

ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO ERESP Nº 962.934/MS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA: CABE A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA?

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto*

*“Quem foi que disse que a justiça tarda mas não falha?
Que se eu não for um bom menino, Deus vai castigar!
Os dias passam lentos
Aos meses seguem os aumentos
Cada dia eu levo um tiro
Que sai pela culatra
Eu não sou ministro, eu não sou magnata
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes
(...)
Quem foi que disse que os homens nascem iguais?”¹
Biquíni Cavado – Zé Ninguém*

1 Introdução. 2 Direitos Fundamentais da população carcerária: contextualização científico-jurígena, constatação de baixa efetividade e descrição de alguns pormenores da problemática. 2.1 Os Direitos fundamentais da população carcerária. 2.1.1. O Direito Fundamental à Vida e à Incolumidade Física e Moral. 2.1.2 O Direito Fundamental à Intimidade. 2.1.3 O Direito Fundamental ao caráter personalíssimo, à individualização e ao caráter razoável e adequado da pena e sua execução. 2.1.4 O direito fundamental à vedação de pena desumana (art. 5º, inciso XLVII da CF/88). 2.1.5 Outros direitos fundamentais da população carcerária. 3 Os Direitos Fundamentais da População Carcerária em vista de caso concreto: a questão da jurisprudência assentada no julgamento dos embargos de divergência em recurso especial (ERESP) nº 962.934/MS; análise crítica e breves prognósticos tendenciais. 4. Conclusão. Referências.

* Advogado da União de Categoria Especial, desde julho de 2013, lotado em Brasília-DF, na Consultoria-Geral da União (CGU/AGU); Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC-2000); Professor licenciado de Processo Constitucional do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). Ex-professor da Universidade Católica de Brasília (UCB). Ex-Professor da Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: muriack@yahoo.com

RESUMO

A escassa eficácia dos direitos fundamentais da população carcerária à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do ERESP nº 962.934/MS, julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 2012, que determinou a não-indenização por dano moral em face da superlotação carcerária; tendência judicial humanizadora ou retorno silente ao suplício e à ilimitação do direito de punir?

Palavras-chave: Direitos fundamentais. População carcerária. Análise da jurisprudência. Responsabilidade civil do Estado pela superlotação.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é avaliar de modo sintético e objetivo o atual panorama das tendências decisórias do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em relação às dificuldades notórias que o Estado Brasileiro desvela na formulação, implementação e estabilização das medidas administrativas que têm por escopo a concreção dos direitos fundamentais da população carcerária, **notadamente, no que tange à questão da responsabilização civil do Estado pelo excesso numérico dos presos**, em face dos consequentes jurídicos, sociais, políticos e econômico-financeiros de tal questão.

Com efeito, é curial e notório que se tornam cada vez mais dificultosas as soluções para o problema humano da população carcerária, cuja conjuntura tem sido muito adversa nos últimos tempos, acarretando grandes angústias nos detentos, nas autoridades e nos cidadãos brasileiros.

Nesse sentido, em um átimo de agravamento da crise carcerária, é lícido salientar a estrutura jurídico-normativa de proteção da população carcerária, pois as soluções perenes ou episódicas não podem deixar de levar em conta tais aspectos.

Em tal vereda, o ilustre *Cesare Beccaria* admoestava, há mais de dois séculos, no bojo de sua obra clássica “dos delitos e das penas”, em advertência nitidamente inspirada nas ideias roussonianas de humanização e dessacralização do poder estatal, que é estritamente necessário observar em toda sua extensão os limites legais para a aplicação das penas, porquanto “somente as leis podem decretar as penas sobre os delitos, e esta autoridade não pode apoiar-se senão na obra do legislador que representa toda a sociedade unida por um contrato social”²³

Sobremais, há de se recordar da advertência, mais recente, do insuspicaz Michel Foucault, quando descreve a prática de apenação adotada pelos Estados civilizados a partir do século XIX, a qual procurou se afastar dos evidentes excessos da época do suplício físico e mental dos criminosos, uma vez que ao

Poder Estatal de punir, corresponderia a uma espécie de dever humanista de não se deixar contaminar pelo ilícito praticado e submetido ao *jus puniendi*, mantendo limpas e inocentes as mãos estatais punitivas: “que o poder que sanciona não se macule mais por um crime maior que o que ele quis castigar. Que fique inocente da pena que inflige.”⁴

Enfim, é evidente que, em um Estado Democrático de Direito, não pode haver qualquer relaxamento por parte da execução do Direito de Punir Estatal no que tange aos limites da aplicação das penas, que decorrem diretamente dos direitos fundamentais da população carcerária, inclusive, nas prerrogativas legais que se a destina, uma vez que é absurdamente impróprio para um Estado desumanizar a execução da pena de um transgressor, pois, em tal hipótese, estaria retirando da instituição pública o seu inato caráter equidistante e civilizatório, razão pela qual, mesmo em frente aos apupos da população como um todo - que, premida pelas consequências funestas para as vítimas de crimes, muitas vezes, não observa com a adequada acurácia todos os aspectos envolvidos nesta questão-, não se deve permitir a oitiva da voz fácil da vindita pública contra o malfeitor, seja tal vendeta o suplício aberto do passado seja a omissão executória do presente.

Nesse esteio, considerando que nem sempre tem sido possível ao Estado Brasileiro executar adequadamente a política carcerária enfeixada na letra fria da Constituição e das leis, nesse caso, tornada a mais gélida possível,⁵ é certo que se torna inevitável a judicialização das lides humanas e materiais da execução penitenciária, restando indispensável conhecer, analisar e apreender com o devido rigor, a tendência jurisprudencial a respeito do assunto.

Logo, o escopo deste breve labor não é repisar ou sequer acrescentar algum dado ou dimensão inéditos para o diagnóstico e resolução do problema carcerário, mas, diferentemente, apresentar e descrever de modo analítico e crítico as iniciativas que vêm sendo judicializadas para tentar mitigar e/ou solucionar as marcantes dificuldades de concretização dos direitos fundamentais da população carcerária, notadamente, visualizando, de maneira perfectiva, os desdobramentos da recente tendência jurisprudencial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de negativa do direito à indenização dos presos submetidos à superpopulação carcerária.⁶

Nesse diapasão, a nossa linha de argumentação passará pela breve re-apresentação do problema da baixa efetividade dos direitos fundamentais da população carcerária, após a caracterização tipológica destes direitos, e, em concomitância, pela dissecação das atuais tendências da jurisprudência de nossos principais Tribunais a respeito do assunto em epígrafe, o qual, por sua natureza, tem implicações multi-dimensionais, no aspecto humanitário, no aspecto filosófico, no da segurança pública e do próprio escopo socioeconômico do Estado, inclusive, será abordada a questão dos limites orçamentários em contraponto à necessidade de concretude desta gama de direitos fundamentais.

Ao final, tentaremos explicitar alguns dos possíveis caminhos interpretativos que podem ser adotados pela jurisprudência a respeito do assunto e que, em nossa óptica, revelam-se os mais relevantes e adequados com a interpretação sistêmica e a força normativa da Constituição, auxiliando um pouco a melhor compreender e ilustrar o decantado e descrito “ronco surdo da batalha” do ambiente carcerário,⁷ sobremaneira, no que tange à questão da superpopulação carcerária.

Esta será a linha científica abordada a seguir.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA: CONTEXTUALIZAÇÃO CIENTÍFICO-JURÍGENA, CONSTATAÇÃO DE BAIXA EFETIVIDADE E DESCRIÇÃO DE ALGUNS PORMENORES DA PROBLEMÁTICA

2.1 Os Direitos fundamentais da população carcerária

Os direitos fundamentais da população carcerária são exatamente aqueles elencados nuclearmente no art. 5º da Constituição da República e que têm relação com a proteção da dignidade humana, como o direito à vida, como o direito à integridade física, mental e moral do ser humano e como o direito ao mínimo existencial.

Embora tais direitos fundamentais não estejam conformados topicamente no bojo do referido art. 5º da Carta Política, podem ser sistematizados pela doutrina⁸, tendo em vista a finalidade protetiva da população carcerária, direta ou mediadamente.

De qualquer maneira, cumpre asserir que todos estes direitos fundamentais, a serem arrolados doravante, caracterizam-se pela eficácia plena e aplicabilidade imediata⁹ decorrente do próprio art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, o qual exora a determinação de que as normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias fundamentais terão plena eficácia jurídica e desnecessidade de interação integrativa do legislador ordinário.¹⁰

Portanto, em regra, os direitos a seguir mencionados não necessitam de legislação infraconstitucional estipuladora de prestações estatais positivas, uma vez que sua natureza se amolda muito mais à tipologia de direitos e liberdades fundamentais de primeira geração,¹¹ na classificação notória da doutrina especializada sobre o assunto, ou seja, são verdadeiros limites à própria atuação do Estado e deveres institucionais inadiáveis do mesmo.

Aliás, sobre o assunto, é de se mencionar que, por sua natureza, os direitos fundamentais protetivos da população carcerária são dotados de amplo espectro de dimensão objetiva a qual, segundo Gilmar Ferreira Mendes, tem por uma das principais consequências o propiciar de um “dever de proteção” por parte do Estado contra agressões provenientes dos próprios Poderes Públicos

Institucionais, de particulares e de outros Estados, bem como, “esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.”¹²

Ainda, é de se mencionar a evidente relação entre os direitos fundamentais de natureza penal e de processo penal e o real processo de concreção do próprio Estado Democrático de Direito, o qual encontra nestes direitos fundamentais uma seara propícia para a sua funcionalidade jurídica e social.¹³ Em suma, a inexecução de tais direitos fundamentais é uma ameaça ao núcleo deste princípio estruturante!

Em suma, os direitos fundamentais protetivos da população carcerária se caracterizam como normas constitucionais de plena eficácia, gerando para o Estado Democrático de Direito o dever imediato e inelutável de garantir sua concretização, ao mesmo tempo em que geram ao seu destinatário a legítima apreensão de direito subjetivo público à íntegra e não-adiável efetivação, uma vez que relacionados a núcleos fundamentais estruturantes, como a dignidade, a vida, a integridade humana e o mínimo existencial, motivo por que não se pode deles dizer que necessitam primacialmente de legislação infraconstitucional integradora, pois, ao contrário, cabe à lei, na regulamentação do art. 24, inciso I, c/c § 1º, da Constituição da República, estipular outros e novos direitos protetivos, no âmbito da competência legislativa privativa da União para estipular normas gerais sobre direito penitenciário, as quais podem obter, ademais, suplementação pela legislação estadual própria, na forma do mesmo art. 24, §§ 2º e 3º.

Em síntese, em relação aos direitos fundamentais da população carcerária, não cabe à lei a tarefa de dar-lhes eficácia, já que já autoexecutórios; mas, por outro lado, cabe à lei a sua ampliação em base infraconstitucional, abrangendo o detalhamento de um conjunto de deveres estatais que impende serem adotados efetivamente e também garantidos.¹⁴

Logo, após fazer esta breve digressão preambular, passamos a enumerar e examinar os direitos fundamentais da população carcerária:¹⁵

2.1.1. O Direito Fundamental à Vida e à Incolumidade Física e Moral¹⁶

O direito fundamental à vida é o mais elementar e primacial de todos os direitos humanos, pois impende ao Estado promover a proteção da chama vital de todas as pessoas, inclusive, daquelas segregadas pela prática de crimes. Permitir a aparato estatal, a terceiros ou ao próprio detento a exclusão da vida, equivale a uma tácita e subjacente pena de morte silente, também vedada pelo art. 5º, inciso XLVII, alínea a, da Carta Política.

Ainda, o art. 5º, inciso III, assegura o direito fundamental à incolumidade física e mental, sendo obstada a utilização de qualquer tratamento desumano

ou degradante pelo Estado ou por particulares em detrimento da incolumidade da dignidade humana, restando, em especial, vedada, em absoluto, a prática da tortura¹⁷ por ser um instrumento de despersonalização e regressão ominosa da condição humana que é absolutamente incompatível com um Estado Democrático de Direito, haja vista ser prática arbitrária e típica de Estados Totalitários, podendo ser arrolados preceitos fundamentais da Carta Política, que, em seu plexo, representam verdadeiro microcódigo constitucional de vedação da prática de qualquer tipo de dano físico ou moral à população carcerária,¹⁸ inclusive, a vedação da prática de tortura.¹⁹

Por óbvio, estes três direitos fundamentais complementares e indivisíveis (direito à vida, direito à incolumidade física/mental e direito à abstenção pública e privada de qualquer prática de tortura) são direitos que também assistem aos presos, permanentes ou provisórios, que não podem ser submetidos à tortura física ou moral nem se sujeitar a qualquer outro tratamento depreciativo de sua condição humana ou tendente a depauperar sua higidez corporal e até, no limite, extrair o mais sagrado dos direitos: o de permanecer vivo.²⁰

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, atento e cômico da necessidade de atuação firme e diligente para evitar quaisquer práticas que, de alguma forma, pudessem violar algum desses direitos, por exemplo, já estipulou: a vedação do uso de algemas sem imprescindibilidade justificada;²¹ a nulidade de julgamento do Tribunal do Júri durante o qual o réu foi mantido na desonrosa situação de agrilhado;²² a natureza criminoso da obtenção de confissão de menor de idade através de meios físicos e morais de intimidação e coerção;²³ a necessidade de segregação de ex-agente de repressão do Estado dos demais detentos que possam atentar contra sua intangibilidade, cabendo, inclusive, transferência carcerária ou prisão domiciliar;²⁴ que o local de cumprimento da pena deve ser suficientemente adequado para garantir a integridade física e moral do condenado, com rigoroso respeito ao regime de execução da pena,²⁵ e, por fim, que o direito à saúde assiste a todos (inclusive, aos presidiários) e que o mesmo é corolário inafastável do direito à vida,²⁶ dentre outras decisões jurisprudenciais confirmadoras da efetividade de tal plexo de direitos fundamentais.

Logo, existe especial preocupação da Ordem Jurídica brasileira de efetivar este amálgama de direitos fundamentais, seja pela Carta Magna, seja pela jurisprudência, muito embora a realidade tenha demonstrado o oposto da proteção concebida pelo poder constituinte, uma vez que são bastante comuns os casos de perda da própria vida ou da não-garantia da intangibilidade física e moral dos detentos, como detectado pelo próprio Estado Brasileiro no âmbito de Comissão Parlamentar de Inquérito.²⁷

2.1.2 O Direito Fundamental à Intimidade²⁸

O direito fundamental à intimidade²⁹ também é aplicável à população carcerária, uma vez que inexistente dignidade humana sem o exercício de tal

prerrogativa, até como imanência das características de individualidade que lhe é ínsita.

No entanto, é de se sublinhar que tal direito à intimidade, no caso dos presidiários, é limitado pelo interesse público de garantir a segurança pública, motivo por que a jurisprudência autoriza a violação de correspondências privadas de detentos,³⁰ revista íntima, vigilância das conversas com pessoas externas e até certas limitações na assistência judiciária de seu defensor.³¹

Entretanto, as limitações ao exercício do direito à intimidade não podem chegar ao ponto de exclusão inteiriça de tal prerrogativa subjetiva, como ocorre em relação a situações muito comuns no dia a dia das populações carcerárias, tais como a superlotação, a promiscuidade, e várias outras formas abusivas de invasão da esfera mínima de intimidade, que deveria ser resguardada mesmo em relação ao indivíduo preso, que também tem direito fundamental à intimidade, bem como a todo aparato de direitos fundamentais previstos na ordem jurídica.³²

2.1.3 O Direito Fundamental ao caráter personalíssimo, à individualização e ao caráter razoável e adequado da pena e sua execução

Os incisos XLV, XLVI e XLVIII do art. 5º da Constituição da República³³ consagram o direito à adequação, à personificação e à individualização da pena, ou seja, cada réu terá a garantia do Estado de que sua pena não atingirá familiares e pessoas próximas, pois somente o apenado responderá pelo cumprimento da sanção imposta - abstraída a espada de Dâmocles de cunho civil-patrimonial, prevista na parte final do mencionado inciso XLV do art. 5º da Constituição, que permanecerá sobre eventual quinhão hereditário, bem como a execução da pena deverá levar em consideração o tipo e natureza de crime que foi cometido, a personalidade e os antecedentes do apenado, o regime prisional adotado pelo título executivo penal, bem como a idade e o sexo.

Logo, a ideia de individualização, adequação e personificação, traz em seu bojo a concepção de adaptação da sanção aos caracteres exatos do apenado, de tal forma que a execução de sua pena, além de estar limitada às sanções consideradas lícitas pelo texto constitucional, deva corresponder exatamente ao delito cometido.

Por esse motivo, resta evidente que a execução da pena não deve permitir que presos temporários se misturem a presos de alta periculosidade, deve ser respeitada a idade, o regime da execução, o sexo do apenado, sob o risco de se prejudicar a futura ressocialização e reabilitação e até de propiciar ou viabilizar o cometimento de abusos ou de contaminação física e moral entre diferentes espécies de criminosos.

Para isso, o sistema prisional deve obter a criação de distintos estabelecimentos carcerários e múltiplos ambientes internos, os quantos forem necessários,

para evitar a ausência de singularização e a prática adequada do regime prisional pertinente para cada detento.

A não-observância da individualização, personificação e adequação da pena em nossa realidade carcerária gera diversos consequentes negativos, como o potencial aumento do grau de periculosidade de um indivíduo submetido à relação prisional com criminosos de outro grau de nocividade e de regime prisional, criando-se verdadeiro “espiral escolar do delito”, dentre outras situações indesejáveis aos princípios de reabilitação e recolocação social do detento, bem como se deu tratamento personalizado.³⁴

Sobre a individualização, adequação e personificação da pena, há arestos do Supremo Tribunal Federal relevantes como parâmetros para a execução penal no Brasil, senão vejamos as sínteses nucleares daquilo que a corte excelsa decidiu:

I) Que tal direito fundamental é tão relevante que se deve abrandar os rigores do regime fechado em relação a um cidadão, tendo em vista a inadequação da sua execução prisional pela ausência de estrutura médico-assistencial;³⁵

II) Que pode haver limitação do exercício do direito de remição da pena por atividade laboral em face do cometimento de falta prisional grave;³⁶

III) Que a categoria profissional do advogado, nos termos do artigo 7º, inciso V, da Lei Federal nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, tem direito a “ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, em cela individual, dotada de condições regulares de higiene, com instalações sanitárias satisfatórias, sem possibilidade de contato com presos comuns”;³⁷

IV) Que os regimes carcerários aberto e semi-aberto são inaplicáveis ao reincidente;³⁸

V) Que é legítimo adotar o regime prisional mais gravoso e aumentar a pena-base em face do alto grau de reprovabilidade e culpabilidade da conduta criminosa, efetivamente comprovado;³⁹

VI) Que é juridicamente possível a regressão do regime prisional e a revogação de autorização para saída temporária do estabelecimento prisional se o detento cometer fato definido penalmente como crime doloso;⁴⁰

VII) Que a imposição de medida de segurança não tem prazo pré-determinado para sua cessação, enquanto permanecer a periculosidade do agente e desde que obedeça ao limite temporal máximo de trinta anos, sendo facultada desinternação progressiva, em regime de semi-internação, se houver melhora do estado mental;⁴¹

VIII) Que é inconstitucional a lei federal proibir, de forma absoluta e não-individualizável, a progressão de regime durante a execução da pena, inclusive, em relação aos crimes hediondos;⁴²

IX) Que uma vez concedido o regime prisional semi-aberto, cabe ao aparato estatal se dotar de mecanismos que propiciem o exercício desta prerrogativa,

vedando-se a execução da pena em estabelecimento concebido para o regime fechado e garantindo-se ao apenado, neste caso, o cumprimento imediato no regime prisional mais favorável e que esteja disponibilizado, mesmo que signifique, em último caso, o direito à prisão domiciliar;⁴³

X) Que é possível a progressão do regime prisional antes mesmo do trânsito em julgado do processo penal, durante o exercício da pena processual não-definitiva;⁴⁴

XI) Que as “precárias condições do sistema carcerário” pátrio e o dever estatal de evitar políticas segregacionistas dos detentos - para adotar medidas de retorno social do detento - autorizam a transferência de um apenado para estabelecimento símile mais próximo do convívio de seus familiares,⁴⁵ mesmo que tal transferência implique em modificação e transferência territorial do próprio Estado Federativo onde está ocorrendo o cumprindo a pena, pois a proximidade com a família é essencial à reabilitação, inclusive, em delitos graves que exijam prisão de segurança máxima e regime prisional fechado.⁴⁶

Portanto, com base no texto constitucional vigente, e ao lume do que permite a legislação infra-constitucional, a jurisprudência mais hodierna e progressista tem perlustado avaliar e aplicar nos casos concretos a adoção do critério de efetivação dos direitos fundamentais relativos à individualização e personificação da pena, por influência da própria dignidade da pessoa humana.⁴⁷

2.1.4 O direito fundamental à vedação de pena desumana (art. 5º, inciso XLVII, da CF/88⁴⁸)

O direito fundamental à humanização da execução da pena representa uma evolução imensurável na maneira pela qual o Estado passou a vislumbrar o tratamento adequado a ser disponibilizado aos delinqüentes, de tal forma que a prisão não se transforme em vingança pública e estatal similar ao estágio da barbárie do período caracterizado como de vingança privada e autotutela, não sendo cabível aceitar do ente estatal a prática da vindita institucional, explícita ou tacitamente.⁴⁹

Em um átimo em que se observa não poder o Estado agir com violência, sadismo, desdém ou indignidade contra o autor de crimes, se vislumbra também que somente é possível a ressocialização e a reabilitação se o delinqüente social receber um tratamento digno enquanto estiver cumprindo a sua pena, partindo-se do pressuposto de que não serão aplicadas penas cuja respectiva natureza conduza diretamente à aniquilação do que ainda existe de qualidade humana em indivíduo que descumpriu as normas penais de uma sociedade.

Logo, é inteiramente compatível com o Estado Democrático de Direito - que tem por um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana - a expressa vedação essencial de que se utilizem métodos arcaicos ou modernos de aniquilação humana do apenado.

Por esse motivo, a ordem jurídica brasileira não entende como tolerável a previsão normativa e muito menos a execução da pena de morte (salvo em situação de guerra externa), de prisão perpétua, de determinação de banimento, da realização de trabalhos forçados de natureza ominosa e insalubre (como quebrar pedras em sol escaldante) e penas que se caracterizem por serem crudelíssimas, ao submeterem o detento a situações vexatórias, física e moralmente dolorosas, humilhantes ou insalubres, perigosas e desapiedadas.⁵⁰

Aliás, é de se reconhecer com o mestre José Afonso da Silva que “não são apenas as penas enumeradas no inciso sob a nossa atenção art. 5º, inciso XLVII, da CFRB) que são proibidas. A Constituição, nesse passo, apenas destacou, para proibir, algumas penas mais suscetíveis de controvérsia, de apelo emocional mais fácil, como a pena de morte, a prisão perpétua, o trabalho forçado, o banimento e penas cruéis.”⁵¹

Ora, de fato, no inciso XLVI do artigo 5º da *Lex Fundamental*is o Poder Constituinte estabeleceu as únicas penas aplicáveis na ordem jurídica brasileira: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Logo, qualquer tipo de pena que não se enquadre no rol de “penas lícitas” do inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República se revela como inconstitucional, mesmo que não esteja expressamente arrolado no inciso XLVII do mesmo preceptivo constitucional, que pode ser considerado um rol não exauriente em sua semântica vocabular literal.

Nesse contexto, nos parece ser exatamente a busca da finalidade de obter a aplicação de pena constitucionalmente lícita que leva a jurisprudência de nossos tribunais superiores a adotar o princípio da bagatela ou da insignificância para reconhecer que a tipicidade penal formal não pode ser levada a grau tal de aplicabilidade que se deixe de verificar no caso concreto que a punição penal tecnicamente cabível seria desproporcional quando comparada ao grau mínimo ou irrisório de ofensividade da conduta,⁵² ou seja, quando, à minguada de tipicidade material, não haveria significativo potencial de ofensividade penal da conduta, de tal sorte que a aplicação da pena seria iniludivelmente “cruel”, por não se demonstrar algo razoável ou até socialmente aberrante.⁵³

Nessa conjuntura, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem indviduosamente procurado ampliar o espectro de aplicação do direito fundamental de vedação às penas desumanas, ao estipular casos que não estariam, ao primeiro vislumbre, na dicção literal do art. 5º, inciso XLVIII, da Carta Política.

Podemos, assim, com este viés, mencionar as seguintes hipóteses jurisprudenciais:

1) o fenômeno da “despenalização” do usuário de drogas, levado a termo pela Lei Federal nº 11.343/2006 é autorizado ao legislador ordinário pelo artigo 5º, incisos XLVII e XLVIII, da Constituição da República;⁵⁴

2) A extradição somente é autorizada pelo ordenamento jurídico Brasileiro se o Estado solicitante se comprometer a comutar eventual pena de morte e perpétua para apenação compatível com o artigo 5º, incisos XLVII e XLVIII, da CRFB, os quais excluem a licitude da pena de morte e prisão perpétua,⁵⁵ evoluindo-se de entendimento anterior que determinava a aplicação deste direito fundamental à humanização da pena apenas na ordem jurídica interna brasileira;⁵⁶

3) Em caso de extradição por crime passível de punição penal perpétua, somente conceder-se-á a entrega do estrangeiro se houver comutação da pena prisional de tal modo que sua execução não ultrapasse o prazo máximo de trinta anos previsto na legislação de execução penal brasileira, revelando-se que a execução prisional nos moldes brasílicos é considerada contrária à dignidade da pessoa humana se ultrapassar este prazo máximo;⁵⁷

4) Em face do óbice constitucional de prisão perpétua, nenhuma pena poderá ultrapassar o prazo máximo de trinta anos de execução, seja em pertinência à medida de segurança⁵⁸ e às penas cumuladas por práticas de crimes múltiplos pelo mesmo indivíduo;⁵⁹

5) A decisão do pretório excelso de determinar a interpretação conforme a Constituição do art. 287 do Código Penal, com pronúncia de nulidade e invalidade de qualquer exegese que tente impedir o exercício legítimo da liberdade de expressão e da liberdade de reunião, mesmo que, sem se fazer uso de substâncias entorpecentes, se defenda em público ou em privado de modo favorável à descriminalização do consumo de drogas atualmente tidas por ilícitas penalmente, uma vez que seria contrário ao Estado Democrático de Direito permitir o cometimento da arbitrariedade de prisão e processo penal pelo exercício lícito e razoável de debate público, sinalizando que seria contrária à ordem jurídica constitucional a criminalização de puro exercício das liberdades públicas, inserindo a hipótese de estipulação de pena nesta conjuntura como algo vedado pelo constituinte, ilícito por desproporcional.⁶⁰

Em resumo, o direito fundamental à vedação da aplicação de penas desumanas é realidade constitucional e jurisprudencial, e vem sendo constantemente objeto de decisões que tendem a obter a sua progressiva concretização.

No entanto, apesar dos esforços do Direito, a realidade de nossas prisões há revelado a existência reiterada de casos concretos e absurdos de penas cuja execução podem se configurar verdadeiramente como penas cruéis, indignas e até letais, aproveitando-se do eloquente silêncio sobre o assunto que ainda se abate na sociedade civil e em nossos ambientes acadêmicos, inclusive, no caso dos presos que cruelmente continuam agrilhoados mesmo após o fim de suas penas ou tendo direito à progressão de regime ou a outros benefícios penitenciários, simplesmente por ausência de orientação e assistência jurídica adequada.⁶¹

2.1.5 Outros direitos fundamentais da população carcerária⁶²

Ademais os já analisados direitos fundamentais - à vida e à incolumidade física e moral; à esfera jurídica da intimidade; ao caráter adequado, razoável e personalíssimo da pena e sua execução; e à humanização da execução da pena, com vedação de metodologias punitivas contrárias à dignidade humana-, a população carcerária é titular de outros direitos fundamentais previstos em nossa ordem constitucional vigente.

Nesse sentido, o direito fundamental à maternidade na execução penitenciária: “art. 5º, inciso L, da CRFB: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Por óbvio, tal direito é um desdobramento do princípio de que a pena não passará da pessoa do acusado, sendo que o filho da detenta possui o direito de ser amamentado, tendo em vista ser o leite materno indispensável à sua alimentação e boa saúde. Entretanto, esse direito fundamental não tem sido adequadamente concretizado em nossas prisões.⁶³

Outro direito fundamental é aquele relativo à obtenção do relaxamento da prisão ilegal, previsto no artigo 5º, inciso LXV, da CRFB, *in verbis*: “LXV: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Esse direito fundamental é reflexo do próprio direito fundamental à vedação da pena desumana. Com efeito, nada é mais atentatório à dignidade da pessoa humana do que a permanência de uma prisão ilegal que tenha sido efetuada.

Logo, se a prisão não ocorreu por ordem judicial ou em flagrante delito, deve ser relaxada, inclusive por dever de dignidade humana, cabendo até a responsabilidade civil do Estado e, se for o caso, a imputação administrativa, penal ou civil-regressiva ao agente estatal pertinente ao abuso.⁶⁴

Ainda, podemos mencionar o direito fundamental à liberdade provisória, previsto no art. 5º, inciso LXVI, da CRFB: “LXVI: ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Esse direito fundamental é um corolário do princípio da presunção da inocência, tendo em vista que, presumida a não-culpabilidade, e se há a possibilidade de liberdade para beneficiar o acusado, este não deverá ser mantido preso,⁶⁵ considerando-se irregular e ilegal a manutenção do mesmo em prisão, quando possível a concessão de liberdade provisória.

Sobremais, há o direito fundamental à indenização pelo erro judiciário, previsto no art. 5º, inciso LXXV, da CRFB, *in verbis*: “LXXV: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Com efeito, o Estado responderá objetivamente pelo erro cometido pelo Poder Judiciário, seja pela irregularidade da condenação seja pelo tempo excessivo cumprido além daquele estipulado na sentença, ou, até mesmo, pelo excesso de tempo da prisão provisória⁶⁶ ou pela posterior absolvição de acusação imputada.⁶⁷ Nesse caso, o Estado responderá conforme a teoria do risco integral,⁶⁸ respondendo pela mera comprovação de prisão indevida (sem necessidade de qualquer exame de liame causal com dano, já que, neste caso, o dano é presumido e evidente), tendo direito de regresso contra aquele que, no exercício de sua função pública, tiver dado causa ao erro.⁶⁹ Obviamente, poderá haver outras hipóteses de indenização estatal em face do sistema prisional, devendo-se,, nestas outras situações, aplicar a regra geral do artigo 37, § 6º, da Constituição da República, a qual leva à aplicação da teoria do risco administrativo nas ações estatais, e a teoria da culpa administrativa (culpa do serviço) nas suas omissões.^{70 71}

Finalmente, considerando o artigo 5º, parágrafos segundo, terceiro e quarto, da Constituição Federal de 1988, também são direitos fundamentais da população carcerária todos aqueles previstos em tratados internacionais de direitos humanos que os protejam, tenham ou não o *status* quo interno de norma equiparada à emenda constitucional⁷² ou de norma infraconstitucional de natureza suplegal.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM VISTA DE CASO CONCRETO: A QUESTÃO DA JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL (ERESP) Nº 962.934/MS; ANÁLISE CRÍTICA E BREVES PROGNÓSTICOS TENDENCIAIS

Analisando perfunctoriamente a plêiade de decisões judiciais de nossos dois mais relevantes Tribunais no âmbito do direito penal-penitenciário, quais sejam, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, verifica-se claramente a existência de um perfil decisório que, no geral, é humanista, progressista e claramente preocupado com a efetivação dos direitos fundamentais da população carcerária, até mesmo como uma tarefa do Poder Judiciário de atuar como freio e contrapeso do Poder Executivo em relação à política criminal, limitando-se e punindo os abusos e adotando medidas que edificam uma tendência protetiva dos presos, aplicando-se pura e simplesmente a legislação brasileira que, no papel, é uma das mais avançadas.

No entanto, quando a questão a ser decidida passou a ser a responsabilização civil do Estado pelo dano moral relacionado à superlotação, parece-nos que se equivocou profundamente a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça ao, recentemente, decidir que não caberia a referida indenização.⁷³

Com efeito, as argumentações adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do ERESP nº 962.934-MS, para negar o direito à

indenização, e, por conseguinte, negar a ilicitude da superlotação, foram as seguintes: “a) não é aceitável a tese de que a indenização seria cabível em prol de sua função pedagógica; b) não é razoável - e ausente de lógica - indenizar individualmente, pois isto ensejará a retirada de recursos para melhoria do sistema, o que agravará a situação do próprio detento; e c) a comparação com casos que envolveram a morte de detentos não é cabível;” e d) “em vez da perseguição de uma solução para alterar a degradação das prisões, o que acaba por se buscar é uma inadmissível indenização individual que arrisca formar um ‘pedágio masmorra’ ou uma ‘bolsa indignidade’; em síntese, o tema em debate não trata da aplicação da doutrina da ‘reserva do possível’ ou do ‘mínimo existencial’, mas da impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional.”⁷⁴

Entretantes, nos parecem inteiramente insustentáveis os fundamentos lançados, *permissa venia* à contumaz sabedoria da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, é inteiramente arbitrário afirmar e considerar dispensável e ineficaz a condenação em dano moral do Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, combinado com o artigo 5º, inciso V, ambos da Constituição da República. Realmente, podemos afirmar que, diferentemente do que afirma o acórdão, uma condenação em danos morais, por conta da ilusão à higidez física e moral representada pela superlotação carcerária, tem um óbvio potencial de servir como alavanca da busca de soluções reais para o problema ou, o que seria o mais simples, a procura efetiva da simples aplicação das normas em vigor à realidade carcerária. Certamente, haveria uma avalanche de ações, centenas de inspeções e perícias processuais nos locais onde se alega existir superlotação, gerando constatação judicial da existência real do problema específico e, até possivelmente, de outros problemas desconhecidos pelo poder institucional. Isso por si só geraria uma verdadeira sinergia de detecção de más condições carcerárias, o que, aliado ao desembolso orçamentário conseguinte, faria com que os entes federativos saíssem de sua eventual posição inercial, de sua “zona de conforto” sobre a questão, uma vez que o problema carcerário brasileiro é antigo⁷⁵ e falta justamente a decisão política fundamental para que se aplique a legislação garantidora das condições mínimas aos presos. Tal vontade política pode ser alcançada com o escândalo das indenizações e da visibilidade das más condições e até pela concorrência orçamentária adicional que tal despesa acarretará, gerando medidas de planejamento e preempção estatal. Logo, diferentemente do afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o caráter pedagógico da condenação é curial, e tem toda a força potencial para gerar soluções reais para o problema carcerário brasileiro.

O segundo argumento utilizado é mais falacioso e quicá mais equivocado do que o primeiro: não seria razoável indenizar individualmente pela superlotação porque isso retiraria recursos orçamentários do próprio sistema carcerário e poderia agravar o problema! Ora, se houvesse indenização, a rubrica orça-

mentária seria outra, relativa ao pagamento de decisões judiciais, na forma do artigo 100 da Constituição Federal de 1988. Logo, não há liame obrigatório entre pagamento de indenização e o orçamento penitenciário, uma vez que em tese a alocação de recursos para pagar precatório não é costumeiramente “descontada” dos orçamentos específicos da tipologia de atividade estatal de onde se originou a despesa judicial.

Além disso, nada impediria que a indenização, ao invés de ser “individual” fosse coletiva, obtida no âmbito de uma ação civil pública cujo objeto fosse exatamente o dano moral coletivo em virtude da superlotação. O pagamento poderia ser feito, inclusive, a um fundo orçamentário específico.⁷⁶

Por fim, este segundo argumento parece uma falácia que tenta camuflar outra razão, recôndita e quiçá a veraz razão subjacente da decisão, e que nos parece grave e errônea, porquanto discriminatória:⁷⁷ não há mais “verba orçamentária” para gastar com os presos; o que já se gasta com eles seria um sistema fechado, à parte, e qualquer gasto não-planejado deve ser descontado dos valores deste mesmo sistema, justamente para não “atrapalhar” as demais políticas públicas e despesas estatais, sobrecarregando um orçamento geral já pressionado por outras despesas. Dessa forma, pagar indenizações individuais aos presos os prejudicaria, porque faltariam os recursos para a manutenção do sistema prisional, como se as verbas alocáveis fossem apenas as já existentes.

Em última análise, embora se negue, o segundo argumento aplica uma verdadeira “teoria da reserva do possível” ao caso, sendo que já é assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a teoria da reserva do possível não se presta a impedir a concreção de direitos fundamentais.⁷⁸

Além disso, tal exegese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça se choca com o entendimento coonestado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o direito à saúde e à incolumidade - inclusive, dos presos, que não podem ser tratados desigualmente neste ponto (restando inegável que a superlotação tem potencial maléfico à saúde e à incolumidade individual) - deve ser protegido de omissões inconstitucionais que realizem “escolhas trágicas” no orçamento público, uma vez que é vedado o retrocesso social consistente em diminuir os gastos com a execução dos direitos fundamentais, após alcançarem certo patamar financeiro, inclusive.⁷⁹

Quanto ao terceiro argumento utilizado, o de que não cabe a comparação com outros casos de responsabilidade civil do Estado por morte de detentos, também nos parece inteiramente despropositado. Deveras, é certo que a jurisprudência assente do próprio Superior Tribunal de Justiça, com toda a razão, determina a indenização por dano material e moral em face de falecimento de preso na prisão, pela omissão estatal de proteção.⁸⁰

No entanto, é certo que a morte não é o único evento indenizável nas prisões, uma vez que podem ocorrer torturas, abusos, arbitrariedades, maus-tratos e outros prejuízos físicos e psicológicos igualmente indenizáveis⁸¹ aos presos.

Logo, carece de lógica supor que a superlotação é “menos grave” do que a morte e que, por isso, não deve ser indenizada. É como se a jurisprudência entendesse inexistir ilicitude na superlotação, mesmo sendo a mesma um fato contrário à Constituição, à lei de execuções criminais, e a tratados internacionais subscritos pelo Brasil, até porquanto a mesma provoca uma situação inteiramente indigna e perigosa para qualquer ser humano. Logo, é óbvio que o valor da indenização não deveria ser o mesmo do evento “morte”, mas a solução mais plausível e razoável deveria ter sido reduzir o parâmetro do *quantum debeatur*, e não excluir a possibilidade de indenização, praticamente equiparando a superlotação carcerária a um mero dissabor.⁸² Obviamente, essa símile implícita é inteiramente despropositada, pois o amontoamento de seres humanos em uma cela gera danos muito maiores do que meros dissabores, ilide seu direito à saúde e à incolumidade e deveria ser indenizável.

Alfim, o quarto e último argumento gera o máximo de paroxismo e até de perplexidade, ao afirmar que a indenização individual é incabível porquanto ela não tem por escopo melhorar os problemas do sistema carcerário e muito menos irá aperfeiçoá-lo, significando uma verdadeira contraprestação pecuniária semelhante a uma “bolsa masmorra”.

Sem adentrar em análise sobre a crueza de tal argumento, é cristalino que nenhuma indenização por dano moral é solicitada com o escopo de “aperfeiçoar” algum sistema no qual ocorreu a ilicitude perpetrada que gerou a indenização. O pagamento de tal indenização não será um valor mensal nem periódico, mas servirá justamente para recompor o dano moral perpetrado contra o preso ao se lhe colocar em situação de superlotação, o que é perfeitamente coerente com nosso sistema.⁸³

Obviamente, não se trata de uma contraprestação pelo sofrimento ocasionado pela superlotação, bem como, é curial que, ao contrário do que pressupôs o STJ, o seu pagamento não significará uma autorização para que o Estado permaneça a descumprir os direitos fundamentais dos detentos, ainda mais que tal condição terá sido demonstrada e comprovada perante o juízo. Opostamente, ao ser condenado a indenizar, o Estado ficará na delicada posição inelutável de descumpridor da ordem jurídica, sendo que tal conjuntura pode ocasionar sanções políticas ou administrativas ao gestor público eventualmente recalcitrante. Por fim, inclusive, o Estado pode ser obrigado pelo próprio título executivo judicial a adotar as medidas necessárias à cessação do ato ilícito, no caso, a superlotação, inclusive, com possível fixação de pagamento de astreintes, mesmo que tal pedido não conste expressamente do libelo.⁸⁴

Adicionalmente, é de se mencionar que o fundamento da decisão tem uma visão estática da realidade, pois se um detento tem cinco anos de prescrição para interpor uma ação de responsabilidade civil do Estado, e já cumpriu pena ou obteve benefício penitenciário, como progressão de regime, é certo que o pagamento de seu dano moral por ter estado em circunstância de superlotação, em hipótese alguma, poderá se voltar contra si, a não ser que volte a delinquir e

permaneça no sistema prisional em um verdadeiro “mito de Sísifo” carcerário. Obviamente, a mera suposição hipotética desta situação de saída do detento para, empós, interpor a ação, já seria suficiente para afastar a alegação de que se trata de pagamento de uma “bolsa masmorra”.

Além disso, é evidente que o pagamento da indenização em epígrafe, como explicado preteritamente, tem todo um potencial para criar reações positivas no sistema e aperfeiçoá-lo, sendo certo que a conclusão de que a indenização não “resolve nada” é fatalista em demasia e pouco espaço permite ao mínimo que seja de otimismo esperançoso, é como se dissesse: “deixa quieto, isso daí não tem como melhorar”, complementando-se malogradamente a abstenção estatal ilícita.

Logo, parece-nos que caminhou erroneamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e quiçá houvesse sido mais sábio adotar o entendimento exteriorizado no voto vencido do Ministro Teori Albino Zavascki, no mesmo julgamento do ERESP nº 962.934/MS, *in verbis*:

É possível a fixação de indenização por danos morais individuais na hipótese de encarceramento de detento em condições caóticas, pois, embora a eliminação ou redução de violações aos direitos fundamentais dos presos dependa da adoção de políticas públicas, isso não justifica a impunidade das transgressões ocorridas sob o argumento de que a indenização não tem o alcance para propiciar a solução do grave problema prisional globalmente considerado, sob pena de justificar a manutenção eterna do iníquo *status quo* dos presídios, sendo a qualquer indivíduo assegurado o mínimo existencial.⁸⁵

Realmente, as dificuldades do sistema não justificam que se crie uma nova problemática, consistente em negar punição a transgressões normativo-principiológicas enfeixadas na conjuntura fática da superlotação carcerária, sendo certa que a ausência de indenização servirá como nova força centrífuga na espiral caótica do mesmo sistema. Ou seja, opostamente a combater os equívocos do sistema, a decisão do ERESP nº 962.934/MS mantém intacto um sistema que deveria estar sendo aperfeiçoado - até pela atuação jurisdicional, tão elogiosa em outras tipologias de lides penitenciárias-, e, por isso mesmo, finda por ser seu aliado tácito.

Curiosamente, o Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento absenteísta e conformado após decisões nas quais se declarou incompetente para conhecer recursos especiais sobre o tema, em face da natureza constitucional da discussão⁸⁶, decerto, uma linha mais sábia do que a adotada até o presente átimo em que se ultima o presente artigo.

No entanto, tal linha jurisprudencial não é ainda definitiva, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal já declarou a repercussão geral a respeito do tema e terá toda a oportunidade para rever o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, determinando-se o pagamento da indenização por dano moral pela superlotação e a impossibilidade de invocação de limitações orçamentárias, seja para o pagamento

indenizatório da superlotação,⁸⁷ seja para a realização de obras nos presídios indispensáveis para o cumprimento dos direitos fundamentais da população carcerária,⁸⁸ o que possibilitará, inclusive, a adoção da via judicial do próprio processo coletivo para obrigar o Estado Brasileiro a cumprir a sua própria legislação.

Decerto, o Pretório Excelso poderá analisar todas as questões subjacentes com mais ênfase no caráter nuclear da dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos fundamentais da população carcerária, com viés mais humanista, pois é certo que a superlotação agride a saúde e a incolumidade individual, assim como contraria o direito ao “mínimo existencial”⁸⁹ e o “direito fundamental à busca da felicidade”,⁹⁰ que também são invocáveis pelos detentos quando aspiram obter boas condições carcerárias.

A melhor solução não é se abster de reconhecer e enfrentar o problema da superlotação e todos os demais do sistema carcerário. O ideal é adotar as medidas necessárias à aplicação da Constituição, da lei e dos tratados internacionais em vigor, até para evitar o risco da atitude absenteísta do Estado ser tragada pelo vórtice ameaçador das organizações criminosas que vêm atuando no caos dos nossos presídios, e ferindo também a população e as instituições pátrias.

4 CONCLUSÃO

Após analisarmos, de forma tópica e específica, todo o sistema jurídico brasileiro, observamos que a tendência da jurisprudência brasileira no tocante ao direito penitenciário é de reconhecimento humanista dos problemas carcerários curiais que existem em nosso país.

Nesse sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça cristalizada no acórdão do ERESP nº 962.934/MS é aparentemente um ponto fora da curva, uma decisão lamentável sob todos os aspectos, pois sua manutenção apenas agravará e manterá obscuras as dificuldades do sistema carcerário brasileiro, motivo por que se aguarda com expectativa que o Supremo Tribunal Federal reveja a posição daquele sodalício e determine a responsabilização civil do Estado no tema da superlotação como medida estratégica, justa e perfeita, para o enfrentamento da totalidade da problemática carcerária brasileira. Os princípios constitucionais e demais normas que fundamentam a questão não podem ser relegados a um problema de somenos relevância, pois isso claramente se reverterá contra a sociedade e o Estado brasileiro.

Alfim, é crucial rever a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, poia ela mascara e dissimula os problemas reais que afligem o sistema, sob o pálio de um discurso judicial lamentável.

Não podemos olvidar a célebre advertência de Nelson Mandela, que serviu de perífrase preambular para o relatório final da CPI do Sistema Carcerário: “Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país visite os porões de seus presídios.”⁹¹

REFERÊNCIAS

BECCARIA, César. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de. (Trad.). **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Série ação parlamentar, n. 384. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 38. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDB), 2008.

SALLA, Fernando. Considerações Sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 71, mar. 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 53, mar. 2005.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

1 Trecho selecionado da música “Zé Ninguém” da banda Biquíni Cavado. Autoria de seus integrantes: Álvaro, Bruno, Miguel, Sheik, Coelho.

2 BECCARIA, César. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de. (Trad.). **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 43. **Registro, ainda, que a ideia de assentamento da legitimidade penal-punitiva no contrato social entre indivíduo e Estado se insere expressamente na obra de Michel Foucault, in verbis: “muitas vezes se pergunta como, antes e depois da Revolução (francesa), se deu um novo fundamento ao direito de punir. E sem dúvida é pelo lado da teoria do contrato que se deve procurar a resposta”** (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 38. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2010, p. 287).

3 Sobre a relevância e a necessidade de observação da teoria da legitimação do direito penal em sua “perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito penal”, recomendamos a leitura de interessante artigo, traduzido para o português, do jurista alemão Bernd Schünemann (SCHÜNEMANN,

Bernd. O direito penal é a última *ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 53, mar. 2005, p. 03). Tal doutrina reforça a imprescindibilidade do Estado visualizar os parâmetros legais do Direito Penal como limite de sua própria legitimidade e elemento inoldívável de defesa do processo civilizatório e histórico-evolutivo de uma Nação.

4 FOUCAULT, op. cit., p. 55.

5 Nesse sentido, não nos custa lembrar as vinte e sete problemáticas atuais detectadas pelo relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema carcerário (CPI do Sistema Carcerário), realizado pela Câmara dos Deputados e que, não obstante a gravidade dos fatos detectados e relatados, recebeu como resposta um enorme silêncio da mídia, da sociedade e até da grande maioria dos estudiosos brasileiros. Eis os principais flagelos apontados pelo criterioso e pormenorizado relatório final: 1) Impunidade contumaz em relação ao crime de “Colarinho Branco” e similares, o que se reflete no perfil dos presos; 2) custo financeiro inestimável para o Estado e a sociedade decorrente da corrupção no sistema carcerário; 3) espaço para a existência de organizações criminosas atuando de dentro dos presídios com a leniência ou a participação de agentes do Estado, caracterizando situação que demandaria maior e mais forte presença restritiva do Estado dentro dos presídios; 4) perfil sócio-econômico que remete às populações de baixa renda, sendo praticamente inexistentes presos abastados ou de etnia anglo-saxã; 5) falta de assistência material, criando-se um verdadeiro “inferno carcerário”; 6) inadequação das acomodações: um verdadeiro “caso de polícia”; 7) higiene inexistente nas cadeias; 8) vestuário impróprio dos presos com veraz “nudex absoluta”; 9) alimentação marcada por fome, corrupção e “comida no saco”; 10) assistência à saúde e assistência médicas resumidas à existência “de dor e doenças” e à falta de “tudo”; 11) assistência farmacêutica reduzida à perfrase: “um só remédio para todas as doenças”; 12) assistência odontológica tão ruim que foi qualificada e reduzida à seguinte situação icônica: extração “de dente bom no lugar do estragado”; 13) assistência social inexistente, gerando “abandono e desespero”; 14) assistência psicológica inexistente, gerando uma veraz “fábrica de loucos”; 15) incipiente assistência ao egresso, gerando uma verdadeira legião de “feras soltas nas ruas”, que voltam a delinquir imediatamente; 16) assistência religiosa precária; 17) superlotação, uma autêntica hipótese de “inferno em carne viva”; 18) inexistência de trabalho para os presos, gerando um “ócio subsidiado”; 19) isolamento exagerado dos presos, gerando um mau contato com o mundo exterior, o que acarreta ausência de possibilidade real de ressocialização; 20) água e luz precárias e, ainda, com fornecimento submetido a um regime corrupto; 21) inexistência de um mínimo de luz solar, vivenciando-se a prisão em escuridão; 22) ocorrência rotineira de “tortura e maus tratos”; 23) inexistência de individualização dos presos e das penas, resultando em um verdadeiro “misturão” em que presos de todas as naturezas convivem entre si; 24) má preparação para a liberdade, gerando uma verdadeira “reincidência institucional”; 25) mulheres encarceradas de maneira a ser qualificada como uma “vergonha nacional”, uma vez que há crescente aumento da população carcerária feminina e muitas delas se encontram presas de modo contíguo ou misturado com presos do sexo masculino, afora outros problemas como estupro e maus tratos; 26) mau tratamento dos presos estrangeiros, aos quais faltam, inclusive, “atendimento médico e judiciário”; 27) péssima gestão do sistema carcerário, com arrolamento de várias recomendações pelos parlamentares, inclusive, no sentido de que “os estabelecimentos atuais deverão passar por uma análise criteriosa quanto à sua situação, localização, destinação e economicidade, com vistas aos custos dos funcionários, da reforma e da manutenção, ao conforto dos visitantes, à segurança do estabelecimento, capacidade de vagas e à aplicação das demais normas relativas à arquitetura e engenharia prisional” (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Série ação parlamentar, n. 384. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 47-65; 70-76; 191-316; 324-475). Por fim, é relevante transcrever parte das conclusões finais do relatório da CPI do sistema carcerário, que remete à descrição dos problemas, mas, por outro prisma, indica a direção correta para a sua solução, que passa, necessariamente, pela aplicação dos direitos fundamentais dos presos, a partir da abertura das (...) portas do sistema carcerário ao cumprimento das leis” e “ao respeito dos encarcerados”, senão vejamos, *in verbis*:

“Diante do inferno carcerário vigente no País; da crescente violência, notadamente nas regiões metropolitanas, em que as facções criminosas disputam com o Estado o controle de extensos territórios e em face da impunidade de setores minoritários da sociedade, tem-se por um instante a sensação de que não há soluções para o caos carcerário existente. (...)

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

Da mesma forma, governo e sociedade devem juntar as mãos no esforço concentrado e solidário para ABRIR as portas do sistema carcerário ao cumprimento das leis, ao respeito dos encarcerados e sobretudo para garantir o direito de todos os brasileiros a uma vida tranqüila e segura (...)” (BRASIL, 2009, op. cit., p. 611-612).

- 6 Abaixo, transcrevemos as ementas de acórdãos recentes no âmbito da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afastando a responsabilidade civil do Estado em casos de superlotação e, empós, transcrevemos a ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a repercussão geral da questão no âmbito de recurso extraordinário, senão vejamos, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETENTO. SUPERLOTAÇÃO. DANO MORAL. RESSARCIMENTO INDIVIDUAL POR DANO COLETIVO INCABÍVEL. PROBLEMA LÓGICO. RETIRADA DE CUSTOS PARA SUPRIR INDENIZAÇÃO INDIVIDUAL QUE MAJORA O GRAVAME COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIVALÊNCIA COM CASOS MAIS GRAVES. MORTE. INDENIZAÇÃO INDIVIDUAL COMO MEIO INVIÁVEL DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA PRISIONAL.

1. Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Segunda Turma que deu provimento ao recurso especial para determinar a impossibilidade de obrigar o Estado a indenizar, individualmente, um detento em unidade prisional superlotada.

2. O que se debate é a possibilidade de indenizar dano moral que foi consignado pelas instâncias de origem; logo, o que se discute é a possibilidade de punir o Estado com tal gravame pecuniário, denominado no acórdão embargado como “pedágio masmorra”; a divergência existe, pois há precedentes da Primeira Turma no sentido da possibilidade de indenização: REsp 1.051.023/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 1º.12.2008; e REsp 870.673/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5.5.2008.

3. O voto condutor do Min. Herman Benjamin - havido do recurso especial, cujo acórdão figura como embargado - deve ser mantido em seus próprios fundamentos, a saber que: a) não é aceitável a tese de que a indenização seria cabível em prol de sua função pedagógica; b) não é razoável - e ausente de lógica - indenizar individualmente, pois isto ensejará a retirada de recursos para melhoria do sistema, o que agravará a situação do próprio detento; e c) a comparação com casos que envolveram a morte de detentos não é cabível.

4. Como bem consignado no acórdão embargado, em vez da perseguição de uma solução para alterar a degradação das prisões, o que acaba por se buscar é uma inadmissível indenização individual que arrisca formar um “pedágio masmorra” ou uma “bolsa indignidade”; em síntese, o tema em debate não trata da aplicação da doutrina da “reserva do possível” ou do “mínimo existencial”, mas da impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional. Embargos de divergência conhecidos e improvidos. (REsp 962.934/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14/03/2012, DJe 25/04/2012) Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 de dez. 2012. (VOTO VENCIDO) (MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI): É possível a fixação de indenização por danos morais individuais na hipótese de encarceramento de detento em condições caóticas, pois, embora a eliminação ou redução de violações aos direitos fundamentais dos presos dependa da adoção de políticas públicas, isso não justifica a impunidade das transgressões ocorridas sob o argumento de que a indenização não tem o alcance para propiciar a solução do grave problema prisional globalmente considerado, sob pena de justificar a manutenção eterna do iníquo status quo dos presídios, sendo a qualquer indivíduo assegurado o mínimo existencial. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRECARIIDADE DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO ESTADUAL. SUPERLOTAÇÃO. INDENIZAÇÃO EM FAVOR DE DETENTO, POR DANO MORAL INDIVIDUAL. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. IDENTIDADE ENTRE CREDOR E DEVEDOR. CONFUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 421/STJ.

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

2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de “pedágio-masmorra”, ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de

garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma “bolsa-indignidade” pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

3. A questão não trata da incidência da cláusula da reserva do possível, nem de assegurar o mínimo existencial, mas sim da necessidade urgente de aprimoramento das condições do sistema prisional, que deverá ser feito por meio de melhor planejamento e estruturação física, e não mediante pagamento pecuniário e individual aos apenados.

4. Ademais, em análise comparativa de precedentes, acerca da responsabilidade do Estado por morte de detentos nas casas prisionais, não se pode permitir que a situação de desconforto individual dos presidiários receba tratamento mais privilegiado que o das referidas situações, sob risco de incoerência e retrocesso de entendimentos em nada pacificados. Precedentes do STJ e do STF

5. A Defensoria Pública, como órgão essencial à Justiça, dispõe de mecanismos mais eficientes e efetivos para contribuir, no atacado, com a melhoria do sistema prisional, valendo citar, entre tantos outros: a) defesa coletiva de direitos (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985), por intermédio do ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação das prisões, pondo um basta nas violações à dignidade dos prisioneiros, inclusive com a interdição de estabelecimentos carcerários; b) ações conjuntas com o Conselho Nacional de Justiça;

c) acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/1984); d) controle da malversação de investimentos no setor carcerário. Tudo isso sem prejuízo de providências, pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de imputar, ao servidor ou administrador desidioso, responsabilidade pessoal por ofensa aos princípios que regem a boa Administração carcerária.

6. Inviável condenar a Fazenda estadual em honorários advocatícios que remuneram a própria Defensoria Pública, sob pena de incorrer em confusão (credor e devedor são o mesmo ente). Aplicação da novel Súmula 421 do STJ: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”.

7. Recurso Especial provido para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem. (REsp 962.934/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011). Disponível em: >www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

RE 580252 RG / MS - MATO GROSSO DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 17/02/2011

Publicação: DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325

Parte(s)

RECTE.(S): ANDERSON NUNES DA SILVA

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

RECD.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Ementa

LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária.

Decisão

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Ministro AYRES BRITTO Relator.

Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

7 FOUCAULT, op. cit., p. 291.

8 Na jurisprudência, destaca-se o esforço de se conceber um elenco de direitos mínimos da população carcerária efetuado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça na redação do item “3” da ementa do julgamento do HC 142.513/ES, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 23/03/2010, DJe 10/05/2010, *in verbis*:

“Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: “dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado”. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

9 A mais conhecida classificação doutrinária brasileira sobre o tema arrola as seguintes tipologias de normas constitucionais, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, e foi idealizada por José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998):

a) Normas de Eficácia Plena – são normas revestidas de eficácia jurídica plena e imediata, desde a sua origem adjunto com a promulgação do Texto Constitucional expresso, não podendo a legislação ordinária, sequer, restringir sua eficácia; sua aplicabilidade é intensa e seus efeitos jurídicos são imediatos; Ex. Direito à vida, Direito à liberdade de locomoção; direito à integridade física, et cetera.

b) Normas de Eficácia Contida ou de eficácia restringível – são normas de eficácia imediata e plena desde sua promulgação, mas que, no futuro, podem vir a ter seu campo jurídico de incidência reduzido, limitado ou modulado pela lei regulamentadora, desde que se utilizem critérios razoáveis e não aniquiladores do núcleo essencial da norma constitucional passível de redução.

c) Normas de Eficácia Limitada ou diferida – são as que necessitam inteiramente de integração normativa para obterem eficácia jurídica máxima, não obstante, antes de ser regulamentada, tenha o efeito mínimo de vincular o legislador de modo negativo, impedindo que a anomia e lacuna de regulamentação autorize a legislação infraconstitucional a estabelecer diretrizes diferentes do núcleo da norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, se a norma de eficácia limitada aponta para uma direção, não pode o legislador ordinário, de forma oposta a caminhar nesse mesmo sentido, estabelecer rota jurídico-normativa exatamente oposta ou inconciliável com a norma constitucional, a qual, mesmo tendo efeitos limitados ou diferidos, detém força normativa suficiente para não ser olvidada.

A norma constitucional de eficácia limitada pode, ainda, estar erigindo a criação de princípio programático, um princípio que estabelece um programa ou meta estatal, dirigindo a atuação do legislador e da Administração Pública no sentido por si adotado (ex: princípio da busca do pleno emprego – art. 170, inciso VIII, da Lei Maior, ou seja o Estado deve adotar políticas públicas que empregue toda mão-de-obra disponível na economia, evitando o aumento do desemprego e procurando o diminuir) ou a criação de um princípio institutivo, ou seja, um instituto jurídico com contornos e modulação própria que, antes de ser uma tarefa estatal, representa um conceito jurídico ou específico tipo de direito para o cidadão, como por exemplo, a participação nos lucros das empresas pelos trabalhadores – art. 7º, inciso XI, da Carta Política.

10 Sobre a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais, mencionamos o seguinte julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Extradição e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. Constituição do Brasil, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º. Tráfico de entorpecentes. Associação delituosa e confabulação. Tipificações correspondentes no direito brasileiro. (...) Obrigação do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. (...) Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. (...)” (Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007, grifos nossos) Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

11 Sobre os direitos fundamentais de primeira geração, é útil o escólio abalizado de Gilmar Ferreira Mendes, senão vejamos, *in litteris*:

“São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDB), 2008, p. 233).

12 *Ibid.*, p. 267.

13 Relevante transcrever o seguinte trecho do Voto-Vista exarado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Extradição 986 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“A doutrina alemã cunhou a expressão ‘Justizgrundrechte’ para se referir a um elenco de proteções constantes da Constituição, que tem por escopo proteger o indivíduo no contexto do processo judicial. Sabe-se que a expressão é imperfeita, uma vez que muitos desses direitos transcendem a esfera propriamente judicial. À falta de outra denominação genérica, também nós optamos por adotar designação assemelhada – direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais no processo –, embora conscientes de que se cuida de uma denominação que também peca por imprecisão. A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais, ao consagrar um expressivo elenco de direitos destinados à defesa da posição jurídica perante a Administração ou perante os órgãos jurisdicionais em geral, como

se pode deprender da leitura do disposto no art. 5, incisos XXXIV, XXXV e XXXVII a LXXIV. Da mesma forma, refira-se aos incisos LXXVI e LXVIII do art. 5o. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5o), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (CF, art. 5o, §1o) ressalta, também, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância. O constituinte reconheceu, ainda, que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais. E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito (Publicado na Seção de “transcrições” do Informativo STF nº 476, grifos inexistentes no original). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. de 2012.

Da mesma forma, é lícito mencionar que, em lapidar julgamento - no âmbito do REsp nº 802.435/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 253, o Superior Tribunal de Justiça também estabeleceu a íntima imbricação entre o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à integridade, cuja eficácia plena é exemplar aos demais direitos fundamentais dos apenados, senão vejamos, *in litteris*:

“(…)

2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.
 3. Conseqüentemente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.
 4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art.5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (grifos inexistentes no original). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 14 No exercício desta competência, a União editou a Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, denominada Lei de Execução Penal - LEP responsável pela concretização das “disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Dentre outras disposições legais ampliadoras dos direitos relativos à digna execução penal, podem ser mencionados:
- a) existência de Comissão Técnica de Classificação dos detentos, com o objetivo de proceder à separação entre os detentos de acordo com suas características e tipologia criminosa (art. 7º/LEP);
 - b) direito à assistência material, consistente no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (arts. 11 e 12), bem como, cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto (art. 8º, § 2º/LEP) e local adequado, com higiene e limpeza, luz solar e adequação ao clima (arts. 9º e 10º/LEP);
 - c) direito à assistência à saúde, consistente em atendimento médico, farmacêutico e odontológico, com direito a tratamento em outro local se não houver aparelhagem e assistência médica adequada no próprio estabelecimento prisional (art. 14, caput e §2º/LEP);
 - d) direito à assistência educacional, compreendendo a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (art. 17/LEP);
 - e) o direito à assistência judiciária gratuita (art. 11, inciso III, 15 e 16 da LEP), a qual, na ordem Constitucional de 1988, foi convalidada em direito fundamental de todos – ver art. 5º, inciso LXXIV e 134 da Carta Política.
 - f) outros direitos, como assistência social, para auxiliar na futura socialização (arts. 22 e 23/LEP), assistência religiosa (art. 24/LEP) – decorrência do próprio artigo 5º, inciso VIII, da Constituição de 1988, e direito a trabalho digno e remunerado com remição parcial da punição proporcional ao labor executado (arts. 28 e 29/LEP).

Ainda, cumpre registrar que a Lei de Execuções Penais brasileira, exemplo de diploma bem avançado na teorização normativa do tratamento carcerário digno e recuperador, sintetiza elenco nuclear de deveres (arts. 38 e 39 da LEP) e dos direitos dos presidiários (arts. 40 e 41), destacando-se estes dois últimos preceptivos, senão cotejemos sua redação literal:

“Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

Por fim, é de bom alvitre mencionar a recente promulgação da Lei Ordinária Federal nº Lei nº 12.433/11, que criou o benefício conhecido por “remição pelo estudo”, através do qual o preso consegue remir um dia de sua pena a cada três dias de estudo, bem como limitou a um terço a sanção de perda da remição por cometimento de falta grave.

Outrossim, também é digna de registro a promulgação da Lei nº 12.245, de 24 de maio de 2010 que Alterou o art. 83 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, “para autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios” - publicada no DOU de 25/5/2010, Seção 1, p. 3.

15 Por motivos evidentes, os direitos a seguir arrolados como imputados à população carcerária também o são em relação à população em geral, ou seja, o fato de serem aplicáveis aos detentos não exclui sua característica de universalidade, pois, ao contrário, a referibilidade em epígrafe somente corrobora seu caráter universal.

16 “Art.5º: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes (...)*

III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”(BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2012.

17 “A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.” (HC 70.389, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-1994, Plenário, DJ de 10-8-2001.

18 O próprio inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal afirma textualmente que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Obviamente, mesmo que não houvesse essa específica norma protetiva dos presos, eles teriam direito à incolumidade em face do artigo 5º, inciso III, da Carta Política que a assegura a qualquer cidadão. O próprio Código Penal Brasileiro, em seu artigo 38, integraliza e corrobora tal ditame constitucional ao estatuir, in verbis: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral”.

Enfim, o curioso fato do poder constituinte derivado haver erigido de forma aparentemente tautológica um inciso constitucional do rol de direitos fundamentais específico para a proteção da higidez dos presos

(artigo 5º, inciso XLIX) sinaliza a preocupação evidente da ordem Jurídica em obter a concreção dessa proteção e um dever inelutável para o Estado Brasileiro.

- 19 Sobre o caráter particularmente execrável da tortura, é se sublinhar a seguinte passagem do ilustre e erudito Voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 153, o qual conclui pela existência de um rol de normas constitucionais atinentes à proibição desta prática malsã, in verbis:

“A tortura, além de expor-se ao juízo de reprovabilidade ético-social, revela, no gesto primário e irracional de quem a pratica, uma intolerável afronta aos direitos da pessoa humana e um acintoso desprezo pela ordem jurídica estabelecida.

Trata-se de conduta cuja gravidade objetiva torna-se ainda mais intensa, na medida em que a transgressão criminosa do ordenamento positivo decorre do abusivo exercício de função estatal.

O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaque, por sua inquestionável importância, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969, atos internacionais estes que já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto nº 40/91, Decreto nº 98.386/89 e Decreto nº 678/92).

Cabe reafirmar que a tortura exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizador de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana. O conteúdo dessas liberdades – verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal – acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que essas franquias individuais criam, em torno da pessoa, uma área indevassável à ação do Poder.

Quando se fala em tortura, a problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea não pode prescindir de um dado axiológico essencial: o do valor ético fundamental da pessoa humana.

Daí a advertência de CELSO LAFER (*A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 118, 1988, Companhia das Letras, S. Paulo):

“(…) o valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza.” (grifei)

Importante rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, a lúcida abordagem que HÉLIO PELLEGRINO fez a propósito da utilização da tortura como instrumento de repressão política (“A Tortura Política”, “in” *“Jornal do Brasil”*, Caderno B, de 18/04/85):

“O projeto da tortura implica uma negação total – e totalitária – da pessoa enquanto ser encarnado. O centro da pessoa humana é a liberdade. Esta, por sua vez, é a invenção que o sujeito faz de si mesmo, através da palavra que o exprime. Na tortura, o discurso que o torturador busca extrair do torturado é a negação absoluta de sua condição de sujeito livre. A tortura visa ao acesso da liberdade. A confissão que ela busca, através da intimidação e da violência, é a palavra aviltada de um sujeito que, nas mãos do torturador, se transforma em objeto. Ao quebrar-se frente à tortura, o torturado consome – e assume – uma cisão que lhe rouba o uso e o gozo pacífico do seu corpo. A ausência de sofrimento corporal, ao preço da confissão que lhe foi extorquida, lhe custa a amargura de sentir-se traidor, traído pelo próprio corpo. Sua carne apaziguada testemunha e denuncia a negação de si mesmo enquanto pessoa. A tortura, quando vitoriosa, opera no sentido de transformar sua vítima numa degradada espectadora de sua própria ruína.” (grifei)

Esta é uma verdade que não se pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada, de modo rígido e inseparável, à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante da própria ordem político-jurídica do Estado.

A tortura, nesse contexto, constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

- Atenta a esse fenômeno, a Assembléia Nacional Constituinte, ao promulgar a vigente Constituição do Brasil, nela fez inscrever, como princípios fundamentais da nova ordem jurídica, os seguintes postulados:
- (a) a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, n. III);
 - (b) a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, n. II);
 - (c) o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, n. III);
 - (d) a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, n. XLI);
 - (e) a inafiançabilidade e a impossibilidade de concessão de graça ou anistia ao crime de tortura (artigo 5º, n. XLIII);
 - (f) a proscrição de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, e);
 - (g) a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do Estado (artigo 5º, n. XLIX);
 - (h) a decretabilidade de intervenção federal, por desrespeito aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, b);
 - (i) a impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal e material das liberdades públicas (artigo 60, § 4º, n. IV).” (grifos existentes no original, obtido na seção de Transcrições do Informativo STF nº 588/2010). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 20 Entendo, ainda, que é uma extensão desse direito fundamental de incolumidade, enfeixado em sua dimensão “objetiva”, o dever estatal de proteger a população carcerária da atuação de organizações criminosas que atuam em presídios brasileiros. Sobre este relevante assunto indicamos interessante artigo do sociólogo Fernando Salla (SALLA, Fernando. Considerações Sociológicas sobre o crime organizado no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 71, mar. 2008).
- 21 Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 22 HC 91.952, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-8-08, Informativo 515. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 23 HC 70.389, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-94, DJ de 10-8-01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 24 HC 102020/PB – PARAÍBA; HABEAS CORPUS Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 23/11/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 25 HC 95334/RS; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski; Relator(a) p/acórdão: Min. Marco Aurélio; Julgamento: 03/03/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 26 “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, Plenário, DJ de 24-11-2000; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 27 Vide nota de rodapé nº 06 do presente artigo.
- 28 art. 5º, inciso X da CRFB: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”
- 29 “é o modo de ser do individuo, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto se refere ao mesmo individuo” (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14).
- 30 “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas. HC 70814 /SP - São Paulo; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. Celso de Mello; Julgamento: 01/03/1994. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 31 “A revista pessoal de advogados no ingresso em prédio público não malfere os direitos fundamentais do artigo 5º, caput, II, III, XIV, XV, XXXV, XLI, LIV, LVII e LXVIII da CF/88; o direito de ingresso dos advogados não é um direito absoluto a ponto de dispensá-los de se submeterem a procedimentos de segurança razoáveis e normais que atingem a todos como lídimo espectro do poder de polícia de segurança do prédio público” (ver HC 84270/STF). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- 32 “A Constituição da República, em seu art. 5º, III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto dos direitos fundamentais. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos os que se encontrem em igual condição, na forma da lei.” HC 89.429, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-8-2006, Primeira Turma, DJ de 2-2-2007). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 dez. 2012.
- 33 “Art 5º, incisos XLV, XLVI e XLVIII, da CRFB: XLV: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.
- 34 Há de se destacar, nesse ínterim, a situação calamitosa das mulheres na realidade do regime prisional brasileiro, que tende a se agravar, uma vez que foi feita estimativa pela CPI do sistema carcerário, em seu relatório final, de 2008, no sentido de que, em 2012, as mulheres presas corresponderiam a 7,67% do número total de presos, gerando um déficit de quase cinquenta por cento de vagas femininas (op. cit., p. 279). Apenas para mencionar fatos abusivos constatados efetivamente, arrolamos as seguintes circunstâncias descritas pelo relatório final da CPI do sistema carcerário brasileiro: a) inexistência de creches e berçários e outras condições específicas à situação feminina, como exigido pelos artigos 82, 83 e 89 da Lei de Execuções Penais, com constatação até de crianças recém-nascidas dormindo no chão duro da prisão junto com a mãe, com evidente ausência sequer de condições para a amamentação no crítico período do primeiro semestre de vida; b) ausência de exames ginecológicos preventivos e de assistência básica à saúde, com recusa de encaminhamento das presas ao sistema do SUS; c) mulheres presas em estágio terminal de câncer de mama deixadas à míngua à espera da morte; d) ausência de condições higiênicas básicas, como papel higiênico e absorvente íntimo; e) ausência de estímulos e condições para o ensino, o trabalho e a profissionalização da mulher presa; f) estupro e sevícias sistemáticas praticadas em mulheres, inclusive em menoridade etária, porquanto colocadas na mesma cela com dezenas de homens, resultando em abuso físico, psicológico e gravidez indesejada (op. cit., p. 279-284).
- 35 RHC 94.358, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-4-08, Informativo STF nº 504. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 36 “Execução penal. Remição de dias trabalhados. Falta grave. Limites. Precedentes. A perda dos dias remidos pelo trabalho de que trata o artigo 127 da Lei de Execuções Penais não afronta os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da individualização da pena ou do direito adquirido. Não é possível afirmar que a subtração em referência deva ser limitada à mesma quantidade de dias estabelecida para a duração máxima da sanção disciplinar de isolamento, suspensão e restrição de direitos prevista no artigo 58 do mesmo diploma legal.” (RE 554.303-AgrR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 20-5-08, DJE de 29-8-08). Ver também Súmula Vinculante nº 09. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 37 HC 93.391, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15-4-08, DJE de 9-5-08. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 38 HC 97.012, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, DJE de 12-3-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 39 RHC 101.278, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 21-5-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 40 HC 96.559, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 14-8-2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 41 HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, DJE de 26-6-2009. Ver também HC 98.360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-8-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 42 “Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Óbice. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Inconstitucionalidade. Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5º, XLVI, da CF – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.” (HC 91.618, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-8-2008, Primeira Turma, DJE de 31-10-2008). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

43 “Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar.” (HC 96.169, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-8-2009, Primeira Turma, DJE de 9-10-2009.) Vide: HC 94.810, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 28-10-2008, Primeira Turma, DJE de 6-3-2009; Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

Com o mesmo diapasão:

“A Turma, por maioria, deferiu habeas corpus para determinar o imediato encaminhamento do paciente a estabelecimento penitenciário adequado à execução de regime semiaberto, sob pena de, não sendo possível à administração penitenciária executar a presente ordem no prazo de 72 horas, ser-lhe assegurado o direito de permanecer em liberdade, se por algum outro motivo não estiver preso, até que o Poder Público providencie vaga em estabelecimento apropriado. Tratava-se, na espécie, de writ em que se discutia a possibilidade de o réu, condenado a cumprimento de pena em regime semiaberto, aguardar em regime prisional mais gravoso (regime fechado) o surgimento de vaga em colônia penal agrícola e/ou colônia penal industrial ou em estabelecimento similar. Tendo em conta a circunstância relevante de o juiz haver reconhecido que o paciente preencheria os requisitos necessários para iniciar a execução da pena em regime semiaberto, entendeu-se inaceitável que – ao argumento de deficiências estruturais do sistema penitenciário ou de incapacidade de o Estado prover recursos materiais que viabilizem a implementação de determinações impostas pela Lei Execução Penal – LEP, que constitui exclusiva obrigação do Poder Público – venha a ser frustrado o exercício, pelo sentenciante, de direitos subjetivos que lhe foram conferidos pelo ordenamento positivo, como o de começar, desde logo, quando assegurado por sentença penal já transitada em julgado, o cumprimento da pena em regime semiaberto. Rejeitou-se, ainda, a pretendida concessão de prisão domiciliar, prevista no art. 117 da LEP, considerado o caráter excepcional e taxativo das hipóteses constantes desse dispositivo. (...) Precedente citado: HC 76.930/SP (DJ de 26-3-1999).” (HC 87.985, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-3-2007, Segunda Turma, Informativo 460.) Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

Ver também: HC 93.596, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-4-2008, Segunda Turma, DJE de 7-5-2010 e HC 96.169, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-8-2009, Primeira Turma, DJE de 9-10-2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

44 “Processual penal. Pena: execução provisória. Progressão de regime antes do trânsito em julgado da condenação: possibilidade. Precedentes. Resolução 19, de 29 de agosto de 2006, do CNJ. Recurso conhecido e provido. A jurisprudência deste Supremo Tribunal não exige o trânsito em julgado da condenação para que seja possível a progressão de regime.” (RHC 92.872, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-11-2007, Primeira Turma, DJE de 15-2-2008.) Ver também: HC 86.005, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 5-8-2008, Segunda Turma, DJE de 6-3-2009 e RHC 103.744, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 31-8-2010, Primeira Turma, DJE de 25-10-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

45 “Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento do pleito devem ser inafastáveis e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio.” (HC 71.179, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-4-1994, Segunda Turma, DJ de 3-6-1994). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

46 “Cumprimento de Pena e Remoção para Presídio de Outra Unidade da Federação: a Turma deferiu habeas corpus para autorizar a remoção de condenado para estabelecimento penal localizado em outra unidade da federação. No caso, sustentava a impetração que o paciente — encarcerado em presídio paulista — teria o direito de ver cumprida sua pena corporal em município localizado no Estado da Bahia, na medida em que nesse residiriam os seus familiares. Alegava, ainda, que o próprio Diretor do Conjunto Penal baiano informara haver disponibilidade de vaga e que a unidade prisional comportaria presos em regime fechado. Entendeu-se que, pelo que se poderia constatar dos autos, as penitenciárias seriam congêneres, haja vista que ambas seriam aptas a receber presos condenados no regime fechado, não havendo preponderância do estabelecimento atual em relação àquele para o qual se pretendia a transferência, sobretudo no concernente ao quesito segurança máxima. Asseverou-se, ademais, que, ao adotar tal posicionamento, ter-se-ia que o direito à assistência familiar e seu respectivo exercício ficariam sobremaneira facilitados, assim como deflagrado o processo de ressocialização, mitigando a distância e a dificuldade do contato do preso com a família” (HC 100087/SP, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em 16.3.2010). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- 47 É relevante mencionar interessante acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o dever estatal de indenizar preso em face da situação caótica do estabelecimento prisional, bem como, a impossibilidade de invocação da teoria da reserva do possível e de limitações orçamentárias para a garantia desse dever estatal, senão vejamos, *in verbis*:
- “CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE DA INVOCÇÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF. 1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seunexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição. 2. Recurso Especial improvido.” (REsp 1051023/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008, grifos nossos). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 48 Redação do artigo 5º, XLVII, da CRFB: “não haverá penas: a) de morte, salvo em casos de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.
- 49 Relevante transcrever o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC 94.916, no qual a Excelsa Corte entendeu que, no caso concreto, o comportamento adequado do Estado seria o de livrar provisoriamente o acusado de crime, uma vez que situação oposta poderia levar a que se respondesse ao processo penal já com a liberdade restringida desnecessariamente, uma vez que, no caso, a execução da prisão cautelar seria verdadeira vingança social imediata praticada pelo próprio Estado, algo impossível com a feição hodierna desse último, senão vejamos, *in litteris*:
- “Controvérsia a propósito da possibilidade, ou não, de concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Irrelevância para o caso concreto, face a sua peculiaridade. Paciente primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária. Liberdade provisória deferida pelo Juiz da causa, posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça local. Mandado de prisão expedido há cinco anos, não cumprido devido a irregularidade no cadastramento do endereço da paciente. Superveniência de doença contagiosa [AIDS], acarretando outros males. Intenção, da paciente, de entregar-se à autoridade policial. Entrega não concretizada ante o medo de morrer no presídio, deixando desamparada a filha menor. Dizer ‘peculiaridade do caso concreto’ é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque a afirmação da dignidade da pessoa humana acode à paciente. A transgressão à lei é punida de modo que a lei [= o direito] seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porque não era devido. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima no caso dos autos não é identificada. É a própria sociedade, beneficiária de vingança que como que a pacífica em face, talvez, da frustração que resulta de sua incapacidade de punir os grandes impostores. De vingança se trata, pois é certo que manter presa em condições intoleráveis uma pessoa doente não restabelece a ordem, além de nada reparar. A paciente apresenta estado de saúde debilitado e dela depende, inclusive economicamente, uma filha. Submetê-la ao cárcere, isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe. Ordem deferida, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória.” (HC 94.916, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-9-2008, 2ª Turma, DJE de 12-12-2008). Vide também o HC 95.538, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 11-11-2008, 2ª Turma, DJE de 18-9-2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 50 A propósito, é válido mencionar decisão do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de sua Sexta Turma, relatada pelo insigne Ministro Nilson Naves, que consagrou a vedação do uso da “violência da prisão” para combater a “violência do crime”, e estipulou o primeiro habeas corpus coletivo de nossa história jurisprudencial, ao determinar a reversão de todas as prisões feitas em “contêiners” no território do Espírito

Santo_ES, senão vejamos, in litteris:

“Ementa: Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade.
 2. Não se admite, entre outras penas, penas cruéis - a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód.Penal, art. 42).
 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado.
 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também.
 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão.
 6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos - homens e mulheres - estejam presos nas mesmas condições” (HC 142.513/ES, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 10/05/2010, grifos nossos). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 51 SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 148.
- 52 Nesse diapasão, Acórdão do Supremo Tribunal Federal reconhece que “a aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja a tal ponto despidida que não seja razoável a imposição da sanção” (HC 93.251, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 5-8-2008, Primeira Turma, DJE 22-8-2008). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012. No mesmo ínterim, Acórdão do Pretório Excelso no diapasão de que deve ser avaliada no caso concreto se a eventual ausência de tipicidade material, a qual imporia a ilegitimidade do direito de punir estatal, em face da insignificância penal da conduta mesmo que formalmente típica, *in verbis*:
“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO DE ROUPAS AVALIADAS EM R\$ 227,80. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL E DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, além de serem relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato – tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada -, devem ser analisados, em cada caso, de forma cautelara e rigorosa, a realidade sócio-econômica do País e o conjunto de valores éticos juridicamente aproveitados pelo sistema penal para determinar se a conduta pode ou não ser considerada típica para a configuração do delito. Precedentes. (...) (HC 110975/RS - Rio Grande do Sul; Habeas Corpus; Relator(a): Min. Cármen Lúcia; Julgamento: 22/05/2012; Órgão Julgador: Primeira Turma, grifos nossos). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 53 Sob o prisma da questão social, o Pretório Excelso já utilizou até mesmo o argumento do caráter socialmente irrelevante e o da obscura teoria da *oculta compensatio*, nos termos da suma teológica de Santo Tomás de Aquino – que tem por fundamento a “oculta compensação” dada às classes menos aquinhoadas em face das agruras por que já passa – para justificar a aplicação do princípio da bagatela em nosso ordenamento jurídico, indicando que a aplicação da pena em alguns casos não é razoável e proporcional – e por isso se traduz em pena ilícita – em face do contexto social e econômico envolvido, levando à ofensividade penalmente relevante apenas se a mesma for “socialmente” significativa, senão vejamos, *in verbis*:
“Furto. Tentativa. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Oculta compensatio. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que adota São (sic) Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oculta compensatio. A conduta do paciente não excede esse modelo. O paciente se apropriou de um violão cujo valor restou estimado em R\$ 90,00 (noventa reais). O direito penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado, bem assim à integridade da ordem social.” (HC 94.770, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 23-9-2008,

Segunda Turma, DJE de 12-12- 2008). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012. Ainda, é relevante mencionar o julgamento pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 94427/RS - RIO GRANDE DO SUL, ocorrido em 14 de outubro de 2008, no qual a situação financeira de “penúria” do autor foi invocada adicionalmente ao valor ínfimo dos bens roubados para justificar a aplicação do princípio da bagatela, *in litteris*:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE TENTATIVA DE FURTO (CAPUT DO ART. 155, COMBINADO COM O INCISO II DO ART. 14, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). OBJETOS QUE NÃO SUPERAM O VALOR DE R\$ 52,00 (CINQUENTA E DOIS REAIS). ALEGADA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL E CRIME IMPOSSÍVEL. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDOTA, POR SE TRATAR DE UM INDIFFERENTE PENAL. PROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. ANÁLISE OBJETIVA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os objetos que supostamente se tentou subtrair não ultrapassam o valor de R\$ 52,00 (cinquenta e dois reais): dois shampoos, quatro desodorantes e um isqueiro. Objetos que foram restituídos integralmente à vítima, sendo certo que o acusado não praticou nenhum ato de violência. 2. Para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Pena de se provocar a desnecessária mobilização de u'a máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 3. A inexpressividade financeira dos objetos que se tentou furtar salta aos olhos. A revelar a extrema carência material do ora paciente. Risco de um desfalque praticamente nulo no patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente. Análise objetiva que torna irrelevante a existência de registros criminais em curso contra o paciente. Precedentes: AI 559.904-QO, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; e HC 88.393, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 4. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da ação penal, com a adoção do princípio da insignificância”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012. Mais claramente, há decisões do Superior Tribunal de Justiça que evidenciam a insignificância do furto famélico, no qual a apenação de conduta voltada à busca da própria sobrevivência não é considerada penalmente relevante, senão vejamos, *in litteris*:

“CRIMINAL. RHC. FURTO. TENTATIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO FAMÉLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA CASSADA. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese na qual o recorrente sustenta que a conduta da ré não se subsume ao tipo do art. 155 do Estatuto Repressor, em face do pequeno valor econômico das mercadorias que ela teria tentado subtrair, atraindo a incidência do princípio da insignificância.

II. Mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado de forma relevante o patrimônio das vítimas, pois as mercadorias teriam sido avaliadas em valor aproximado de R\$ 30,00, atraindo, portanto, a incidência do princípio da insignificância, excludente da tipicidade. III. Atipicidade da conduta que merece ser reconhecida, apesar de a paciente já estar sofrendo os efeitos nocivos do processo penal, uma vez que já foi condenada, estando o feito em grau de recurso, ressaltando-se a inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide. Precedentes.

IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. V. A mercadoria considerada - alimentos e fraldas descartáveis -, caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser aplicado o princípio da insignificância à hipótese, cassada a sentença condenatória imposta à paciente pelo Juízo de 1º grau e anulada a ação penal contra ela instaurada. VII. Recurso provido, no termos do voto do Relator. (RHC 20.028/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 377). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

No mesmo sentido, *in verbis*:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. BISCOITOS, LEITE, PÃES E BOLOS. CRIME FAMÉLICO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO DAS VÍTIMAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PROVIMENTO DO RECURSO. (...) (RHC 23.376/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 20/10/2008). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Enfim, parece lógica a conclusão de que tais resoluções jurisprudenciais de reconhecimento da insigni-

- ficância penal têm como fundamento principiológico subjacente o caráter intrinsecamente desumano e indigno de penas desprovidas de proporcionalidade e razoabilidade, o que as torna ilícitas em face do artigo 5º, incisos XLVII e XLVIII, da Constituição da República.
- 54 Vide RE 430.105-QO, Rel. Min. Septilveda Pertence, julgamento em 13-2-2007, Primeira Turma, DJ de 27-4-2007). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 55 “O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do *supplicium extremum*, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este, previamente, assumo o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira – fundada na CF (art. 5º, XLVII, a) – permitir a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação.” (Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-1996, Plenário, DJ de 6-4-2001). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 56 Nesse sentido, é relevante mencionar que o Pretório Excelso, no início da década de 90 do século passado, considerou desnecessário exigir comutação de pena para a entrega de extraditando pelo singelo motivo invocado de que a redação do artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição de 1988 somente vedaria a prisão perpétua e a pena de trabalhos forçados no direito interno, mas não no ordenamento jurídico alienígena, entendimento felizmente revisto posteriormente, pois realmente levava ao esvaziamento parcial do projeto de humanização da pena instaurado pelo Poder Constituinte Originário. Relevante transcrever brevemente, senão vejamos, tal posição histórica do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Pondero, entretanto, que tem lugar, no caso, a aplicação da mesma jurisprudência que dispensou a comutação da pena de prisão perpétua. Esta, como a de trabalhos forçados, é inscrita entre as vedadas pelo art. 5º, XLVII, da Constituição. Mas, tanto para uma como para outra, deve a vedação ser entendida, no âmbito do direito interno brasileiro, pois a Lei 6.815/1980 (art. 90, III), só contempla comutação da pena de morte.” (Ext 486, voto do Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 7-3-1990, Plenário, DJ de 3-8-1990). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 57 “Extradição e prisão perpétua: necessidade de prévia comutação, em pena temporária (máximo de 30 anos), da pena de prisão perpétua – Revisão da jurisprudência do STF, em obediência à Declaração Constitucional de Direitos (CF, art. 5º, XLVII, b). A extradição somente será deferida pelo STF, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CF, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, b, da CF, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo STF, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva.” (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, Plenário, DJ de 1º-7-2005, grifos nossos). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 58 “Medida de segurança – Projecção no tempo – Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75, 97 e 183, os dois primeiros do CP e o último da LEF, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos.” (HC 84.219, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-8-2005, Primeira Turma, DJ de 23-9-2005.) Ver também: HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, DJE de 26-6-2009, o qual garante o direito à desinternação progressiva na forma da Lei Federal nº 10.261/2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 59 “A unificação penal autorizada pela norma inscrita no art. 75 do Código Penal justifica-se como consequência direta e imediata do preceito constitucional que veda (...), de modo absoluto, a existência, no sistema jurídico brasileiro, de sanções penais de caráter perpétuo. Em decorrência dessa cláusula constitucional, o máximo penal legalmente exequível, no ordenamento positivo nacional, é de trinta (30) anos, a significar, portanto, que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior àquele limite imposto pelo art. 75, ‘caput’, do Código Penal. (...)” (HC 84.766, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-9-07, DJE de 25-4-08). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- No entanto, no julgamento do HC 93202/SP, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que essa unificação da execução da pena no limite de trinta anos não seria válida para novos delitos cometidos pelo mesmo réu. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 60 Noticiado no Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 631/2011.
- “Liberdades fundamentais e “Marcha da Maconha” - 1
- Por entender que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação de descum-

primto de preceito fundamental para dar, ao art. 287 do CF, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos. (...) Ressaltou-se existirem graves conseqüências resultantes da censura à liberdade de expressão e de reunião, realizada por agentes estatais em cumprimento de ordens emanadas do Judiciário. Frisou-se que, diante do quadro de incertezas hermenêuticas em torno da aludida norma, a revelar efetiva e relevante controvérsia constitucional, os cidadãos estariam preocupados em externar, de modo livre e responsável, as convicções que desejariam transmitir à coletividade por meio da pacífica utilização dos espaços públicos. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011. (ADPF-187)

(...)

Liberdades fundamentais e “Marcha da Maconha” - 3

No mérito, ressaltou-se, de início, que o presente feito não teria por objetivo discutir eventuais propriedades terapêuticas ou supostas virtudes medicinais ou possíveis efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer outra substância entorpecente. Destacou-se estar em jogo a proteção às liberdades individuais de reunião e de manifestação do pensamento. Em passo seguinte, assinalou-se que a liberdade de reunião, enquanto direito-meio, seria instrumento viabilizador da liberdade de expressão e qualificar-se-ia como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil na vida política do Estado. A praça pública, desse modo, desde que respeitado o direito de reunião, passaria a ser o espaço, por excelência, para o debate. E, nesse sentido, salientou-se que esta Corte, há muito, firmara compromisso com a preservação da integridade das liberdades fundamentais contra o arbítrio do Estado. Realçou-se que a reunião, para merecer a proteção constitucional, deveria ser pacífica, ou seja, sem armas, violência ou incitação ao ódio ou à discriminação. Ademais, essa liberdade seria constituída por 5 elementos: pessoal, temporal, intencional, espacial e formal. Ponderou-se que, embora esse direito possa ser restringido em períodos de crise institucional, ao Estado não seria permitido, em período de normalidade, inibir essa garantia, frustrar-lhe os objetivos ou inviabilizá-la com medidas restritivas. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011. (ADPF-187)

Liberdades fundamentais e “Marcha da Maconha” - 5

Além disso, verificou-se que a marcha impugnada mostraria a interconexão entre as liberdades constitucionais de reunião — direito-meio — e de manifestação do pensamento — direito-fim — e o direito de petição, todos eles dignos de amparo do Estado, cujas autoridades deveriam protegê-los e revelar tolerância por aqueles que, no exercício do direito à livre expressão de suas ideias e opiniões, transmitirem mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas. Dessa forma, esclareceu-se que seria nociva e perigosa a pretensão estatal de reprimir a liberdade de expressão, fundamento da ordem democrática, haja vista que não poderia dispor de poder algum sobre a palavra, as ideias e os modos de sua manifestação. Afirmou-se que, conquanto a livre expressão do pensamento não se revista de caráter absoluto, destinar-se-ia a proteger qualquer pessoa cujas opiniões pudessem conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social. Reputou-se que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confundiria com ato de incitação à prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso. Concluiu-se que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião. O Min. Luiz Fux ressaltou que deveriam ser considerados os seguintes parâmetros: 1) que se trate de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência; 2) que não exista incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização; 3) que não ocorra o consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público e 4) que não haja a participação ativa de crianças e adolescentes na sua realização. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011. (ADPF-187). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- 61 Mencionamos, também, relatório publicado em fevereiro de 2010 pelo Instituto de Direitos Humanos da International Bar Association (IBAHRI), denominado de “Um em cada cinco: a crise do sistema prisional e da justiça criminal no Brasil”. Tal relatório também expôs, de forma clamorosa, tal problema penitenciário, estudando a informação de que aproximadamente um quinto dos então 84.000 presos provisórios no Brasil deveriam estar livres, mas permaneciam agrilhoados por falhas do sistema da justiça criminal, como falta de julgamento justo e célere, não-acesso a defensores públicos, e ausência de proteção contra gangues nas prisões. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/>>.

Também podemos mencionar o estudo denominado “Justiça Criminal: o que fazer. Uma agenda para o próximo governo”, elaborado por várias entidades da sociedade civil, inclusive a Comissão Pastoral da

CNBB, no qual um dos aspectos estudados é justamente o fortalecimento da Defensoria Pública para melhor atuação nos casos em que presos permanecem além do necessário no sistema carcerário brasileiro. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/Portals/0/Downloads/Justi%C3%A7a%20Criminal_o%20que%20fazer.pdf>.

Alfim, é de se lamentar que a população civil e parcelas orgânicas do Estado acolham expressamente ou não a errônea ideia popular de que “bandido bom é bandido morto” ou de que qualquer gasto realizado com a população carcerária é despiciendo e significa sacrificar os tributos com seres que não merecem qualquer tratamento humanizado. Infelizmente, tal acepção é muito recorrente na sociedade brasileira e sinaliza a manutenção da barbárie dos suplícios medievais, afastando-se todo o processo civilizatório do Ocidente. É preciso que a acepção das pessoas em geral sobre o tema seja mais próxima dos valores consagrados em nossas normas e, para isso, o Estado, as Organizações Cívicas, os Partidos Políticos, os Meios de Comunicação Social e os indivíduos deveriam tentar conscientizar as pessoas sobre toda a complexidade desta questão, que não pode ser reduzida a pensamentos arcaicos que jamais solucionaram o problema adequadamente e apenas insuflam a espiral da violência, bem como, servem como instrumento de aumento da audiência ou da vendagem de produtos mediáticos de gosto duvidoso.

É necessário que se aplique a legislação em vigor, pura e simplesmente, ou, se considerado pela sociedade que a mesma é muito benéfica, que se a modifique pelos instrumentos democráticos, abstendo-se, no entanto, de se permanecer em uma situação de veraz desarmonia entre a letra fria da lei e a realidade cruel de nossas prisões. É preciso findar a distância entre lei e fato, ou mudando os fatos ou mudando a lei, esta última hipótese, em nosso sentir, desaconselhável, pois significa involução civilizatória.

62 Embora fosse possível aprofundar o estudo de cada um dos demais direitos fundamentais da população carcerária, em face das limitações dimensionais desse artigo, se adotou a metodologia de sintetizar os demais direitos fundamentais em um só tópico, mais generalista.

63 Remetemos à nota de rodapé nº 35, na qual há maiores pormenores sobre o descumprimento deste direito fundamental.

64 Nesse sentido, é lícito mencionar acórdão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a responsabilidade civil do Estado por manter, durante TREZE anos, um indivíduo preso, sem motivo idôneo e sem concluir o inquérito, inclusive, descrevendo que o ofendido contraiu cegueira e tuberculose na prisão, senão vejamos, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.

2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

3. Conseqüentemente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade

- judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira.
6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua “ratio essendi”, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.
8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais.
9. Fixada a gravidade do fato, a indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial.
10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma “morte em vida”, que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?
11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que ‘a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual’. (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004) 12. Recurso Especial desprovido.” (REsp 802.435/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 253). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 65 Apenas para ilustrar o prejuízo da prisão não-permanente adotada irregularmente, é se sublinhar que somente em março de 2010, 22 anos depois da promulgação da Constituição da República, o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou, através da Instrução nº 296-67.2010.6.00.0000, Resolução nº 23.219, o direito de voto dos presos temporários, uma vez que estes apenas sofrem suspensão dos direitos políticos após o trânsito em julgado do processo penal. Até a promulgação desta instrução do TSE, no entanto, na prática, nem o direito a voto os presos temporários exerciam, exacerbando seu prejuízo pessoal. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2010/normas-e-documentacoes-eleicoes-2010/arquivos/norma-em-vigor-23.219-pdf-eleicoes-2010>>.
- 66 Vide Recurso Especial nº 872.630/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe 26/03/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 67 Vide Recurso Especial nº 427560/TO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 204. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 68 “O Estado está obrigado a indenizar o particular, quando por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. A indenização por danos morais e recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art.5º, LXXV, da CF. Recurso especial provido(Resp. n.220982/RS - 1999/0057692-6;DJ 03-04-2000, p.116; Rel.Min. José Delgado; Data da Decisão 22-02-2000; 1ª Turma, grifos nossos). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

- 69 No entanto, é de se salientar que o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que a responsabilização civil é do Estado, e não do juiz, o qual somente poderá ser processado pessoalmente, em caráter regressivo, se comprovado o seu dolo ou fraude, senão vejamos, *in litteris*:
 “Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. CPP, art. 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do CPP, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça.” (RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26-6-2007, Primeira Turma, DJ de 5-10-2007). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 70 “(...) 6. O Tribunal de origem aplicou de maneira eskorreita e fundamentada o regime da responsabilidade civil, em caso de omissão estatal, já que, uma vez demonstrados o nexo causal entre a inação do Poder Público e o dano configurado, e a culpa na má prestação do serviço público, surge a obrigação do Estado de reparar o dano. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (REsp 1142245/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 19/10/2010). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
 Vide também: “1. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se concretiza quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.” REsp 1172421/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÁO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 19/09/2012, grifos nossos). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 71 Obviamente, também é direito fundamental do preso a previsão do artigo 5º, inciso LXXIV, da CRFB: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, nos termos do artigo 134 da Carta Política e respectiva legislação regulamentadora.
- 72 Sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal assentou jurisprudência no sentido de que mesmo aqueles tratados internacionais de direitos humanos não-equiparados a emendas constitucionais são fontes de sobredireito, situando-se como norma infraconstitucional e supralegal, devendo ser observados pela lei interna mesmo se promulgados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 (vide julgamento do leading case: RE 349703/RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(A): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 03/12/2008; Órgão Julgador: Tribunal Pleno). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
 Em consequência, podem ser arroladas como fontes adicionais de direitos fundamentais (direitos humanos fundamentais da população carcerária) as seguintes normas protetivas integrantes de diplomas convencionais e que na ordem jurídica Brasileira devem ser observados pelas leis internas: Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948; Declaração de Pequim - 1995 (DECLARAÇÃO DE PEQUIM ADOTADA PELA QUARTA CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE AS MULHERES: AÇÃO PARA IGUALDADE, DESENVOLVIMENTO E PAZ); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem - 1948; Convenção contra o Genocídio - 1949 (CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - 1966; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - 1966; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes 1984; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial - 1968; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher - 1984; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes 1984; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969 - PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA); CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA (1985); CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER - “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ” (1994).
 Além disso, também entendemos que é eventualmente invocável como direito fundamental da população carcerária as regras com status constitucional integrantes do Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008, Publicado no DOU de 10.7.2008, que aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

- Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, tendo tal convenção sido submetida à regra do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República e sendo integrante do bloco de constitucionalidade em vigor (vide decreto de promulgação nº 6.949, de 25.8.2009 Publicado no DOU de 25.8.2009).
- 73 Ver na nota de rodapé nº 07 a transcrição integral das ementas relacionadas a esta decisão do Superior Tribunal de Justiça.
- 74 Ver na nota de rodapé nº 07 a transcrição integral da ementa de julgamento do ERESP nº 962.934-MS.
- 75 Nesse sentido, é relevante ler relatório final de Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional sobre a situação dos presídios brasileiros, do já distante ano de 1975 (“CPI do Sistema Penitenciário Brasileiro”), para se concluir que as questões apontadas hoje jamais foram concretamente combatidas, e são de total conhecimento do Estado Brasileiro, que sempre relegou o problema a último plano.
- 76 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite exatamente o uso de ação civil pública para obter condenação judicial e pagamento por dano moral coletivo, seja em sua acepção difusa seja individual, inclusive, cumulando-se: vide REsp 1291213/SC. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez.2012.
- 77 Parece-nos, ainda, igualmente discriminatório e lamentável, o entendimento adotado de que a indenização por morte de preso se submete à prescrição quinquenal, enquanto a morte ou abusos praticados contra perseguidos políticos do regime não-democrático pré-1988 seriam imprescritíveis, porquanto apenas as violações dos direitos humanos dos anistiados seriam imprescritíveis, na forma do artigo 14 da Lei Federal nº 9.140/95, como se a violação de direitos fundamentais de presos durante o período democrático não pudesse ser enquadrada em verdadeira supressão tópica (temporal e territorialmente) de liberdades públicas e direitos humanos, inclusive os previstos em tratados. É óbvio que não apenas os presos dos regimes não-democráticos são detentores de dignidade da pessoa humana, o fundamento principiológico da imprescritibilidade erigida pelo artigo 14 da Lei Federal nº 9.140/95. Vide julgamento do Recurso Especial nº 1001056/PB, do AgRg no REsp 1160643/RN, do AgRg no REsp 1333609/PB e do AgRg no REsp 1197876/RR. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 78 Vide julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF-45), do Recurso Extraordinário nº 436996, do AI nº 677274 e do STA nº 175. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 79 “é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde” (trechos do voto condutor do Ministro Celso de Mello no julgamento da STA nº 175). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 80 Vide julgamento do Recurso Especial nº 1121800/RR e do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1124835/RS, et alli. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 81 Vide julgamento do Recurso Especial nº 1165986/SP e do Recurso Especial nº 1001056/PB. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 dez. 2012.
- 82 A jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido de que o mero dissabor não é indenizável: vide AgRg no AREsp 253088 / MG e REsp 1329189/RN. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de dezembro de 2012.
- 83 É relevante frisar que a Lei Ordinária Federal nº 10.559/2002, ao regulamentar o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, permitiu a indenização das agruras perpetradas pelo regime não-democrático pré-1988 e nem por isso o Superior Tribunal de Justiça declarou as reparações previstas em tal diploma legal como “bolsa-ditadura”, como se o pagamento de uma quantia em pecúnia pudesse apagar ou desfazer os sofrimentos afligidos a indivíduos pela atuação ou omissão estatal, pretérita, contemporânea ou prospectiva.
- 84 Vide julgamento do REsp nº 895.846/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 01/03/2007, DJ 13/03/2007, p. 338”. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 85 Vide nota de rodapé nº 07.
- 86 Vide os seguintes julgamentos: REsp nº 1114260/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 17/11/2009; e REsp 961.234/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe 01/09/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- 87 Vide Recurso Extraordinário nº 580252 RG / MS - Mato Grosso do Sul. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- 88 Vide Recurso Extraordinário nº 592581 RG/RS - Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 89 Vide Recurso Extraordinário nº 642536 AgR/AP – Amapá e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639337 AgR/SP-SÃO PAULO. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 90 Vide REsp 1157273/RN; REsp 1107192/PR; CC 108442/SC; e resp REsp 1026981/RJ; Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em 12 de dezembro de 2012. No STF, ver RE 477554 AgR/MG - Minas Gerais; ADPF 132/RJ - Rio De Janeiro; e ADI 4277 / DF - Distrito Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- 91 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Série ação parlamentar, n. 384. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 6. CRITICAL ANALYSIS OF ERESP'S TRIAL N° 962.934/MS IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PRISION POPULATIO: CAN THE STATE BE RESPONSIBLE FOR PRISION OVERCROWDING?

A CRITICAL ANALYSIS OF THE ERESP N. 962.934/MS UNDER THE LIGHT OF INMATES' FUNDAMENTAL RIGHTS: IS THERE STATE RESPONSABILITY FOR THE OVERPOPULATION OF PRISONS?

ABSTRACT

The ineffectiveness of fundamental rights of prison populations in light of the jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Court of Justice: a brief analysis of ERESP nº 962.934/MS, judged by the First Section of the Superior Court of Justice, in 2012, which determined that prison overcrowding did not constitute grounds for the payment of reparation for immaterial damage; a humanizing judicial trend or a silent return to the agony and the absence of limits of the right to punish?

Keywords: Fundamental Rights. Prison population. Analysis of Jurisprudence. Civil Responsibility of the State for overcrowded prisons.