

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O  
POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:**

Superlotação carcerária, mínimo existencial e reserva do possível<sup>1</sup>

**DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE, DROITS FONDAMENTAUX ET LE  
POSITIONNEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE:**

Surpopulation carcérale, “minimum existentiel” et “mesure du possible”

Rafaela Cavalcanti de Alcântara<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da possibilidade de condenação do Estado ao pagamento de dano moral a preso submetido a cela superlotada. Pretende-se analisar os argumentos utilizados a partir dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, o que contempla a análise do mínimo existencial e da reserva do possível. O método utilizado consistiu em revisão bibliográfica e análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Busca-se definir, a partir do presente artigo, se o STJ, nas decisões que negou o pedido de indenização, aplicou – ainda que de forma não declarada – a cláusula da reserva do possível sem que fossem efetivamente considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e o mínimo existencial, o qual está profundamente relacionado com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Superlotação carcerária; Superior Tribunal de Justiça; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; reserva do possível.

**RÉSUMÉ**

Ce travail analyse le positionnement de la Cour Supérieure de Justice du Brésil sur la possibilité d’ordonner à l’État de procéder au paiement d’indemnité visant à obtenir la réparation du préjudice moral aux personnes soumis à la surpopulation carcérale. Nous examinerons des arguments présentés selon les droits fondamentaux et la dignité de la personne humaine; en tenant compte des “minimum existentiel” et “mesure du possible”. La méthode utilisée a été la synthèse bibliographique et l’analyse des décisions de la Cour Supérieure de Justice. Notre objectif c’est définir si la Cour a appliqué - même si non expressément, dans les décisions qu’ont rejeté les demandes d’indemnités, la “mesure du possible” sans prendre en compte les principes de “raison” et de proportionnalité, et le “minimum existentiel”, lequel est profondément attaché aux droits fondamentaux et à la dignité de la personne humaine.

**MOTS-CLÉS:** Surpopulation carcérale; Cour Supérieure de Justice du Brésil; droits fondamentaux; dignité de la personne humaine; mesure du possible.

---

<sup>1</sup> Agradecimentos à Prof.<sup>a</sup> Ma. Larissa Medeiros Santos e à Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marília Montenegro Pessoa de Mello, cujas contribuições foram essenciais para o desenvolvimento do presente artigo.

<sup>2</sup> Bolsista Capes. Mestranda em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos, da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: rafaeladealcantara@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade, nascida como um avanço alternativo às penas corporais, ao suplício, à pena capital, apresenta-se como um desafio a um Estado Democrático de Direito o qual se propõe, em virtude da sua própria natureza, a resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do indivíduo. Há, assim, entraves institucionais postos como obstáculos sistêmicos à efetivação dos direitos humanos. A faceta da violação institucional de direitos que se pretende estudar a seguir é consubstanciada, dentre outros fatores, pela negligência estatal na alocação de presos, o que faz com que surjam quadros de superlotação carcerária na realidade do País, violando direitos fundamentais e a dignidade humana.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de junho de 2014, o Brasil é o país com maior contingente de presos na América Latina, sendo a quarta população carcerária em números absolutos do mundo, possuindo mais de 500 mil presos, com o déficit de mais de 200 mil vagas - dados sem o cômputo das pessoas presas em prisão domiciliar (BRASIL, CNJ, 2014).

O presente artigo pretende problematizar a apreciação, pelo Superior Tribunal de Justiça, da provocação do Judiciário acerca da possibilidade de pagamento de dano moral ao preso submetido a cela superlotada. Pretende-se analisar os argumentos utilizados pela Corte Superior para afastar ou realizar a condenação não pelo viés da responsabilidade civil do Estado, mas sim a partir dos direitos fundamentais e da dignidade humana do preso, cotejando como consequência dessa análise o conceito de mínimo existencial e da reserva do possível.

O método utilizado consistiu na revisão bibliográfica e análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça, levantadas a partir do mecanismo de busca do endereço eletrônico no Tribunal através de critérios que serão expostos em oportuno.

Investiga-se no presente artigo a hipótese de o STJ utilizar um discurso que aplica incorretamente, em matéria de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e a reserva do possível, ao negar a indenização a título de danos morais ao preso submetido a cela superlotada.

Para melhor embasamento da discussão a presente pesquisa primeiramente se faz considerações acerca dos direitos garantidos à pessoa presa e ao caráter garantista da Lei de Execução Penal. Posteriormente, são traçadas considerações acerca da superlotação carcerária e do papel do Estado (ou sua ausência) no cárcere. Por fim, analisa-se as decisões do STJ, contemplando principalmente as decisões que indeferiram o pleito indenizatório e a relação

do conteúdo decisório com o mínimo existencial e a reserva do possível.

## **1. DOS DIREITOS ASSEGURADOS À PESSOA PRESA**

Ao condenado devem ser garantidos todos os direitos não atingidos pela sentença que fixou a pena privativa de liberdade. A pena privativa de liberdade não atinge os demais direitos individuais como a integridade física e moral do preso, cuja garantia é positivada pelo art. 5º da Constituição Federal (CF) de 1988, em seu inciso XLIX.

Quando se problematiza o tema da superlotação carcerária, também se identifica na própria Carta Maior, além do dispositivo supracitado, a vedação de penas cruéis, através do inciso XLVII, do art. 5º. Porém, ainda mais amplo que os dispositivos citados, o art. 1º, inciso III, também da Carta Constitucional, que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A respeito da dignidade da pessoa humana, cumpre realizar algumas explanações, porquanto do princípio emana uma série de direitos os quais podem ser atingidos pelo mau cumprimento das regras atinentes à execução da pena privativa de liberdade.

Em primeiro lugar, é necessário partir do pressuposto que analisar a Carta Magna é estudar também a redemocratização do país. Nesse sentido, lembre-se que apenas três anos antes de promulgada a Constituição de 1988 ainda restava vigente a governo ditatorial de João Figueiredo. O espírito da nova Carta Constitucional traz consigo a vontade de preservar os direitos fartamente excepcionados no período compreendido entre 1964 e 1985.

Concebida a CF de 1988 como manifestação contra o sistema autoritário que se superava, a dignidade da pessoa humana é considerada fundamento na nova ordem constitucional vigente, à semelhança das ordens constitucionais alemã, portuguesa e espanhola pós-regimes autocráticos, consoante leciona Sarlet (2007, p. 63).

Destaque-se, nesse contexto, que a constituição vigente foi a primeira na história do constitucionalismo brasileiro a “prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais” (SARLET, 2007, p. 63).

Sarlet considera que a dignidade da pessoa humana possui uma estreita relação com os direitos fundamentais, defendendo que estes últimos seriam corolário daquela, posto que os direitos fundamentais representam – ainda que em intensidade variável – via de consequência ou ao menos como princípio, explicitações da dignidade da pessoa (2007, p. 86). Comparato,

acerca dos fundamentos dos direitos humanos, preconiza que a dignidade da pessoa humana deveria ser apresentado como “o” fundamento do Estado brasileiro e não apenas como “um dos” seus fundamentos (2003, p. 11).

Sarlet ainda afirma:

Da mesma forma, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e até mesmo a utilização da pessoa para experiências científicas. (2007, p. 90)

A relação existente entre a dignidade da pessoa humana e o Estado pode ser dividida em duas perspectivas de atuação, quais sejam: negativa e positiva, ainda segundo o autor. Essa dupla postura exigida pelo poder público tem como consequências tanto a proibição da violação do princípio pelo Estado quanto a imposição ao poder público do dever de ter como meta permanente a proteção e promoção de uma vida com dignidade concreta a todos os indivíduos. Assim, como consequência dessa dupla vinculação, todas as atividades estatais devem estar pautadas pelo respeito da dignidade humana, com a viabilização de condições para que as pessoas vivam com dignidade (SARLET, 2007, p. 113).

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana naturalmente refletiram na Lei de Execução Penal, que prevê patamares mínimos para a alocação de presos no País.

### **1.1 Do caráter garantista da Lei de Execução Penal**

Fazendo o recorte dos direitos concernentes à pessoa condenada, devem ser considerados aspectos da Lei de Execução Penal (LEP) – Lei nº 7.210 (BRASIL, 1984) que dizem respeito à integridade do preso e a sua respectiva alocação quando do cumprimento da pena.

A LEP demonstra possuir caráter garantista, sendo este identificado primeiramente na sua exposição de motivos – a qual acompanhou o respectivo Projeto, apresentado pelo Ministro da Justiça à época, Ibrahim Abi-Ackel, e que já traçava a preocupação com a proteção dos direitos não atingidos pela sentença condenatória.

Na exposição de motivos, demonstra-se o anseio por finalmente se elaborar uma legislação federal para regulamentar a execução da pena, a qual não deveria, ante a existência de um Código Penal unitário, ser regida por normas regionais. Alguns itens da própria Exposição de Motivos à LEP (BRASIL, Poder Executivo, 1983), podem ser destacados, para que se demonstre seu caráter garantista, quais sejam:

- a) o Poder Executivo declina-se ao princípio de que a pena deve realizar a proteção dos bens jurídicos ao mesmo tempo da reintegração do agente à comunidade - item 14;
- b) Vincula-se o conteúdo do Projeto ao objetivo de proibir que o excesso ou desvio na execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal - item 19;
- c) Põe-se como cerne da luta contra os efeitos degradantes do aprisionamento a garantia jurídica dos direitos do condenado - item 65;
- d) Aponta-se uma possível “hipertrofia da punição”, através da restrição de direitos além daqueles cerceados pela sentença condenatória, como poderoso fator de reincidência -item 20 - e, nesse sentido, afirma-se ainda que o resguardo destes direitos deveria iluminar todo o procedimento de execução - item 66; e
- e) Reproduz-se a garantia constitucional – presente já na Carta Constitucional de 1967, então vigente – de respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios - item 67.

Segundo Dotti, que compôs a comissão que elaborou o Anteprojeto da LEP, o diploma normativo procurava vencer a “desobediência secular” da Administração no tocante à provisão de estabelecimentos e serviços penitenciários (2003, p. 4). Com a LEP, pela primeira vez havia na realidade do ordenamento jurídico brasileiro um diploma normativo específico para regular, com natureza e características de uma codificação, os problemas da execução penal. Dotti ainda afirma que, associada a referida lei às disposições acerca da proteção da pessoa presa, disciplinadas na posterior Constituição de 1988, não haveria vazios legislativos quanto ao panorama dos direitos humanos garantidos às pessoas encarceradas (2003, p. 8).

Outra característica atribuída à LEP, esta apontada por Kuehne, é a diluição da responsabilidade na execução da pena entre todos e os problemas decorrentes daquela, segundo o autor, não seriam referentes tão somente aos Poderes Judiciário e Executivo, mas sim a toda a sociedade, a qual deve ser mobilizada em relação à reintegração social daquele que cumpriu a pena (2011, p. 35-36). As responsabilidades atribuídas pela execução penal não podem ser, conseguinte, tidas como ilhas isoladas:

Não basta, assim, a administração pública (atualmente nos níveis federal e estaduais) dispor de estabelecimentos adequados, aparelhados com tecnologia recomendada e dotados de pessoal em número recomendável às diferentes atividades, acaso o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Defensorias Públicas não respondam, convenientemente, aos reclamos que ecoam dos cárceres visando que os direitos sejam assegurados (KUEHNE, 2011, p. 35-36).

No tocante à estrutura de alocação dos presos no cárcere, em primeiro lugar, é

imperioso destacar que a LEP, além de delimitar que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade” (Art. 85) e atribuir ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP a fixação do limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades, adota a regra da cela individual (Art. 88), esta última devendo apresentar requisitos básicos de salubridade e de área mínima de 6 m<sup>2</sup> (seis metros quadrados), fixados pela própria lei.

No tocante a essa última regra, destaque-se que, observando a realidade nacional, o CNPCP propôs, através da Resolução n.º 2 de 15 de setembro de 2005, a alteração do art. 88 da LEP, permitindo que os presos pudessem ser alojados em celas coletivas, com no máximo seis pessoas (KUEHNE, 2011, p. 288).

Ainda no que concerne à lotação das celas, a LEP ainda traz ressalva no tocante ao compartimento individual, prevendo (art. 92) que o condenado poderá ser alojado em cela coletiva, desde que observados os requisitos de salubridade, seleção adequada dos presos e o limite de capacidade máxima que atenda à individualização da pena.

A LEP também prevê a competência do Juiz da execução para determinar a interdição, parcial ou total, do estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da lei (art. 66, VIII).

Ao final, a citada norma – editada, repita-se, em julho de 1984 – delimitava o prazo de seis meses, a partir da respectiva publicação, para que as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetassem a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais nela previstos (Art. 203, § 1º). No mesmo dispositivo que determina a adaptação à nova lei, a norma prevê que a inobservância injustificada, pelas unidades federativas, das imposições ali estabelecidas, implicaria na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

## **2 O PROBLEMA DA (NÃO) EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

O maior obstáculo à concretização dos direitos fundamentais não atingidos pela sentença condenatória, segundo Dotti, seria a resistência dos órgãos públicos e entidades, os quais seriam indiferentes à causa da parcela de cidadãos que se encontram nas prisões (2003, p. 8).

No tocante à aplicação prática do princípio da humanização da pena, garantido

constitucional e ordinariamente, o posicionamento de Nucci dialoga com o de Dotti, porquanto aquele afirma que o Estado não dispensa a devida atenção ao sistema carcerário há algumas décadas, “permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto” (NUCCI, p. 999).

Percebe-se que a violência manifestada através das instituições apresenta-se como obstáculo para a efetivação dos direitos fundamentais garantidos ao preso. O Estado, através do sistema carcerário, apresenta-se como um grande dizimador de vidas.

Nesse sentido, comumente cita-se o episódio do Massacre Carandiru, ocorrido em outubro de 1992, quando 111 (cento e onze) detentos foram mortos em ação que buscava retomar o controle da penitenciária após uma rebelião. Anos depois, tornou-se emblemático o conjunto de eventos ocorridos em maio de 2006, quando o grupo criminoso conhecido como Primeiro Comando da Capital – PCC organizou rebeliões simultâneas em diversos presídios do Estado de São Paulo e coordenou ações de violência que resultaram no assassinato de 40 policiais e agentes carcerários. A resposta policial à violência organizada pelo PCC acarretou a morte de 124 pessoas supostamente ligadas ao grupo (NATALINO et al., 2010, p. 104).

Ainda que se ressalte à memória episódios fartamente explorados pela mídia quando se discute violência praticada pelo Estado, não se pode esquecer que, segundo apontam especialistas, a violência institucionalizada muitas vezes é progressiva e silenciosa. Em entrevista, Bruno Shimizu, defensor público e coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, afirmou que à época da chacina do Carandiru – que teve apontada como uma das suas causas a superlotação carcerária - as condições de encarceramento ainda eram melhores que nos dias atuais, tendo em vista que nos últimos dez anos o Brasil quadruplicou sua população carcerária (PRISÕES..., 2013).

A respeito das mortes dentro do cárcere, aduz o defensor público na reportagem que “temos um massacre do Carandiru a cada três anos no Brasil”. Nesse sentido, afirma que, em números não oficiais, cerca de 120 pessoas morrem dentro de penitenciárias brasileiras a cada três anos, de 1992 até hoje, vítimas tão somente da violência das forças de segurança (PRISÕES..., 2013).

Como dito, a Constituição de 1988 apresentou a característica de alçar à categoria de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana. Não obstante a importante conquista para os direitos fundamentais que tal fato alcançou, não se deve concluir que a mera disposição constitucional nesse sentido trouxe

mudanças concretas no tocante à violência institucionalizada. O debate acerca da violência estatal não se arrefece, portanto, com a redemocratização do país.

## **2.1 Da presença (ou ausência) estatal no ambiente do cárcere: da “sociedade disciplinar” à realidade prisional “indisciplinar” brasileira**

Foucault, em *Vigiar e Punir*, define a instituição-prisão como a forma geral de uma aparelhagem para deixar os indivíduos “dóceis e úteis”, através do controle de seus corpos, concebida como tal mesmo antes que a lei definisse a prisão como pena por excelência (FOUCAULT, 2010, p. 217). Foucault delinea a prisão como significante instrumento da “sociedade disciplinar”, esta última surgindo como corolário da sociedade capitalista e contra qual a obra se insurge. Segundo sua concepção do cárcere, a prisão, germinalmente, deve ser um aparelho disciplinar exaustivo em vários sentidos:

(a prisão) deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é “onidisciplinar”. (FOUCAULT, 2010, p. 222)

Segundo o que se infere das teorias utilizadas por Foucault acerca da instituição-prisão, o Estado deveria estar presente dentro do cárcere, de modo a individualizar o prisioneiro do mundo exterior e dos demais detentos, este último isolamento tendo a finalidade de suprimir complôs e revoltas que se poderiam formar através da cumplicidade entre os detentos. A prisão deveria também ser, além de local de execução da pena, local de observação, pela sociedade disciplinar, dos indivíduos apenados, tanto no próprio sentido de vigilância quanto numa espécie de “mapeamento” do detento, de seu comportamento e de sua progressiva melhora.

No entanto, quando transportamos a concepção de sistema prisional exposta e criticada por Foucault para o contexto brasileiro percebemos que a prisão como instrumento de concretização da ação de “vigiar” da sociedade disciplinar falha em seu princípio embrionário: no controle estatal dentro do cárcere.

Nesse sentido, promovendo uma releitura de *Vigiar e Punir*, Oliveira traz a tese de que, no Brasil, viveríamos numa “sociedade indisciplinar” (2011, p. 334), em relação a qual a famosa e consagrada obra do filósofo francês deveria ser aplicada com cautelas.

A diferenciação entre as prisões de ambas as realidades pode ser resumida pela presença – ou ausência, como no caso brasileiro – do aparato estatal dentro do cárcere. O

Estado, na realidade das penitenciárias do País, faz-se ausente na consecução da pena, fato que, conforme aponta Oliveira, é inerente tanto ao histórico prisional brasileiro quanto a seu atual quadro. Nesse sentido, afirma:

Sob o risco de me repetir, assinalo que, diferentemente do que ocorreu na Europa, não tivemos aqui uma sociedade disciplinar – ou “civilizada”, no termo de Elias, ou “apaziguada”, como quer Chesnais –, mas uma sociedade violenta, uma sociedade onde nunca houve a universalização da escola, onde os aparelhos da justiça penal sempre foram brutais e muito pouco eficazes, para dizer o mínimo, e onde, finalmente, uma imensa força de trabalho, miserável e informal, não possibilitou – e possibilita cada vez menos, em um planeta dominado pela revolução tecnológica e pela globalização – a constituição de um mundo do trabalho hegemonicamente enquadrado pelo dispositivo da fábrica. (OLIVEIRA, 2011, p. 334)

A perspectiva “indisciplinar” dos instrumentos estatais se manifestaria, portanto, nas prisões, onde fatores como as rebeliões, a superlotação e até mesmo a própria incapacidade de isolamento do preso do “mundo exterior” demonstram que o Estado não se faz ali presente. Conclui-se que, além de não se fazer presente como manutenção da “disciplina”, o aparato estatal também não se faz presente como garantidor de direitos fundamentais à população carcerária.

## **2.2 A superlotação nos estabelecimentos carcerários brasileiros**

A questão da superpopulação carcerária remete a épocas remotas da história das prisões brasileiras. Nesse sentido, cite-se estudo de Koerner que toma como ponto de partida as características institucionais na Casa de Correção da Corte (CCRJ), criadas com o advento da República. Narra o autor que antes do advento do novo Estado que se consolidava com a independência de Portugal, as cadeias eram administradas pelas Câmaras dos municípios e, em descrição sucinta, consistiam em “depósitos de pessoas”, sem condições de higiene, nas quais eram recolhidos e alocadas na mesma sala indivíduos que respondiam a processo criminais, que cumpriam penas cíveis, escravos fugidos (ou indivíduos sobre os quais incidia a suspeita de o serem), além de todas as pessoas que o poder público retirava do convívio social, como “vadios, loucos, índios, prostitutas, bêbados etc.” (KOERNER, 2006, p. 209).

Desde o período posterior a 1822, descreve o autor que a situação das cadeias públicas, ao longo do século XIX, assim como as penitenciárias situadas em algumas capitais, não tinham condições sanitárias melhores, embora nestas últimas já se ensaiasse a separação entre os presos (KOERNER, 2006, p. 209-210).

Em 1833, o governo imperial tomava as providências para a construção de uma Casa

de Correção da Corte, a qual pretendia ser uma construção de estilo panóptico<sup>3</sup>, mas que teve seu resultado diferente do planejado. Relata ainda que a CCRJ durante sua existência passou a receber presos de todo tipo, em decorrência do excesso de lotação nas outras prisões da cidade. Citando registros da época, descreve também que, em decorrência das instalações inadequadas da prisão, considerava-se que “a condenação a uma pena maior de dez anos equivalia a uma sentença de morte” (KOERNER, 2006, p. 214).

O autor narra inclusive a formação de uma Comissão em 1874 que, preocupada com a estrutura da casa de detenção, propunha melhorias nas condições de encarceramento com a finalidade de reduzir o sofrimento e a mortalidade dos presos (KOERNER, 2006, p. 215).

Segundo estudo de Clarissa Nunes Maia acerca da Casa de Detenção do Recife, a qual teve sua construção concluída em 1867, não se cumpria o regulamento que determinava a separação dos indivíduos por “classes”, em virtude da superlotação (2009, p. 120). Reproduz a autora registros de que condenados a penas de galés (trabalhos forçados) perpétuas eram abrigados na mesma cela que detentos em processos e presos correccionais. Alude também ao registro de cela com capacidade para cinco pessoas abrigando 28 (vinte e oito) mulheres, dentre estas últimas havendo processadas, condenadas, presas correccionais e enfermas (MAIA, 2009, p.120).

No século subsequente e no momento presente, o quadro de insalubridade, superlotação e desrespeito aos direitos mais básicos dos presos persiste.

Um importante documento acerca da situação dos presídios consiste no Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário, de junho de 2008, Comissão Parlamentar de Inquérito esta que teve como motivação para sua instauração as condições precárias apresentadas na realidade do cárcere brasileiro, dentre elas a superlotação. A CPI apresentou como objetivos investigar a real situação do sistema carcerário, aprofundar o estudo acerca de suas causas e consequências, verificar o cumprimento ou não dos direitos dos presos, apurar as denúncias realizadas e apontar soluções e alternativas aptas a humanizar o sistema (BRASIL, Congresso

---

<sup>3</sup> Definição do sistema panóptico, extraída da obra de Foucault: “O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções — trancar, privar de luz e esconder — só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha” (FOUCAULT, 2010, p.190).

Nacional, 2009, p. 41).

O relatório final da CPI dedica uma seção inteira à superlotação carcerária, a qual o próprio relatório nomeia de “inferno em carne viva” (BRASIL, Congresso Nacional, 2009, p. 219). A Comissão salienta, primeiramente, quanto a esse aspecto, que considera que o ideal seria a organização dos presos em celas individuais, dentre outras razões, para evitar violências e abusos sexuais que geralmente são praticados no interior das celas.

Descrevendo as vistorias das prisões pela CPI, o relatório descreve que a superlotação atinge a grande maioria dos estabelecimentos prisionais, sendo raras as unidades que respeitam a capacidade inaugural ou projetada do presídio. Ainda denuncia a gravidade da superlotação das cadeias públicas e delegacias de polícia, que estariam abrigando indevidamente presos para cumprimento de pena (BRASIL, Congresso Nacional, 2009, p. 243).

A CPI considera que a superpopulação seria talvez “a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”, constituindo assim no seu principal problema, posto que as celas superlotadas ocasionam “insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana” (BRASIL, Congresso Nacional, 2009, p. 247).

Além de violar disposições expressas do ordenamento jurídico pátrio, as celas superlotadas, as quais se tornaram regras nos ambientes penitenciários brasileiros, violam os mais básicos direitos inerentes à pessoa humana.

### **3 DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DA SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA**

Diante dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa presa frente à superlotação carcerária, a presente pesquisa pretende analisar os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando da apreciação do pedido de condenação do Estado ao pagamento de danos morais individuais a presos submetidos a celas superlotadas.

Aqui não se pretende analisar as decisões pelo viés do Direito Administrativo ou do Direito Civil, ainda que se esteja discutindo a possibilidade de pagamento de danos morais em decorrência da atuação estatal, mas sim problematizar a como o Poder Judiciário, aqui representado pelo STJ, interpreta a possibilidade de se exigir, a partir de demandas individuais, uma contraprestação por um quadro de superlotação carcerária. Essa análise demanda a problematização de dois temas caros à questão dos direitos fundamentais e da

dignidade da pessoa humana, quais sejam: o mínimo existencial e a reserva do possível, que serão relacionados à temática da superlotação carcerária em sucessivo.

Retornando à análise jurisprudencial, a primeira e a segunda turmas do STJ, a partir do ano de 2008, apreciaram demandas recursais as quais discutiam a possibilidade de condenação do Estado ao pagamento de danos morais a presos individualmente considerados, os quais, enquanto tinham sua liberdade cerceada pelo Estado, foram submetidos a estabelecimentos prisionais superlotados.

As decisões aqui estudadas foram levantadas por meio de busca com as palavras-chave “superlotação” e “dano moral” no sítio oficial do STJ<sup>4</sup>. Dentre as decisões encontradas, selecionou-se as que contemplavam o pedido de pagamento de dano moral individual em decorrência de ter sido o preso submetido a cela superlotada. Chegando a esse número, restringiu-se ainda mais as decisões analisadas, posto que não foram considerados na pesquisa decisões decorrentes de recursos interpostos antes as próprias decisões do Tribunal que não foram conhecidos pelo Tribunal, assim como embargos declaratórios rejeitados.

Além disso, em parte das decisões proferidas, o STJ não apreciou o mérito da demanda por considerar que o Tribunal de origem teria embasado sua decisão em dispositivos constitucionais, o que afastaria a competência da Corte Superior de Justiça para julgamento dos respectivos recursos. Parcela das decisões se posicionou no sentido de que a apreciação do deferimento da indenização dependeria de reexame do arcabouço fático-probatório dos autos em virtude da Súmula n.º 7 do próprio STJ<sup>5</sup>, não tendo entrado consideravelmente na discussão aqui exposta. Em ambos os casos as decisões não foram aqui contempladas.

Após tais escolhas metodológicas, são analisadas a seguir decisões – selecionadas por serem bastante representativas das decisões diametralmente opostas do STJ - referentes aos Recursos Especiais n. 870.673-MS e n. 873.039-MS, favoráveis à tese que preconiza a condenação discutida e duas decisões relativas ao Recurso Especial n.º 962.934-MS, sendo que uma das decisões se trata do acórdão que propriamente o julgou e outra diz respeito a embargos de divergência interpostos no bojo do referido recurso.

### **3.1 Dos fundamentos das decisões proferidas pelo STJ**

Dentre as decisões proferidas pelo STJ a respeito da matéria, identificam-se duas nas

---

<sup>4</sup> Endereço eletrônico: <http://www.stj.jus.br>.

<sup>5</sup> **Súmula nº 7:** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1990).

quais o STJ, mantendo decisão proferida pelo TJMS, posicionou-se no sentido de que é devido o pagamento de indenização a título de danos morais a indivíduos que foram alocados em celas superlotadas. Ambas foram proferidas no ano de 2008 e são concernentes aos Recursos Especiais n. 870.673-MS (BRASIL, STJ, 2008a) e n. 873.039-MS (BRASIL, STJ, 2008b), exaradas pela Primeira Turma do Tribunal e relatadas pelo Ministro Luiz Fux. As duas decisões se assemelham bastante, o que torna possível uma análise conjunta.

Em ambos os casos restou comprovado que os presos foram abrigados em celas que suportavam um número de pessoas bastante além das suas capacidades. Como narrado nos respectivos acórdãos, enquanto o autor da primeira demanda encontrava-se recluso em carceragem, desde 08/12/2003, em cela com mais de 100 (cem) presos, ao passo que a capacidade estipulada como razoável para o local era de 12 (doze) pessoas (BRASIL, STJ, 2008a, p. 6), o segundo demandante foi mantido preso recluso, desde 02/06/2001, em estabelecimento que contava com 370 (trezentos e setenta) indivíduos, não obstante o local ter capacidade para abrigar apenas 130 (cento e trinta) presos, demonstrando o déficit de 240 (duzentas e quarenta) vagas (BRASIL, STJ, 2008b, p. 1).

Nas decisões, a Primeira Turma da Corte, à unanimidade, identificou a negligência estatal nos fatos apreciados pela instância de origem, o que, consoante se infere da decisão, concretiza a culpa por parte do Poder Público e enseja a pretensão ressarcitória, com base da responsabilidade civil do Estado. Afirmou-se ainda, em ambas decisões, que o Estado transgrediu seus deveres no tocante ao respeito da dignidade da pessoa humana, tornando inequívoca a responsabilidade estatal, tanto no patamar civilista quanto no constitucional. Concebendo os parâmetros de “exemplariedade e solidariedade” da condenação a título de danos morais, manteve a Corte a decisão recorrida no que tocava à condenação do Estado, em ambos os casos, ao pagamento de indenização no valor de 02 (dois) mil reais em cada demanda, a título de danos morais.

Existem duas decisões nas quais o STJ se manifestou de maneira oposta à tese defendida pela Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul. Ambas dizem respeito ao Recurso Especial n.º 962.934-MS (BRASIL, STJ, 2011a).

A primeira delas representa o julgamento do Recurso Especial interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul ante o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado o qual decidiu, por maioria e vencido o relator, que as condições a que o autor da demanda estava submetido no estabelecimento prisional acarretariam direito à concessão de indenização relativa a danos morais, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), mais juros de mora à taxa de 1% ao mês, enquanto a outra decisão foi proferida em sede de embargos de divergência

opostos ante àquela.

O primeiro acórdão a ser analisado emanou do julgamento do recurso especial interposto pela Primeira Turma do STJ. De relatoria do Ministro Herman Benjamin, o acórdão foi publicado em março de 2011 e reformou o acórdão proferido pela segunda instância estadual.

A justificativa utilizada para a reforma do acórdão do TJMS cingiu-se principalmente à suposta inocuidade que concessão de indenizações a presos individualmente considerados apresentaria para melhoria do sistema carcerário. Colaciona-se a seguir trecho da ementa do julgado em comento:

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. (BRASIL, STJ, 2011a, p. 1)

Apesar dessas afirmações, a Turma ainda afirma, no acórdão, que não se trata de aplicação da cláusula da reserva do possível:

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. (BRASIL, STJ, 2011a, p. 1)

Cumpre salientar que o acórdão afirma ainda que os precedentes que responsabilizaram o Poder Público por mortes de detentos não podem ser comparados à demanda ali apreciada, posto que não se poderia “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” (BRASIL, STJ, 2011a, p. 1).

O STJ aduziu que a decisão colegiada proferida pelo TJMS, então recorrida, apesar de ter se pautado, principalmente, pelos princípios da dignidade da pessoa humana e a violação do mínimo existencial, estaria eivada de desproporcionalidade e desarrazoabilidade (p. 6). No voto condutor, o Ministro Relator afirma que se observava contradição entre as

premissas utilizadas pela decisão colegiada ante a qual foi interposto o recurso especial, quais sejam: “a) deve haver indenização com função pedagógica, para fins de melhoria do sistema carcerário, e b) há necessidade de apaziguar o sofrimento do recorrido de modo pecuniário” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011, p. 7), remetendo novamente ao cerceamento de recursos destinados ao sistema carcerário que o pagamento de tais indenizações acarretaria. Nesse sentido, ainda se manifestou:

A permitir tal entendimento, estar-se-ia admitindo um papel absurdo do Estado como segurador universal: ou seja, sempre que algum serviço público essencial do Estado for falho – e isso é uma realidade nacional, não apenas "privilégio" do Estado recorrente –, em vez de uma solução global e racional, com medidas planejadas estrategicamente a médio e longo prazo, buscar-se-á uma saída "meia-sola" (de preferência financeira), sem a menor repercussão na melhoria do sistema como um todo (BRASIL, STJ, 2011a, p. 8).

Diante da decisão acima comentada, a parte recorrida – originalmente demandante – opôs Embargos de Divergência, sustentando que o tal acórdão havia divergido do entendimento da Primeira Turma do Tribunal manifestado através dos julgamentos do Recurso Especial n.º 870.673-MS, já mencionado, e do Recurso Especial n.º 1.051.023-RJ (BRASIL, STJ, 2009)<sup>6</sup>.

Tais Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 962.934-MS (BRASIL, STJ, 2012), foram julgados pela Primeira Seção do STJ e tiveram provimento negado, por maioria. O fundamento utilizado foi semelhante ao do acórdão embargado. O novo acórdão assim se posicionou em sua ementa:

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 e 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. (BRASIL, STJ, 2012, p. 1-2)

Em suma, afirma-se que buscar a reparação de um dano coletivo através do pagamento de indenizações individuais somente agravaria o problema da coletividade.

---

<sup>6</sup> Não se considerou o julgado do Recurso Especial n.º 1.051.023/RJ dentre as decisões examinadas no presente artigo por escolha metodológica, tendo em vista que o acórdão não tratar isoladamente da questão da superlotação carcerária, mas sim de outros problemas enfrentados pelo preso demandante.

### 3.2 Breve análise das decisões proferidas pelo STJ

Consoante se observa dos julgados acima citados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não tem posicionamento uniforme acerca da matéria. Enquanto no ano de 2008 manifestou-se favorável ao pleito ressarcitório, no ano de 2012 posicionou-se em sentido oposto. Cite-se também que, nesse interregno, houve decisões que, apreciando tese idêntica à anteriormente citada, consideraram que a matéria não poderia ser julgada por via de recurso extremo por envolver matéria probatória - encontrando óbice processual na Súmula n.º 7 do STJ - ou por tratar de matéria constitucional.

Uma característica marcante das decisões é o fato de todos terem sido julgadas pela Primeira Seção do Tribunal. Tal competência, de fato, está de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, porém é válido ressaltar que são ambas turmas com menor experiência penal<sup>7</sup>, posto que especializadas em outros ramos jurídicos. A distribuição do feito pela matéria (Responsabilidade civil do Estado) acarretou na realização do julgamento do pleito por Turmas que, via de regra, não possuem contato mais estreito e habitual com o sistema punitivo.

É importante citar também que as decisões que apreciaram a matéria e se posicionaram contrariamente à tese da Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, apesar de enfaticamente afirmarem que não se tratava de aplicação da cláusula da reserva do possível, mas sim de uma questão de “lógica”, não deixam que se afaste da interpretação de que se trata efetivamente da utilização da referida cláusula.

Isso porque, considerando a cláusula da reserva do possível como a tese que justifica as limitações das prestações estatais a um parâmetro de razoabilidade orçamentária, a partir do momento em que a Corte Superior afirma que não é dotado de lógica o pagamento de dano moral individual por dano sofrido coletivamente, posto que tal indenização oneraria ainda mais o Erário e traria mais danos ao sistema carcerário, está, de fato, limitando a direito do autor ao orçamento, utilizando assim a reserva do possível, o que será melhor explorado adiante.

---

<sup>7</sup> “Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. § 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: I - licitações e contratos administrativos; II - nulidade ou anulabilidade de atos administrativos; III - ensino superior; IV - inscrição e exercício profissionais; V - direito sindical; VI - nacionalidade; VII - desapropriação, inclusive a indireta; VIII - responsabilidade civil do Estado; IX - tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios; X - preços públicos e multas de qualquer natureza; XI - servidores públicos civis e militares; XII - habeas corpus referentes às matérias de sua competência; XIII - benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes do trabalho; XIV - direito público em geral (...)”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011b).

Outro fator que corrobora com o aqui defendido foi o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário 580.252-MS<sup>8</sup> da Repercussão Geral da matéria expressamente associando a pretensão de dano moral à cláusula da reserva do possível:

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. (BRASIL, STF, 2011)

Ante todo o exposto, restringe-se a questão discutida à contraposição da reserva possível ao pagamento, pelo Estado, de dano moral ao preso submetido à cela superlotada.

### **3.3 Considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana *versus* cláusula da reserva do possível e insuficiência orçamentária**

Como já afirmado anteriormente, defende-se que o argumento predominantemente utilizado para afastar as condenações do Estado por danos morais em comento consistiu na aplicação da cláusula da reserva do possível, que significava originalmente, segundo o Tribunal Constitucional Federal Alemão, naquilo “que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade” (ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, 1972).

A referida cláusula é frequentemente invocada quando se pleiteia alguma prestação estatal. Por conseguinte, a cláusula é utilizada frequentemente em relação aos direitos prestacionais sociais, os quais, por sua própria natureza demandam uma atuação positiva do Estado para realizá-los.

É importante destacar que, na situação aqui estudada, não se discute a prestação de um serviço a uma pessoa individualmente considerada, mas sim se problematiza a possibilidade de pagamento de indenização pela falha na manutenção de um sistema carcerário que respeite direitos fundamentais e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

Por questionar a possibilidade de pagamento de indenização, à primeira vista poder-se-ia interpretar que a discussão nas demandas aqui estudadas não se assemelharia aos casos nos quais se discute a aplicação da cláusula da reserva do possível, tendo em vista que não se trata diretamente da exigência, por meio do aparato jurisdicional, de prestação estatal.

---

<sup>8</sup> Até 29 de julho de 2014 o referido Recurso Extraordinário não havia sido julgado.

No entanto, por consistir em discussão a respeito da possibilidade de se exigir um conjunto de prestações (ou políticas) públicas e, diante da ausência dessa prestação, acerca da possibilidade de demandar do Estado indenização pelos respectivos danos morais, a discussão de fato diz respeito ao liame entre a exigência de prestações individuais e o respectivo efeito na coletividade.

A aplicação da cláusula da reserva do possível às ações nas quais se pleiteia a indenização a título de danos morais a presos em virtude da superlotação consiste na utilização do argumento de que, diante da realidade caótica do cárcere, não se pode exigir que o Poder Público arque com indenizações individuais em virtude dos problemas decorrentes da superlotação.

A tese da reserva do possível, de acordo com o que se infere da doutrina e jurisprudência pátrias, sofreu uma ressignificação quando aplicada no Brasil, em relação a seu conceito originalmente concebido pela Corte Alemã. Isso porque se pode considerar que em determinados momentos a verificação da disponibilidade de recursos do Erário para promoção dos direitos pleiteados torna-se argumento central da reserva do possível, em detrimento da proporcionalidade e da razoabilidade da demanda postulada pelo particular em face do Poder Público, a qual consistia na preocupação inicial da Corte Alemã (MOREIRA, 2011, p. 85).

A esse respeito, Moreira traça sua análise crítica:

De fato, entendemos que a escassez de recursos deve ser reconhecida como elemento central na definição da reserva do possível. No entanto, não pode ser considerada de forma isolada, alheia à razoabilidade e à proporcionalidade, especialmente quando se pretende tornar viável a argumentação da Administração Pública em demanda judiciais que envolvam a concretização de direitos sociais prestacionais. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a escassez de recursos é elemento inerente ao conceito de reserva do possível, ao passo que a proporcionalidade e a razoabilidade são inafastáveis quando se trata da aplicação da reserva do possível ao caso concreto (2011, p. 85).

Resumidamente, a proporcionalidade busca proibir o excesso na arguição, pelo Poder Público, da reserva do possível, a qual não pode ser levantada em toda e qualquer hipótese na qual haja insuficiência de recursos (MOREIRA, 2011, pp. 138-144). A razoabilidade, por sua vez, pode ser definida como uma espécie de “bom senso” a ser aplicado ao caso concreto. A alegação da reserva do possível, pela Administração, deve ser atrelada à razoabilidade, ao bom senso, à gestão adequada de recursos; o particular, por sua vez, não poderá onerar o Estado além das possibilidades e condições do Poder Público (MOREIRA, 2011, pp. 145-148). Razoabilidade e proporcionalidade representam restrições à reserva do possível, ao mesmo tempo em que delimitam também as pretensões dos particulares; ambas, quando aplicadas à demanda concreta, balizam os limites de validade da

reserva do possível (MOREIRA, 2011, p. 151).

Ao lado da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser observado como limite da aplicação da reserva do possível também o denominado mínimo existencial. Este último corresponde a um núcleo essencial de cada direito fundamental que deve ser garantido.

O conceito de direito fundamental possui uma relação estreita com a dignidade da pessoa humana, como já citado. A dignidade humana, por sua vez, possui uma estreita relação com o mínimo existencial, o qual consiste em um núcleo de direitos que não pode sofrer restrições orçamentárias. O mínimo existencial, sob determinada perspectiva, possui estreita relação com a dignidade da pessoa humana, uma vez que, como mencionado anteriormente, a dignidade da pessoa humana seria o corolário do qual emanam os direitos fundamentais, representando o conteúdo primeiro destes últimos, consistindo assim o principal fator de delimitação do mínimo existencial.

Nesse sentido, tem-se que

para uma parcela significativa da doutrina, que adota a teoria absoluta, a dignidade humana consistiu o próprio núcleo intangível dos direitos fundamentais. Noutras palavras, o mínimo existencial corresponde ao conteúdo irredutível de dignidade humana presente nestes direitos (MOREIRA, 2011, p. 173).

Na esteira desse raciocínio, quando violadas a razoabilidade e a proporcionalidade em restrições a direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana seria sobreposta ao ato violador do direito, posto que delimita materialmente as restrições estatais aos direitos fundamentais.

É importante ressaltar também que o mínimo existencial deve ser delimitado e acordo com histórico-social no qual se insere. Isso porque o próprio conceito de dignidade para determinada realidade social não corresponde necessariamente ao mesmo em outro contexto.

Dessa feita, avaliar se o Poder Público está agindo proporcional e razoavelmente no tocante a restrições a direitos fundamentais, assim como verificar se a Administração está garantindo aos administrados o mínimo existencial, consiste também em averiguar qual o patamar mínimo que o Poder Público, naquele contexto, pode oferecer. Destaque-se ainda que “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

O mínimo existencial, sendo intransponível por garantir a dignidade humana, possui o papel de restrição à reserva do possível, fazendo com que haja limites na arguição, pela Administração, da existência de entraves financeiros para a realização de determinadas

prestações.

### **3.4 Indenização, orçamento e ônus ao Erário**

Quanto ao tema ora estudado, é necessário questionar se o preso que demanda indenização a título de danos morais estaria onerando desproporcional e desarrazoadamente o Estado. Ao mesmo tempo, deve-se avaliar se utilizar o argumento de que o pagamento, pela Administração, de danos morais individuais em virtude da superlotação carcerária agravaria a situação do sistema carcerário, o qual já se encontraria carente de recursos, não seria excesso na utilização da cláusula da reserva do possível.

As decisões estudadas adotam a ideia de que, em virtude da conjuntura do cárcere na realidade brasileira, não seria possível demandar do Estado, pela via judiciária, o pagamento de indenizações individuais, posto que há a necessidade de o Poder Público realizar investimentos no sistema carcerário e o pagamento desses valores oneraria ainda mais o Estado. Os efeitos nos cofres públicos seriam ainda mais significativos caso se multiplicassem as demandas dessa natureza.

Diante dessas considerações, cabe ainda realizar uma melhor análise da situação fática e da possibilidade de aplicação da reserva do possível.

As demandas que ensejaram os acórdãos ora estudados afirmam a existência do dano moral a presos submetidos a estabelecimentos superlotados e, com base na existência desse dano imaterial, pleiteiam indenização a ser paga por quem teria dado causa ao dano, ou seja, o Poder Público. A discussão demanda que se verifique se o STJ, baseado em argumento de insuficiência de recursos, pode eximir o Estado do pagamento da indenização.

Retomando o já exposto: identificou-se, no presente estudo, que o argumento utilizado seria o da reserva do possível. A apreciação das razões de decidir do STJ quando à negativa do pagamento da indenização aos presos faz com que surja o seguinte questionamento: as demandas se encaixam, de fato, na hipótese de aplicação oportuna da cláusula?

Em primeiro lugar, cumpre destacar que nas demandas ora estudadas o Poder Judiciário não foi acionado para determinar que o Estado promova políticas públicas para executar os meios necessários à garantia da dignidade da pessoa humana no âmbito da alocação de presos nos estabelecimentos carcerários. Tampouco se demandou do Estado a destinação de recursos para prover condições carcerárias numericamente dignas a presos específicos, fato que se assemelharia às demandas nas quais se “judicializa” a saúde e se

concede, a pacientes individualmente considerados, tratamentos e medicamentos além do orçamento público ou não fornecidos ordinariamente pelo Sistema Único de Saúde.

O Poder Judiciário, em tais casos, é provocado para cumprir o papel de analisar a possibilidade de pagamento de indenização pelo Estado e, no âmbito dessa apreciação, adentra na análise da possibilidade orçamentária do Poder Público para arcar com as indenizações. Trata-se da aplicação da regra da reserva do possível na medida em que se tenta aferir se, diante da situação do cárcere no País, se pode exigir que o Estado obedeça aos parâmetros traçados pela legislação vigente e aos princípios concernentes à lotação carcerária.

Nesse âmbito, cabe apreciar o argumento de que a indenização individual ensejaria a retirada de recursos para melhoria do sistema carcerário. De fato, quando se determina ao Estado que se pague determinada quantia a um particular, estar-se-á obviamente onerando o Erário e deixando-o, por uma questão de lógica, com recursos a menos. Porém, a práxis judiciária mostra que o pagamento de indenizações relativas à superlotação carcerária não onera direta e necessariamente os recursos relativos ao sistema prisional.

Nesse contexto, cabe lembrar que as verbas às quais o Poder Público é condenado a pagar por meio de sentenças judiciárias são quitadas por meio de precatórios judiciais ou através de requisições de pequeno valor, também conhecidas como RPVs, estas últimas se referindo a valores inferiores a 60 (sessenta) salários mínimos.

O pagamento de precatórios judiciais é realizado em ordem cronológica, na qual é dada preferência aos créditos de natureza alimentar. O valor necessário à respectiva liquidação em cada Tribunal é consolidado e enviado ao Poder Executivo, para que este inclua o valor total no Projeto da Lei Orçamentária Anual a ser encaminhada ao legislativo até o dia 31 de agosto de cada ano, sendo que os Tribunais devem enviar ao Executivo o valor necessário até o dia 1º de julho, enquanto as quantias de pequeno valor são pagas de maneira imediata, custeadas através de fundo orçamentário específico para essa finalidade (SCAFF, 2008, p. 157-158).

Ocorrendo condenações de natureza semelhante à ora discutida, o Erário logicamente verificará a alocação de recursos para o respectivo pagamento, porém não necessariamente serão reduzidos os recursos relativos aos presídios e cadeias estaduais aqui estudados, até mesmo porque a manutenção do sistema carcerário na esfera estadual se dá em grande parte através de recursos transferidos pela União através do Fundo Penitenciário Nacional, o qual não se confunde com os recursos repassados aos Tribunais de Justiça estaduais, pela própria entidade federativa, para o pagamento de precatórios e requisições de pequeno valor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação estatal deficiente na prestação dos serviços relativos ao sistema carcerário ocasiona danos à população submetida ao cárcere. Na discussão acerca do tema, recorre-se à busca pela manutenção da dignidade de pessoa humana e dos direitos fundamentais da pessoa presa não atingidos pela sentença que determinou o cerceamento da sua liberdade. Além disso, problematizou-se a questão de não estar presente o Estado dentro do cárcere para vigiá-lo ou para garantir que direitos sejam respeitados.

Quanto às decisões utilizadas como paradigma na presente pesquisa, ocorre que o STJ, em parte delas, posicionou-se contra a condenação do Estado ao pagamento da indenização a título de danos morais, utilizando como justificativa entraves orçamentários, por considerar que condenações dessa natureza não trariam melhorias ao sistema prisional e onerariam demasiadamente o Erário caso as demandas com as mesmas características fossem ajuizadas e tivessem seus pleitos deferidos.

Conforme se observou, o orçamento, através da aplicação não declarada da teoria da reserva do possível, fez com que o STJ afastasse a condenação do Estado do pagamento da referida indenização em detrimento da importância reparatória e de um possível efeito pedagógico e simbólico da condenação ao pagamento de danos morais.

Percebe-se, mediante a análise feita na presente pesquisa, que a cláusula da reserva do possível – ainda que utilizada de maneira não declarada – nas decisões analisadas se deu através da importação da cláusula alemã de maneira ressignificada; sem que, no entanto, se verificasse o mínimo existencial e, por conseguinte, o núcleo de direitos que por essência não poderiam ser violados.

Conclui-se então que a utilização de um argumento dessa seara – limitação orçamentária, onerosidade estatal - para justificar o não pagamento de uma indenização decorrente de um dano configurado não pode se dar sem a apreciação do mínimo existencial, isto é, sem a verificação acerca de um patamar mínimo a ser oferecido pelo Estado no tocante ao respeito dos direitos fundamentais e dignidade humana.

Isso porque uma análise de restrições orçamentárias sem que se leve em consideração do mínimo existencial correrá o risco de desonerar o Estado de suas obrigações para com os cidadãos, assim como poderá violar, por si só os direitos constitucionalmente assegurados à pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BverfGE 33, 303, de 18 de junho de 1972. *In*: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Leonardo Martins. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **Relatório Final**. Brasília: Edições Câmara, 2009. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi\\_sistema\\_carcerario.pdf](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Jun. 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília – DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Exposição de Motivos nº 213, de 09 de maio de 1983 da Lei de Execução Penal. Brasília - DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B0C1EFF3F-6A4E-4873-A91C-D7EE56806E63%7D>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 962.934–MS. Relator: Herman Benjamin. DJ 03 maio 2011a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Primeira Turma. Recurso Especial nº 870.673-MS. Relator: Luiz Fux. DJ 5 maio 2008a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 25 jul. 2014 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Primeira Turma. Recurso Especial nº 873.039-MS. Relator: Luiz Fux. DJ 12 maio 2008b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Primeira Turma. Recurso Especial nº 962.934-MS. Relator Herman Benjamin. DJ 04 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.136.549-RS. Relator Humberto Martins. DJ 21 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Regimento Interno. 2011b. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/regimento>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. DJ 03 jul. 1990.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580252-MS. Relator Ayres Britto. DJ 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. Institutos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em:  
<[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a\\_pdf/comparato\\_fundamentos\\_dh.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf)>. Acesso em: 2 jul. 2014.

DOTTI, René Ariel. **A Crise do Sistema Penitenciário**. Disponível em:  
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. **Lua Nova**, São Paulo, n. 68, p. 205-242, 2006. Disponível em:  
<<http://www.scielo.br/pdf/ln/n68/a08n68.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MAIA, Clarissa Nunes. A casa de detenção do Recife: controle e conflitos. *In*: MAIA, Clarissa Nunes (Org.). **História das Prisões no Brasil**. v. 2. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 111-153.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NATALINO, Marco A.; ANDRADE, Carla C. de Andrade; DUARTE, Bruno C.; CASTRO, Paulo. Constituição e política de direitos humanos: antecedentes, trajetórias e desafios. *In*: IPEA/ Diretoria de Estudos e Políticas Sociais. Vinte anos de Constituição Federal. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise**, n. 17, vol. 3, 2010, p. 67-131. Disponível em:  
<[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/politicas\\_sociais/bps\\_17\\_vol03\\_diretos\\_humanos.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps_17_vol03_diretos_humanos.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Luciano. Relendo Vigiar e Punir. *In*: **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, n. 2, vol. 4, abr./maio/jun. 2011, p. 309-338. Disponível em:  
<<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas-4-2Art5.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

PRISÕES brasileiras têm um “Carandiru” a cada três anos. **Carta Capital**, 17 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/priso-es-brasileiras-tem-um->

carandiru-a-cada-tres-anos/>. Acesso em: 4 jul. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)> Acesso em: 24 jul. 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149-172.