

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ELIENE LEITE DE CARVALHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE À MORTE DE INDIVÍDUOS
APENADOS**

Recife
2017

Ficha catalográfica

Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

Carvalho, Eliene Leite de.

C331r A responsabilidade civil do Estado frente à morte de indivíduos apenados / Eliene Leite de Carvalho. - Recife: o autor, 2017.

52 f. : il.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Renata Cristina O. Lacerda Andrade

Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) –
Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.

Inclui bibliografia

1. Responsabilidade civil. 2. Sistema prisional. 3. Mortes de detentos. I. Andrade, Renata Cristina O. Lacerda. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

CDU 340

ELIENE LEITE DE CARVALHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE À MORTE DE INDIVÍDUOS
APENADOS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Renata Andrade

Recife
2017

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ELIENE LEITE DE CARVALHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE À MORTE DE INDIVÍDUOS
APENADOS**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

1º Examinador:

2º Examinador:

Recife
2017

Agradecimentos

A meus pais, Valdecílio Galvão Duarte de Carvalho (*in memoriam*) e Maria do Socorro Leite de Carvalho, agradeço por me ensinarem desde sempre a agir de forma ética, buscando ser justa com quem quer que fosse e independente de sua classe social ou de seu passado. Todos merecem respeito!

A meus filhos, Pedro Leite de Carvalho Santos e Ana Rita Leite de Carvalho Santos, a quem espero ter conseguido repassar os ensinamentos e os valores que meus pais me deixaram, agradeço pela paciência nos momentos em que estive nervosa, diante as inúmeras provas e os intermináveis trabalhos a serem feitos, ao longo de todo o curso.

A meu amigo, namorado, noivo e esposo, Breno Cesar de Andrade Araújo, agradeço pelo companheirismo incondicional, por ter cuidado dos meus filhos à noite – enquanto eu estava na faculdade – e por ter cuidado de mim, encorajando-me sempre e me fazendo confiar no meu potencial. Se eu não desisti de tudo nos momentos de tensão, é a ele que devo esta vitória.

A meus amigos da Faculdade Damas de Instrução Cristã e a meus amigos do Colégio Marista São Luís, agradeço pela estima, confiança e carinho, em especial a Anselmo Leite, Jackson Quirino, Maria Carolina Aguiar e Thais Sena – pelas noites de estudo em grupo – e Beto Sá, Cláudia Freyre, Felipe Braga e Priscila Cordeiro – pelo apoio e pelo estímulo, que me fizeram perseverar.

Aos meus orientadores na advocacia, Dr. Rafael Rocha, Dra. Patrícia Silveira e, especialmente, Dr. Bruno Becker, agradeço por me mostrarem que a advocacia é arte a ser exercida pelos que têm o dom e por me fazerem crer que posso fazer parte desse grupo seletivo e imprescindível ao mundo.

A Deus, agradeço por ter me cercado de pessoas incríveis e por ter me ensinado que sempre é tempo de recomeçar.

“Porque, se perdoardes aos homens as suas ofensas, também vosso Pai celeste vos perdoará; se, porém, não perdoardes aos homens as suas ofensas, tampouco vosso Pai vos perdoará as vossas ofensas”.

(Mt 6. 14-15).

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o ARE 638467, que determinou a responsabilidade civil objetiva do Estado em face aos óbitos ocorridos no sistema prisional. Neste sentido, aborda a historicidade do sistema prisional, suas origens, como também a teoria e a prática relacionadas a esta instituição. Apresenta, também, as origens e as concepções de responsabilidade civil, especialmente o momento em que esta passou a ser aplicada na seara do Direito Penal, seja pela ação ou pela omissão de seus agentes. A importância deste objeto de estudo está no necessário debate acerca da incompatibilidade entre as expectativas sociais quanto às instituições prisionais e o que de fato estas instituições são capazes de ofertar. Situação que resta comprovada diante a repercussão dada ao julgado ARE 638467. O referencial teórico é complementado pelas recorrentes denúncias relativas a rebeliões e, conseqüentemente, mortes nas instituições prisionais, que têm insistentemente dominado os veículos de comunicação. Conclui pela coerência e pela adequação da decisão do STF no que diz respeito à responsabilização do Estado em face das mortes de indivíduos sob sua tutela em estabelecimentos prisionais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Sistema prisional. Mortes de detentos.

ABSTRACT

This study aims to analyse ARE 638467 (by ARE we mean "Recurso Extraordinário com Agravo", a kind of extraordinary appeal that only exists in the Brazilian Law), which has defined the State Civil Liability regarding prisoners deaths inside governmental prisional units. In this way, this study covers the history of Brazilian custody system, its origins, as well as theoretical and practical aspects of this institution. It also talks about civil liability origins and concepts, specially the moment in which the civil liability was introduced to Criminal Law, either by its agents actions or by their omissions. This study's importance lies in the necessary debate about the gap between social expectations towards prison institutions and what these institutions are actually able to offer, proven by the repercution of ARE 638467 decision statement. All theoretical approach is reforced by recurrent media reports about rebellions followed by deaths inside prisional units. The conclusion is that the Supreme Court decision on the State civil liability facing deaths of individuals under its custody in prisons is coherent and suited.

Key words: Civil Liability. Governamental prisional units. Prisoners deaths.

LISTA DE SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	PAPEL SOCIAL DAS INSTITUIÇÕES PRISIONAIS	14
2.1.	As origens históricas das instituições prisionais	14
2.2.	Função social das instituições prisionais	18
2.3.	Teoria e prática: a falência das instituições prisionais	21
2.3.1.	Sistema prisional brasileiro	23
2.3.2.	Penas e mortes no sistema prisional brasileiro	27
3.	RESPONSABILIDADE CIVIL	31
3.1.	Origem da palavra, origem do conceito	31
3.2.	Evolução histórica	32
3.3.	Pressupostos da responsabilidade civil	35
3.4.	Responsabilidade civil das instituições prisionais brasileiras	35
4.	ARE 638467 como tendência de responsabilidade objetiva do Estado: um paradigma afirmativo de direitos fundamentais	40
4.1.	Natureza jurídica do recurso	41
4.2.	Constitucionalidade da repercussão no julgado do recurso	43
4.3.	Análise contextual do ARE 638467 e ratificação de direitos fundamentais	45
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
6.	REFERÊNCIAS	50

1. INTRODUÇÃO

Revistas e jornais, impressos e televisivos, estampam frequentemente, em suas manchetes, a ocorrência de mortes em estabelecimentos prisionais, de indivíduos apenados e sob a tutela do Estado. O caso de maior repercussão, diante de tantos que já chocaram o país, deu-se no Complexo Prisional de Pedrinhas, no Maranhão, mais especificamente na Unidade Prisional 2, onde detentos torturaram, assassinaram, esquartejaram e praticaram atos de canibalismo, segundo denúncia do Ministério Público. A vítima foi o detento Edson Carlos Mesquita da Silva, cujos restos mortais foram encontrados em uma lixeira, dentro do próprio estabelecimento.

Diante de fatos como este, a sociedade reage de forma diversa, formando dois grandes grupos com posicionamentos bastante distintos entre si. Há aqueles que não se comovem com a situação, defendendo que as vítimas de violência e assassinato nos presídios, são atores dos mesmos crimes fora deles. Noutra giro, há também aqueles que se solidarizam com a dor dos parentes das vítimas, as quais já se encontravam cumprindo a pena que lhes cabia pelos crimes por elas cometidos, e reforçam o coro social pela responsabilização civil do Estado, perante tais indivíduos.

O poder judiciário, então, apresenta papel fundamental como apaziguador desta celeuma social, sendo dele a função de dirimir questionamentos e responsabilizar (ou não) o Estado diante dos fatos concretos e das responsabilidades a ele atribuídas.

Foi nesse contexto que o STF deliberou sobre o tema em sede recursal e, atribuindo repercussão geral, julgou o Estado responsável pela morte de indivíduos apenados, sob sua custódia, mesmo em face de suicídios.

A obrigação de preservar os direitos fundamentais daqueles que cumprem pena decorre, primeiramente, da Constituição Federal, quando proíbe as penas cruéis (art. 5º, XLVII, e, CF/88), e garante ao cidadão-presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF/88).

Contudo, diante as condições em que se encontra o sistema penitenciário hoje, é relevante fazer o mesmo questionamento de Demarch (2008), acerca da integridade física e moral do cidadão-presos, quando o presídio abriga mais que o dobro de sua capacidade. Ora... “Que necessidade há em submeter o cidadão-presos

a esse tipo de desumanidade? Que controle mantém o poder militar que, para manter a segurança, precisa retirar do indivíduo o que lhe é mais salutar - a própria dignidade?”

Já a responsabilidade civil do Estado encontra-se, por sua vez, no risco que assume ao colocar pessoas aos seus cuidados. O parágrafo 6º, do Artigo 37 da Constituição Federal reza que tanto as pessoas jurídicas de direito público, quanto as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão por qualquer dano que seus agentes – através de ação – causarem a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso contra os que responsáveis forem, nos casos de dolo ou de culpa.

Não obstante a previsão legal de indenização para casos como o que aqui se estuda, quanto à polêmica relacionada ao pagamento de indenizações, pelo Estado, aos familiares de detentos de instituições prisionais, entende-se que – em conformidade ao que dispõe Demarch (2008) – se o Direito evolui de acordo com a sociedade, a Constituição deve servir de base para todo o ordenamento jurídico e, assim sendo, representar valores que – independentemente das pretensões individuais – resguardem o que a maioria defende ética e moralmente. Assim sendo, opondo-se ao que determina a Constituição a sociedade, ao calor das emoções, “vai contra todas as conquistas universais”.

Em sendo verdade que o Direito evolui na mesma proporção em que a sociedade o faz, como defende Demarch (2008), as decisões tomadas pelo STF quanto ao tema precisam – verdadeiramente – ser analisadas, especialmente o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE – 638467) de repercussão geral que tanta polêmica causou entre a população brasileira.

A análise é relevante, pois trata do dever legal das instituições em prestar um bom exercício do poder, na construção de uma sociedade mais humana, mais justa e igualitária. Importa, também, na garantia de que estes indivíduos sejam tratados como tal, tendo respeitados seus direitos fundamentais, a exemplo da dignidade humana, do contrário compele ao Estado ressarcimento por danos causados a este mesmo indivíduo ou a seus familiares, no caso de morte.

A obrigação legal das instituições prisionais é promover a ressocialização do cidadão; atrelado a isso, o dever de guarda e vigilância daqueles que lhes são

confiados. Diante desse contexto, levanta-se o seguinte questionamento: que análise pode ser feita quanto ao dever do Estado frente aos indivíduos mortos em instituições prisionais?

O posicionamento do STF parece bastante coerente com as leis em vigor, bem como diante a função e a responsabilidade das instituições prisionais frente aos indivíduos sob sua tutela, apesar da repercussão social opor-se à decisão tomada. A necessidade de esclarecimentos à população neste sentido é notória.

O presente trabalho aborda, então, a responsabilidade civil do Estado quanto à morte de indivíduos sob sua tutela em instituições prisionais, diante a contraposição entre a função social dos presídios e a realidade em que se encontram na atualidade.

Neste sentido, busca-se – como objetivo geral – apresentar os deveres do Estado a serem cumpridos pelas instituições prisionais, à luz da Constituição Federal, analisando as consequências de tal obrigação. No mesmo intuito, tem por objetivos específicos aprofundar o tema do dever legal das instituições prisionais, apontar os fundamentos jurídicos da responsabilização civil do Estado no caso de mortes de indivíduos sob sua tutela em estabelecimentos prisionais e, por fim, analisar o recente Recurso Extraordinário com Agravo (ARE – 638467) que procura, mesmo que incipientemente, disciplinar o tema.

Essencialmente, esta pesquisa trata dos direitos do apenado e da responsabilidade civil das instituições prisionais, quando da ocorrência fatídica de morte em seus estabelecimentos prisionais. Desta forma, faz uso – por certo – de pesquisa documental, lançando mão da Constituição Federal e do Código Civil, levantando dados e interpretações acerca da obrigação legal institucional e daquilo que se considera direito do apenado, assim como doutrina e jurisprudência acerca do tema em comento.

No primeiro capítulo, trata do papel que as instituições prisionais exercem na sociedade e como essa mesma instituição sofre influência da sociedade em que está inserida, no tocante à determinação do seu conteúdo e à forma de funcionamento, ao longo do tempo.

Busca, no segundo capítulo, aprofundar, de acordo com a legislação e com a doutrina, o tema da responsabilidade civil de forma geral, para ir adentrando a sua

aplicabilidade nas instituições prisionais. Nesse interim, fundamenta-se o dever de guarda e vigilância que compete aos estabelecimentos prisionais, tendo em vista a consequência de tal obrigação legal.

O terceiro capítulo analisa o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE – 638467), o qual gerou grande polêmica por determinar que mesmo em caso de suicídio – efetivamente caracterizado – cumpre ao Estado o dever de indenizar. Por certo, serão discutidos alguns procedimentos administrativos tomados no interior das instituições prisionais, os quais repercutem na sociedade e no âmbito judicial. No final deste mesmo capítulo expõem-se de que forma a repercussão dessa decisão ratifica direitos fundamentais que – muitas vezes – o Estado nega e, ainda, busca para isso, o respaldo do judiciário.

2. PAPEL SOCIAL DAS INSTITUIÇÕES PRISIONAIS

As instituições prisionais encontram-se, contemporaneamente, diante o grande desafio de apaziguar vontades sociais díspares, quanto àqueles que estão sob sua tutela. Enquanto parte da sociedade encontra nas paredes destas instituições, afastamento daqueles que se distanciaram da convivência social adequada; outra parte vê as instituições como local de ressocialização de indivíduos, os quais ainda podem/devem retornar ao convívio social.

O papel social das instituições prisionais, de seu surgimento na história da humanidade aos dias de hoje, não foi sempre o mesmo. Moldou-se às necessidades particulares a cada período histórico e serviu às pretensões de cada época, transitando entre a função de reclusão e afastamento do infrator – que não deveria permanecer em convívio social até seu julgamento – até o sofrimento pelo dano causado.

Compreender as transformações por que passaram as instituições prisionais ao longo da história, possibilita melhor entendimento acerca da atual falência das instituições prisionais, bem como quanto ao presente desafio que enfrentam: a falta de esclarecimento quanto à sua real função social nos nossos dias.

2.1. As origens históricas das instituições prisionais

Na Antiguidade, a concepção de privação da liberdade não estava vinculada à sanção penal do indivíduo, isto é, o encarceramento não tinha relação com penas, mas com a preservação da integridade do acusado de um delito até seu julgamento ou sua execução. Neste período, as penas dividiam-se em três espécies: as de morte, as corporais e as infamantes, como enumera Foucault (1988).

Claro está que, a este tempo, a concepção de prisão do indivíduo carregava em si a intenção contenciosa, fosse em um lugar de tortura fosse em lugar de custódia. O aprisionamento do indivíduo não vislumbrava a reparação do dano, mas o sofrimento do criminoso. Além disso, cumprindo função de punição, as penas eram dolorosas e não havia qualquer equilíbrio entre o mal causado e a dor a ser sentida por quem deu causa, sendo – na maior parte das vezes – desproporcionais.

O surgimento do Código de Hamurabi ou da famosa Lei do Talião pode ser considerado uma tentativa social, a este tempo, de punir aquele que cometia delito, através de penas menos gravosas. Ainda, buscava a aproximação (ou equiparação) quanto ao dano sofrido, objetivando uma espécie de ressarcimento do mesmo. A equiparação ou o equilíbrio entre a tríade mal causado/ quem sofrera o dano/ pena torna-se motivo de preocupação e objetivo a ser perseguido por aqueles que aplicavam a justiça, demonstrando o que hoje se compreende por uma sociedade mais desenvolvida.

O direito punitivo como o compreendemos hoje, foi sendo aperfeiçoado de acordo com o grau de civilidade das sociedades. Adeildo Nunes (2005), por exemplo, aponta que a vingança pessoal (indivíduo contra indivíduo) foi cedendo lugar à punição do crime e assumindo o posicionamento encontrado nas concepções que hoje admitimos como adequado. Afasta-se, à medida que as sociedades evoluem, as crueldades nas penas para ressarcimento do dano sofrido.

Esta evolução, contudo, foi lenta e aconteceu de forma paulatina. Na Idade Média, por exemplo, as penas – predominantemente corporais - ainda eram arbitradas pelos governadores em função do *status quo* (social) a que pertencia o réu ou a vítima. Também não havia ainda relação entre pena e crime cometido, pena e dano sofrido, mas com quem cometera ou sofrera o dano, ou contra quem havia ocorrido. As ofensas foram, gradativamente, substituídas pela *compositio*, o germen das atuais transações, as quais foram primeiramente voluntárias e, posteriormente, impostas através da lei. Esta espécie de conciliação era uma forma rudimentar de apaziguar os ânimos entre acusado e réu, bem como uma primitiva forma de satisfazer o desejo de vingança (ou de ressarcimento) de quem sofrera o dano.

Quanto às prisões, a este tempo, dividiam-se em estatais, eclesiásticas e canônicas, correspondendo ao que hoje denominamos de ‘penas privativas de liberdade’. Prenuncia César Bittencourt (2004), que as prisões eclesiásticas destinavam-se aos clérigos rebeldes e determinavam o confinamento completo, para penitência e meditação do indivíduo. Já as prisões canônicas, de caráter mais humanizado para o período, caracterizavam-se pelos suplícios e pelas mutilações dos apenados.

Apenas na Idade Moderna, entre os séculos XVI e XVII, cujo contexto de pobreza e de miséria acentuou o problema da criminalidade, sobressaiu a necessidade de refletir acerca do rudimentar sistema prisional existente e modifica-lo, de forma a adequá-lo à realidade. A opção, contudo, não parece ter sido das melhores. Nesse momento, observou-se que as instituições prisionais e as penas oferecidas não supriam as necessidades de punição, nem diminuía a criminalidade que aumentava.

A crueldade ainda era circunstância comum e admissível na aplicação da pena e, assim sendo, surgiram as galés, consideradas penas bastante cruéis. As galés traziam como princípio uma espécie de extradição ou exílio do indivíduo, visto que os apenados eram vendidos a países marítimos, para servirem como força motora nos navios. A pena era cumprida pelos apenados que – amarrados – eram obrigados a remar até a completa exaustão.

A pena de galé não resolveu o problema da criminalidade, resultado que era não da ausência de punição, mas das condições sociais na qual os criminosos estavam inseridos. E ante o quadro de pobreza e a não cessante delinquência, aos poucos a pena de morte deixou de ser uma solução compreendida como eficaz. Restou claro, rapidamente, que mandar à pena de galé ou à forca não inibia os crimes, nem a violência com a qual eram cometidos.

No viés financeiro, havia - também - problemas quanto às penas impostas a este período. A população que mais cometia delitos e, conseqüentemente precisa cumprir tais penas, era a mais necessária como força de trabalho, por este motivo não sendo apropriado o seu progressivo extermínio. Neste sentido é que, de forma a frear o aniquilamento dos trabalhadores, o século XVI foi marcado pela construção de prisões organizadas com o intuito de “correção” dos apenados.

A solução encontrada resultou no surgimento, nesse período, das casas de trabalho (1697 e 1707) e das casas de correção propriamente ditas. Nelas, os presos eram divididos em grupos distintos e migravam de uma a outra condição de acordo com seu comportamento. Os prisioneiros em confinamento solitário, que dificilmente conseguiam migrar para situações menos gravosas no estabelecimento, eram aqueles contra os quais minava dúvidas quanto à possibilidade de “conserto” ou “correção”, ou seja, eram aqueles que haviam cometido faltas graves na prisão, os já bem conhecidos (ou reincidentes) e os velhos delinquentes.

O Direito Penitenciário teve início, propriamente, a partir do século XVIII, com os estudos de Bentham, Howard e Beccaria¹. Através de suas descobertas e dos posicionamentos adotados foram idealizados sistemas penitenciários que visavam tanto a punição do preso, quanto a observação de seu comportamento e a possibilidade de sua correção (hoje chamada de ressocialização).

Dentre os sistemas desenvolvidos por estes autores, estão enumerados o Panoico, o Pensilvânico, o Alburniano e o Progressivo (subdividido em Inglês e Irlandês). O primeiro deles, o Sistema Panoico - baseado nas descobertas de Bentham² - propunha uma infraestrutura tal que permitia a vigilância por uma só pessoa, o que denotava menor gasto que os sistemas até então executados. Além disso, a infraestrutura impunha aos detentos a sensação de constante fiscalização.

O Sistema Pensilvânico, também chamado de filadélfico ou celular, defendia os benefícios do confinamento pelo período de 24 horas, durante as quais o detento não receberia visitas, dedicando-se exclusivamente à leitura da Bíblia. Esbarrava, por vezes, numa realidade comum à época, o analfabetismo, impelindo o apenado a uma espécie cruel de completo isolamento.

O Sistema Auburniano, concretizado na construção da Prisão de Auburn em 1818, pregava o silêncio absoluto como elemento de restauração do indivíduo, agregado ao trabalho (durante o dia) e ao recolhimento (durante a noite). A comunicação entre os presos era estritamente proibida. Aproximava-se, talvez por influência clérica, do princípio *ora et labora* dos monges beneditinos.

O Sistema Progressivo Inglês, concretizada em 1846, adotou o *Mark System*, isto é, a possibilidade de premiação do detento a depender de seu comportamento/ conduta e do trabalho realizado. A premiação estava circunscrita à possibilidade de progressão de um “regime” para outro. Nesse sistema iniciou-se uma espécie rudimentar de progressão da pena, consistindo na mudança de fase, que se iniciava num momento de prova, passava para um período de trabalho diário e recolhimento noturno e encerrava-se com o livramento condicional.

O Sistema Progressivo Irlandês, praticado principalmente em 1853, distinguia-se do Sistema Progressivo Inglês pelo fato de que, além das etapas de

¹ In: JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Dos direitos humanos do preso**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005, p.24.

² Idem, p.28.

progressão de pena oferecidas pelo Sistema Progressivo Inglês, possibilitava a transferência do indivíduo para uma colônia agrícola. Esta última e benéfica fase funcionava como uma espécie de capacitação desse apenado que, em breve, estaria apto a voltar ao convívio social.

Dos primórdios aos dias que vivenciamos, moveu-se o arbitramento de penas da aplicação discricionária, sem fundamento jurídico, para a restrição aos dispositivos legais, com ênfase no respeito ao Princípio da Legalidade. As formas de punir também assumiram papel diferenciado, deixando de amoldar-se ao ser que cometeu o crime (sua pessoa e status social) ao dano cometido e consequentes prejuízos particulares e públicos (sociais). A concepção de pena, no sentido original da palavra (dor), foi sendo substituída gradativamente pela concepção de sanção penal, mais aproximada ao que se pretende hoje quanto ao ressarcimento ao dano cometido, a partir da gravidade do dano e da qualidade da pessoa que o cometeu.

2.2. Função social das instituições prisionais

Contemporaneamente, as instituições prisionais são lugar para reclusão daqueles que – acusados pelo cometimento de algum crime – cumprem pena privativa de liberdade. Traz consigo, ainda modernamente, a concepção cristã de penitência, cujo objetivo terapêutico seria a submissão do agente a condições precárias de vida, de forma a que pague pelo mal cometido.

Ainda que os apelos humanistas do século XVII tenham reunido esforços no intuito de transformá-las em centros para recuperação do indivíduo, esta não é a realidade vivenciada hoje. “A questão legal da pena de prisão nem sempre é respeitada” (COMBESSIE, 2001, p. 123.) e o que se vê costumeiramente, são encarceramentos arbitrários em todo o mundo, inclusive no Brasil. Desde o período da industrialização há denúncias de prisão frequente das classes consideradas perigosas, comandada pela elite dirigente e defensora dos ideais democráticos.

Faugeron (COMBESSIE, 2001. p.125), por exemplo, identifica três lógicas sociais a que a prisão vem servindo: o encarceramento com sentido de neutralização, ou seja, o afastamento social do indivíduo considerado perigoso; o encarceramento no sentido de diferenciação social ou ressocialização, cuja finalidade seria

proporcionar uma formação adequada para que o criminoso pudesse ser reabilitado ao convívio social; e o encarceramento de autoridade, isto é, uma afirmação ante uma relação de poder.

A lógica social da ressocialização não corresponde à realidade, porque as instituições prisionais, mesmo que apresentem projetos de educação ou de trabalho, são tímidas iniciativas que não chegam a adquirir relevância de fato, no processo de reabilitação da população carcerária. Os números de reincidência são consideravelmente grandes e evidenciam a insignificância desses esforços.

Noutro giro, a lógica da detenção fundamenta-se na pena. É nela que o encarceramento se justifica, há bastante tempo. Para Álvaro Pires (COMBESSIE, 2001. p. 125), as justificativas para a sanção penal são a expiação, a dissuasão, a neutralização e a readaptação.

Na primeira delas, a expiação ou a retribuição, ao condenado deve ser imposto o mesmo mal por ele causado. Ele é obrigado a reparar o erro que cometeu, sendo castigado e submetido à dor, em mesmo grau e intensidade da que provocou.

Já o objetivo da dissuasão é a prevenção, ou seja, busca demover as pessoas da ideia de cometerem algum crime, por meio do castigo a ser imposto aos condenados. É uma lógica utilitarista e tem como principal teórico Beccaria. Neste caso, o que importa é a visibilidade da pena, assim sendo necessária a exposição das marcas dos corpos que sofrem à sociedade.

A terceira lógica, denominada de neutralização, tem o objetivo claro de impedir o indivíduo de permanecer cometendo crimes, ao menos fora do presídio. Lá dentro, por certo, é mais difícil neutralizar a ação do interno. Quanto à possibilidade de ocorrência de mortes lá dentro, esta – a morte – é a pena mais eficaz. Morto, o indivíduo não mais delinque.

A única lógica de encarceramento que não faz uso da pena de morte, é a sanção com fulcro à readaptação, reeducação, reinserção social. Na opinião de Combessie (2001), contudo, apesar desta ser a única que converge com as justificativas teóricas para o encarceramento, visto que – naturalmente – prendemos para posteriormente soltar o indivíduo, na maioria dos casos isso não acontece. A prisão dissocializa ao invés de recuperar.

O assunto é socialmente relevante e tem demandado estudos elucidativos, como os de Combessie (2001), o autor identifica que a partir dos anos de 1960 a prisão passou a ser analisada de forma a compreender-se como a sociedade a define, organiza e tolera.

O modelo prisional relaciona-se diretamente à democracia, segundo o autor, pois esta pressupõe visibilidade, enquanto que aquela apresenta-se como a parte oculta de uma sociedade democrática. Ele crê que “se sua obra tivesse apenas um objetivo, seria o de tentar contribuir para proporcionar uma maior visibilidade deste lado sombrio da sociedade democrática” (Combessie, 2001. p.108 – tradução livre).

Dentre os defensores fervorosos da instituição prisional como local para reeducação do criminoso, está Foucault (RUDNICK, 1999. p.545), segundo o qual:

[...] o tratamento destinado aos reclusos cria uma rede de violações e de situações de conflito que ampliam a situação de marginalidade do prisioneiro, desumanizando-o, tornando-o marcado pelo passado de crimes, e a prisão passa a ser vista como a “habitação do crime”, lugar de criminosos, de pessoas inferiorizadas. Assim, o prisioneiro é o exemplo no qual o cidadão comum não deve se inspirar.

Diante ao aumento do índice de violência, a sociedade democrática atual pretende ter na instituição prisional um local de punição e expiação para o criminoso. Contudo, no presente Estado liberal em que se insere, a função social das instituições prisionais não poderia ser outra que não a recuperação dos indivíduos sob sua tutela. Mostra-se contraditória a manutenção de pena de morte dentro ou fora de seus portões, quando a liberdade, a igualdade e a fraternidade constituem pressupostos centrais na percepção de política e de poder.

O fato é que o temor social diante os quadros de violência promovem a aceitação de práticas autoritárias e políticas de segurança de caráter repressivo. Promovem, ainda, o afastamento da concepção de prisão como local para recuperação do detento, visto que a sociedade anseia por vingança e retribuição. O criminoso é enxergado como aquele que causa a desagregação social e a instabilidade da vida cotidiana, não sendo – por isso – merecedor de benefícios, mas de punição única e exclusivamente.

Dessa forma, torna-se difícil uma discussão clara acerca da teoria e da prática do sistema prisional, em que pese a compreensão do indivíduo aprisionado

não como ser desprovido de qualquer direito fundamental homem atribuído, mas como alguém que errou (por diversas circunstâncias) e que precisa de ajuda para não mais errar.

2.3. Teoria e prática: a falência das instituições prisionais

Nos meios de comunicação, as denúncias quanto a abusos e assassinatos nos estabelecimentos prisionais são frequentes. A realidade do sistema carcerário brasileiro é precária. Os detentos vivem em condições subumanas, em meio à violência destes depósitos humanos, onde a ressocialização das pessoas é algo impossível de acontecer. Apesar desta realidade, é a principal forma para cumprimento de penas.

Resta claro que as instituições prisionais afastaram-se do principal objetivo, qual seja, a ressocialização dos indivíduos apenados, para posterior reintegração na sociedade.

Não obstante a pena privativa de liberdade ser necessária diante o cometimento de crimes, como forma de punição do agente e de tranquilidade da sociedade, a superlotação e as rebeliões constantes são circunstâncias que deterioram as instituições, tanto fisicamente (sua infraestrutura) quanto conceitualmente (por não promover o fim a que se presta: a ressocialização).

Dificultam ainda mais a situação, a carência de recursos e de investimentos nesta área, talvez por – socialmente – vivermos, ainda, resquícios de uma sociedade que entende o aprisionamento como mera forma de punição e, dessa forma, não torna populosa medida que beneficie parcela excluída da sociedade. Do ponto de vista eleitoral, tais medidas também não são populares, o que faz com que a situação das instituições prisionais seja mantida inerte, sem alterações, sem modificações.

A forma de tratamento desprendida ao criminoso – ao longo de toda a história da humanidade - foi sempre de preconceito e de distanciamento, responsáveis pela omissão da maioria dos seguimentos sociais. A consequência desse posicionamento social estampa revistas e jornais cotidianamente: a realidade dos estabelecimentos prisionais é marcada pela superlotação, pelas violentas rebeliões, pelos assédios e abusos sexuais, pela reincidência dos apenados (que muitas vezes

já saem das instituições com crimes premeditados a cometer ou já o cometem – como mentores – de dentro desses próprios estabelecimentos) e pela ausência de atividades que promovam a efetiva readequação do indivíduo e reinserção dos detentos pós cumprimento da pena.

Se os indícios de superlotação já se apresentavam há séculos, hoje é um dos fatores que fomentam ainda maiores problemas nas instituições prisionais. A onda de violência que tem tomado impulso nos últimos anos, resultado do aumento da taxa de desemprego – por exemplo – aumenta progressivamente o quantitativo de presos e de apenados. Os presídios não mais comportam tantos delinquentes.

O abarrotamento das prisões impede que o detento disponha de um dos princípios de maior relevância social, em nossos dias, a dignidade da pessoa humana. Nenhum dos esforços até então empreendidos para resolução da questão, foi capaz de – sequer – minimizar o problema.

A disparidade entre a capacidade instalada e o número de presos tem crescido e motiva outros problemas mais. Dormir no chão é hábito, dentre os detentos, diante a ausência de acomodação para todos. Alguns, inclusive, dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em redes, no banheiro e próximos a buracos de esgoto.

De acordo com o Infopen³ – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – publicado pelo Ministério da Justiça em junho de 2015, o número de presos no Brasil atingiu a marca de 607.731, ocupando o 4º lugar no ranking de países com o maior contingente de privadas de liberdade. Um terço destas encontram-se no estado de São Paulo.

O mesmo informativo evidencia alguns gargalos e ineficiências do sistema, como – por exemplo – o fato de a política criminal em vigor atender em demasia a percepções e clamores populares, orientados pela exploração midiática de casos pontuais.

Muito mais grave é reconhecer que 41%, dentre os aprisionados, sequer foram ainda condenados, consequência do constante e abusivo uso da prisão provisória. Dessa forma, na contramão do que vem acontecendo em outros países, o Brasil aumentou em 33% sua taxa de aprisionamento em 5 (cinco) anos.

³ <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>

Diante tais números, a despesa anual com custeio de pessoal e execução dos estados federativos alcança a marca de 12 bilhões de reais, gastos apenas pelo Departamento Penitenciário Nacional. Esse mesmo valor é gasto a cada 3 ou 4 anos com manutenção e pessoal.

Apesar dos valores empreendidos em manutenção da infraestrutura carcerária e em pessoal, as instituições prisionais não conseguem garantir sequer a segurança ao indivíduo sob sua tutela, como se percebe diante das constantes rebeliões e recorrentes mortes ocorridas dentro dos seus muros.

2.3.1. Sistema prisional brasileiro

Até 1500, os povos primitivos que habitavam a terra brasileira não se utilizavam da prisão. A vingança era privada e isso representava – em tempos de guerra – o extermínio de toda uma tribo, sem qualquer dosimetria quanto ao dano causado e a culpa do agente.

Durante o período colonial, foram aplicadas aqui algumas das leis portuguesas, que baseavam-se nas organizações políticas afonsinas, as quais permaneceram em vigor até 1514. Há, contudo, que se considerar que ainda não ocorria prisão, permanecendo a realidade de pura vingança privada medida tanto de acordo com aquele que havia cometido o dano quanto – e principalmente – contra quem havia cometido o dano. Ao aprisionamento, atribuía-se uma concepção preventiva, entendendo-o como forma de pressionar o agente infrator ao pagamento de pena pecuniária.

Em 1521 as ordenações manuelinas passaram a vigorar no Brasil. Através dela foi instituída a prisão como medida de coerção pessoal até o julgamento e posterior condenação. A previsão legal da pena de prisão estava no livro V das Ordenações Filipinas do Reino, que – ainda – atribuía à colônia a responsabilidade pelo aprisionamento dos degradados. Submetiam-se ao aprisionamento os alcoviteiros, os culpados por ferimentos feitos com arma de fogo, aqueles que participavam de duelo, os que entravam em casa alheia de forma violenta (ou isto tentavam), aqueles que resistiam a ordens judiciais e, ainda, todos aqueles que falsificavam documentos ou contrabandeavam pedras e metais preciosos.

A primeira prisão brasileira, chamada à época de “Casa de Correção do Rio de Janeiro”, provavelmente foi construída e iniciou seu funcionamento na segunda metade do século XVIII, pois há registro na Carta Régia, datada de 1769. Não havia função clara e limites, desta instituição. A disciplina quanto à atuação passou a existir, de forma abrangente, a partir da Constituição de 1824, a qual previa a adaptação das prisões para cumprimento de pena de trabalho, além de estipulação de prisões simples.

O Código Criminal de 1830 trouxe regulamentação do que previa a Constituição Federal de 1824, quanto à pena de trabalho e à prisão simples. Não obstante a previsão legal em comento, foi assinado o Ato Adicional datado de 12 de agosto de 1834 atribuindo às Assembleias Legislativas provinciais o direito de legislar sobre a criação e funções dos presídios.

Apesar de clara demonstração da preocupação com os indivíduos apenados, ao menos quanto à forma como deveriam ser tratados em tais instituições, e com a função a elas era atribuída, as leis não foram suficientes para transformar a realidade subumana vivida pelos detentos, nestes estabelecimentos, à época.

A famosa “Cadeia da Relação”, existente no Rio de Janeiro, é o maior exemplo do grande abismo entre a teoria (aquilo que disciplinavam as leis em vigência) e a prática (a realidade vivida pelos detentos). Entre as queixas registradas no período estavam a superlotação, caracterizada pelo número de presos no estabelecimento ser muitas vezes maior que a capacidade da instalação; a ausência de separação dos apenados a partir da categoria de crime cometido; e, por último, o alto índice de subnutrição e de doenças, entre os apenados.

Ao longo do tempo e da evolução da sociedade brasileira, mais algumas transformações ocorreram neste setor. As penas de galés, por exemplo, extremamente cruéis, foram abolidas pelo Conselheiro Batista Pereira. O Código penal de 1890, por ele elaborado, ainda reduzia para trinta anos o tempo máximo de pena a ser aplicada ao agente e instituía a possibilidade de prescrição das penas.

Este Código trazia como espécies de penas privativas de liberdade a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão domiciliar. A primeira delas, caracterizada pelo isolamento, destinava-se ao cumprimento de pena aplicável a praticamente todos os crimes e algumas contravenções. A segunda espécie ocorria

em fortalezas, praças de guerras ou estabelecimentos militares. A terceira, específica para vadios e capoeiras, situavam-se no âmbito das penitenciárias agrícolas, destinadas para tal fim, ou nos presídios militares. Por último, a prisão disciplinar destinava-se a menores de 21 anos de idade e eram cumpridas em estabelecimentos industriais especiais.

A previsão legal disciplinava que o detento deveria se submeter, inicialmente, à prisão celular, na qual o preso teria que vivenciar um período de isolamento (a exemplo do Filadélfia). Posteriormente e a depender do bom comportamento, migraria para o regime de trabalho obrigatório comum e a segregação noturna, com silêncio diurno (a exemplo do Auburn). Por último, depois de cumprida metade da pena – quando superior a seis anos – poderia ser transferido para alguma penitenciária agrícola. Nestas, vislumbrava-se a possibilidade de ressocialização do indivíduo que – supostamente – sairia do estabelecimento prisional apto à adequada convivência social.

Apenas em 1930, houve a primeira iniciativa para elaboração de um ordenamento jurídico que tratasse especificamente da execução penal. Apesar de elaborada, apresentada ao governo e levada à votação na Câmara dos Deputados, a proposta não foi discutida devido ao advento do Estado Novo. Voltou à pauta de discussões quase vinte anos depois, quando foi designada uma comissão para elaboração de um Código Penitenciário e, posteriormente, um Código de Execução Penal.

A necessidade de resguardar, dentre os princípios fundamentais, a segurança individual e coletiva, reiterada na Constituição Federal de 1934, ao mesmo tempo que vedava penas de banimento, de confisco e de morte, visando ao bem estar do apenado, ainda mantinha a concepção da instituição prisional como local para exílio do detento, de forma a afastá-lo do convívio social e, assim, resguardando a segurança da sociedade.

O processo de humanização no processo de execução avançou ainda mais a partir de 1935, quando o então desembargador Virgílio de Sá Pereira, elaborou projeto que estabelecia medidas alternativas de cumprimento da pena, na hipótese de condenação a curto período. Tentou aproximar o regime brasileiro ao que previsto nos códigos suíço e italiano.

De forma a contemplar toda a evolução nesta seara até então, o Código Penal de 1940, ainda em vigor, disciplinou a pluralidade de penas privativas de liberdade em detenção e de reclusão, com prazo máximo de três e de trinta anos, respectivamente. Estipulo, ainda, o livramento condicional e o sistema progressivo para o cumprimento de penas constritivas de liberdade.

O vigente regime prisional ainda em vigência no Brasil, dividido em fechado, semiaberto e aberto, foi implantado em 1977, pelo anteprojeto da Lei nº 6416. O então Ministro da Justiça, Armando Falcão, procurou – ainda – valorizar a função do juiz e ampliar as garantias para o bom desenvolvimento do bom andamento processual. Acusados e condenados passaram a ser entendidos como sujeitos de deveres e de direitos, restando claro o princípio de uma preocupação com a permanência do apenado nas instituições prisionais e com a reintegração deste no convívio social.

O percurso histórico que aqui se encerra é bastante relevante para compreensão da atual situação do sistema prisional brasileiro. A discussão quanto à falência, notória a todos, do sistema prisional é contemporânea e urgente, diante tantos casos de rebeliões e de assassinatos nos estabelecimentos, que parecem regidos por leis internas próprias, cujos valores não encontram aproximação com aqueles tutelados pela Carta Magna.

As diversas reformas pelas quais passou o sistema prisional brasileiro não surtiu os efeitos esperados, conquanto estejamos – ainda – visualizando no setor situações análogas àquelas denunciadas mais de um século atrás, a superlotação, o índice de reincidência e os números de subnutrição e doenças, entre os detentos.

As contribuições de muitos, os esforços em busca da ordem e da paz social, os diversos projetos implementados neste sentido, infelizmente, nada disso possibilitou uma reestruturação eficaz do sistema prisional, mantendo este as falhas e as mazelas já identificadas há anos. Talvez isso ocorra, enfim, não pela omissão dos responsáveis por iniciativas que busquem a mudança almejada, mas pela ausência de um maior debate acerca da real função social dos estabelecimentos e das instituições prisionais, as reformas não tenham frutificado da maneira esperada. Até agora, este é o cenário que se apresenta.

2.3.2. Penas e mortes no sistema prisional brasileiro

Antes da prisão tornar-se comum no sistema penal brasileiro, a pena de suplício tinha lugar de destaque, como mais eficaz forma de punição àquele que cometia um crime. Com a evolução da sociedade e o surgimento de movimentos humanitários, além dos projetos de lei que vedavam as penas de tortura, o sistema punitivo cruel foi afastado e deu lugar às penas privativas de liberdade, de cunho educativo, que visavam a ressocialização do indivíduo.

Contudo, se antes a aplicação de penas cruéis era feita publicamente, de forma a expor à vergonha público o agente, com a implantação da pena privativa de liberdade no sistema prisional, a exposição do detento à vergonha pública passou a ocorrer através da publicidade da condenação e dos demais elementos processuais, confissão, debates e sentença.

Já na metade da década de 80, Foucault (2002, p.13) chamava a atenção acerca dessa circunstância, dizendo que:

[...] é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo, e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. [...]

A distância e o sigilo de que trata Foucault (2002) ao tratar das instituições prisionais caracterizam-nas ainda na atualidade. A falta de dados relacionados ao que ocorre dentro dos muros, a dificuldade de acesso a informações, as denúncias sobre violações de direitos e as mortes são situações que evidenciam o sigilo e a distância social destes institutos. A pena privativa de liberdade concebida teoricamente para – apenas – restringir um direito da pessoa (o de ir e vir), acaba por violar muitos outros, na prática.

A exemplo de outros direitos cerceados aos apenados sob a tutela do estado, temos o direito ao acesso à saúde. Segundo dados do Infopen (2015), menos de 40% das unidades prisionais contam com unidades internas de saúde e as existentes são de qualidade insuficiente. Além disso, existem apenas 449 clínicos

gerais para atender os 600 mil detentos espalhados por todo o país, correspondendo a 1.300 pacientes para cada médico.

Noutro giro, o último relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, o Depen, calculou que a população prisional brasileira – ultrapassando 600 mil detentos – cresceu vertiginosamente de 2002 a 2013, especialmente em resposta à nova lei de drogas, promulgada em 2006. Enquanto que o IBGE, identificou um crescimento populacional de 15%, neste período, a população carcerária mais que dobrou (aumento de 140%)⁴.

Resta claro que o número insuficiente de médicos, somado à superlotação e às frequentes rebeliões, alto também é o quantitativo de mortes nas instituições prisionais. De acordo com o boletim informativo do Infopen, excetuando-se o número de mortos nos estabelecimentos situados nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, foram registradas 565 mortes apenas no 1º semestre de 2014, sendo – a maior parte delas – classificadas pelos agentes públicos como “violentas intencionais”.

⁴ “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen - Junho de 2014” p.23. Disponível em: <<http://bit.ly/1RhT>>. Acesso em: 15/abr/2017. 10h39min.

Taxa de mortalidade intencional no primeiro semestre de 2014 para cada dez mil pessoas privadas de liberdade*

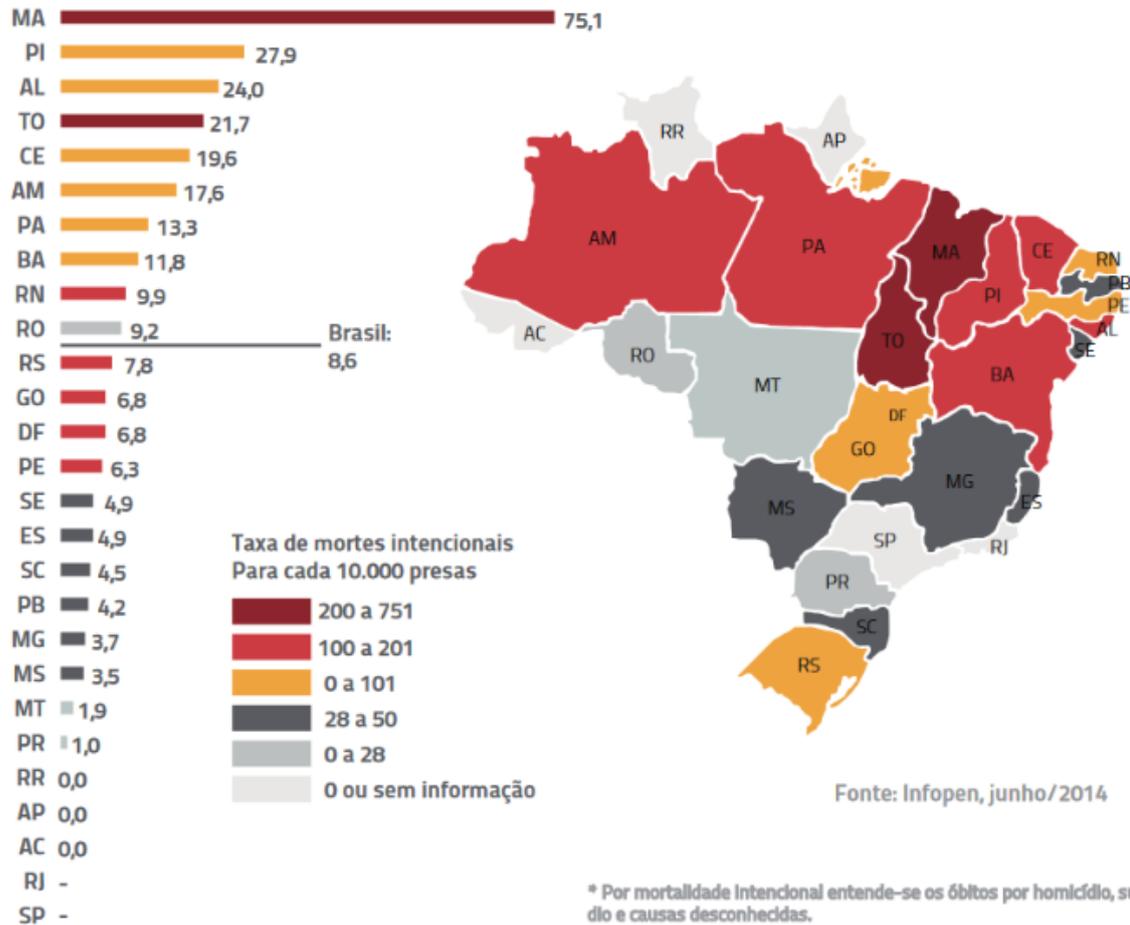


Figura 1 - Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>> Acesso em: 15/abr/2017.

A gravidade da situação é resultado de anos de omissão e silêncio estatal. No ano anterior, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos havia emitido três medidas cautelares em desfavor do país. Diante o claro descumprimento, os índices de mortes em instituições prisionais foram levados a debate na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que expediu medida provisória obrigando o Brasil a adotar emergencialmente ações necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade de todas as pessoas privadas de liberdade.

Apesar das determinações internacionais para pressionar o Estado para mobilizar-se quanto à situação, não foram observados esforços para investigação das

mortes ocorridas, nem qualquer interesse em responsabilizar agentes públicos por seus crimes ou nem mesmo em indenizar as famílias das vítimas.

Órgãos nacionais e internacionais são unânimes em classificar o Estado como incapaz, quanto a zelar pela vida das pessoas que estão sob sua custódia. Saliaram, em diversos documentos oficiais, que o indivíduo preso no Brasil, tem 6 (seis) vezes mais chances de morrer do que se não tivesse privada de sua liberdade⁵. Tal incapacidade é parte integrante do sistema carcerário nacional, evidenciando a brutalidade e a ineficiência destas instituições.

Por último, insta consignar que a omissão dos responsáveis pelo sistema de justiça é clara e notória, bem como a naturalidade com a qual se desenvolvem os debates acerca das mortes nas instituições prisionais, ao que leva à conclusão de que a criação de uma política que possibilite a mínima preocupação com a efetiva dignidade das pessoas presas está distante, ainda, de acontecer.

⁵ Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>
p.07. Acesso em: 15/abr/2017. 10h05min.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

“*Toda ação tem uma reação*”. A máxima de Newton não encontra aplicabilidade apenas na física. Na sociedade, o convívio entre os seres humanos nem sempre é pacífico. Ações e reações – chamadas comumente de conflitos – marcam, de forma definitiva, sua coexistência. O Direito, que é produto da atividade humana e fenômeno histórico e cultural, tem como finalidade promover a paz e a harmonia, através da aplicação da justiça na solução desses conflitos. A responsabilidade civil é um dos instrumentos da justiça para controlar ações e reações.

De forma geral, ao longo de toda a história, o Direito buscou combater injustiças sofridas em decorrência de ações e reações, inevitáveis na convivência humana, por meio de punições e de indenizações, por exemplo.

No Direito Civil, onde nasceu, a responsabilidade integra o direito obrigacional e está relacionada ao descumprimento de deveres, o qual dá origem à necessidade de compensação de danos materiais ou morais.

Posteriormente, adentrou a seara do Direito Penal, mantendo-se fiel, contudo, ao objetivo de minimizar danos sofridos ou ressarcir prejuízos, direta ou indiretamente, a quem os sofreu.

3.1. Responsabilidade Civil: Origem da palavra, origem do conceito

Etimologicamente, o termo responsabilidade surge dos vocábulos latinos *respondere* e *spondeo*, ambos relacionados ao verbo responder. “Re” significava ‘de volta’, enquanto que “spondere” significava “garantir, prometer”. De forma geral, responsabilidade é a garantia por algo que tem sua origem remota. Tal origem é a obrigação, seja ela contratual ou legal. Responsabilidade significa, a grosso modo, responder por algo ou por alguém. No direito romano, relacionava-se diretamente ao conceito de obrigação de natureza contratual originária.

Inicialmente, não exprimia a obrigação de reparar um dano ou compensar um prejuízo causado, mas a mera existência de uma obrigação advinda de um contrato realizado verbalmente, com perguntas e respostas.

A responsabilidade, enquanto vocábulo, está presente em várias áreas da ciência, sendo-lhe atribuídos significados diversos conforme o contexto. Na Filosofia, Abbagnano (2003, p.855), por exemplo, define a responsabilidade como “a possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão”.

Interessante notar a importância que tem o tema da responsabilidade, no conceito deste autor, como mecanismo de prevenção de ações danosas. A consciência da existência de uma reação clara à ação que se pretende cometer é uma forma eficaz de se prevenir tal conduta. A reação clara a que se faz menção seria a responsabilidade.

Noutro giro, mas ainda no âmbito filosófico, Stoco (2007, p.111) esclarece que a expressão “tanto pode ser sinônima de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico”.

Resta claro que, além de corroborar com a visão de Abbagnano, para quem a responsabilidade pode ser gatilho de prevenção a ações danosas, Stoco aduz ao vínculo que esta promove entre ação e reação, quando revela a existência de clara obrigação daquele que age para com aquele sofre a ação.

3.2. Evolução histórica

Ações e reações na sociedade nem sempre são pacíficas e harmônicas. Os conflitos entre seres humanos, bem como a consequente busca da pacificação social não são recentes na história da humanidade. Neste contexto, o instituto da responsabilidade civil permeou a existência de diversos povos, sofrendo modificações quanto à forma de ação, ao longo dos tempos, mas sempre objetivando ressarcir danos causados por ilícitos.

Inicialmente, a culpa daquele que por ação ou omissão causava dano a outrem, não era considerada relevante. Os costumes regeram, durante muito tempo, as regras de convivência social e os ofendidos podiam agir de forma direta e violenta, contra o causador do dano. Muitas vezes, a reação à ação lesiva era coletiva, caracterizando-se como uma “reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa

a um de seus componentes” (DINIZ, 2009, p.11), denominada de vingança privada ou *vendetta*.

Foi este o momento histórico que deu origem à responsabilidade civil em Roma, disciplinando a retaliação dada àquele que cometeu o dano. Se antes era direito a ser exercido pelo grupo dominante, passou a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público.

A esse tempo surgiu e passou a vigorar a Lei de Talião, sintetizada pela máxima do “olho por olho, dente por dente”. Apesar de já limitar o direito a ser ressarcido pelo dano sofrido, ainda permitia o direito à “reação imediata, instintiva e brutal do ofendido” (GONÇALVES, 2009b, p.04), assemelhada ao conceito inicial de vingança.

Primeiramente, a Lei de Talião foi aplicada por povos do Oriente Médio e, em seguida, por aqueles que transitavam pela bacia mediterrânea. Sua chegada a Roma se deu pela Lei das XII Tábuas, em meados do século V a.C., e representou algum progresso, visto que o Estado muitas vezes permanecia inerte quanto ao direito de retaliação pela vítima. A lei trouxe consigo o reconhecimento da necessária reciprocidade entre ofensa e castigo, ou seja, certa equiparação entre o dano sofrido e a pena imputada ao agressor.

Não demorou muito, historicamente, para que fosse permitido à vítima optar entre a pena corporal e a substituição pela compensação econômica do dano, iniciando-se um período no qual a vingança privada deu origem à composição dos conflitos. Surgiu, então, o ainda vigente princípio de que o patrimônio do ofensor deve responder por suas dívidas e não sua pessoa. Nesse período e sob a égide desse princípio, criaram-se as primeiras tarifações para determinadas formas de danos, a exemplo das que constituem o Código de Ur-Nammu (2040 a.C.), o Código de Manu (produzido em versos entre II a.C. e II d.C.) e a Lei das XII Tábuas (450 a.C.).

Posteriormente, também diante o princípio supramencionado e da adequação deste ao que se compreendida por Direito ao tempo, proibiu-se a justiça com as próprias mãos por parte do ofendido. A composição econômica deixou de ser facultativa, opção do agressor, e passou a ser obrigatória, além de tarifada.

Seguiu-se, então, a necessidade de distinção entre o que se entendia por punição e por reparação, principalmente relacionada aos delitos no âmbito privado

(que englobava as ofensas às pessoas e aos bens) e no público, cuja conotação era mais elevada quanto à ofensa a norma jurídica considerada relevante pelo Estado.

Sobre o assunto, ensina Venosa (2009, p. 16) que “o conceito de reparar o dano injustamente causado surge em época relativamente recente da história do Direito”, principalmente pelo fato de que responsabilidades civil e penal constituíam-se um mesmo instituto e, apenas subsequentemente, foram desagregadas. A indenização passou a ser aplicada à primeira, a responsabilidade civil, enquanto que a pena, à segunda, a responsabilidade penal.

Posteriormente ao período medieval, especialmente o século XVIII, é que a dissemelhança entre as responsabilidades civil e penal tornou-se clara, bem delineada. Enquanto a penal circunscrevia-se ao âmbito estatal e resultava na imposição de penas, a civil tinha por principal função o ressarcimento de danos e estava contida no âmbito privado.

Somente com o surgimento da Lei Aquilia (286 a.C.), a responsabilidade pela reparação do dano torna-se mais clara, constituindo-se como um verdadeiro princípio. A norma foi aprovada em plebiscito, o qual possibilitou “atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destituído ou deteriorado seus bens” (VENOSA, 2009, p.17).

Quanto ao dever de indenizar, a Lei de Aquilia é um importante marco, pois originou – por exemplo – a responsabilidade extracontratual, também denominada de “responsabilidade aquiliana”, a partir da qual a investigava-se o grau de culpa existente na conduta do causador do dano.

A partir do momento que o Estado tomou para si o direito de punir, *ius puniendi*, surge o que conhecemos hoje por “ação de indenização” derivada da responsabilidade civil. Da Idade Média à Idade Moderna, a responsabilidade civil distinguiu-se da penal e enfrentou paradigmas, passando a se situar no desequilíbrio patrimonial causado pelo dano. O enfoque na culpa foi substituído, paulatinamente, pelo enfoque no dano, que se tornou o elemento centralizador da indenização.

Além disso, o surto do progresso vivenciado no período, acrescido da fervorosa industrialização e do aumento na ocorrência de danos, levaram ao aparecimento de novas teorias dentro da responsabilidade civil, possibilitando maior segurança jurídica às vítimas, como – por exemplo – a teoria do risco.

Sabe-se, hoje, que a responsabilidade não decorre apenas de ato ilícito. Ela pode ser, de acordo com a teoria do risco, oriunda também de um ato lícito. Em tempo adequado este assunto será posto à baila, uma vez que a responsabilidade civil das instituições prisionais, na maioria dos casos, é proveniente de atos ilícitos, e estas respondem por se tratar de responsabilidade objetiva, ou seja, há a obrigação de indenizar quando ocorre em dano, independentemente da existência de culpa.

3.3. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Resposta a uma ação danosa, a responsabilidade é uma reação do ofendido, um dever jurídico consecutivo, previsto nos artigos 186 e 927 do Código Civil, decorrente de um dever originário. É a consequência de uma obrigação violada, descumprida, que gera a alguém, dano.

A violação de um direito e o consequente dano sofrido são pressupostos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade. Responsável, então, é aquele que deve indenizar um prejuízo causado, oriundo da violação de uma obrigação jurídica preexistente.

3.4. Responsabilidade civil das instituições prisionais brasileiras

Em nosso país, a responsabilidade civil sofreu modificações ao longo do tempo, principalmente decorrentes da atualização das leis. Um exemplo claro disso é o fato de que no Código Criminal de 1830, baseado na justiça e na equidade, a reparação natural ou a indenização do ofendido dar-se-ia apenas quando viável (GONÇALVES, 2009b), em muitos casos vigorando a injustiça.

Além disso, o dever de indenizar encontrava-se diretamente relacionado à condenação criminal, sem a qual não existiria, ou seja, havia vínculo entre a sentença no âmbito penal e a seara civil. Essa relação entre âmbitos penais e cíveis encerrou-se após a adoção do princípio da independência das jurisdições civil e criminal, permitindo maior celeridade – inclusive – nas condenações e indenizações.

À época da vigência das Ordenações do Reino de Portugal, impostas ao Brasil a partir de seu descobrimento, aplicava-se prioritariamente a teoria subjetiva de

responsabilidade civil. A condenação dava-se, apenas, com comprovação robusta de culpa do agente causador do dano. Além disso, o ônus da prova era de quem acusava, ou seja, da parte autora, o que dificultava – muitas vezes – a aplicação da justiça.

A denominada teoria subjetiva da responsabilidade civil permanece em uso, atualmente, no vigente Código Civil, quando define como responsável pelo ressarcimento “todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito”, conforme expressa o artigo 186, ou seja, é levada em conta a culpa do causador do dano. A interpretação do artigo permite ainda compreender que a mensuração da culpa do agente é feita através do correto enquadramento entre os conceitos de negligência e imprudência, por exemplo.

Esta teoria, contudo, não é a única prevista em nosso ordenamento. O vigente Código Civil permite, ainda, a aplicação da responsabilidade objetiva (independente de culpa), através da adoção da teoria do risco, em casos especificados por lei, a exemplo das situações em que o dano causado é resultado da ação daquele que, mesmo compreendendo, assumiu o risco de causar prejuízo a outrem, e cujo dano afeta – por exemplo – ao meio-ambiente, prejudicando uma parcela maior de indivíduos.

A evolução histórica da responsabilidade civil, tanto no mundo como aqui no Brasil, está circunscrita sempre à ideia de ressarcir alguém por um dano causado por outrem. Em uma primeira análise, esta reparação está pautada na dicotomia entre a responsabilidade civil e a penal, aproximando-se da vingança pessoal – instituto abandonado (ao menos em tese) ao longo do desenvolvimento das sociedades. Em uma segunda análise e mais em sintonia com o que se compreende hoje, aproxima-se do conceito subjetivo de reparação fundada na culpa, estendendo-se até os casos em que predomina a teoria do risco e a responsabilidade objetiva.

No âmbito em que se inserem as instituições prisionais, especificamente, a responsabilidade civil encontra-se normatizada através da cumulação de alguns artigos de lei. Inicialmente, pelo parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição Federal, o qual não apenas solidifica a responsabilidade objetiva do Estado, como – optando pelo termo agente ao invés de funcionário – amplia tal responsabilidade a todas as pessoas jurídicas do Direito privado, prestadoras de serviço público.

A inteção do artigo é clara na delimitação da responsabilidade do Estado, quando diz que:

Art. 37. [...]

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

O texto de lei permite compreender que o ordenamento jurídico brasileiro, na seara administrativa, adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, quanto aos danos causados por seus agentes a terceiros. Ao menos este é o entendimento de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 10), para quem:

[...] a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral [...] condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano.

Ainda quanto ao mesmo dispositivo, resta claro que a responsabilidade subjetiva do Estado, apesar de não ter sido banida do ordenamento pátrio, é aplicada apenas quando da atuação em caráter omissivo da Administração Pública. Além disso, os servidores públicos responsabilizar-se-iam quanto aos danos causados a terceiros nas searas cível, administrativa e penal, quando praticantes de atos configurados como ilícitos.

Isso significa que, administrativamente, o agente público responde pelos ilícitos administrativos cujo rol se encontra na legislação estatutária e identifica como pressupostos a ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano. A infração do agente é investigada em setor próprio da Administração Pública, que tem por atribuição instaurar procedimento adequado, assegurando ao servidor o contraditório e a ampla defesa, incluindo-se os meios e os recursos cabíveis, conforme dispõe o inciso IV do artigo quinto da Constituição Federal.

Na seara penal, o agente público responde quando pratica crime ou contravenção, também caracterizados pelos pressupostos legais, quais sejam: a ação ou a omissão, que deve ser antijurídica e típica; dolo ou culpa, não existindo a

possibilidade de responsabilidade objetiva; relação de causalidade; e dano ou perigo de dano, cabendo a possibilidade da tentativa.

Apesar da previsão legal e da consequência do acolhimento da teoria do risco administrativo, vários posicionamentos doutrinários existem quanto ao tema, alguns contraditórios quanto à aplicação da letra de lei ao caso concreto, bem como quanto a quem atribuir a condenação, nas hipóteses ensejadoras de responsabilização, quais sejam: por ação, por omissão e por conduta comissiva da administração.

De forma geral, nos casos resultantes de ato comissivo por parte de agentes do serviço público contra indivíduos sob a tutela do Estado, a responsabilidade é atribuída com base na teoria objetiva, pelo risco administrativo, prevista no parágrafo sexto, do artigo 37 da Constituição Federal, retromencionado. Neste caso, especificamente, a doutrina parece uníssona.

Quando o caso concreto, contudo, apresenta ação ilícita – a exemplo de situações de omissão do agente ou do ente público – há certa divergência doutrinária que, preliminarmente, tende à aplicação da responsabilização estatal subjetiva. Nesse interim, os posicionamentos apresentam fundamentação particularmente interessante, visto que resultam em sentenças distintas e, muitas vezes, díspares.

Com relação à conduta comissiva da Administração Pública, os doutrinadores divergem entre a defesa da aplicabilidade da teoria da responsabilidade subjetiva e o apoio à teoria da responsabilidade objetiva. Tal dicotomia encontra respaldo no fato de que – expressamente – a letra de lei trata apenas das condutas comissivas, não mencionando a omissão. De outro modo, rebatem alguns que a omissão seria – na realidade – causa, visto que é fenômeno capaz de produzir efeito jurídico, ou seja, dano, sendo passível o agasalhamento deste na previsão legal.

A situação de guarda compulsória do indivíduo pelo Estado apresenta *per si* risco intrínseco. O Poder Público é detentor único da violência legítima, por isso devendo responder objetivamente pelos danos que causa, seja através de ato comissivo ou omissivo. A possibilidade de assassinato por arma de fogo, dentro das instituições prisionais, é resultado claro da omissão da atividade dos agentes públicos, quanto a impedir a entradas deste instrumento bélico.

O fato do indivíduo estar preso determina indiscutivelmente o dever de guarda e de observância da obrigação constitucional, imanente do inciso XLIX do artigo quinto, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Direito este que não prescinde de debate ou de análise acerca da comprovação ou não de negligência, imprudência, imperícia ou dolo. Logo, os danos advindos desta situação de risco ensejarão responsabilidade objetiva do Estado.

4. ARE 638467 COMO TENDÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: UM PARADIGMA AFIRMATIVO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da conjuntura dos estabelecimentos prisionais, as rebeliões e, conseqüentemente, mortes de detentos, há algum tempo são frequentes. O mesmo se dá quanto ao ajuizamento de ações em face do Estado, em busca da responsabilização civil estatal por tais óbitos.

Ao longo dos anos e a depender da disposição geográfica, os Tribunais brasileiros se posicionaram de forma diversa a respeito de tal responsabilidade estatal, especialmente quando a situação fática não era suficientemente esclarecedora ou havia dúvidas quanto à ocorrência de homicídio ou de suicídio. Por vezes, inclusive, as sentenças foram bastante destoantes entre si, o que resultava numa quantidade grande de recursos direcionados à instância superior.

Em sede recursal, habitualmente os Estados buscavam eximir-se da responsabilidade pela morte do detento – mesmo sob sua tutela – alegando, por exemplo, a inexistência de nexo causal, essencial pressuposto à responsabilidade. Ainda, tentavam demonstrar a ausência de dolo quando da omissão administrativa, atribuindo a elementos exteriores o fato concreto, como a situação financeira estatal.

Além disso, quando o caso concreto versava sobre suicídio, os Estados costumeiramente recorriam das decisões no sentido de excluir a responsabilidade em virtude de suposta culpa exclusiva da vítima. Em muitas ocasiões tal argumentação mostrou-se frutífera, como se percebe na decisão abaixo transcrita.

Decisão: Vistos. Estado de São Paulo interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos artigos 5º, inciso XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Décima Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim do: [...]Nesse sentido, anote-se: [...]“RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO -NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF)- RECURSO DE

AGRAVO IMPROVIDO. [...] - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. (RE nº 120.924/SP, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 27/8/93). [...] Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 26 de junho de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (GRIFO NOSSO)

O STF, contudo, inclinou-se sempre à aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, quando da ocorrência de mortes de indivíduos sob sua tutela, no interior de instituições prisionais, fosse por suicídio, fosse por homicídio diante a omissão estatal. Tal posicionamento restou claro através da repercussão dada ao ARE 638467, julgado em 30 de março de 2016, de acordo com o qual a responsabilidade do Estado frente aos detentos em estabelecimentos prisionais é objetiva.

A importância da decisão e da repercussão está no fato de que ratifica direitos muitas vezes negados aos detentos, apesar de garantidos pela CF/1988, atendendo não só a determinações legais nacionais como internacionais, que há muito oficializa o governo brasileiro quanto à necessária proteção dessa parcela populacional.

4.1. Natureza jurídica do recurso

A doutrina não é pacífica quanto à natureza jurídica do recurso. Enquanto alguns defendem-no como sendo uma ação autônoma, ou seja, uma nova ação, possuindo cunho de impugnação e objetivando desconstituir a decisão judicial anteriormente proferida; outros o entendem como mera extensão da relação jurídica já formada.

No primeiro caso, a compreensão do recurso como uma ação própria advém da comparação do recurso com o próprio direito de ação que dá origem à ação. Para os defensores desta corrente, não há convergência entre os fatos que motivam a ação inicial e os fatos que motivam o recurso, visto que possuem forma e local distintos.

Se provenientes de fatos distintos, resta claro que um fator extraprocessual originaria o recurso. Fato este que incitaria a parte a provocar o judiciário no intuito de ver o problema resolvido. Com uma demanda já instaurada e surgindo outra a ela relacionada, encontra fundamento a compreensão do recurso como ação autônoma, que objetiva solucionar demanda interna a uma lide.

A proposição de uma demanda e a interposição de um recurso estão, a partir de tal entendimento, diretamente relacionadas como causa e consequência uma da outra, mas – concomitantemente – com razões distintas para sua existência. Insta consignar ainda, como forma de concluir a argumentação acerca da coerência desse ponto de vista, o fato de que há formas de interposição legítima de recurso por pessoas que não integram a lide, de onde teria se originado a decisão atacada.

O segundo posicionamento, majoritário entre os doutrinadores, afirma tratar-se o recurso de uma mera extensão da relação jurídica já formada, ou seja, uma extensão da ação principal, funcionando o recurso apenas como meio de reanálise de determinada decisão processual.

Na interposição do recurso, causa e consequência são inseparáveis. O objeto da lide está – direta ou indiretamente – tanto no recurso quanto na ação principal. Dessa forma, encontram-se vinculados pelo procedimento que o sistema processual oferece e pela relação jurídica na qual estão inseridos.

Nesse sentido, o recurso seria unicamente uma reanálise ou renovação do procedimento, com vistas a esclarecimentos ou retificações de decisões tomadas no decorrer do processo, ou seja, situação insuficiente para promoção de uma nova demanda.

Além disso, corrobora para esta compreensão o fato de que a desistência recursal pode ser intentada em qualquer momento processual, visto que quem interpõe o recurso é a parte sucumbente e, assim sendo, a desistência afetaria unicamente o recorrente. Difere, então, do que ocorre quando há desistência da ação que, após a citação – em regra –, depende da concordância do réu.

Ambos os posicionamentos quanto a questão, convergem quando compreendem o recurso a partir de uma natureza jurídica de ônus processual, partícipe do mesmo procedimento que deu origem à ação principal, com função específica de atacar decisão não transitada em julgado.

4.2. Constitucionalidade da repercussão no julgado do recurso

A possibilidade constitucional da repercussão no julgado de recurso foi resultado da Emenda Constitucional número 45, de 2004, que – além de manter o recurso extraordinário para julgamento de causas que envolvessem violação de direitos fundamentais – inseriu o parágrafo terceiro no artigo 102 da Constituição Federal, o qual disciplina que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O dispositivo em tela criou o instituto da repercussão geral quanto às questões constitucionais em discussão, de forma a tanto permitir a apreciação do recurso extraordinário – de competência do Supremo Tribunal Federal – quanto de minimizar o quantitativo de demandas análogas que adentram a Corte.

Apesar da Constituição Federal de 1988 criar o Supremo Tribunal de Justiça, no intuito de diminuir a enorme demanda de trabalho do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos houve aumento significativo de processos destinados à Suprema Corte. A possibilidade de repercussão de decisões, para casos análogos, por óbvio que se apresenta como meio de descongestionamento desta Corte.

Neste sentido, ao menos, posiciona-se Reale Júnior (2012, apud KOZIKOSKI, 2005. p. 744), para quem:

A intensa litigiosidade surgida após a promulgação da Constituição de 1988, que se revelou ultrapassada para atender à demanda decorrente da constitucionalização de diversos novos direitos, aliada ao maior acesso ao Judiciário. Essas circunstâncias e o próprio crescimento econômico do país aumentaram a já existente crise de moralidade do Judiciário, fazendo nascer junto aos jurisdicionados a importância ainda maior da celeridade da prestação jurisdicional.

É certo que o dispositivo não foi o único criado com o objetivo de diminuir a histórica excessiva demanda do Supremo Tribunal Federal. A limitação quanto ao tema que pode ser discutido em sede de recurso, bem como a possibilidade da

repercussão – contudo – determinou certa seleção de casos de maior relevância e importância, a serem julgados pela instância superior.

A repercussão geral possibilitou levar ao âmbito factual, a separação do “joio do trigo”, no dizer comum. O joio é planta parecida fisicamente com o trigo, mas destituída de suas características nutricionais e de sua utilidade culinária. Apenas no momento da colheita é possível perceber a diferença entre as plantas, pois o joio não tem fruto. De mesma forma ocorre quanto ao recurso extraordinário, desprovido do instituto da repercussão geral, defendem alguns doutrinadores.

Por este motivo deu-se a criação do instituto e as delimitações de sua aplicação, conforme dispõe o artigo 543-A do vigente Código de Processo Civil, incluído pela lei nº 11.418 de 2006, a fim de regulamentar o parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição Federal. Dentre as limitações estão, no caput, o fato de que o STF conhecerá apenas recursos cuja questão constitucional discutida seja teor de repercussão geral, assim limitando – ao menos em tese – os casos concretos a serem encaminhados à Corte Suprema.

Além desta delimitação maior, o parágrafo 5º do mesmo dispositivo disciplina expressamente que:

Art. 543-A. [...]

§5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A interpretação do artigo permite reconhecer nele a previsão legal para a repercussão geral dada pelo STF à matéria discutida, quando da ocorrência de casos concretos análogos e de idêntica matéria. A decisão, neste caso, será sumulada e constará em ata própria a ser publicada no Diário Oficial, valendo como acórdão.

A partir deste momento, a repercussão é a extensão da decisão a todos os casos análogos, aqueles cujos fatos e fundamentos se assemelham, sem qualquer prejuízo à tutela de direitos dos indivíduos envolvidos, visto que possivelmente têm os mesmos interesses, além de possibilitar que o direito seja aplicado de forma mais homogênea e igualitária, entre todos que a ele se submetem. Ao menos assim se concebe este instituto.

4.3. Análise contextual do ARE 638467 e a ratificação de direitos fundamentais

O alcance da responsabilidade do Poder Público no caso de morte de detento sob sua custódia, independente da causa do óbito, esteve em discussão no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 638467), no qual o Estado do Rio Grande do Sul recorreu da decisão do Tribunal de Justiça (TJ-RS) que condenou os cofres públicos ao pagamento de indenização à família de presidiário morto.

Em sessão no dia 30 de março de 2016, o plenário do STF deliberou que a morte de indivíduo em instituição prisional resulta na responsabilidade civil do Estado quando inobservado o dever específico de zelo, negando provimento ao recurso pelo Estado do Rio Grande do Sul (RE 841526) contra acórdão do Tribunal de Justiça local que o condenou a pagamento de indenização à família de um presidiário morto.

No caso concreto, o ente público defendeu que não podia ser responsabilizado por omissão, visto que não houve perícia conclusiva quanto à causa da morte do detento, podendo esta ter se dado tanto por asfixia mecânica (ou seja, homicídio) quanto por suicídio.

Insistiu, ainda, que em face da ausência de comprovação do homicídio bem como pelos fortes indícios de suicídio, inexistia nexos causal entre a omissão estatal e o resultado (o dano), não sendo – então - cabível responsabilizar o Estado pela morte do preso. De maneira geral, a defesa alegava que a morte ocorreria de qualquer forma, visto que o suicídio não pode ser evitado, mesmo entre indivíduos livres.

De forma adversa posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual entendeu que há responsabilidade do Poder Público, conforme previsto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, ratificando ser, tal responsabilidade, de cunho objetivo (para o caso de omissão específica do dever de agir). O caso de subjetividade dar-se-ia, apenas, nos casos em que a omissão pudesse ser classificada como genérica.

No caso que gerou repercussão, a omissão identificada pelo Tribunal foi específica quanto ao dever de guarda, visto que o Poder Público deve tutelar a integridade física daqueles que estão sob sua guarda e, dessa forma, coube responsabilização do Estado. O dever de guarda alcançou maior importância e deve ter maior atenção estatal, especialmente agora, visto que ao recurso foi atribuída

repercussão geral e a solução será adotada em pelo menos 108 processos sobrestados em outras instâncias.

De acordo com o relator do recurso, o ministro Luiz Fux, o Estado é responsável até mesmo em caso de suicídio entre os detentos, pois a omissão do Estado – muitas vezes – origina os delitos que lá ocorrem, não sendo possível assim exonerar tal responsabilidade. Noutro giro, o inciso XLIX, do artigo 5º da CF/1988, de forma expressa, assegura aos detentos o respeito à integridade física e moral. Esta garantia tem sido desrespeitada frequentemente pelos órgãos públicos e isso destitui de seus direitos uma parcela populacional.

Nesse entendimento, ainda, quando o Estado exerce o dever de custódia, conseqüentemente, deve também exercer o dever de zelar pela integridade física do indivíduo sob sua tutela. Todas as ações estatais precisam assim o compreender, pois – a partir de agora – tanto no caso de suicídio quanto no caso de homicídio resta clara a responsabilidade civil do Estado.

A tese firmada corresponde à inobservância do dever específico previsto na CF, artigo 5º, inciso XLIX, e atribui ao Estado responsabilidade objetiva pela morte de detento, ratificando direito fundamental à integridade física e moral do indivíduo, esteja ele livre ou sob tutela do Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse trabalho, foi analisado o contexto social, político e jurídico que levou o STF a decidir pela repercussão do ARE 638467, no qual posicionou-se pela responsabilidade objetiva do Estado em caso de mortes de indivíduos sob sua tutela, em instituições prisionais.

Partiu-se, inicialmente, da identificação do papel social das instituições prisionais, através da retomada de suas origens históricas e do estudo de sua função social, bem como das mudanças - ao menos teóricas - pelas quais passaram ao longo do tempo, afastando-se do objetivo único de punição do indivíduo e aproximando-se da ideia de ressocialização do ser.

A pena imposta ao indivíduo causador de dano a outrem passou da mera vingança, pautada de forma arbitrária – independente da gravidade do prejuízo por ele causado – no *status quo* daquele contra qual o mal fora cometido ou de quem o cometera; à tentativa de ressocialização desse apenado, de forma que pudesse ser inserido à sociedade, de forma adequada ou socialmente aceita. Nesse intuito, ao menos, as penas tornaram-se menos gravosas.

Noutro giro, contudo, resquícios do intuito de pura e árdua vingança permaneceu na essência social, que desde estes primórdios buscou afastar da convivência o indivíduo apenado, destituindo-lhe por vezes da própria humanidade, como ocorreu na instituição das penas de galés e – de certa forma – nos recorrentes recursos estatais que objetivam afastar do Estado a responsabilidade pela morte dos indivíduos apenados em estabelecimentos prisionais.

Percebeu-se uma grande incongruência entre teoria (defensora da ressocialização) e prática (instituições como receptáculos mal acabados de criminosos) no que diz respeito ao atual sistema prisional brasileiro, e - consequentemente - a perceptível falência desses estabelecimentos. Hoje, os presídios são, na realidade, verdadeiros receptáculos à beira de explosão, de indivíduos marginalizados pela sociedade e destituídos de direitos fundamentais.

Ao exercer seu direito excepcional de privar o indivíduo de sua liberdade e, ao mesmo tempo, imerso na precária situação em que se encontram os diversos estabelecimentos que compõem o sistema carcerário brasileiro, o Estado depara-se

com recorrentes rebeliões e mortes, dentro destes mesmos estabelecimentos prisionais, e por elas é civilmente responsabilizado. Até recentemente, o Estado recorria das decisões condenatórias que sofria, especialmente quando o caso concreto permitia supor tratar-se de suicídio de detento, ao invés de homicídio do mesmo. Ora... Suicídios acontecem dentro ou fora de presídios e, tanto em um quanto em outro lugar, não “podem” ser evitados, por tratar-se de vontade exclusiva da vítima, não?

A responsabilidade civil objetivou, desde sua germinação, o ressarcimento de dano, prejuízo causado por alguém a outrem, e foi sempre atribuída a alguém, desde que preenchidos alguns pressupostos, quais sejam, o dano, a ação (culpa ou dolo) e o nexa causal. O preenchimento de tais requisitos, contudo, não é delimitadora da aplicação de responsabilidade a alguém, porquanto que – algumas vezes – a ação pode ser negativa, ou seja, o dano pode ser causado devido a uma não-ação ou omissão. Quando ao réu é imputado o dever de zelo, por exemplo, o não-zelo configura o preenchimento da ação, enquanto pressuposto, ocorrendo a responsabilidade civil de forma objetiva, isto é, havendo resultado concreto danoso, há responsabilização.

Nesse sentido posicionou-se expressamente o STF, desde março de 2016, quando decidiu pela repercussão do ARE 638467, determinando a responsabilidade objetiva do Estado em face de mortes de indivíduos sob sua tutela, mesmo nas situações concretas de suicídio. Compreendeu, resta claro, que a omissão quanto ao dever de zelo é não-ação causadora de danos a outrem, como a perda da vida (bem que merece, há tempos, especial tutela dentre as sociedades desenvolvidas) e, ainda, ratificou direitos fundamentais e socialmente negados, seja aos apenados seja aos seus parentes, a exemplo da integridade física e moral.

Apesar dessa tendência em considerar o Estado responsável objetivamente pela morte dos detentos, tal medida ainda é insuficiente, pois o ideal seria não haver a necessidade dessa responsabilização como regra, mas como medida excepcional, já que não se pode esperar que o Estado seja infalível. Nenhum estabelecimento prisional no mundo inteiro está livre da ocorrência, no âmbito da fatalidade, de morte de detento, como se constata tanto em noticiários quanto em documentos oficiais – dos diversos governos – que objetivam o monitoramento e o

controle dessas ocorrências, a exemplo dos órgãos de fiscalização dos Direitos Humanos.

Por outro lado, a afirmação desse paradigma como regra é reconhecer a fragilidade do sistema penitenciário não como uma idealização de punição e e ressocialização do indivíduo tutelado pelo Estado, mas na aplicação real dessas instituições, destituídas de políticas, de infraestruturas e de leis mais próximas da realidade nas quais estão inseridas. O sistema é precário e tem inúmeras falhas de execução, daí a necessidade dessa responsabilização.

De toda forma, é um meio - mesmo que ainda insuficiente - do Poder Judiciário afirmar a importância da proteção à vida humana (da integridade do indivíduo) e da condenação daqueles que, sendo obrigados, não cuidaram de tutelá-la.

6. REFERÊNCIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COMBESSIE, Philippe. **Sociologie de la prison**. Paris: Éditions la Decouverte, 2001. p.128.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 9, setembro. 2008. Acesso em 15 de março de 2017. 15hrs29min.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol.7.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 33. edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p.13.

GOMES FILHO, J. L. **Falências do sistema penitenciário e o RDD**. Jorge Luiz Gomes Filho. O autor, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Dos direitos humanos do preso**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

LIMONGI FRANÇA. **Enciclopédia saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 65.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição**: comentários à Constituição Brasileira. Barueri, SP: Manole, 2005. v. 1.

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

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen** – Junho de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1RhTu31>>. Último acesso em 25 de setembro de 2015. p.103/109.

NAIDITCH, Júlia Faleiro. **Responsabilidade do Estado e de seus agentes quanto a óbitos do sistema prisional**: um estudo sobre a possibilidade de responsabilização penal. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/julia_naiditch.pdf>. Acesso em: 15/abr/2017. 16h24min.

NOGUEIRA, Marden de Carvalho. **A responsabilidade civil do Estado**: Morte do preso no sistema prisional brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33234/a-responsabilidade-civil-do-estado-morte-do-preso-no-sistema-prisional-brasileiro>> Publicado em: 11/2014. Acesso em: 16/abr/2017. 10h48min.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Pernambuco: Nossa Livraria, 2005.

PENAFIEL, Fernando. Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em nov 2016.

REALE JR., Miquel. **Valores Fundamentais da Reforma do Judiciário**. Revista do Advogado. São Paulo. 2004. Apud KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão

Geral das Questões Constitucionais e o Juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário. In Wambier, Tereza Arruda Alvim et al Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 pp 744.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, PauloTadeu Rodrigues. **Responsabilidade do Estado por atos das forças policiais**. Belo Horizonte: Líder Editora, 2004.

RUDNICK, Dani. Prisão, Direito Penal e Respeito aos Direitos Humanos, In. **Violência em Tempo de Globalização**. (org.) José Vicente Tavares dos Santos. SP: Hucitec, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV.