

Direito Administrativo

Responsabilidade Civil do Estado por Dano Moral e a Questão da Prioridade da Reparação in Natura: em Torno do RE 580.252*

Civil Liability of The State For Moral Damages Caused and The Issue of in Natura Compensation Priority: A Study on The RE 580.252

Rafael Maffini

Responsabilidade Civil do Estado por Dano Moral e a Questão da Prioridade da Reparação *in Natura*: em Torno do RE 580.252*

Civil Liability of The State For Moral Damages Caused and The Issue of *in Natura* Compensation Priority: A Study on The RE 580.252

Rafael Maffini

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor Adjunto de Direito Administrativo e Notarial do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS; Advogado em Porto Alegre; Sócio Diretor do escritório Rossi, Maffini, Milman & Grando Advogados; Juiz Substituto do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em vaga destinada a advogados para o biênio 2016/2018.

Resumo:

O presente artigo aborda o tema da Responsabilidade Civil do Estado por dano moral causado pela manutenção de presos em condições desumanas e degradantes, sob a perspectiva de proposta apresentada pelo Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário 580.252, pelo Supremo Tribunal Federal. Tal proposta, sob a premissa de que a reparação *in natura* predomina sobre a reparação econômica, consiste, em suma, na redução da pena imposta em decorrência das condições desumanas ou degradantes existentes em certas casas prisionais brasileiras. Do cotejo de tal proposta com o sistema jurídico-constitucional vigente, o trabalho indica

uma série de argumentos que culminam por apontar para a inviabilidade de tal solução, a despeito de se reconhecê-la como deveras criativa.

Abstract:

The present article aims to discuss the Civil Liability of the State due to moral damages caused by the act of keeping prisoners in inhuman and degrading conditions. The article takes into consideration the perspective of the proposal presented by Justice Luis Roberto Barroso during the trial RE 580.252 from the Brazilian Supreme Federal Court. Such proposal, which considers that *in natura* compensation prevails over economic repair, consists in the reduction of the penalty

imposed because of inhuman and degrading condition existing in certain prisons in Brazil. From the analysis of such proposal and concerning the current legal and constitutional system, this article shows a number of arguments that point out to the impossibility of applying such solution, regardless of the fact that it can be recognized as a truly creative one.

Palavras-chave:

Responsabilidade civil do Estado. Dano moral por prisão em condições desumanas ou degradantes. Proposta de redução de pena como forma de ressarcimento *in natura*. Análise crítica da proposta apontando pelo seu descabimento.

Key-words:

Civil Liability of the State. Moral damages caused by the act of keeping prisoners in inhuman and degrading conditions. Brazilian Supreme Federal Court. Proposal of reduction of penalty as a way of in natura compensation. Critical analysis of the proposal pointing out to its inapplicability.

1. Notas Introdutórias e Delimitação Da *Quaestio Juris* Do RE 580.252

A análise científica dos fenômenos jurídicos não pode limitar-se à mera reprodução de precedentes exarados pelos tribunais. Neste aspecto, a dogmática do Direito não pode postar-se em condição servil à produção jurisprudencial. De outro lado, afigura-se incogitável que a compreensão do Direito prescindida da análise crítica de tudo o quanto seja produzido pelos tribunais, sobretudo num momento em que se evidencia uma inegável aproximação dos

sistemas de jurisdição da *civil law* e da *common laws*, da qual resulta cada vez mais prestígio à noção de precedentes obrigatórios ou vinculantes.¹ Não merece encômios, pois, a postura de certos setores da doutrina que tratam do Direito como se o mesmo pudesse ser compreendido independentemente da jurisprudência. Impõe-se voltar os olhos para a produção decisória do Poder Judiciário, ainda que para dela se discordar, ou, se for o caso, para se encontrar fundamentos racionais para com ela concordar.

Tal necessidade de se compreender o produto da jurisprudência mostra-se ainda mais evidente quando trata do Supremo Tribunal Federal (STF). Isso porque se afigura apropriado considerar que o Direito e a Constituição são o que as Cortes Constitucionais dizem que são. Tal máxima – referida por Hart² – revela-se absolutamente apropriada num sistema judiciário como o brasileiro, em que o STF é

qualificado solenemente na Carta Política como o “guardião precípua da Constituição”³, possuindo, assim, o mister institucional cometido ao STF de ser o intérprete autêntico da Constituição Federal (CF/88).⁴

De um lado, questões de política judiciária, notadamente aquelas pertinentes ao excessivo volume de demandas que deságuam no Poder Judiciário,⁵ germinam numa inevitável tendência cada vez mais acentuada de concentração decisória de matérias constitucionais no STF, em óbvio detrimento dos mecanismos de controle difuso de constitucionalidade.⁶ Neste particular, o sistema recursal brasileiro reserva em favor do STF o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional. Lembre-se da frase atribuída a Robert Jackson, antigo integrante da Suprema Corte norte-americana pela qual “nós da Suprema Corte não damos a palavra final porque somos infalíveis. Só somos infalíveis porque damos a palavra final”.

1 Vide, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. O preciso diagnóstico deste fenômeno já podia ser encontrado, pelo mesmo autor, em MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e de common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

2 “A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the court was wrong has no consequences within the system: no one’s rights or duties are thereby altered. This leads to another from of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: “The law (or the constitution) is what the court say it is.” (HART, Herbert L.A., The concept of Law, London: Oxford, 1961, p. 138).

3 CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição,

4 Aqui, intérprete autêntico é expressão utilizada no sentido empregado por Kelsen. Verbis: “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é-o a interpretação através de um órgão aplicador do Direito, ainda quando crie Direito apenas uma norma individual ou execute uma sanção” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, trad. João Baptista Machado, 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1979, p. 472).

5 O próprio Poder Público, não se pode olvidar, é um dos principais responsáveis pelo incomensurável número de demandas que vertem ao Poder Judiciário.

6 A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004 (publicada no DOU de 31.12.2004) cristalizou ainda mais tal tendência, ao ampliar ou atribuir vinculatividade às decisões oriundas do STF, especialmente com a redação dada aos Artigos 102, § 2º (“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”) e 103-A (“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”). Antes da EC 45/04, a referida tendência já aparecia na legislação infraconstitucional, especialmente na Lei nº 9.868/99 (Art. 28, § único) e na Lei nº 9.882/99 (Art. 10, § 3º).

Tal frase presta-se a denotar também a realidade brasileira, porquanto o sistema norte-americano a ela se assemelha quanto ao relevante papel de sua Corte Constitucional.

Em solo brasileiro há outro fenômeno, aparentemente ausente em países de mesma estatura e evolução jurídica, que recomenda uma atenção ainda maior às decisões do STF, sobretudo em matéria de Direito Público, especialmente no que tange ao Direito Administrativo. Trata-se do fato de que, ressalvadas elogiáveis exceções, os juízos de primeiro grau, e, em menos medida, os Tribunais de Justiça e Regionais, costumam postar-se de modo deveras conservador em suas decisões, reservando estreme de dúvidas ao STF o papel da vanguarda em temas de Direito Administrativo.⁷

Por fim, o destacado papel do STF no sistema jurídico e

judiciário brasileiro também decorre de uma característica da Constituição vigente, qual seja a de se tratar de uma das mais analíticas da atualidade, decorrente de uma intenção do legislador constituinte de erigir ao plano normativo da Carta Política, uma série de institutos que, em outros países, remanescem presentes somente na seara infraconstitucional.

Dentre esta série de institutos que têm matriz normativa diretamente situada no texto constitucional, encontra-se o tema da responsabilidade civil do Estado, o que se justifica pelo fato de que tal instituto orbita ao redor do disposto no art. 37, § 6º,⁸⁻⁹ da CF/88, sem prejuízo de outros preceitos constitucionais que igualmente versam sobre tal questão (v.g. art. 5º, LXXV)¹⁰. Tal situação explica, pois, a grande quantidade de decisões no STF acerca da responsabilidade civil do Estado, a qual enseja

um balizamento relativamente seguro do modo que o tema vem sendo interpretado pelo Pretório Excelso.

Dentre as várias questões levadas ao STF quanto à responsabilidade civil do Estado, este desprezioso ensaio se debruça sobre a matéria intrínseca ao Recurso Extraordinário (RE) 580.252, cujo julgamento, já iniciado dezembro de 2014 e com voto parcialmente divergente já proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso em 06 de maio de 2015, ainda pende de julgamento por força de um pedido de vista da Ministra Rosa Weber.¹¹ Aliás, este trabalho analisará mais detidamente o elogiavelmente criativo voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso.¹²⁻¹³

Com efeito, o referido RE 580.252 restou interposto, com fundamento na violação ao artigo 5º, III,¹⁴ X¹⁵ e XLIX¹⁶,

7 Não é singela a tarefa de se explicar tal fenômeno, mas intuitivamente parece que o mesmo se justifica na deficitária formação, nos cursos de graduação, de onde os juízes de primeiro grau são mais próximos, no que tange ao Direito Público. Intui-se ser este o motivo porque estes mesmos juízos levam a efeito o papel criativo da formação do Direito, em outras áreas, para as quais os cursos de graduação destinam uma maior atenção, como é o caso do Direito de Família. Já no STF, grande parte de seus integrantes mostra, desde antes do ingresso na Corte, o pleno domínio do Direito Público, sendo que vários deles alcançaram a condição de Ministro após longa trajetória acadêmica e docente, com vasta produção doutrinária.

8 Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

9 Mostra-se adequado afirmar que o art. 37, § 6º, da CF consiste na matriz normativa constitucional da responsabilidade civil do Estado aplicável aos danos causados pelo Poder Público em decorrência do exercício da função estatal de administração pública, não se lhe aplicando, de modo direto e imediato, aos danos eventualmente perpetrados no exercício das funções estatais de legislação e de jurisdição. Não se está a afirmar que em tais casos, de danos emergentes por atividades estatais de jurisdição ou legislação, o Estado restaria imunizado de responsabilidade civil. Ocorre que, nestes casos, os fundamentos constitucionais da responsabilidade civil seriam outros que não aqueles que extraem do art. 37, § 6º. Neste sentido, vide MAFFINI, Rafael. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 262 e 269 a 271.

10 Art. 5º, LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

11 Tal pedido de vista restou justificado pelo fato de que à Min. Rosa Weber foi incumbida a relatoria da ADI 5.170, intentada, em 20.010.2014, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com pedido cumulativo alternativo eventual, para os fins de ser a demanda objetiva recebida como ADPF, caso considerado o descabimento de ADI. Tal ação direta pede seja dada interpretação conforme a Constituição "aos artigos 43, 186 e 927, caput e parágrafo único, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), 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 ou de superlotação", consoante se depreende da peça inicial, a qual se encontra acessível em <http://s.conjur.com.br/dl/adi-oab-presidios.pdf>. Em tal demanda objetiva, o feito encontra-se apto a julgamento, inclusive com parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido do seu não conhecimento e, em termos meritórios, pela sua improcedência.

12 Acessível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>.

13 Por se tratar de análise de voto que ainda se encontra em elaboração, porquanto exarado em processo cujo julgamento ainda não chegou ao seu término, não se desconsidera a possibilidade de que o próprio Min. Luís Roberto Barroso o reveja parcial ou mesmo totalmente. Assume-se tal risco dada a originalidade da solução, ao menos até o momento, proposta em tal manifestação judicial.

e ao já referido 37, § 6º, todos da CF/88, em face de decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) em demanda indenizatória intentada pela Defensoria Pública contra o Estado do Mato Grosso do Sul, em favor de preso condenado a 20 anos de reclusão, por ter de cumprir sua pena em situação degradante, decorrente de excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio de Corumbá, de modo a submeter-se a condições precárias de habitabilidade, insalubridade e ausência de espaço físico mínimo nas celas, situações fáticas estas pressupostas e reconhecidas em todo o curso da demanda, inclusive pelo próprio Estado do Mato Grosso do Sul, demandado no feito.

Em primeiro grau, a demanda foi julgada improcedente, com base na “teoria da reserva do possível”. Quando do julgamento da apelação, a decisão de primeiro grau restou reformada por maioria de votos, para os fins de condenar o Estado do Mato Grosso do Sul no pagamento, em favor do preso em situação

degradante, da quantia de R\$ 2.000,00 a título de danos morais. Em sede de Embargos Infringentes, o TJMS reformou a decisão exarada na apelação, aplicando a “teoria da reserva do possível”, sob o argumento de que “para cessar o dano causado e repará-lo, é necessário (...) realizar a implementação de políticas públicas”, o que exigiria “disposição de verba orçamentária”. Tudo isso, a despeito de ter reconhecido “a superlotação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos”.

Distribuído o feito em março de 2008 ao Min. Carlos Ayres Brito, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria em 18.02.2011. Como o relator originário restou eleito para a Presidência do STF, redistribuiu-se o feito ao Min. Cezar Peluso. Com a inativação deste e com a conseguinte redistribuição, o processo encontra-se sob a relatoria do Min. Teori Zavascki desde 29.11.2012.

O Plenário do STF iniciou o julgamento do RE 580.252, sob o regime da repercussão geral

em 03.12.2014, oportunidade em que o relator, Min. Teori Zavascki lançou voto que, conhecendo a insurgência recursal, deu-lhe provimento para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação.

O voto do Min. Teori Zavascki¹⁷, acompanhado pelo Min. Gilmar Mendes, apresenta-se digno de elogios por uma série de motivos, a começar pelo fato de que, de um lado, reconheceu a responsabilidade do Estado por dano moral decorrente de prisão em situação degradante e, de outro, afastou ao caso a “teoria da reserva do possível”¹⁸. Em tal voto, propôs-se como tese de repercussão geral aquela que se traduz no seguinte enunciado: “considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta

14 Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

15 Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

16 Art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

17 Acessível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>.

18 Neste diapasão, é de ser destacado o seguinte compartimento do voto exarado pelo Min. Teori Zavascki: “Sendo assim, e considerando que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o “princípio da reserva do possível”, nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições. Mas não é disso que aqui se cuida. Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição. Conforme antes afirmado, trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado”.

ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. É de ser louvado tal pronunciamento judicial sob a sua perspectiva abstrata, a qual leva em conta o núcleo essencial da interpretação constitucional que propõe.

Todavia, respeitando-se a peculiaridade da tramitação processual própria de uma demanda por assim dizer híbrida¹⁹ como é toda a quantotrate de casos concretos apreciados em sede da repercussão geral, o decisum contido no voto do Min. Teori Zavaski limitou-se ao restabelecimento de uma decisão exarada pelo TJMS, a qual reconhecia indenização, a título de dano moral, de quantia ínfima frente ao sofrimento suportado por quem remanesceu durante longa estadia em unidade prisional que lhe impunha situação inegavelmente degradante. Tal circunstância talvez tenha se prestado a pôr em evidência a insuficiência de uma solução estritamente pecuniária a casos com tais, sendo esta a razão pela qual sobreveio o pedido de vista pelo Min. Luís Roberto Barroso.

Retomado o julgamento em 06.05.2015, o Min. Luís Roberto Barroso trouxe ao Pleno do STF o seu voto com parcial, mas substancial e relevante, divergência à proposta até então predominante.²⁰ Para a compreensão de tal divergência, destina-se o item a seguir.

2. O Voto Do Min. Luís Roberto Barroso e a Proposta De Reparação *In Natura* Do Dano Moral:

O voto exarado pelo Min. Luís Roberto Barroso no RE 580.252 traz consigo uma inovação relevante em tema de responsabilidade civil por danos morais causados pelo Estado. Embora relacionado com uma das tantas situações em que o Estado causa danos de índole não patrimonial, suas premissas e, sobretudo, suas conclusões exorbitam os casos de danos morais causados àqueles custodiados em casas prisionais que lhes imponham condições degradantes, podendo ser subsumidas a outras formas de danos morais ressarcíveis pelo Poder Público.

Quando tal voto restou exarado no Pleno do STF, os pares do seu subscritor, tanto quanto os demais presentes à sessão, mostraram-se curiosos com as bases teóricas da proposta, de modo que ao invés da coleta de votos, seguiu-se inusitada sabatina que vários integrantes endereçaram ao colega votante, alguns já demonstrando discordâncias totais ou parciais, outros num evidente exercício de curiosidade intelectual responsável. Houve interessantes questionamentos, em ambiente de franco debate intelectual, até que a Ministra Rosa Weber solicitasse vista do processo, consoante já antes referido.

Pois bem, o voto ora destacado inicia por uma extensa exposição de considerações preliminares ao julgamento propriamente dito. Nesta senda, o Min. Luís Roberto Barroso destaca outras questões referentes a condições do sistema prisional que pendem de julgamento no STF (v.g. possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o

19 O hibridismo a que se refere é aquele que decorre do fato de que os processos levados à apreciação do STF em sede de repercussão geral, de um lado prestam-se de instrumento de concentração da interpretação constitucional, na medida em que o Pretório Excelso pronunciará sua leitura de normas constitucionais em “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” (art. 543-A, do CPC/1973 e art. 1.035, do CPC/2015), justamente em causas que transcendam dos limites subjetivos próprios do processo, fazendo-o com grande força persuasiva ou mesmo vinculante, naqueles casos em que o julgamento da matéria em repercussão geral enseja a edição de súmula vinculante, o que ocorre com significativa frequência na Corte Constitucional pátria. Trata-se de uma das faces da tendência cada vez mais freqüente no Direito Posto e na jurisprudência brasileira, que vem sendo denominada de abstrativização ou objetivização do processo subjetivo de controle difuso de constitucionalidade. De outro lado, não se pode olvidar que o feito levado à apreciação do STF em sede de repercussão geral decorre de uma demanda subjetiva, caracterizada por toda a liturgia processual, inclusive quanto aos seus limites subjetivos e objetivos.

20 A elaboração de textos acadêmicos recomenda uma redação impessoal. Contudo, roga-se licença para se afastar de tal recomendação, e informar que o subscritor deste ensaio presenciou, no Pleno do STF, a apresentação do voto do Min. Luís Roberto Barroso, inclusive a reação de perplexidade de todos que lá se faziam presentes, dada a criatividade da proposta apresentada, a qual terá sempre de ser reconhecida como tal, ainda que ao final não predomine na Corte. Aliás, concorda-se com manifestação do Min. Teori Zavascki, após a leitura do voto do Min. Luís Roberto Barroso, que dele, portanto, discordava em aspecto essencial da decisão, no sentido de que se trata de “um voto que tem vocação para entrar na história do STF”. Na ocasião, o Min. Teori Zavascki, em manifestação de humildade que somente os sábios sabem ter, asseverou que não teria problemas em alterar seu voto, o que não fez ainda, desde que superados algumas questões que certamente serão apreciadas quando do retorno da vista solicitada pela Min. Rosa Weber.

cumprimento da pena tal como fixada na sentença condenatória; possibilidade de o Poder Judiciário determinar a construção ou ampliação de casas prisionais). Igualmente, na condição de consideração preliminar, são feitas referências à “necessária tomada de consciência por parte da sociedade brasileira acerca da questão penitenciária”. Sustenta o voto a necessidade de alcance de um caminho alternativo ao atual modelo prisional brasileiro, em razão do que denomina de “natureza estrutural e sistêmica das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa”.

Tais considerações introdutórias são acompanhadas, ao longo de mais de uma dezena de páginas, de dados e informações, inclusive de natureza estatística, que denotam a gravidade do problema carcerário brasileiro. Há, ainda a título de consideração

preliminar, referências a soluções dadas para além do território pátrio, a denotar tratar-se de um problema que assola inúmeros outros países no contexto mundial, mesmo no chamado Primeiro Mundo.

O Min. Luís Roberto Barroso finaliza suas considerações introdutórias com a sugestão de que a gravidade do cenário prisional brasileiro determina que eventual solução somente será possível, caso haja uma atuação coordenada pela qual sejam combatidas as três principais de suas tantas causas: a) a superlotação dos presídios; b) a lógica do hiperencarceramento; c) as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.

Aliadas a tais premissas preparatórias, brada o Min. Luís Roberto Barroso que “a jurisdição constitucional não pode desempenhar o papel de mero expectador”, de modo que “o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este STF assuma uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o

processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional no país”. Ademais, entende que a atuação do STF encontraria justificação racional para uma postura ativa “porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam, assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias”.

Assim e somente após tal larga análise das disfunções estruturais do sistema prisional brasileiro e de seu decorrente estado de inconstitucionalidade, é que o Min. Luís Roberto Barroso passa ao enfrentamento das questões jurídicas diretamente relacionadas com o RE 580.252, iniciando por acompanhar o voto antes exarado pelo relator, Min. Teori Zavaski, fundamentalmente em dois aspectos.

Primeiro, ao reconhecer o dever de reparação por parte do Estado, dos danos morais suportados por determinadas pessoas às quais são impostas condições degradantes de cumprimento

21 Neste particular, o Min. Luís Roberto Barroso confere diminuta importância ao debate havido no processo quanto à natureza comissiva ou omissiva das condutas imputáveis ao Estado e a conseqüente natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil do Estado. Parece que tal divergência vem sendo superada seja pela tendência cada vez maior de se reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado mesmo em caso de omissões estatais, seja por linhas argumentativas mais elevadas, relacionadas com a principiologia constitucional, como a encontrada em FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância In: FREITAS, Juarez (coord.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

22 Neste sentido, o voto considera que, no caso, a responsabilidade se dá por ação, e não por omissão. In verbis: “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. Em razão desta posição de garante, o Estado sujeita-se a uma responsabilidade diferenciada, de caráter eminentemente objetivo, que decorre da existência de um dever individualizado de velar pela integridade dos presos (art. 5º, V e X, CF). Nessa hipótese, ainda que o dano moral causado decorra de uma omissão estatal, tratando-se do descumprimento do dever constitucional de guarda, o poder público é obrigado a repará-lo”.

de penas carcerárias²¹, independentemente de se considerar tal dano decorrente de ação ou de omissão estatal²². Segundo, por afastar a casos como tais a aplicação da “teoria da reserva do possível”, seja por conta de aspectos processuais²³, seja em razão de argumentos relativos ao direito material aplicável à espécie²⁴.

No entanto, o Min. Luís Roberto Barroso afasta-se da solução proposta pelo Min. Teori Zavascki, não nos fundamentos da responsabilidade civil do Estado por danos morais causados em razão das situações degradantes a que se submetem pessoas mantidas em prisões desumanas, mas no que tange às consequências de tal dever de reparação.

A proposta consiste, eis a sua originalidade, na imposição de uma reparação estatal por danos morais através de instrumentos não pecuniários de

ressarcimento, ou seja, de modo não pecuniária ou, ao menos, prioritariamente não pecuniária, relegando-se a reparação por meio de indenização em dinheiro somente aos casos em que o ressarcimento *in natura* se mostra inviável ou imprestável.

Inúmeros motivos são invocados para tal preterição ao modelo pecuniário de ressarcimento. Afirmou-se, neste sentido, que a reparação em dinheiro, além de não restituir a situação de flagrante violação à dignidade daquele que é mantido preso em condições degradante, tende a contribuir pela sua perpetuação, na medida em que drenaria, em favor de reparações individuais, recursos estatais que deveriam ser utilizados justamente para a melhoria do sistema. Igualmente tratou-se de destacar a dificuldade – ou inviabilidade – de precificação dos direitos de personalidade e da própria dignidade da pessoa humana.²⁵

Assim, diferentemente do que ocorre quanto aos danos patrimoniais, entendeu-se que a reparação por danos morais haveria de se abeberar de uma tendência de remédios não pecuniários de ressarcimento, através do chamado ressarcimento ou reparação *in natura*, invocando-se para tanto, uma série de preceitos legais que denotariam o sustentáculo jurídico para tal método de reparação, como o art. 947, do Código Civil,²⁶ que evidencia o caráter residual ou subsidiário da reparação pecuniária, bem como os artigos 497, 499 e 536, todos do Código de Processo Civil,²⁷ em face dos quais a obrigação somente será convertida em perdas e danos se ou autor o requerer ou impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

No caso analisado em sede de repercussão geral, o Min. Luís Roberto Barroso propõe que

23 A inaplicabilidade, à espécie, da “teoria da reserva do possível” se deveu, inicialmente, a uma questão eminentemente processual, relacionada com a noção de ônus da prova, tal como atualmente disposta no art. 333, do CPC/1973 (art. 373, do CPC/2015). Isso porque se entendeu que o Estado do Mato Grosso do Sul não se desincumbiu de provar a insuficiência de recursos para custear a indenização assegurada ao preso.

24 No tocante ao Direito Público material, afastou-se a reserva do possível por três razões, a saber: a) inoponibilidade de tal exceção material em tema de responsabilidade civil do Estado, noção essa que, por ser portadora de uma lógica própria, não se identifica com a efetivação de direitos sociais de caráter prestacional, para cuja implementação costuma ser invocada. A responsabilidade civil do Estado pauta-se por uma lógica de justiça comutativa ou corretiva, em que se almeja o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa, ao passo que nos direitos sociais prestacionais tem-se uma lógica de justiça distributiva, que por vezes viabiliza a aplicação da reserva do possível, em razão da necessidade de serem realizadas escolhas trágicas, no sentido de que investir em determinado direito social implicará deixar em investir noutro; b) impossibilidade de utilização da teoria da reserva do possível como meio de esvaziar direitos fundamentais conferidos pela Constituição, como é o caso dos direitos fundamentais insculpidos no art. 5º, III, X e XLIX, da CF/88. Neste sentido, invocou-se passagem contida em decisão monocrática nos autos da ADFP 45, quando o Min. Celso de Mello assentou a conclusão de que a reserva do possível “não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”; c) impossibilidade de utilização da reserva do possível em decorrência da necessária proteção ao valor intrínseco dos seres humanos, em razão do “postulado antiutilitarista, que se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais de outros. Esse postulado impede que preocupações com a saúde financeira dos Estados possam ser utilizadas para negar aos presos a compensação pelos danos morais, ao argumento de que os recursos deveriam ser destinados à reforma do sistema prisional”

25 Vários dos fundamentos utilizados pelo voto em comento restaram extraídos da obra de Anderson Schreiber, destacando-se SCHREIBER, Anderson. *Reparação não pecuniária dos danos morais*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 205-219.

26 Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

27 Quando da apresentação do voto ora comentado, vigia sobre o tema os artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil de 1973”.

o ressarcimento *in natura* dos danos morais causados pela manutenção de pessoas em situação degradante se dê por meio de remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126, da Lei de Execuções Penais, que prevê tal abatimento de pena em casos de trabalho ou estudo desenvolvido por quem esteja custodiado. Em suma, ainda que não esteja totalmente afastada a hipótese de reparação pecuniária, a qual somente seria possível diante da impossibilidade de remição, por exemplo, pelo total cumprimento da pena, esta teria caráter subsidiário.

Tal proposta possuiria como lógica estruturante a “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, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral. Nesse 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”. Neste particular, invocou-se, como instrumentos que denotam uma *ratio* assemelhada à proposta, as normas constitucionais que expressamente fixam

prazos diferenciados para a aposentadoria daqueles que desempenham suas funções em condições especialmente prejudiciais (v.g. art. 40, § 4º, III e art. 201, § 1º, da CF/88).

A forma de reparação consistiria portanto na redução do tempo, de modo que “a liberdade antecipada conquistada por meio do desconto da pena faz cessar as violações suportadas pelo preso no cárcere. O tempo de liberdade, fora das condições degradantes das prisões, torna-se, portanto, uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro”.

Ou seja, tratar-se de uma reparação civil paga em moeda penal, qual seja o tempo de encarceramento ou de cumprimento da pena.²⁸ Inegável o caráter inovador da solução proposta.

Já o modo de execução do remédio proposto consistiria, em suma no mesmo *modus operandi* presente da Lei de Execuções Penais, para os casos de remição, ainda que tal instituto normalmente tenha, na referida legislação, um caráter ressocializante, diverso da remição proposta como forma de reparação pelo dano moral causado pela manutenção da pessoa em condição desumana em casas prisionais.

Sustenta o Min. Luís Roberto Barroso que tal proposta apresenta-se vantajosa para

o preso, na medida em que repara de modo mais efetivo do que o seria uma condenação pecuniária a violação à dignidade que suportara ou suporta por manter-se custodiado em situação degradante; seria também vantajosa para o sistema prisional, de um lado, por contribuir com a redução da superlotação dos presídios e, de outro, não compromete a capacidade de investimento que o Estado teria para implantar melhorias, as quais seriam dificultadas caso os recursos estatais fossem endereçados ao pagamento de indenizações individuais; seria, por fim, vantajosa para a responsabilidade fiscal, uma vez que contribuiria para a redução dos gastos públicos e o ajuste fiscal imperioso no momento histórico vivenciado.

Numa perspectiva processual, o voto ora analisado possui propostas igualmente originais.

Sugere, de início, que o pedido de indenização não pecuniária por danos morais, por meio da remição, seja formulado junto ao Juízo da Execução Penal, por ser este o juízo que possui ampla atribuição administrativa e jurisdicional sobre os presídios, tendo melhores condições, inclusive, para a aferição das condições – adequadas ou degradantes – dos estabelecimentos que estiverem sobre seus cuidados. Ou seja, além

28 Quanto aos quocientes de remição, para a devida reparação aos danos morais causados por condições desumanas ou degradantes, a proposta é a seguinte: “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”.

de ser uma reparação civil que seria paga com uma moeda penal, ter-se-ia também uma reparação civil julgada em sede de um processo penal e, ainda assim, portador de feição executória. Inusitado, sem dúvida, embora se tenha referido que, nos termos do art. 387, IV, do CPP, o juízo criminal seria incumbido da fixação de indenizações cíveis, numa suposta mitigação da autonomia das esferas de responsabilização penal e cível, a viabilizar a solução proposta.

Sugere-se que o procedimento seja o mesmo contido no art. 196, da LEP, de modo que quando o apenado requerer a remição, por meio de seu representante, o “Juízo da Execução deverá, então, a) verificar concretamente se as condições a que o preso foi submetido no presídio são causadoras de dano moral (como já se disse, apesar de o problema prisional ser generalizado, há diversas unidades que possuem condições dignas de detenção) e b) aferir a existência de nexos de causalidade com a atuação da Administração”.

Diante de tudo o quanto referido, o voto do Min. Luís Roberto Barroso nos autos do RE 580.252, em sede de repercussão geral, apresenta a seguinte tese²⁹: “o Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação

prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente”.

Como já dito e repetido, trata-se de proposta dotada de uma originalidade tamanha que vocaciona tal voto a entrar para história do STF. Contudo, para fazê-lo, numa espécie de ritual hermenêutico de passagem, tal proposta há de superar alguns obstáculos teóricos, dentre os quais alguns que serão destacados no item a seguir.

3. Da Reparação *In Natura* Como Fenômeno De Despatrimonialização Do Ressarcimento Por Dano

Vivencia-se um novo momento em tema de responsabilidade civil no Direito brasileiro, inclusive no tocante àquela endereçável ao Estado. Em efeito, o eixo teórico

próprio do tema deslocou-se, com o passar do tempo, de uma noção de reparação por culpa para outra mais consentânea com uma ordem jurídico-constitucional humanista, na qual o fundamento da reparação decorre precipuamente da compreensão do conceito de dano injusto.

Com isso, tem-se uma verdadeira “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, na feliz expressão cunhada por Anderson Schreiber,³⁰ pela qual há uma flexibilização do modo de compreensão dos conceitos tradicionais de culpa, dano e nexos causal, outrora entendidos como pressupostos imprescindíveis à reparação. Tal flexibilização, por seu turno, impõe uma compreensão cada vez mais orientada à necessidade de que o Direito solucione danos injustamente causados, ampliando-se a reparabilidade e, por conseguinte, a proteção daqueles que os suportam.

Quanto à culpabilidade, a ampliação da reparabilidade decorre seja de alterações normativas, seja na concepção de modos de interpretação de normas já existentes, em face da quais ou se dispensa a existência de culpa (casos de responsabilidade objetiva), ou se ampliam os casos de presunção de culpa ou, por fim, se altera seu significado para que decorra não tanto da intencionalidade do causador do dano, mas de

29 Deixa-se de mencionar a solução proposta para o caso concreto, porquanto se entende que a tese deduzida em sede de repercussão geral é a que merece ser destacada neste trabalho acadêmico.

30 SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo, 2015, passim.

um padrão de comportamento avaliado abstratamente (no que se denomina de “culpa objetiva”).

Notocante ao nexo de causalidade, igualmente se flexibiliza a noção original, de modo que a noção de causalidade direta e imediata é substituída por noções mais consentâneas da configuração dos liames etiológicos propícios a ensejarem a devida reparação de danos injustos³¹.

Igualmente, a figura-se incontroversa a evolução da noção de dano, para fins de responsabilidade civil, no sentido de que muito se ampliou tal noção, se comparada com a compreensão eminentemente patrimonializada de outrora.

Com o reconhecimento de indenização devida em razão de danos não patrimoniais (não necessariamente morais), sobreveio um efeito colateral consistente numa verdadeira resistência ao dever de reparar danos não aqui latáveis diretamente por padrões patrimoniais ou pecuniários. Muito já se utilizou da expressão “indústria do dano moral”, a qual visava à restrição de indenização por situações supostamente banais ou frívolas, justamente para – e este o real intento de tal resistência – menos acabar

a necessidade de que sejam reparados danos injustos de índole não patrimonial.

Vários argumentos jurídicos passaram a ser utilizados como “resistência da resistência”, ou seja, como mecanismos de se evitar o retrocesso subjacente aos que se opõem à reparação de danos não patrimoniais, inclusive dos danos morais.

Dentre os argumentos utilizados para tal mister, merece destaque a ideia de que os danos não patrimoniais (inclusive os morais) sejam reparados por meio de instrumentos igualmente não patrimoniais. No influxo de tais ideias, situação em destacada posição a denominada reparação *in natura* dos danos morais.

Portodos, destaca-se ensinamento de Anderson Schreiber, pelo qual “as infindáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais”.³²

A noção de reparação *in natura*, por alguns também denominada de reparação imperfeita³³, outrossim, pode, até mesmo em razão da evolução científica e

jurídica, tornar-se modalidade preponderante de recomposição dos danos extrapatrimoniais.³⁴

Ademais, a par de praticamente eliminar a crítica de monetarização da dor ou de eventual dano existencial, a reparação *in natura* goza da vantagem de satisfazer, “na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima”.³⁵

Por todas estas vantagens jurídicas e até mesmo ideológicas da reparação *in natura*, é que o reconhecimento de tal instrumento de responsabilidade civil mostra-se cada vez mais evidente, como se depreende do Enunciado 589, da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), pelo qual “a compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio”.³⁶

Há uma tendência, pois, de se minimizar ou até mesmo se abandonar a compreensão necessariamente patrimonializada tanto do dano quanto de sua reparação.³⁷

Por tal razão, impõe-se seja vislumbrada a viabilidade jurídica da inovadora proposta

31 Quanto ao ponto, veja-se SCHEREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo, 2015, p. 53-80 e SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (coord.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

32 SCHEREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo, 2015, p. 196.

33 CHARTIER, Yves. La réparation du préjudice. Paris, Dalloz, 1996, p. 105.

34 SEVERO, Sérgio. Tratado da responsabilidade pública. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 482.

35 SCHEREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo, 2015, p. 197.

contida no voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, no RE 580.252, bem assim sua compatibilidade com esta tendência de despatrimonialização da reparação por dano moral decorrente de cumprimento de pena prisional em estabelecimentos caracterizados por condições desumanas e degradantes.

4. Algumas Reflexões e Breves Considerações Conclusivas

A gravidade da situação prisional que assola o Brasil, bem como o seu estado de inconstitucionalidade evidenciada pela clara e direta violação a uma série de direitos fundamentais, como os insculpidos no art. 5º, III, X e XLIX, da CF/88, recomenda soluções criativas. Por conseguinte, louva-se a proposta contida no voto exarado pelo Min. Luís Roberto Barroso nos autos do RE 580.252.

A exequibilidade de tal proposta, entretanto, fica condicionada à demonstração de que a mesma se mostra adaptável à moldura jurídico-constitucional vigente

em nosso país. Mesmo as boas ideias somente podem ser levadas a efeito caso se mostrem consentâneas com o Estado Democrático de Direito.

Diante disso, o presente ensaio passa a suscitar algumas questões, as quais possuem o mister de contribuir para o interessante debate levado a efeito no STF, no julgamento do RE 580.252.

A primeira questão a ser suscitada, inclusive como o foi por alguns pares do ministro votante³⁸, diz respeito ao fato de que a solução proposta corresponderia a caso de remição não prevista em lei, de modo que se teria um arranjo à noção de reserva legal, tão cara às searas do Direito Penal e do Processo Penal.

Aparentemente tal objeção resta superada por argumentos contidos no próprio voto do Min. Luís Roberto Barroso, na medida em que demonstra que o Direito brasileiro já conviveu - e ainda convive - com casos de remição de pena que não portam base legal

direta e imediata³⁹. Ademais, em sede de jurisdição constitucional ainda não se afigura clara a delimitação do papel inovador do STF, embora seja inegável que tal criatividade deu ensejo a várias interpretações constitucionais que geraram comandos e comportamentos que, a rigor, haveriam de ser mediatizados pelo Poder Legislativo. Lembrese, só para ficar com institutos relacionados com o Direito Administrativo, tanto quanto o é o tema da responsabilidade civil do Estado, dos exemplos do direito de greve dos servidores públicos e da aposentadoria especial dos servidores.

Ora, se o STF deu concreção ao art. 37, VII, da CF, como o fez nos Mandados de Injunção (MI) 670, 708 e 712, e se deu concreção ao art. 40, § 4º, da CF, como fê-lo na jurisprudência que se iniciou com o MI 721 e que culminou na edição da Súmula Vinculante 33, não haveria motivos para que o STF deixasse de se valer de seu papel criativo para os fins de concretizar o art. 37, § 6º, da CF, de modo a determinar que o

36 A referida jornada ocorreu em novembro de 2015 e o enunciado em destaque pode ser acessada em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>. Para tal enunciado, apresentou-se a seguinte justificativa: "Não há, no Código Civil, norma que imponha a indenização pecuniária como meio exclusivo para reparação do dano extrapatrimonial. Causado dano desta natureza, nasce para o ofensor a obrigação de reparar (art. 927), o que deverá ocorrer na forma de uma compensação em dinheiro e/ou de ressarcimento in natura, conforme tem admitido a doutrina (por todos: SCHREIBER, Anderson. *Reparação Não-Pecuniária dos Danos Morais*. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). *Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2011). No plano constitucional, tal entendimento revela-se compatível com o quanto dispõe o art. 5º, inc. V, que, dirigido ao ofendido, assegura o direito de resposta, além de indenização em função do dano causado. Por último, o ressarcimento in natura revela-se compatível com uma lógica de despatrimonialização da responsabilidade civil, de modo a garantir ao ofendido a reparação integral do dano, o que nem sempre é alcançado mediante simples pagamento em dinheiro".

37 REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 114.

38 Este foi o caso dos Ministros Gilmar Mendes e TeoriZavaski.

39 Neste sentido: "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 (há julgados do STJ que datam de 2003 e até uma súmula sobre o tema), mas apenas em 2011 ganhou previsão legal. Atualmente, também a remição pela leitura é aplicada, no âmbito federal, sem que haja autorização em lei. A hipótese é regulada pela Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276, de 2012, que prevê a possibilidade de redução de 4 dias de pena por obra lida por mês pelo detento, no limite de 48 dias de remição de pena por ano, e foi objeto da Recomendação nº 44/2013, do CNJ, que orientou os Tribunais estaduais a reconhecerem a remição pela leitura de acordo com os mesmos critérios".

ressarcimento por dano moral de pessoa presa em situação degradante ocorresse por meio de remição, sobretudo se considerado que outros casos de remição restaram legitimados tão somente por força da criatividade judicial.

Entende-se, pois, que tal questão da ausência de previsão legal para remição proposta não contempla um problema verdadeiramente intransponível à solução proposta.

Há, contudo, três aspectos a seguir destacados que se traduzem, aparentemente, em óbices insuperáveis à criativa solução proposta pelo Min. Luís Roberto Barroso.

O primeiro deles consiste num aparente defeito estrutural na compreensão daquilo que foi considerado, a que se refere o voto do Min. Luís Roberto Barroso nos autos do RE 580.252, como ressarcimento *in natura*. Com efeito, a reparação *in natura* diz respeito à natureza da obrigação a ser buscada por meio da tutela jurisdicional e não necessariamente à causa determinante do surgimento da obrigação. Daí porque a reparação *in natura* pode ocorrer como forma de recomposição jurídica seja de danos patrimoniais seja de danos extrapatrimoniais.

Não se mostra, pois, adequado considerar *in natura* uma reparação que é determinada

necessariamente a partir da natureza da causa da obrigação a ser tutelada jurisdicionalmente. O dano moral causado por uma agressão física não pode, em nome de uma noção de reparação *in natura*, ser ressarcida com uma permissão judicial para que o agredido enderece outra agressão física ao agressor original. Tal situação determinaria, uma forma oblíqua de aplicação da *lex talionis*, obviamente não cogitada ou autorizada pela criativa proposta contida no voto ora analisado.

Diante disso, mostra-se inadequado que a fixação da reparação *in natura* do dano moral sirva como mecanismo de reciprocidade absoluta entre a reparação e a causa do dano a ser reparado. A situação desumana ou degradante de cumprimento da pena é a causa do dano e não pode, ao menos pelo que aqui se defende, ser determinante da redução da pena privativa de liberdade imposta em sede de condenação criminal.

A segunda questão que parece traduzir-se em óbice intransponível à solução proposta pelo voto do Min. Luís Roberto Barroso nos autos do RE 580.252 consiste no fato de que a solução sugerida desconsidera a autonomia e independência das esferas de responsabilização estatal e dos cidadãos. Explica-se: as esferas penal, cível e administrativa de responsabilidade do Estado

e dos cidadãos mostram-se independentes justamente porquanto têm naturezas diferentes. Aliás, é justamente por tal razão que agentes públicos podem ser cumulativamente responsabilizáveis nas três esferas referidas, sem que incida a vedação de *bis in idem*⁴⁰. Igualmente pelas peculiaridades de cada uma destas espécies de responsabilidades, é que as instâncias (ou processos) são ordinariamente independentes. Bem verdade que há casos de repercussão de um determinado processo nos demais, como no caso de absolvição penal por inexistência do fato ou negativa de autoria, a qual repercute nas esferas civil e administrativa⁴¹ ou dos efeitos civis da condenação penal⁴², esse referido expressamente no voto do Min. Luís Roberto Barroso. Tais situações, contudo, são excepcionais e periféricas num sistema jurídico que prima pela independência das instâncias e das respectivas responsabilidades.

Daí porque não parece juridicamente viável a proposta de se pagar o dano moral (responsabilidade civil) com uma moeda penal (tempo de cumprimento da pena), tal como proposto pelo voto aqui analisado. Lembre-se que os exemplos costumeiros de reparação *in natura* (condenação à retratação pública, condenação à publicação de decisão condenatória, condenação a pedido de desculpas, etc) são

40 Vide, em matéria de servidores públicos federais, os artigos 121 e 125, da Lei 8.112/90.

41 Vide, em matéria de servidores públicos federais, o art. 126, da Lei 8.112/90.

42 Vide o art. 91, I, do CP e art. 387, IV, do CPP.

invariavelmente modos civis (ou não penais) de reparação de danos igualmente civis.

Aliás, caso o STF entenda superável tal objeção, flexibilizando a independência das responsabilidades e de suas instâncias de modo nunca antes levado a efeito, uma vez que costuma ser bastante cioso com tal noção de independência das instâncias, ao menos até o presente momento⁴³, será também possível cogitar de outros casos em que o dano moral ensejaria o seu ressarcimento por meio de uma moeda administrativa. Assim, por exemplo, o tempo de serviço prestado por determinado servidor público sob os dissabores do dano (ou assédio) moral suportado poderia dar ensejo à ampliação de tal tempo de serviço para os fins, por exemplo, de uma promoção por antiguidade ou, por que não imaginar, para a sua própria aposentadoria. O eventual reconhecimento do dano moral pela mora da Administração Pública em nomear candidatos aprovados poderia ensejar a condenação do Poder Público na obrigação de fazer consubstanciada na própria investidura. Imagine-se tal cenário no âmbito tributário, para se cogitar que eventual dano moral reconhecido pela indevida cobrança de determinado tributo poderia resultar na condenação

da Administração Pública fazendária na obrigação de não fazer, no sentido de dispensar o contribuinte de determinadas obrigações acessórias.

Caso a independência de instâncias seja flexibilizada ao ponto sugerido no voto ora em comento, estendendo-se a possibilidade do pagamento do dano moral com uma moeda administrativa, aproveita-se deste ensaio para uma sugestão que contribuiria sobremodo para a reparação de danos morais inegavelmente suportados de há muito por um universo muito significativo de pessoas que suportaram inegáveis danos morais no curso da história de nosso país. Trata-se do caso daqueles que aos que, de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram afetados, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares. A tais pessoas o art. 8º, do ADCT assegurou a anistia. No entanto, tal anistia parece não ter sido efetivamente levada a efeitos, ao menos no que tange à recuperação integral do *status* funcional daqueles seu por ela deveriam ter sido agraciados, uma vez que a Lei 10.559/02, editada para supostamente regulamentar a anistia constitucionalmente assegurada, alcançou menor dimensão de garantia. Caso assim seja

entendido pelo Poder Judiciário e a predominar a tese intrínseca ao voto ora analisado, o dano moral suportado pelo anistiado poderia ser restituído, por exemplo, por meio da imposição de uma declaração amplamente divulgada da história do anistiado, ou com a obrigação de que sejam realizadas solenidades simbólicas de posse ou de outros de seus respectivos momentos funcionais relevantes.

Propõe-se, pois, no presente ensaio que a reparação *in natura* somente possa ser utilizada se a “moeda” de recomposição do dano seja da mesma índole do próprio dano, o que não ocorre na proposta analisada.

Ainda quanto a tal aspecto, a criativa proposta apresentada pelo Min. Luís Roberto Barroso parece estabelecer que a remição seria forma prioritária de reparação pelo dano moral suportado por pessoa presa em condição desumana ou degradante, de modo que a reparação pecuniária somente seria possível nos casos em que a remição se mostrasse viável.⁴⁴ Ora, ainda que o dano seja qualificado como não patrimonial, o dano moral consiste em prejuízo de natureza cível, como já referido, e, em geral, categoriza-se como um direito disponível, razão pela qual não se mostra adequado ou

43 Neste sentido, vide, dentre outros, os seguintes precedentes: ARE 691.306; RMS 28.919 AgR; ARE 813.895 AgR; Inq 3.644; AI 816.692 AgR; RE 736.351 AgR.

44 Neste sentido, extrai-se da proposta: “Esta solução não afasta inteiramente a indenização pecuniária, mas lhe confere caráter subsidiário. O ressarcimento em dinheiro dos danos morais será cabível apenas quando a remição da pena não for possível. Como se verá adiante, isso ocorreria, por exemplo, no caso de detentos que já tivessem cumprido integralmente a pena ou de preso provisório que tivesse se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido”.

juridicamente viável subtrair do prejudicado a disposição acerca do modo de reparação por ele almejado. Sob a perspectiva da proposta ora comentada, uma demanda de reparação pecuniária do dano moral haveria de ser extinta, por exemplo, por impossibilidade jurídica do pedido. Parece não ser esta a melhor interpretação do plexo de direitos que têm os apenados em condição degradante ou desumana, ainda que a proposta também tenha endereçado a preocupação de encontrar uma solução que fosse compatível e adequada, não somente com o problema do preso, mas também do sistema prisional e da própria responsabilidade fiscal do Poder Público.

De qualquer modo, não parece ser possível o pagamento de uma reparação civil por meio de uma moeda penal.

Outro óbice parece igualmente inapelável à proposta apresentada pelo Min. Luís Roberto Barros. Como já referido, além de a proposta sugerir o pagamento de uma reparação civil por meio de moeda penal, tratar-se-ia de um uma reparação civil julgada em sede de um processo penal, valendo-se para tanto do *modus operandi* da LEP, aplicável para as outras formas de remição de pena.

Aqui vários são os problemas. O primeiro deles consiste em se utilizar de um processo de índole

penal, voltado ao gerenciamento da execução de pena já imposta em face de sentença penal condenatória, para os fins de se aferir a responsabilidade do Estado, o que deveria ocorrer em sede de processo de conhecimento.

Atente-se ao fato de que o processo executivo, mesmo o da execução penal, possui estreitos limites cognitivos, de modo que o “Juiz conhece apenas algumas questões, com os limites estruturais e funcionais que lhe impõe a relação processual executiva”⁴⁵. Em tal espécie de processo, a despeito de o juízo da execução penal ser o mais próximo ao da realidade das condições das casas prisionais que estão sob seus cuidados, inclusive quanto à eventual condição degradante dos mesmos, tal aspecto corresponderia somente ao elemento “dano”. Os demais elementos – v.g. conduta estatal e nexos causal – devem ser auferidos em um ambiente cognitivo evidentemente mais amplo do que o presente num processo de execução penal. Isso porque o processo executivo caracteriza-se por um contraditório menos efetivo do que o necessário para uma demanda complexa como a que seria necessária para determinar a responsabilidade civil do Estado.⁴⁶

A par disso, a solução proposta ocasionaria uma série de problemas que, a despeito de parecerem laterais, ao menos

em seu conjunto gerarão perplexidades e complexidades intransponíveis. É de ser indagado, por exemplo, qual o valor da causa, como se interpretaria a questão da sucumbência e, por conseguinte, dos honorários sucumbenciais.

Ainda que se considere possível que a reparação civil seja reconhecida em feito executivo de índole penal, é de ser indagado, especialmente, quem seria o “réu” em tal demanda. A resposta, qualquer que fosse, geraria problemas. Caso seja utilizado o *modus operandi* típico da execução penal, como sugere o voto em análise, não haveria propriamente uma relação jurídico-processual triangular, porquanto, segundo a sistemática da LEP, a remição seria declarada após ouvidos o Ministério Público e a defesa, inexistindo espaço para o Estado⁴⁷ figurar como parte.

Caso se entenda que a contestação de tal demanda, no seio do processo de execução penal, seja feita pelo próprio Estado, aí parece que a solução proposta produz um efeito colateral tamanhamente grave, que recomenda a não utilização do remédio sugerido, por melhor que tenha sido a intenção em ministrá-lo ou mesmo em sugeri-lo.

Com efeito, quando o Min. Luís Roberto Barroso justifica sua proposta no sentido de que ela

45 KNIJNIK, Danilo. A exceção de pré-executividade. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 112

46 Neste sentido, destaca-se lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, tratando do contraditório no processo de execução, ensinou que “em face, porém, da peculiaridade estrutural dessa função processual [função executiva], trata-se de um contraditório parcial quanto aos temas submetidos ao diálogo entre as partes” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). Garantias Constitucionais do Processo Civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 122).

47 Ou a União, caso esta seja a titular da casa prisional em condição degradante.

também seria conveniente para o sistema prisional, assevera que “a perspectiva de que condenados deixarão mais cedo os cárceres por conta das condições atroz dos presídios produzirá, inevitavelmente, o aumento da visibilidade e da deliberação pública sobre o tema. Com isso, criam-se estímulos a que os Estados promovam melhorias em seus sistemas prisionais, a fim de que não sejam responsabilizados perante o Judiciário e a sociedade”. Tais considerações afiguram-se pertinentes caso pensemos em governantes que possuam preocupações com o interesse público, de Estado, de natureza republicana. Infelizmente, não parece ser este o perfil de alguns governantes, seja porque possuem preocupações mais voltadas ao seu próprio governo ou partido, seja porque na priorização de recursos públicos optam por projetos que lhe concedam maior visibilidade do que ensejariam projetos voltados aos seus respectivos sistemas prisionais.

Assim, não seria incogitável que a solução proposta, justamente por não contemplar um mecanismo de pressão imediata ao Poder Público como ocorreria no caso de uma responsabilização pecuniária, servisse, em contraposição ao que se almeja, como um verdadeiro incentivo para a preservação do estado atual de inconstitucionalidade pelo qual se encontra o sistema prisional brasileiro. Explica-se: se a “condenação” do Poder Público repercutirá na redução do universo carcerário, o Estado, em termos imediatos, tende a não resistir à pretensão de ressarcimento paga em moeda penal. Em termos

mediatos, manterá a situação degradante de seus presídios, pois a consequência disso não lhe emplacará propriamente uma sanção, mas inclusive ser-lhe-á conveniente. Reconhecesse-se que tal preocupação, este dito efeito colateral deletério, traz consigo fundamentos menos jurídicos, do que sociológicos. Ocorre que, tal perspectiva fática e social também serviu de alicerce para a proposta, devendo ser igualmente cogitada para a testagem da adequação da medida. Neste particular, receia-se que a solução proposta aumente e não elimine o problema, como era sua intenção. Num linguajar menos formal, pode-se afirmar que a proposta feita tende a “matar o paciente pela cura”.

Com tais reflexões, sobretudo com as objeções referentes à falha estrutural do conceito de reparação *in natura* proposta, bem assim quanto ao pagamento de uma reparação civil com moeda penal, a ser reconhecida num processo de execução penal, espera-se ter contribuído para o debate que se faz necessário diante de tão criativa proposta feita pelo voto do Min. Luís Roberto Barroso nos autos do RE 580.252.

Referências Bibliográficas

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). Garantias Constitucionais do Processo Civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252 – Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acompanhamento Processual. 28 de outubro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 28 out. 2016.

CHARTIER, Yves. La réparation du préjudice. Paris, Dalloz, 1996.

HART, Herbert L.A., The concept of Law, London: Oxford, 1961.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, trad. João Baptista Machado, 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1979.

KNIJNIK, Danilo. A exceção de pré-executividade. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAFFINI, Rafael. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (coord.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e de common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (coord.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo, 2015.

SEVERO, Sérgio. Tratado da responsabilidade pública. São Paulo: Saraiva, 2009.