

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 4

Abr/Jun 2015

Doutrina Nacional / Ana Carolina Brochado Teixeira / Renata de Lima Rodrigues / Antonio Baptista Gonçalves / Eduardo Nunes de Souza / Thiago Guimarães Moraes

Doutrina Estrangeira / Geraldo Villanacci

Pareceres / Paula A. Forgioni

Atualidades / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Luiz Edson Fachin

APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** tem por objetivo fomentar o diálogo e promover o debate, a partir de perspectiva interdisciplinar, das novidades doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas no âmbito do direito civil e de áreas afins, relativamente ao ordenamento brasileiro e à experiência comparada, que valorize a abordagem histórica, social e cultural dos institutos jurídicos.

A RBDCivil é composta das seguintes seções:

- Editorial;
- Doutrina:
 - (i) doutrina nacional;
 - (ii) doutrina estrangeira;
 - (iii) jurisprudência comentada; e
 - (iv) pareceres;
- Atualidades;
- Vídeos e áudios.

Endereço para contato:

Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar

20010-000 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Tel.: (55) (21) 2505 3650

Fax: (55) (21) 2531 7072

E-mail: rbdcivil@ibdcivil.org.br

EXPEDIENTE

Diretor

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Editorial

Francisco Infante Ruiz - Doutor em Direito Civil e Internacional Privado pela *Universidad de Sevilla*, Professor Titular de Direito Civil (Direito Privado Comparado) na *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), Espanha.

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Luiz Edson Fachin – Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Brasil.

Paulo Lôbo - Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

Pietro Perlingieri - Professor Emérito da *Università del Sannio*. Presidente da *Società Italiana Degli Studiosi del Diritto Civile - SISDiC*. Doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Coordenador Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson de Paula Konder

Conselho Assessor

Eduardo Nunes de Souza

Fabiano Pinto de Magalhães

Louise Vago Matieli

Paula Greco Bandeira

Tatiana Quintela Bastos

ATUALIDADES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS MORAIS CAUSADOS A PRESOS EM DECORRÊNCIA DE VIOLAÇÕES À SUA DIGNIDADE, PROVOCADAS POR SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL E CONDIÇÕES DESUMANAS OU DEGRADANTES DE ENCARCERAMENTO E A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA REPARATÓRIA NÃO PECUNIÁRIA, POR MEIO DA REMIÇÃO DE PARTE DO TEMPO DE PENA, EM ANALOGIA AO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 580.252/MS

Fabiano Pinto de Magalhães

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Privado Patrimonial pela PUC-Rio. Professor do Curso de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV e da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado – ESAP/PGE-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Nos autos do Recurso Extraordinário 580.252/MS, em que se discute a existência de dever de indenizar do Estado, por danos morais, em razão de lesão à dignidade de preso por superlotação e encarceramento sob condições desumanas ou degradantes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 17.02.2011, a repercussão geral da 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”.¹

¹ A discussão sobre a responsabilidade civil do Estado por danos morais sofridos por detentos é também objeto da ADI 5.170/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB e sob a relatoria da Min. Rosa Weber, na qual se pretende a interpretação conforme a Constituição dos artigos 43, 186 e 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, “de modo a declarar que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes e de superlotação”. A ação, ainda pendente de julgamento, conta com parecer da Procuradoria Geral da República no sentido de seu não conhecimento, ao argumento de que a “aplicabilidade da norma a fatos jurídicos indeterminados não

No caso concreto, o autor, que cumpria pena de 20 (vinte) anos de reclusão em estabelecimento penal em Corumbá/MS, alegou que teria direito a indenização por danos morais, em razão da submissão a tratamento degradante, consistente na excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio, como condições precárias de habitabilidade, insalubridade e falta de espaço mínimo nas celas.

O Tribunal de Justiça local condenou, por maioria, em grau de apelação, o Estado a pagar o montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de indenização de danos morais. Em sede de Embargos Infringentes, embora reconhecendo a superlotação carcerária e as condições precárias impostas aos detentos, afastou-se a condenação ao pagamento da indenização pecuniária, sob o fundamento da reserva do possível, pois a cessação do dano e sua indenização demandariam a implementação de políticas públicas e o dispêndio de verba orçamentária.

O Ministro relator Teori Zavascki, em voto acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a existência das condições degradantes e deu provimento ao recurso extraordinário para determinar o restabelecimento da condenação nos termos anteriormente fixados. Para tanto, fundamentou-se que se trata de hipótese de responsabilidade civil objetiva do Estado, que o princípio da reserva do possível serve à lógica dos direitos sociais e não à responsabilidade civil e que a negação de reparação, na espécie, favorece a perpetuação da situação desumana.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em voto-vista proferido na sessão plenária de 06.05.2015, acompanhou os fundamentos do voto do relator para reconhecer, na hipótese, o dever do Estado de indenizar o preso submetido à superlotação prisional e a condições desumanas ou degradantes de encarceramento.

Este aspecto, por si só, já constitui motivo suficiente para atrair a atenção da comunidade jurídica para este julgamento, que eleva a discussão posta a outro patamar civilizatório.

significa pluralidade de interpretações, mas multiplicidade de situações jurídicas passíveis de sofrer eficácia da lei”, circunstância que não autoriza a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição. No mérito, opina pela improcedência do pedido, ao argumento de que “deixar o Estado de cumprir política pública de ampliação e adequação do sistema prisional não gera automático dever de indenizar por superlotação carcerária, sob pena de convolar o poder público em segurador universal”. Assim, a “responsabilidade subjetiva do Estado depende de comprovação de dolo ou culpa do agente, de mau funcionamento ou falta da administração (*faute du service*) e de nexos de causalidade entre a omissão específica atribuída ao poder público e o dano gerado a terceiro”, sendo certo que a apreciação de relações jurídicas concretas que possam gerar a responsabilidade civil do Estado foge ao âmbito objetivo dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Não obstante, o voto-vista do Ministro Barroso se destaca, especialmente, por divergir quanto às consequências jurídicas propostas pelo relator (restabelecimento da reparação pecuniária), na medida em que sugere, em posição corajosa, a adoção de mecanismo alternativo de reparação, não pecuniário, consistente na remissão do tempo de execução da pena, em razão do número de dias submetidos àquelas condições.

Eis a razão primordial pela qual o voto-vista merece detida análise.

As condições cruéis e desumanas e de superlotação encontradas na maioria das instituições penitenciárias no Brasil são apontadas por diversos estudos e estatísticas (como recente relatório do Conselho Nacional de Justiça), que informam que o país possui a quarta maior população carcerária do mundo, cujo aumento exponencial nos últimos anos superou, significativamente, em termos proporcionais, o crescimento demográfico brasileiro.

O colapso do sistema prisional – marcado por condições insalubres, falta de água potável, higiene, saneamento, assistências material, social, médica e jurídica e repetição de casos de violência psicofísica aos presos – constitui um quadro de graves violações à Constituição Federal de 1988, à Lei de Execução Penal e a tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.²

Como consequência, verifica-se um aumento da criminalidade e da violência e um elevado índice de reincidência, indicando a incapacidade de o atual sistema promover a ressocialização do preso.³

² De forma exemplificativa, citem-se os seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), art. 5º, III (vedação de tortura e tratamento desumano ou degradante), art. 5º, XLVII, *e* (proibição de sanções cruéis), art. 5º, XLVIII (determina o cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do condenado) e art. 5º, XLIX (proteção à integridade física e moral dos presos); bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica.

³ Este cenário é detalhadamente apresentado por Daniel Sarmento: “As prisões brasileiras – que já foram descritas pelo Ministro da Justiça, sem nenhum exagero, como ‘masmorras medievais’ – são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde, à seguridade social e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Há mulheres em celas masculinas e outras que são obrigadas a dar à luz algemadas. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos. (...) Em minha opinião, o drama carcerário é a mais grave questão de direitos humanos do Brasil contemporâneo. Mas além disso, as

Esta realidade não passou despercebida à análise do Ministro Barroso, que empreendeu profundo inventário sobre a precariedade do sistema prisional nacional, marcado por problemas generalizados, estruturais e sistêmicos, de grande complexidade e magnitude.⁴

Por tal razão, não há soluções fáceis ou unilaterais, de modo que a efetividade das medidas demanda a atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos relativos ao sistema carcerário e todas as esferas de poder, em relação às três principais causas apontadas pelo Ministro Barroso: a superlotação, a lógica do hiperencarceramento e as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.

Após a indicação das graves causas e suas nefastas consequências no sistema e a sugestão de medidas específicas de atuação, o Ministro Luís Roberto Barroso passa à análise do caso concreto.

A existência ou não de dever de indenizar do Estado, nestas hipóteses, desdobra-se em “duas questões fundamentais: (i) a existência de responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos presos em decorrência da superlotação e do encarceramento em condições desumanas ou degradantes, e (ii) a possibilidade de invocação da cláusula da reserva do possível para afastar a obrigação do Estado de indenizar os danos produzidos nessas circunstâncias.”

Quanto ao primeiro ponto, o Ministro Barroso, com fundamento na doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes,⁵ qualifica os danos morais como a lesão à

mazelas do sistema prisional brasileiro comprometem também a segurança da sociedade. Afinal, as condições degradantes em que são cumpridas as penas privativas de liberdade, e a ‘mistura’ entre presos com graus muito diferentes de periculosidade, tornam uma quimera a perspectiva de ressocialização dos detentos, como demonstram as nossas elevadíssimas taxas de reincidência. Neste contexto, a prisão torna-se uma verdadeira ‘escola do crime’, e a perversidade do sistema ajuda a ferver o caldeirão em que vêm surgindo e prosperando as mais perigosas facções criminosas.” SARMENTO, Daniel. *Constituição e sociedade: as masmorras medievais e Supremo*. Disponível em <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>; acesso em 23.05.2015.

⁴ Esta situação calamitosa levou o Ministro Barroso a asseverar que, “na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade.” Assim, conclui o Ministro, “o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: além de não prever retribuição na medida certa, não previne, nem ressocializa.”

⁵ Segundo a autora, “o dano moral tem como causa a *injusta* violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 132-133.

dignidade da pessoa humana,⁶ cuja centralidade na ordem constitucional brasileira faz o sistema da responsabilidade civil extrair sua fonte primária da Constituição Federal de 1988, que assegura a ampla indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de violações a uma ampla gama de interesses existenciais, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, V e X, CF).

Neste particular, o Ministro Barroso, de forma salutar, refuta a possibilidade de alegações vagas de violação à dignidade humana⁷ ou “afirmações genéricas a respeito da crise do sistema prisional do país”. Nesta medida, “os danos morais devem ser efetivamente comprovados para que sejam indenizáveis”,⁸ mediante a demonstração de que o preso foi, de fato, exposto a fatores lesivos à sua dignidade, como situações de superlotação ou insalubridade ou condições degradantes ou desumanas.⁹

Portanto, “o dano moral deve ser demonstrado a partir de elementos concretos da realidade do detento, tais como espaço físico individual disponível na cela, a

⁶ Vale destacar que, para dar concretude e evitar o risco de inutilidade e generalização absoluta, Maria Celina Bodin de Moraes propõe que o conteúdo material da dignidade da pessoa humana seja preenchido pelos princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. Estes princípios são corolários dos seguintes postulados: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que ele é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. In *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120, p. 85. Notável esforço de concretização também foi empreendido por BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

⁷ Sobre a insuficiência da simples alusão à dignidade humana, ver SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 124-127.

⁸ Em defesa da exigência de efetiva demonstração do dano, Anderson Schreiber assevera que “na teoria do dano *in re ipsa* parece, contudo, residir um grave erro de perspectiva, ligado à própria construção do dano extrapatrimonial e à sua tradicional compreensão como *pretium doloris*.” E conclui: “visto como lesão à personalidade humana, o dano moral exige, evidentemente, a prova da lesão, da mesmíssima forma, aliás, que a exige o dano patrimonial, como lesão ao patrimônio. E o fato de que tal prova se mostre mais difícil nos casos em que a lesão não deixa traços materiais tampouco é prerrogativa do dano extrapatrimonial, como se pode verificar, no campo patrimonial, nos tormentosos casos de indenização por lucros cessantes ou por perda de uma chance.” SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil*, cit., p. 202 e 205.

⁹ A efetiva comprovação do dano também é chancelada pela jurisprudência Corte Europeia de Direitos Humanos, que se posicionou no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado por danos morais causados a detentos submetidos a essas condições, desde que o tratamento degradante atinja um nível mínimo de gravidade para dar causa à indenização, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto, tais como a duração do encarceramento, seus efeitos físicos e mentais e as condições efetivas da detenção, como o espaço físico individual na cela, a privacidade no uso dos lavatórios, a ventilação e a iluminação das celas e a higiene. A título de exemplo, vejam-se os casos *Ananyev and Others v. Russia*, *Torreggiani and Others v. Italy* e *Stella and Others v. Italy*, disponíveis, respectivamente, em hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-3800862-4354469, hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4212710-5000451 e hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4881114-5965675. Acesso em 26.05.2015.

salubridade do ambiente, as condições estruturais do presídio e as deficiências na prestação das assistências material, de saúde, laboral e educacional.”

Sobre a efetiva comprovação dos danos extrapatrimoniais, na hipótese em concreto, imprescindível a leitura do seguinte excerto do voto-vista:

No caso em exame, a violação à dignidade humana e os danos morais suportados pelo recorrente são incontroversos. Nos autos, há relatório da Vigilância Sanitária do Município (fls. 50/52), documento do Departamento Penitenciário Nacional (fls. 247/248) e Decreto editado pelo Governador do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 442/443) que comprovam a situação alarmante a que são submetidos o recorrente e outros detentos que cumprem pena no presídio de Corumbá, causada pela superlotação e por problemas estruturais, como a ausência de condições mínimas de higiene e habitabilidade e de espaço nas celas. A violação a direitos fundamentais do recorrente é igualmente reconhecida em todas as decisões proferidas no processo, mesmo naquelas que afastaram o dever estatal de indenizar. Nesse sentido, o acórdão recorrido reconhece expressamente que ‘[n]ão há dúvidas quanto à superlotação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos’ (fls. 405).

Comprovada a lesão em concreto a interesse extrapatrimonial merecedor de tutela, coube a definição do regime de responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos presos em decorrência de condições degradantes e de superlotação.

A esse respeito, o Ministro considerou que a responsabilidade do Estado possui caráter objetivo, em razão da existência de dever individualizado de proteção da integridade dos presos. Veja-se:

Diferentemente do que alegam as partes, entendo que, na hipótese em exame, a responsabilidade civil do poder público é por ação, e não por omissão. Afinal, o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres. Ainda que assim não fosse, a definição da natureza da responsabilidade civil no caso deve considerar a particularidade de que os presos encontram-se sob a custódia do Estado. Nessa situação, estão inseridos em uma instituição total, na qual se submetem inteiramente ao controle do poder público e dependem de agentes estatais para quase todos os aspectos de sua vida, inclusive para o atendimento de suas necessidades mais básicas e para sua autoproteção. Como contrapartida, o Estado assume uma *posição especial de garante* em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação de liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida.

Quanto à alegação da cláusula da reserva do possível para afastar a obrigação do poder público de indenizar os danos sofridos, o Ministro Barroso consignou

que “o Estado não se desincumbiu do ônus da prova da insuficiência de recursos para custear a indenização assegurada ao preso”. Além disso, haveria outras três razões para afastar a aplicação desta teoria: (i) a reserva do possível segue uma lógica de justiça distributiva, enquanto, “no campo da responsabilidade civil impera um racional diverso, fundado na realização da justiça comutativa ou corretiva”; (ii) a “impossibilidade de emprego da teoria da reserva do possível nos casos em que isso serve como meio de anular direitos fundamentais conferidos pela Constituição”¹⁰; e (iii) o valor intrínseco dos seres humanos, que impede que alegações de ordem financeira neguem a compensação dos danos morais, sob o fundamento de que os recursos seriam destinado à reforma do sistema prisional.

Embora estas preocupações quanto à saúde financeira do Estado não possam servir à negação da compensação, de acordo com o voto-vista, “os efeitos financeiros da medida podem ser levados em consideração na definição da melhor forma de reparação dos danos sofridos”, considerando-se que “a disponibilidade de recursos é essencial para que os Estados sejam capazes de implementar uma solução sistêmica para remediar a atual crise prisional”.

Exatamente neste momento, chega-se àquela que parece ser a proposta mais corajosa formulada pelo Ministro Luís Roberto Barroso: a adoção, no caso concreto, de medida de reparação não pecuniária do dano moral.

De fato, esta hipótese expõe, com significativa clareza, as deficiências e insuficiências do sistema tradicional da responsabilidade civil, que, fortemente influenciado por uma lógica patrimonialista, apresenta como única resposta – mesmo em casos de lesões extrapatrimoniais – a indenização em dinheiro, que possui pouquíssima efetividade de reparação dos danos morais concretamente sofridos.

Do voto-vista, vale a leitura da passagem que segue:

Diante do estado de inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro, entendo que a fixação de uma compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A reparação em

¹⁰ Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, “preocupações com a saúde financeira dos Estados não podem ser utilizadas para simplesmente negar aos presos a compensação pelos danos morais. Afinal, como justificar o deferimento de indenizações por danos morais em situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento injustificado de voos e a devolução indevida de cheques, e negá-las a detentos que sofrem gravíssimas violações aos seus direitos nas prisões?”

dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

A reparação pecuniária de danos morais constitui um instrumento inadequado e insuficiente para repor a vítima no estado anterior ao dano – ou o mais próximo disto –, eis que se trata de “bens diversos por natureza e incomparáveis na sua importância”,¹¹ provocando uma série de distorções e efeitos nocivos.¹²

As insuficiências e os problemas apontados conduzem a uma tendência, na atual responsabilidade civil brasileira, de despatrimonialização da reparação dos danos morais, mediante a adoção de medidas não pecuniárias ou em natura, que reparam, na medida do possível, a lesão sofrida com bem – interesse – de mesma natureza e recuperam as condições mínimas de dignidade subtraídas dos detentos.

Este movimento significa, a rigor, a concretização da opção do ordenamento jurídico brasileiro pelas medidas não pecuniárias de reparação, que devem gozar de posição prioritária sobre a indenização em dinheiro,¹³ que não é de todo afastada, mas passa a apresentar caráter subsidiário, de modo a incidir em hipóteses, por exemplo, de impossibilidade ou insuficiência da reparação não pecuniária (situação na qual poderão ser cumuladas ambas as formas de reparação).

Neste ponto, pode-se extrair, do voto-vista, que o Ministro Barroso não se limitou a propor a solução da reparação não pecuniária dos danos morais, mas a condicionou ao preenchimento de alguns pressupostos, como a viabilidade jurídica, a possibilidade e a aptidão reparatória da medida.

¹¹ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 205-219, p. 207. Esta percepção é compartilhada por Maria Celina Bodin de Moraes: “O problema mais difícil hoje se refere, sem qualquer dúvida, à avaliação ou quantificação da reparação nos inúmeros tipos de dano moral. Se, como de fato, se trata de situações existenciais, haverá alguma possível fórmula pela qual, com justiça, se indenizará pecuniariamente os danos causados às pessoas? Assemelha-se esta situação à regra lógica primária da impossibilidade de se somarem ‘bananas’ e ‘maçãs’; contudo, aqui é imperioso que se chegue a algum resultado, para que a vítima não fique irressarcida.” BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., p. 50.

¹² Anderson Schreiber enumera os seguintes efeitos: “(i) a propagação da lógica de que os danos morais podem ser causados desde que seja possível pagar por eles; (ii) o estímulo ao ‘tabelamento’ judicial das indenizações; (iii) a crescente ‘precificação’ dos atributos humanos; (iv) o incentivo a demandas frívolas, propostas de modo aventureiro, por pessoas que pretendem se valer de cada inconveniente ou aborrecimento social para conseguir uma indenização.” SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais, cit., p. 210.

¹³ A posição de precedência da reparação não pecuniária pode ser extraída, além do texto constitucional, do artigo 947, do Código Civil e dos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, entre outros dispositivos encontrados em leis extravagantes. No direito estrangeiro, citem-se, por exemplo, o art. 566º do Código Civil português e o artigo 1.083 Código Civil argentino.

O mecanismo proposto – remição de parte do tempo de execução da pena – deverá submeter-se a tais pressupostos e será aplicada da seguinte forma:

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparadas, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.

Em primeiro lugar, o voto-vista demonstra a viabilidade jurídica da utilização analógica do mecanismo de remição de pena como reparação não pecuniária de danos morais decorrentes de encarceramento em condições degradantes ou desumanas, não havendo que se falar em pretensa violação do princípio da legalidade.

No Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua *lógica estruturante*, quanto em sua *forma e modo de execução*.

Primeiro, sua *lógica estruturante* corresponde à ideia de que o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, prevista em lei. (...) Neste sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento.

Esta lógica não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, trata-se da mesma *ratio* adotada na concessão de aposentadoria especial a quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (...)

Segundo, no que se refere à sua *forma*, a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais. (...) Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado. (...)

Essa espécie de reparação é plenamente compatível com a Constituição, que assegura a indenização pelos danos morais (art.

5º, V e X, CF), mas não elege um meio determinado para seu ressarcimento. Mais do que isso, a busca de mecanismos que assegurem a tutela específica dos interesses extrapatrimoniais constitui um imperativo constitucional, que decorre do princípio da reparação integral dos danos sofridos e da prioridade conferida pela Carta de 88 à dignidade da pessoa humana. (...)

Terceiro, e por fim, o *modo de execução* do remédio proposto corresponde ao do instituto da remição penal, previsto na LEP. É certo que os mecanismos não se confundem. A remição da Lei de Execução Penal consiste no direito do preso de reduzir o tempo de cumprimento da pena, em razão do trabalho ou do estudo. O instituto possui, assim, um sentido ressocializador. (...) Já a remição penal aqui proposta é um mecanismo de reparação de danos. No entanto, ela deverá ser executada a partir do mesmo *modus operandi* da LEP. (...)

Não se diga que o mecanismo de reparação apresentado equivaleria à concessão da remição em hipótese não prevista em lei. Como já se disse, trata-se de instituto diverso, que se insere no campo da responsabilidade civil. Ainda assim, o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais. A própria remição penal pelo estudo foi concedida durante muitos anos por decisões judiciais (...). Atualmente, também a remição pela leitura é aplicada, no âmbito federal, sem que haja autorização em lei.

Outro pressuposto consiste na possibilidade de aplicação concreta do mecanismo da remição de pena, que dependerá da reminiscência de tempo de pena a ser cumprido, sem o qual se torna impossível a redução pretendida. Este é o caso de detentos que já tiverem cumprido integralmente a pena ou de preso provisório que tivesse se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido.

O último pressuposto utilizado, decorrente da possibilidade, consiste na concreta aptidão reparatória da medida, ou seja, na capacidade de, através de bem de mesma natureza e importância, reparar a lesão existencial sofrida e recolocar o lesado no estado em que estaria caso o dano não tivesse ocorrido – ou o mais próximo disso.

Neste sentido, esclarece o Ministro Luís Roberto Barroso:

Deverão postular a remição da pena como meio de reparação dos danos morais causados pelo encarceramento em condições desumanas e degradantes os detentos que ainda estejam cumprindo pena, independentemente do atual regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto) e da eventual concessão de livramento condicional ou de prisão domiciliar. Também, os presos provisórios que fossem posteriormente condenados deverão requerer a redução de parte do tempo

de execução da pena, a título de indenização de danos, de acordo com a lógica da detração, prevista no art. 42 do Código Penal.

É certo que a remição conferirá um benefício maior àqueles presos que ainda estiverem cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, porque reduzirá o tempo de encarceramento. No entanto, mesmo para aqueles que se encontram fora dos cárceres, há vantagens consideráveis na abreviação do tempo para que alcancem o término da execução da pena com a sua conseqüente extinção. É que o cumprimento de pena, ainda que em regimes mais benéficos, possui caráter punitivo, impondo ao apenado diversas obrigações e restrições. No caso do livramento condicional, por exemplo, o liberado deve comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação, não pode mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste, e pode ficar ainda sujeito ao recolhimento à habitação em hora fixada e à proibição de frequentar determinados lugares. O descumprimento de qualquer das obrigações constantes da sentença produz a revogação do benefício, como retorno do condenado à prisão, e todo o tempo em que esteve solto passa a não ser descontado da pena.

Além de deixar de se sujeitar às obrigações e condições para o cumprimento da pena e ao risco de perder o benefício e regressar ao presídio, a remição de parte do tempo restante de cumprimento da pena traz, ainda, os seguintes benefícios ao apenado: (i) o reestabelecimento antecipado dos direitos políticos suspensos em decorrência da condenação criminal, permitindo que possa votar e ser votado e que possa recuperar o título de eleitor, muitas vezes exigido para a obtenção de trabalho (arts. 14, § 3º, III, CF), (ii) a antecipação da contagem do prazo de 5 anos para retornar à primariedade (art. 64, Código Penal), e (iii) a antecipação do prazo para requerimento da reabilitação criminal, assegurando o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação (art. 93, Código Penal). Finalmente, a abreviação do prazo para a extinção da pena possui um efeito ressocializador importante, diminuindo o estigma que pende sobre o indivíduo que cumpre pena, tornando-o menos vulnerável a abordagens policiais e facilitando o reingresso no mercado de trabalho.

Por último, o Ministro Luís Roberto Barroso demonstrou salutar preocupação¹⁴ com a necessidade de objetivação e transparência no procedimento de fixação da medida reparatória, através da adoção de critérios objetivos de quantificação, reconduzíveis às circunstâncias fáticas concretas.

Assim, propôs a fixação de quocientes mínimo e máximo – entre 3 e 7 dias – da razão entre dias cumpridos em condições degradantes e dias remidos, que será determinado, no caso concreto, pelo juiz da causa, de forma adequada e compatível com a extensão dos danos efetivamente sofridos pelo detento.

¹⁴ Em uma passagem de seu voto-vista, alerta que “em nenhum momento nos autos houve discussão a respeito dos critérios utilizados para a quantificação da indenização. Na apelação, definiu-se que o recorrente, que permaneceu por cerca de 5 anos em presídio superlotado com condições degradantes, fazia jus à módica quantia de R\$ 2 mil. Todavia, não há uma linha sequer sobre os parâmetros utilizados para a fixação do montante, tais como o tempo de encarceramento e a gravidade das violações suportadas.”

O juiz analisará as condições concretas a que foi submetido o preso (tais como, o espaço físico individual disponível na cela, a salubridade do ambiente, as condições estruturais do presídio e as deficiências na prestação das assistências material, de saúde, laboral e educacional) e, considerada a gravidade do quadro, estabelecerá uma razão maior ou menor de remição da pena.

A esse respeito, cumpre transcrever o seguinte trecho do voto:

Caso o Juiz da Execução entenda pela configuração dos danos morais no caso, caberá a ele a fixação da razão entre dias cumpridos em condições degradantes e dias remidos, de acordo com a extensão dos danos suportados pelo preso. Entendo, porém, que é razoável – e mesmo desejável – que este Tribunal fixe quocientes mínimo e máximo de remição da pena, de modo a criar balizas para a atuação dos juízes e permitir que a redução da pena confira uma reparação efetiva ao detento, tendo um impacto mensurável sobre o tempo de prisão. Essa técnica me parece mais correta do que a fixação de um quociente único por meio do qual a remição se opere. Tal remição automática seria incompatível com a ideia básica de que a métrica da responsabilização civil é a extensão do dano, e, ainda, com o princípio da reparação integral, que somente é possível a partir da análise individualizada das condições da pessoa lesada.

Nesse sentido, proponho, em primeiro lugar, que o quociente máximo, aplicável aos casos de maior violação à dignidade humana, seja de 1 dia de remição para cada 3 dias de cumprimento de pena em condições degradantes, em analogia ao art. 126 da LEP. Já com relação ao quociente mínimo, não vislumbro outro parâmetro legal que pudesse ser empregado por analogia. No entanto, parece evidente que este quociente não pode ser fixado em razão menor do que aquela que tem sido empregada para a remição da pena pela leitura, sob pena de barateamento da dignidade do preso. Afinal, não se pode admitir que a compensação a que o preso faz jus pela submissão a condições desumanas de detenção seja menor do que a que ele obteria pela leitura de um livro. Segundo a Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276, de 2012, a remição pela leitura pode atingir o máximo de 4 dias por mês e 48 dias no prazo de 12 meses, o que representa a remição de 1 dia de pena para cada 7 dias de cumprimento de pena⁶⁸. Esta, portanto, deve ser a razão mínima a ser observada nos casos de violações de menor intensidade à dignidade humana dos presos.

Proponho, assim, que a contagem do tempo de remição seja feita à razão de 1 dia de pena a cada 3 a 7 dias de encarceramento em condições degradantes, a depender da gravidade dos danos morais sofridos nessas circunstâncias. Eventual dificuldade no arbitramento do quociente de remição da pena em cada caso concreto não será, por evidente, uma peculiaridade deste

mecanismo de reparação de danos. Na verdade, a dificuldade está na própria mensuração dos atributos humanos, ou seja, na necessidade de “quantificar o inquantificável” que é inerente ao dano moral e está presente de igual modo (e mesmo de forma mais grave) na reparação pecuniária.

Por todas as razões detalhadamente expostas ao longo deste texto, destaca-se a coragem do posicionamento proposto pelo voto-vista, que configura mudança de paradigma e quebra da lógica patrimonialista da responsabilidade civil brasileira, fortemente protegida pelo misoneísmo da doutrina tradicional.

As conclusões inovadoras comprovam a grandiosidade e a potencialidade do tema da reparação não pecuniária dos danos morais, indicando, ainda, sua vocação expansiva a áreas do Direito não pensadas anteriormente, com renovadas possibilidades de aplicação e fortalecimento de medidas mais efetivas de reparação.

Destaca-se, por fim, a enorme importância do voto-vista, na medida em que não se limita a propor a reparação não pecuniária, e reconhecer sua possibilidade e seu caráter prioritário, mas indica caminhos seguros de aplicação, através da adoção de pressupostos de incidência e de critérios objetivos de quantificação.

A partir de agora, esta estrada parece estar definitivamente inaugurada, à disposição dos aplicadores do Direito para ser explorada.