada comportam 40 detentos na delegacia, que tem capacidade para apenas oito. Não há banheiros suficientes para os detentos. Eles fazem as necessidades de maneira irregular, usando o recipiente da marmitta*”.

A violência ao direito de locomoção pode ocorrer quer em relação a prisão ilegal ou arbitrária, como em relação ao cumprimento da pena. Em ambos os casos o *habeas corpus* é o remédio.

3.1 Do Histórico do Tratamento da ação do *Habeas Corpus*

Essa ação mandamental já estava indiretamente prevista na *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, em seu art. 39³, mas só foi efetivamente regulamentada pelo *Habeas Corpus Amendment Act*, de 28 de maio de 1679.

No nosso ordenamento jurídico, foi disciplinada no Código de Processo Criminal do Império (Lei de 29 de novembro de 1832), nos arts. 340 e seguintes.

Na Constituição da República, de 1891, foi consagrada de maneira abrangente no art. 72, § 22, que dizia: “*Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*”.

Observe-se que segundo esse dispositivo o *habeas corpus* poderia ser utilizado não só para a proteção do direito de locomoção, mas frente a qualquer ilegalidade ou abuso de poder. Foi apenas com a Emenda Constitucional de 1926 que sua aplicação ficou restrita a proteção contra a violência à liberdade de locomoção.

O nosso Código de Processo Penal trata do tema nos seguintes termos:

Art. 647. *Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.*

Art. 648. *A coação considerar-se-á ilegal:*

I – quando não houver justa causa;

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI – quando o processo for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade.

Essas hipóteses não são *numerus clausus*, pois as garantias constitucionais, dentre as quais a mais importante é o *habeas corpus*, devem ser interpretadas de maneira a que se lhes dê a maior eficácia possível.

³ Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.

Também é de se destacar que esse remédio heroico não visa garantir apenas o direito de locomoção de forma imediata, mas mediata também, como se extrai da hipótese do inc. I do art. 648.

3.2 Do *Habeas Corpus* Genérico

Para situações em que a pessoa está cumprindo pena em condições desumanas, com desrespeito à integridade física ou moral, é possível o reconhecimento de uma terceira espécie de *habeas corpus*, além do preventivo e do libertatório, qual seja, a do *habeas corpus* genérico, que assim é definido na Constituição da República do Paraguai, quando em seu artigo 133, trata do *habeas corpus*, e, no item 3, do genérico: “*Asimismo, esta garantía podrá interponerse en casos de violencia física, síquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad*”⁴.

A respeito, há a Lei 1.500/99 do Paraguai, que em seu capítulo IV, que é dedicado ao *habeas corpus* genérico, preceitua em seu art. 32: “*Procederá el habeas corpus genérico para demandar: [...] b) el cese de la violencia física, psíquica o moral que agrave las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad*”⁵.

Não se trata, portanto, de prisão formalmente ilegal. A pessoa está legalmente privada de sua liberdade, porém a execução de sua pena que é ilegal. É para essas situações que se prevê o *habeas corpus* genérico.

Poder-se-ia dizer que tal garantia processual não está expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico infra constitucional, mas essa interpretação não pode prosperar diante do princípio da normatividade da Constituição Federal, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais individuais.

Ora, se o *habeas corpus* é o remédio para fazer cessar, dentre outras hipóteses, a violência na liberdade de locomoção, por ilegalidade, é evidente seu cabimento quando a pessoa está cumprindo uma pena em condições desumanas, ou em condições que não observam os princípios constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana, vedação da tortura e de penas cruéis, violando frontalmente o direito fundamental de respeito à integridade física ou moral da pessoa privada de sua liberdade.

O conhecimento da legislação estrangeira, principalmente a que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, nos ajuda a melhor interpretarmos a nossa. Os direitos e garantias fundamentais não se constituem num patrimônio nacional, mas universal.

⁴ “Do mesmo modo, esta garantía poderá se interpor em casos de violencia física, psíquica ou moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de sua liberdade”. Tradução livre.

⁵ “A cessação da violência física, psíquica ou moral que agrave as condições de pessoas legalmente privadas de sua liberdade”. Tradução livre.

4 DO CUMPRIMENTO DAS PENAS

Importante é destacar que a Constituição do Império, de 1824, já previa em seu art. 179-21, que as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas.

Infelizmente, como já se disse, o nosso sistema carcerário está numa situação lastimável, ou seja, há total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa privada de sua liberdade; há uma situação de permanente tortura decorrente do cumprimento das penas de reclusão de forma cruel, com total desconsideração à integridade física e moral dos encarcerados.

Quando o art. 5º, XLVII, alínea “e”, consagra que não haverá penas cruéis, está dizendo que também não haverá execução cruel de pena, pois de nada adiantaria a vedação de pena cruel se sua execução é feita de tal forma que a integridade física e moral do detento seja colocada em grave risco.

Mas não é só a Constituição Federal que consagra o princípio da humanidade no cumprimento da pena, ao dispor em seu art. 5º, III, que: “*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*”; também a Lei de Execuções Penais 7.210, de 11 de julho de 1984, prevê, em seu art. 1º, 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.

Note-se a expressão: efetivar as disposições de sentença.

Na proporção que a execução não respeita a sentença, é ilegítima, é ilegal.

Na exposição de motivos da Lei de Execução Penal há especial destaque a necessária observância do princípio da legalidade na execução da pena. Consta no item 19: “*O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal*”.

No entanto, grande parte dessa Lei, principalmente no que diz respeito às instalações higiênicas e a superpopulação, tanto em relação às penitenciárias como às cadeias públicas (arts. 11, 12, 88 e 104), tornou-se letra morta; tornando ilegítima a execução da pena.

A respeito do cumprimento de penas em cadeias públicas, escreve Maurício Kuehne:

Como sabido, as cadeias públicas se inserem como estabelecimentos penais, e mutatis mutandis devem proporcionar aos privados de liberdade as mesmas condições contidas em penitenciárias, por força do que estabelece o art. 104 da Lei de Execução Penal. E como ficam os presos recolhidos nesses locais? Quer em termos de Brasil, quer no particular, em relação ao Estado do Paraná, a situação é deveras lamentável. Recolhidos em infectos locais, desprovidos de condições para prestar as modalidades de assistência previstas da

*LEP, transformam-se piores do que em verdade são. A Sociedade não sabe, mas está ajudando a fabricar criminosos mais perigosos*⁶.

O princípio da legalidade transformou-se apenas num protocolo de intenções, sem aplicação prática.

5 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena, consagrado no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, para sua completa eficácia, alcança não só a aplicação, mas também a execução da pena; portanto, na execução, o detento não pode ser privado dos direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. É nesse sentido o art. 3º, da Lei de Execução Penal, que diz: “*Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*”.

Assim, o preso deve se submeter à pena imposta, mas dentro dos limites da lei e da sentença.

*“A pena não deve ser cruel nem desumana... um Estado que... tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes”*⁷ (FERRAJOLI, 2014, p. 364).

Para que o réu não se torne pior, é necessário que as condições de vida dentro da prisão sejam, para todos, as mais humanas e as menos aflitivas possíveis⁸. (FERRAJOLI, 2014, p. 365)

O art. 5º, XXXIX, da nossa Carta Magna, diz: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Ora, a pena deve ser aquela fixada na sentença, e ser cumprida conforme a lei. Não há pena sem prévia cominação legal, diz o texto constitucional; portanto, uma pena que não observa a lei; uma pena que é cumprida em condições degradantes, não é pena legal, é tortura ou tratamento desumano, ou ainda, degradante, caracterizando, portanto, excesso de execução.

6 DO EXCESSO DE EXECUÇÃO

Haverá evidente excesso de execução ou desvio, conforme dispõe o art. 185, da Lei de Execução Penal: “sempre que algum ato for praticado além

⁶ Paraná Online. **A mão que prende não pode cuidar**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-ustica/news/367318/?noticia=A+MAO+QUE+PRENDE+NAO+PODE+CUIDAR>>.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 364.

⁸ Ob. cit., p. 365.

dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”. O incidente de excesso ou desvio de execução poderá ser suscitado pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário, pelo sentenciado ou por qualquer dos demais órgãos da execução penal (art. 186). Esse incidente não impede a utilização do *habeas corpus*, ou mais apropriadamente, do ***habeas corpus genérico***, para afastar o excesso ou desvio de execução da pena.

Aliás, esse incidente tem se mostrado uma letra morta; quase nunca é utilizado. É ignorado pelos órgãos da execução penal e desconhecido do sentenciado.

A respeito desse tema, a omissão dos Poderes Públicos é flagrante. O Executivo parece simplesmente ignorar o caos do sistema. O Judiciário, como guardião da Constituição que é, também tem sido as vezes tímido, apesar das disposições constitucionais e legais existentes, além dos tratados internacionais. No Agravo 663913-4/01, do Foro Regional de Campina Grande do Sul, da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, discutia-se sobre a legitimidade do juiz de direito da Comarca em determinar a remoção dos presos recolhidos na cadeia pública daquela localidade. O Ministério Público alegava:

O caso dos autos não retrata a mera análise discricionária de oportunidade e conveniência do administrador público em decidir praticar ou não o ato de remoção de presos, mas sim a urgente e necessária remoção de presos diante da calamitosa situação enfrentada por eles dentro do referido ergástulo público. O que se quer dizer é que a determinação judicial in casu terá como prisma a garantia de que detentos não serão submetidos a tratamento desumano e degradante, assim como a incolumidade pública será preservada de eventuais fugas e motins.

Entretanto, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por ampla maioria (apenas um voto vencido), entendeu que não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na política do sistema penitenciário do Estado, mesmo que essa afronte os mais básicos direitos constitucionais⁹. Felizmente esse entendimento foi superado no RE 592.581 que será citado adiante.

6 DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS À REFORMA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Da exposição de motivos do anteprojeto de lei de atualização e reforma da Lei de Execução Penal, sob a presidência do Ministro Sidnei Agostinho

⁹ Da emenda do acórdão consta: A liminar concedida em ação civil pública que determina, as expensas do Estado do Paraná, a interdição da Cadeia Pública de Campina Grande do Sul e a consequente remoção de presos para outras unidades carcerárias, sob pena de multa cominatória, provoca risco de lesão à ordem administrativa, na medida em que se imiscui em matéria afeta ao Executivo Estadual, especialmente quanto ao tema segurança pública, que, respeitada a reserva do possível, dar-se-á mediante critérios de oportunidade e conveniência do administrador. Data do julgamento: 08.10.2010. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do...>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

Beneti e da relatoria da Procuradora da Justiça Maria Tereza Uille Gomes, se extrai que dentre os princípios que nortearam os trabalhos da comissão está o da humanização da sanção penal e garantia dos Direitos Fundamentais do condenado, em qualquer modalidade de pena e regime prisional, do destinatário de medida de segurança e do preso provisório, evitando-se ao máximo restrições derivadas de más condições de execução penal (3); o reconhecimento da não efetivação da disciplina contida na Lei 7.210, quanto a humanização da pena (9); o propósito de conferir efetividade ao princípio republicano da humanização da execução penal (13); a vedação expressa de o estabelecimento penal receber presos além de sua capacidade prevista e publicizada, definida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária [62]; o afastamento da exigência, nunca cumprida, de cela individual, permitindo capacidade de até, no máximo, 8 (oito) pessoas, exigindo-se porém dormitório, aparelho sanitário e lavatório, e comprovada salubridade do ambiente quanto à aeração, insolação e condicionamento térmico [63].

É uma nova promessa. Pelo menos aí há o reconhecimento de que os direitos dos presos não estão sendo cumpridos; que a atual Lei de Execução Penal tem sido ignorada em relação a humanização da pena; que há excesso de execução e que o sistema carcerário está funcionando de forma a ignorar a Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais que tratam do tema, como adiante se verá, e ainda a mencionada Lei.

Os tratados internacionais, reiteradamente vem reafirmando a necessidade de respeito da integridade física e moral das pessoas privadas de sua liberdade. O nosso Estado adota esses tratados, mas apenas formalmente, porque não os cumpre, desrespeitando o contido nos §§ 2º e 3º, do art. 5º, da nossa Carta Política, que os considera como normas de direitos fundamentais.

O Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, promulgou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Essa Convenção reitera o art. V, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que diz: Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, o que é repetido pela nossa Constituição Federal, no art. 5º, III. Essa vedação à tortura, a tratamento desumano ou degradante ou castigo cruel, é um direito não apenas nacional, mas da humanidade.

Merecem destaque os seguintes dispositivos dessa Convenção:

***Art. 11.** Cada Estado Parte manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas, em qualquer território sob sua jurisdição, a qual forma de prisão, detenção ou reclusão, com vistas a evitar qualquer caso de tortura.*

***Art. 14.1.** Cada Estado Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequa-*

da, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização.

Art. 16.1. *Cada Estado Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.*

No mesmo sentido o art. 7º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, reafirma em seu art. 5, ao tratar do direito à integridade pessoal: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Dos princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas, apresentado pela Relatoria Especial sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), aprovados pela Resolução 1/08, em 13 de março de 2008, se extrai:

Princípio I

Tratamento humano.

Toda pessoa privada de liberdade que esteja sujeita à jurisdição de qualquer dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos será tratada humanamente, com irrestrito respeito à sua dignidade própria e aos seus direitos e garantias fundamentais e com estrito apego aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos.

Em especial, levando em conta a posição especial de garante dos Estados frente às pessoas privadas de liberdade, e terão elas respeitadas e garantidas a vida e a integridade pessoal bem como asseguradas condições mínimas compatíveis com sua dignidade.

Princípio VI

Controle judicial e execução da pena.

O controle da legalidade dos atos da administração pública que afetem ou possam afetar direitos, garantias ou benefícios reconhecidos em favor das pessoas privadas de liberdade, bem como o controle judicial das condições de privação de liberdade e a supervisão da execução ou cumprimento das penas, deverá ser periódico e estar a cargo de juízes e tribunais competentes, independentes e imparciais.

Princípio XVII

Medidas contra a superlotação.

[...]

A ocupação do estabelecimento acima do número estabelecido de vagas será proibida por lei. Quando desse fato decorra a violação de direitos humanos, deverá ela ser considerada pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante. A lei deverá estabelecer os mecanismos para remediar de maneira imediata qualquer situação de alojamento acima do número de vagas estabelecido. Os juízes competentes deverão adotar medidas corretivas adequadas na ausência de regulamentação legal efetiva.

O art. 7º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos repete: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”. Esse pacto foi promulgado entre nós pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, constando no art. 1º que o mesmo será executado e cumprido inteiramente como nele se contém.

Ainda, as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas Resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957 e 2.076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Esta última, afirma em seu art. 57:

A prisão e outras medidas que resultam na separação de um criminoso do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem à pessoa o direito de autodeterminação, por a privarem da sua liberdade. Logo, o sistema penitenciário não deve, exceto pontualmente por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

Como é fácil notar, todos os tratados e convenções internacionais repudiam veementemente a execução desumana da pena privativa de liberdade, e são eles normas, como já se disse, que integram os direitos fundamentais, conforme art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal; mas tudo isso, até agora, foi em vão.

Poder-se-ia alegar que isso tudo é conhecido, é sabido, que nada é novidade. De fato, mas não pode ser ignorado. Não basta conhecer; é necessário, com base nesse arsenal legislativo, transformar a realidade, para que a Constituição, os tratados internacionais e as leis não sejam considerados apenas um “pedaço de papel”.

7 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Poder-se-ia argumentar que essas questões relacionadas com as condições dos presídios e cadeias públicas são políticas a cargo do Poder Executivo,

não devendo o Judiciário intervir, porém, o princípio da separação dos Poderes, consagrado no art. 2º, da Constituição Federal, não significa que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tenham a discricionariedade de cumprir ou não a Constituição.

Na verdade, modernamente, existem funções e não poderes. Cada um destes órgãos tem a função que pode ser definida como um poder/dever de cumprir o programa constitucional; e a função judiciária, que envolve a guarda da Constituição, possui, por consequência, a atribuição de determinar aos demais órgãos estatais a observância desse programa, de maneira especial o respeito aos direitos humanos.

O Poder Judiciário, portanto, tem o dever de assegurar a concretização desses direitos, de maneira especial aqueles de aplicabilidade imediata, referidos no item 2 deste trabalho.

Toda e qualquer lesão não pode ter sua apreciação excluída da apreciação do Judiciário, diz o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Há necessidade urgente de se desenvolver uma jurisprudência transformadora dessa realidade de desrespeito dos direitos fundamentais das pessoas privadas de sua liberdade.

Esses crimes, praticados pela omissão do Estado, contra os direitos humanos, não podem continuar ignorados, sob pena de se negar legitimidade ao nosso Estado Democrático de Direito.

A respeito, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente, no Recurso Extraordinário 592.581, originário do Rio Grande do Sul, pela relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski que o princípio da reserva do possível não pode ser invocado pelo Executivo para deixar de cumprir decisão que o obriga a fazer obras de reforma em presídios¹⁰.

A controvérsia foi assim resumida pelo relator:

A controvérsia central deste recurso extraordinário está em saber se cabe ao Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer, consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais de pessoas sob custódia temporária do Estado.

Em palavras distintas, indaga-se a esta Suprema Corte se, tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado, e, de outro, considerada a delicada situação orçamentária na qual se debatem a União e os entes federados, estariam os juízes e tribunais autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos, o princípio da

¹⁰ “Reserva do Possível” não permite que Executivo ignore Constituição, julga STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-13/reserva-possivel-nao-permite-executivo-ignore-constituicao>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

dignidade humana e os direitos que a Constituição Federal lhes garante, em especial o abrigado em seu art. 5º, XLIX.

Do voto merecem destaque, dentre outros, os seguintes trechos:

O senso comum não nega – ao contrário, reafirma – que o histórico das condições prisionais no Brasil é de insofismável precariedade.

Nesse contexto, são recorrentes os relatos de sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superpopulação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios.

Esse evidente caos institucional, à toda evidência, compromete a efetividade do sistema prisional como instrumento de reabilitação social dos detentos, a começar pela carência crônica de vagas, que faz com que os estabelecimentos carcerários sejam verdadeiros “depósitos” de pessoas.

A tese de repercussão geral proposta é a seguinte:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Com essa decisão fica clara a possibilidade do Judiciário, como voz da Constituição, impor aos demais órgãos públicos a concretização dos direitos fundamentais, de maneira especial aqueles relacionados com o da dignidade da pessoa humana.

8 DA ADIN INTERVENTIVA

A Constituição Federal, em seus arts. 34 e seguintes, trata da intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, para assegurar, dentre outros, o princípio constitucional sensível dos direitos da pessoa humana (VII, “b”). A decretação dessa intervenção depende de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República (art. 36, III). Essa forma de intervenção não é facultativa, mas obrigatória. Não se trata de ato discricionário do Presidente da República, mas vinculado, nos termos do art. 11, da Lei 12.562/11¹¹, que diz: Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades

¹¹ Regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal.

ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado na representação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 dias, dar cumprimento aos §§ 1º e 3º, do art. 36, da Constituição Federal. O Procurador-Geral da República não tem a faculdade, mas a obrigação de oferecer representação para assegurar a observância desse princípio.

A utilização dessa ação em muito contribuiria para minorar a situação angustiante dos que cumprem pena em situação degradante.

9 DO TEMA NOS TRIBUNAIS. ASPECTO PENAL

Nossos tribunais, apesar de reconhecerem a precariedade do nosso sistema carcerário, ou seja, que o Estado não está cumprindo a Constituição, os Tratados Internacionais e as Leis, a respeito, têm adotado posições divergentes em relação as consequências dessa omissão em relação a pessoas dos presos.

Dos julgados que melhor atendem os princípios constitucionais, destaca o acórdão da 5ª Câmara Criminal do Rio Grande do Sul, na Apelação Crime 70029175668, de relatoria do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho.

Da ementa consta:

Recolhimento prisional: o condenado somente será recolhido a estabelecimento prisional que atenda rigorosamente aos requisitos impostos pela legalidade – Lei de Execução Penal. Legalidade: não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonhando-a quando lhe beneficie. Por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, vencido o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos.

Do corpo do acórdão se extrai:

Aqui o Estado inibe, no viés constitucional, como direito e garantia fundamental, penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”); “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (XLVIII); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (XLIX); “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante” (III).

Na suma, a Lei Maior estabelece – diferente não poderia ser neste estágio civilizatório – o princípio da humanidade das penas!

Ao aterrisar o comando constitucional, a Lei de Execução Penal define explicitamente, nos artigos 82 a 95, as condições objetivas das unidades prisionais. Já nos artigos 40 a 43, fixa os direitos dos apenados.

Assim, vê-se, com obviedade, que o Estado deve punir aquele que agride a lei penal e, numa outra ponta, deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele impõe.

[...]

Todavia, tem acontecido – máxime no Estado gaúcho – verdadeira autofagia sistêmica: com base na lei se condenam pessoas a pena de prisão (para prejudicar) mas no momento em que se deve beneficiá-las (condições prisionais), nega-se a legalidade. Algo intolerável, beirando a hipocrisia.

Todos, absolutamente todos, sabemos que o Estado é violador dos direitos da população carcerária.

[...]

Há, repito, contradição insuportável em se condenar alguém com base na lei e, depois negá-la no momento da execução da pena.

O relator votou pela suspensão da expedição do mandado de prisão, ou seja, a execução da pena nem ao menos deveria começar; já a maioria admitiu o início da execução, porém, o réu deveria cumprir a pena em prisão domiciliar, enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da Lei de Execuções Penais.

É um precedente importante, que demonstra a preocupação do Poder Judiciário com o cumprimento das normas relacionadas com a humanização da pena. Se o Estado não pode garantir um cumprimento da pena sem o tratamento degradante ou cruel, não tem legitimidade para impor sua execução.

A discussão do tema, no Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante, deu-se na Medida Cautelar 17.123/RS, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP) a respeito da decisão de um juiz que deixou de expedir mandado de prisão, apesar da condenação do réu por furto qualificado, “*porque o presídio de Camaquã está interditado e as demais unidades prisionais gaúchas estão superlotadas*”.

Ao negar provimento ao recurso do Ministério Público, a 7ª Câmara Criminal (do RS) assentou:

Não se trata de violar a coisa julgada, desrespeitar o disposto em lei federal ou de promover a insegurança, argumentos alinhavados pelo órgão ministerial, mas de uma imposição de realidade. Se não há como recolher a algum cárcere, não é possível sequer expedir o reclamado mandado de prisão.

O relator, Ministro Celso Limongi, ao negar seguimento à medida cautelar, concluiu que não há como se “pelejar para o recolhimento de preso em presídio, sem que haja nenhuma condição de receber tal pessoa sem prejuízo de sua dignidade”.

São decisões que fazem valer o texto constitucional e o princípio da legalidade na execução da pena, porém, alcançam apenas algumas pessoas, dentro do universo carcerário.

10 DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO

Outra questão polêmica é o cabimento ou não de *habeas corpus* coletivo, em se tratando de excesso de execução de sentença penal.

No RHC 46988/BA, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2014/0082983-1, de relatoria do Ministro Felix Fischer, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 24.03.2015 (DJe 30.03.2015), não houve acolhida por ausência de individualização das pessoas que estão sofrendo, ou ameaçadas de sofrer, violência ou coação em sua liberdade.

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Impetração coletiva em benefício de grupo de presos provisórios em delegacias de polícia. Ausência de individualização da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação em sua liberdade. Código de Processo Penal. Art. 654, § 1º, alínea ‘a’. Recurso Ordinário desprovido.

I – No caso dos autos, a Defensoria Pública do Estado da Bahia impetrou habeas corpus em razão da “irregular, absurda e desumana situação de um elevado número de pessoas, que, na qualidade de presos provisórios, encontravam-se sem qualquer dignidade custodiadas nas carceragens das Delegacias de Polícia da Capital baiana, quando, supondo-se possível e necessárias as suas prisões, deveriam permanecer abrigadas em Unidades Prisionais próprias [...]”

II – O e.g. Tribunal a quo, ao julgar o agravo regimental interposto em face da r. decisão que indeferiu liminarmente o writ lá impetrado, destacou que a impetrante deixou “de atender aos requisitos legais estabelecidos no art. 654, do Código de Processo Penal, que condiciona o conhecimento do presente tipo de ação dentre outras coisas, à indicação individualizada dos custodiados que estariam a sofrer constrangimento ilegal por cerceamento indevido do seu direito de locomoção/liberdade”.

*III – Nos termos do art. 654, § 1º, alínea ‘a’, do Código de Processo Penal, a petição de **habeas corpus** deve indicar o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção.*

No mesmo sentido, o AgRg no *Habeas Corpus* 269.265/SP, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Essa questão poderia ser superada conforme previsto no item 97, da exposição de motivos da reforma da Lei de Execução Penal, que ao tratar do excesso ou desvio da execução, prevê:

Os incidentes de excesso ou desvio passam a ser tanto individuais como coletivos, nesse último caso quando o número de presos excede a capacidade de vagas ou quando for constatado que as condições de salubridade e higiene são insatisfatórias. Trata-se de possível forma de provocação da elaboração de lista dos presos mais próximos à obtenção do benefício para que operacionalize a antecipação da progressão de regime.

Questões burocráticas ou apenas operacionais não devem impedir o Judiciário de garantir os direitos legais e constitucionais das pessoas privadas de liberdade. Havendo meios de identificar a superpopulação carcerária ou presos que estão submetidos a tratamento desumano ou degradante, não há motivos para se negar o *habeas corpus* coletivo.

11 DO TEMA, NOS TRIBUNAIS. ASPECTO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

As consequências desse problema, relativo a execução desumana das penas privativas de liberdade, não são apenas de natureza penal; possuem reflexos civis. Nesse aspecto civil, nos embargos de divergência em REsp. 962.934/MS, originariamente de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, mas tendo o Ministro Humberto Martins como relator para o acórdão, discutia-se a respeito da indenização por dano moral à pessoa que cumpria pena em condições subhumanas.

Dentre os fundamentos da decisão de primeiro grau, que condenou o estado do Mato Grosso ao pagamento de indenização no valor de três mil reais, consta:

Vale também ressaltar, aqui me atentando às informações prestadas pelo MM. Juiz da vara de Execuções Penais e pelo i. Diretor do Estabelecimento Penal local, que o presídio de Corumbá é dotado de celas nas quais cumprem penas mais pessoas do que o dobro de sua capacidade, em condições não admitidas pela Lei de Execução Penal, pelo Código Penal brasileiro, nem pela Constituição Federal, inclusive não havendo sequer colchões para todos os condenados, tampouco qualquer outra condição mínima de higiene e limpeza, prevalecendo, portanto, a indesejável promiscuidade que coloca em risco a integridade física, psíquica e moral dos presos, não prevista (tal promiscuidade) como pena pelo(s) crime(s) pelo(s) qual(is) foi(ram) condenado(s).

[...]

*Da satisfatória demonstração dos fatos alegados pelo autor, notadamente da hipертrofia de sua punição, caracterizada pela privação de sua dignidade, decorrente de sua submissão a condições não somente não previstas em lei nem na sentença que o condenou, mas expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico pátrio, concludo pela desnecessidade da produção de prova específica de dano moral indenizável, por entender, em hipóteses que tais, presumível **ipso facto** o dano moral alegado na petição inicial.*

No Tribunal de Justiça travou-se uma discussão a respeito da reserva do possível e o mínimo existencial, prevalecendo, por maioria de votos, a proteção deste, uma vez que a reserva do possível não pode ser alegada de maneira irresponsável, unicamente para afastar a responsabilidade do Estado pelo descumprimento dos direitos, principalmente daqueles que se referem ao direito à

vida, à integridade física ou moral e à dignidade da pessoa humana. Para que essa alegação, a da reserva do possível, possa ter consistência, é necessário que o Estado comprove que fez tudo o que estava ao seu alcance e mesmo assim não conseguiu cumprir o programa constitucional; prova essa inexistente. Porém, o recurso especial foi provido pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, negando-se o direito de indenização ao encarcerado, apesar de reconhecer a penúria em que vivem; e isso, pelas razões sumariadas na ementa do acórdão de lavra do Ministro Herman Benjamin, das quais destaco:

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

2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de 'pedágio-masmorra', ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma 'bolsa-indignidade' pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente. [...]

Ora, negar o direito individual, constitucionalmente garantido, sob o argumento da busca de um ideal, é anular o princípio constitucional que garante a cada um o acesso ao Judiciário na busca da reparação a lesão (art. 5º, XXXV da CF).

É o mesmo que fechar as portas do Judiciário aos que necessitam de proteção da justiça; é o mesmo que dizer que não há direito individual, só coletivo.

Em conferência proferida no Rio de Janeiro, em 31 de março de 2001, sob o título “por um processo socialmente efetivo” José Carlos Barbosa Moreira sublinha:

Fique claro que não estou atribuindo a processo algum, por mais efetivo que seja, a virtude de tornar por si só menos iníquas as estruturas sociais, de corrigir-lhes as tristes deformidades que as marcam em países como o nosso. Não se promove uma sociedade mais justa, ao menos primariamente, por obra do aparelho judicial. É todo o edifício, desde as fundações, que para tanto precisa ser revisto e reformado. Pelo prisma jurídico, a tarefa básica inscreve-se no plano do direito material.

Não se deve inferir daí, porém, que o processo, enquanto tal, não tenha o que fazer no trabalho de renovação. Há quem encare com total cepticismo a pos-

sibilidade de qualquer contribuição processual nesse terreno e prefira aguardar as grandes mudanças do ordenamento desde as raízes mais profundas. É uma posição só aparentemente progressista: renuncia a um pouco do que se pode tentar conseguir hoje ou amanhã em nome do muito que, em hipótese otimista, apenas a longo prazo se tem razoável expectativa de ver acontecer¹².

Portanto, deixar de proteger um direito individual, esperando que venha uma grande transformação social, é negar o papel do processo na prestação jurisdicional possível. Essa grande transformação, no caso da humanização da pena, não tem uma previsão otimista, nem mesmo a longo prazo, por isso não se justifica a negativa de prestação jurisdicional de forma pontual.

O Ministro Teori Albino Zavascki, quando Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relator original dos Embargos de Divergência, posicionando-se diferentemente, acolheu o recurso com a seguinte ementa:

Constitucional. Embargos de divergência. Responsabilidade civil do estado. Indenização. Detento. Encarceramento em condições tidas como caóticas. Danos morais. Princípio da reserva do possível. Inviabilidade da invocação nas situações previstas no art. 37, § 6º, da CF.

1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos¹³. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, prevista também no art. 43 do Código Civil, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, será provido na forma do art. 100 da Constituição.

2. Embargos de divergência providos.

Porém, a maioria negou provimento ao recurso, sustentando a “*impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional*”. Em outras palavras, se afirmou que o sofrimento do apenado em condições degradantes é irrelevante; que a violação de seus direitos não merece amparo; que enquanto o Executivo não resolver melhorar o sistema prisional, as pessoas devem continuar a cumprir as penas em situação desumana ou degradante, sem qualquer direito a indenização por dano moral.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um Processo Socialmente Efetivo. **Revista de Processo – REPRO** 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 27, p. 181-182, jan./mar. 2002.

¹³ Em sentido contrário, ou seja, de que deve ser respeitada a reserva do possível, o Ag. 0663913-4/01, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, republicado em 10 de fevereiro de 2011. Relator Desembargador Carlos A. Hoffmann.

Conclui-se que o dano existe, mas não é devida a indenização. É o mesmo que se afirmar que o Estado pode praticar danos impunemente. É negar a existência do art. 927, do Código civil, que diz: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

No Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 580252, oriundo de Mato Grosso do Sul, em que é relator o Ministro Teori Zavascki, novamente essa discussão é trazida à tona, tendo o Ministro Teori Zavascki, relator, proposto repercussão geral nos seguintes termos:

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

Em voto-vista, o Ministro Luís Roberto Barroso, segue esse entendimento, porém, traz a alternativa da remição de parte do tempo de execução da pena, como se extrai da seguinte ementa:

Direito administrativo. Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do estado. Danos morais causados ao preso por superlotação e condições degradantes de encarceramento.

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

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

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

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

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

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

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

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

A pessoa que está sofrendo o dano moral pelo excesso de execução de sentença condenatória penal, deve ser devidamente indenizada em razão do ato ilícito do Estado. Essa consequência civil é totalmente independente da penal ou administrativa, ou seja, a pessoa que está sofrendo constrangimento ilegal por cumprir pena em condições cruéis ou degradantes, tem que receber uma indenização civil, vendo cessar esse constrangimento através de providências administrativas ou penais, como, por exemplo, o *habeas corpus* genérico.

A remição da pena, pura e simples, significa dizer que o Estado pode continuar a desrespeitar os direitos humanos dos detentos, desde que o faça em menor tempo. Remição de pena deve ser uma sanção premial ao encarcerado e não uma autorização ao Estado para continuar a descumprir seus deveres.

CONCLUSÕES

- a) Os tribunais reconhecem que em inúmeras situações as pessoas, provisória ou definitivamente, privadas de sua liberdade, em razão de decisões ou sentenças penais, estão sendo vítimas de tratamento desumano ou degradante, caracterizando isso, um excesso ou desvio de execução, ou seja, que o Estado não cumpre com a Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais e os Tratados Internacionais, que vedam esse estado de coisas;
- b) Instrumentos como o *habeas corpus* genérico, equivalente ao incidente de excesso ou desvio de execução, podem ser utilizados, com eficácia, para fazer valer os direitos humanos dos detentos;

- c) O Estado perde sua legitimidade de punir quando desrespeita os limites da sentença;
- d) O Estado tem o dever de fazer cessar o excesso de execução, tendo o Poder Judiciário um papel fundamental nesse aspecto, como guardião que é da Constituição e de maneira especial da concretização dos direitos fundamentais;
- e) É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral;
- f) O dano moral, que decorre do cumprimento da pena em condições degradantes, também deve ser individualmente indenizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Criminal do Império (1832) – Promulga o Código de Processo Criminal de Primeira instância com disposição provisória acerca da administração da justiça civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República (1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). 41. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Constituição do Império (1824). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.

BRASIL. Decreto 40/1991 – promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Decreto 592/92 – Atos Institucionais sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 13 jul. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional de 1926 (à Constituição de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ant_1988/emc%20de%203.9.26.htm>. Acesso em: 09 jul. 2015.

BRASIL. Lei 10.406/2002 – Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Lei 12.562/2011 – Regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12562.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Proposta de alteração da lei de execução penal pela comissão de juristas instituída pela presidência do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141995&tp=1>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em *Habeas Corpus* 269265/SP – Rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. em 28.05.2013 – 10.06.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=269265&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar 17.123/RS – Rel. Celso Limongi – j. em 25.08.2010 – 03.09.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=%28%22CELSE+LIMONGI+%28DESEMBARGADOR+CONVOCADO+DO+TJ%2FSP%29%22%29.min.&processo=017123.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 13 jul. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Resp. 962961/MS – Rel. Herman Benjamin – j. em 13.04.2010 – 04.05.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=962934&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Ordinário em Habeas Corpus 46988/BA – Rel. Felix Fischer – j. em 24.03.2015 – 30.03.2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=2014%2F00829831+ou+201400829831&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS – Rel. Teori Zavascki. Repercussão Geral: dezembro/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo 663913-4/01 – Rel. Carlos A. Hoffmann – j. em: 18.06.2010 – 08.10.2010. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11058912/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-663913-4/01>>. Acesso em: 12 jul. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime 70029175668 – Rel. Amilton Bueno de Carvalho – j. em 15.04.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filt=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70029175668&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- Consultor Jurídico. “Reserva do possível” não permite que Executivo ignore Constituição, julga STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-13/reserva-possivel-nao-permite-executivo-ignore-constituicao>>. Acesso em: 15 ago. 2015.
- Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU). Disponível em: <<http://e25.d32.myftpupload.com/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- HAMMERCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 3.
- Jornal Gazeta do Povo. Presos à mingua no 1º DP de Curitiba. Curitiba, 12.06.2015, p. 11.
- Magna Charta Libertatum (1215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-charta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 08 jul. 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um Processo Socialmente Efetivo. **Revista de Processo** – REPRO 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 27, jan./mar. 2002.
- PARAGUAI. Constituição da República do Paraguai (1992). Disponível em: <http://www.oas.org/Juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- PARAGUAI. Lei 1500/99 – regulamenta a garantia constitucional do habeas corpus. Disponível em: <[http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/7892c3deab969d03c125770000401c47/\\$FILE/60568794.PDF/Paraguay%20-%20Ley%201500-99.PDF](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/7892c3deab969d03c125770000401c47/$FILE/60568794.PDF/Paraguay%20-%20Ley%201500-99.PDF)>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- Paraná Online. A mão que prende não pode cuidar. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-ustica/news/367318/?noticia=A+MAO+QUE+PRENDE+NAO+PODE+CUIDAR>>. Acessado em: 10 jul. 2015.
- Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosPPL.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.
- Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 13 jul. 2015.