

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO E O CONTROLE DO
CORPO CRIMINOSO
ENCARCERADO: GENEALOGIA
DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO**

*Marcia Simoni Fernandes*³⁸⁶

RESUMO

Trata-se de um estudo que tem como **pressuposto** que a crise do sistema carcerário brasileiro está prenhe de inconstitucionalidades, como consequência das próprias amarras histórico-sociais, anseios capitalísticos, omissões estatais, um local de segregação, dominação corporal e esquadramento social, não estando ausente a responsabilidade civil do Estado. Os objetivos delineados foram: construir configurações histórico-sociais do sistema carcerário no Brasil, aplicando a ferramenta genealógica; (re)significar o corpo criminoso encarcerado e suas implicações no tocante à disciplina e ao controle, ao esquadramento do espaço, a suas

³⁸⁶**Marcia Simoni Fernandes.** Advogada, graduada em Direito pela Faculdade Professor Damásio de Jesus, especialista em Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior. Pós-Graduada em Direito Corporativo e Compliance na Escola Paulista de Direito; Conselheira Titular do Conselho Municipal de Saúde de Ribeirão Preto. Membro da Comissão de Direitos Humanos, coordenadora da área da saúde e membro da Comissão de Direito Médico, Odontológico e da Saúde da OAB- 12ª Subseção Ribeirão Preto-gestão 2016-2018. Graduação em Enfermagem pela Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto-USP (1993), Mestre (2000) e Doutora (2006) pela Universidade de São Paulo.

relações de poder e ao processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais na atualidade; e refletir a responsabilidade civil do estado, suas omissões e implicações legais.

Palavras-Chave: prisões, controle do corpo, responsabilidade civil do estado, genealogia, disciplina.

ABSTRACT

It is a study that assumes that to show the crises of the Brazilian prison institutes which is full of unconstitutional rules, as a consequence of their own social and historical blinds, capitalism urges and state omissions a place of segregation, body domination but also a place of social exclusion, the State's civil liability is not absent. The objective outlined was to build historical and social configurations of the prison system in Brazil, using the genealogical tool; (re)signify the incarcerated criminal body and its implications regarding discipline and control, the scanning of space, its power relations and the process of realizing fundamental rights and guarantees today and reflecting the state's civil liability, its omissions and legal implications.

Keywords: prisons, body control, state civil liability, genealogy, discipline

INTRODUÇÃO

A realidade atual abarca movimentos de intolerância, discriminação, preconceito e, no que tange ao sistema prisional brasileiro, qualquer ideia no sentido de melhorar a

situação carcerária é vista com antipatia por parte da sociedade, que em parte expressiva entende que o preso não é um sujeito de direitos e garantias, sendo um “peso”. Corpos encarcerados que devem sofrer e morrer, tornando aceitável a violência institucional marcada pelo abandono, pela superlotação, pelas péssimas condições de higiene e saúde, torturas e outras violações.

Há que se considerar, ainda, que o momento político atual alimenta polarizações, exclusões, normalizando a violência existente no sistema carcerário, afinal, “bandido bom é bandido morto”.

Contudo, a sociedade, imersa em discursos de ódio e extermínio, chancela a própria omissão Estatal e, nessa seara, os indivíduos encarcerados são submetidos a muitas formas cruéis de castigo, retirando desses seres humanos a sua condição de humano e, conseqüentemente, são excluídos de medidas assecuratórias da dignidade.

Destarte, é dever constitucional do Estado a proteção da integridade física e moral dos presos, que consiste na intangibilidade física do ser humano, que merece proteção contra tratamento cruel, degradante, desumano ou tortura, função preventiva da responsabilidade

civil transformada em dever de agir do Estado.

É cediço que o sistema carcerário brasileiro enfrenta uma grave crise, assim, a ineficiência, as mazelas, o descaso, tornaram-se questões socialmente naturalizadas pelo Poder Público. Trata-se de uma crise pautada na indiferença e cercada de paradoxos que não faz cumprir o objetivo principal da pena privativa de liberdade – a ressocialização do apenado. As prisões estão representadas pelo sucateamento da máquina penitenciária, que está prenhe de corrupção dos agentes públicos, superlotação, ausência de saúde pública, a promiscuidade entre os detentos, a ociosidade, efeitos criminógenos que reforçam e (re)produzem a delinquência e violam direitos e garantias fundamentais.

O estudo justifica-se tendo em vista sua relevância social e profissional, vez que o que está em questão é o corpo do criminoso em meio aos novos paradigmas biopolíticos e punitivos, com a possibilidade de haver a inclusão da própria vida biológica nos cálculos do poder e o poder saber que opera no âmbito punitivo e, nessa esteira, a responsabilidade civil do Estado ganha outros/novos contornos, opacos e sombrios na atualidade.

Acreditamos na importância e necessidade de se refletir acerca do sistema carcerário brasileiro, focando o corpo criminoso numa vertente sociofilosófica, desnaturalizando conceitos, na tentativa de desconstruir evidências do senso comum, buscando ainda algumas pistas relativas à ascensão de novos paradigmas punitivos, tendo como pano de fundo os direitos e garantias fundamentais, previstos em nossa Carta Maior.

Interessa-nos compreender a própria história do sistema prisional brasileiro com todos os seus atravessamentos e entrecruzamentos, não realizando apenas uma leitura linear/cronológica, uma vez que os acontecimentos/fatos formam uma grande teia, composta por muitos nós.

Portanto, arriscaremos pensar no controle do corpo do criminoso segundo sua genealogia. Para tanto, faremos uso da genealogia *foucaultiana*, que segundo Silva, permite compreender que “jamais estamos diante de um objeto real concreto (o dado), mas de um objeto real de conhecimento (o construído)”³⁸⁷. Assim, a genealogia é

um procedimento que se concentra nas relações de poder, saber e corpo na sociedade moderna, buscando a singularidade dos acontecimentos, não em sua profundidade, mas nos seus contornos sutis.³⁸⁸

Nesse horizonte, é de interesse compreender os dispositivos criados por uma determinada configuração, objetivando lançar luz aos problemas com os quais o sistema carcerário se vê confrontado, lidando com a multiplicidade, construída a partir de uma necessidade histórica dentro de um campo onde operam forças, saberes e poderes.

Partimos do **pressuposto** de que a crise do sistema carcerário brasileiro está prenhe de inconstitucionalidades, como consequência das próprias amarras histórico-sociais, anseios capitalísticos, omissões estatais, acrescentando que não se pode argumentar que o problema carcerário é apenas dos apenados que lá se encontram, uma vez que a precária e deplorável situação das prisões serve ainda como local para disseminação de doenças infectocontagiosas que se alastram entre

³⁸⁷SILVA, R. A. N. **Cartografias do social: estratégias de produção do conhecimento**. Tese (Doutorado). Porto Alegre (RS): Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2001. p. 19.

³⁸⁸DREYFUS, H. L.; Rabinow, P. **Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Porto Carrero. 1. ed. Rio de Janeiro: forense Universitária, 1995.

os presos e a comunidade, um local de segregação, dominação corporal e esquadramento social.

Acreditamos ainda que as problematizações existentes acerca dos equipamentos institucionais carcerários podem nos conduzir à compreensão de uma história meramente descritiva, dentro de uma lógica naturalizada, que não cria movimentos produtivos de desacomodação para entendimento do presente, sobretudo, abre espaço para a reflexão acerca da responsabilidade civil do Estado que está fulcrada no artigo 5, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 5, da Declaração dos Direitos Humanos e no artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nessa seara, são nossos objetivos:

- Construir configurações histórico-sociais do sistema carcerário no Brasil, aplicando a ferramenta genealógica;

- (Re)Significar o corpo criminoso encarcerado e suas implicações no tocante à disciplina e ao controle, ao esquadramento do espaço, a suas relações de poder e ao processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais na atualidade.

- Refletir a responsabilidade civil do estado, suas omissões e

implicações legais, sobretudo seu dever Constitucional.

ESTRATÉGIA DE PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO

Abarcou a aplicação de um aparelho conceitual – a genealogia *foucaultiana*, no sentido de se construir configurações histórico-sociais acerca do sistema prisional brasileiro, com foco no corpo criminoso encarcerado e suas implicações no tocante à disciplina e ao controle, ao esquadramento do espaço, a suas relações de poder e ao processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais na atualidade.

Nas lições de Dreyfus e Rabinow, um dos pontos importantes na genealogia é que “os sujeitos emergem num campo de batalha e é somente aí que desempenham seus papéis”³⁸⁹, assim, os sujeitos não preexistem, estando o corpo diretamente mergulhado num campo político, tornando-se uma ferramenta essencial para a operação das relações de poder na sociedade contemporânea.

³⁸⁹DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. **Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Porto Carrero. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 126.

Há que se considerar ainda, segundo os autores citados anteriormente, que para o filósofo Michel Foucault, “a relação entre saber e poder, localizada no corpo, é na verdade um mecanismo geral de poder da maior importância para a sociedade ocidental”³⁹⁰.

Silva aponta que a genealogia tem como primeiro movimento o desbloqueio “do tempo histórico para que, através de uma problematização daqueles aspectos tidos como evidentes e banais, se possa então ressignificar o presente”³⁹¹.

Destarte, a genealogia empreende um trabalho “de contínua problematização das evidências que constituem o senso comum, procurando mostrar que cada período histórico é atravessado por uma configuração específica de saberes e de práticas que traduzem um determinado modo de subjetivação”³⁹².

O CORPO CRIMINOSO ENCARCERADO E SUAS CONFIGURAÇÕES HISTÓRICO-SOCIAIS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: ENSAIO GENEALÓGICO

³⁹⁰DREYFUS, H. L.; Rabinow, P. op., cit., p. 126.

³⁹¹SILVA, R. A. N. op., cit., p. 113.

³⁹²SILVA, R. A. N. op., cit., p. 112.

Há o desafio de adentrar o território dos corpos, das prisões, e nos despir daquilo que se mostrava aparente, naturalizado, para que outros fluxos e intensidades ganhassem vida, movimento, significados, uma vez que acontecimentos podem se atualizar e estar abertos aos devires e às novas forças.

Compreendemos a necessidade de novas tramas que permitam redizer o que está dito e rever o que está visto e, nessa esteira, consideramos que o sistema prisional é um imenso observatório da multiplicidade humana que também fabrica a delinquência, captações reais do corpo.

É possível desde já afirmarmos que anteriormente ao século XIX, o Brasil esteve imerso num sistema corporal, em que as punições públicas eram fortemente marcadas pelos castigos corporais por meio de açoites, desterro, galés, pena de morte, bem como pela imposição de trabalhos forçados dos senhores sobre seus escravos, o que nos faz apontar que em tal movimento histórico, o corpo era humilhado, abandonado, despido de sua própria história.³⁹³ Corpos assujeitados,

³⁹³SANTOS, M. M.; Alchieri, J. C. & Flores Filho, A. J. **Encarceramento Humano: uma revisão histórica. Revista Interinstitucional de Psicologia**, 2 (2), p. 170-181, 2009.

merecedores dos corredores escuros, fétidos, merecedores das execrações. Corpos capazes de exalar a crueldade do soberano, corpos sem direitos, sem vida.

Ressaltamos que ainda não havia uma instituição especializada, sendo que as execuções eram reguladas de maneira informal, não podendo, portanto, ser ventilada aqui a presença de disfuncionamentos, tal como ocorreu na Europa e na América. Assim, não há que se falar em uma situação-objeto de uma intervenção específica, mas sim a presença dos já propalados suplícios e, nessa seara, os corpos necessitavam ser tocados, passíveis de dor e sofrimento.

Há que se reforçar que havia uma utilização irracional do poder político, e a prisão como pena autônoma servia tão somente para preservar o corpo do condenado, de modo a infligir-lhe dor, sofrimento e humilhação. Exercício indiscriminado e cruel da punição.

Com o término da escravidão e a passagem para a República, vemos despontar uma preocupação com a sistemática da punição, bem como com os locais de custódias dos criminosos, tendo em vista que não havia ainda uma arquitetura específica, sendo necessário adaptar os quartéis, ilhas, prisões eclesiais, conventos como

equipamentos prisionais.³⁹⁴ Insta observar que na referida época havia um discurso voltado para a humanização no cumprimento das “penas”, sendo a arquitetura dos equipamentos o ponto nodal em face dos problemas enfrentados.

Destarte, a Igreja já espriava sua influência sobre o tecido social, e controlar os corpos criminosos e pecadores significava controlar a miséria e higienizar o espaço, posto que a Igreja esteve presente no chamado remodelamento da arquitetura carcerária, sendo que os corpos submetidos ao encarceramento padeciam frente à miséria, frente ao abandono. Corpos que conviviam com a superlotação, com o descaso, com a doença – espaço desorganizado que representava riscos à sociedade, aos “homens de bem”. Corpos que careciam da docilização, do disciplinamento, extrapolando o discurso da humanização.

Verificou-se ao longo dos tempos que a moral religiosa teve influência sobre a ação dos indivíduos. Os indivíduos que praticavam alguma religião durante o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais tendem a possuir “travas morais”, bem como o

³⁹⁴SANTOS, M. M.; Alchieri, J. C. & Flores Filho, A. J. op., cit.

índice de mortes em presídios em que há práticas religiosas é bem menor.

De acordo com as interlocuções e reflexões, podemos compreender grande aproximação com a primeira configuração delineada neste estudo, considerando, sobretudo, a existência de particularidades, como, por exemplo, a abolição dos castigos bárbaros pelo império. Assim, esboça-se nossa **PRIMEIRA CONFIGURAÇÃO** no Brasil: **o momento em que começam a se esboçar no âmbito de uma problemática segregadora, distinguindo-se das práticas informais de simples contenção e sujeição dos corpos ao suplício, tendo como pano de fundo a moral religiosa, a preocupação com a higienização do espaço social. Equipamentos carcerários adaptados sob a veste do discurso da humanização que engendram o esquadramento social, tendo como protagonistas os corpos dos delinquentes, dos vagabundos, escravos, das mulheres desqualificadas moralmente, dos pobres e miseráveis entregues às mazelas carcerárias da superlotação, da doença. Corpos coagidos que necessitavam alcançar o arrependimento.**

Acerca do primeiro presídio brasileiro, insta esclarecer que foi adotado o sistema panóptico, idealizado pelos irmãos Bentham, dando ênfase à luminosidade nas instalações.

Nesse sistema, as celas possuem duas janelas, uma voltada para o interior e outra para o exterior, permitindo que a luz atravesse o ambiente de lado a lado. A arquitetura dessa composição é marcada pela formação de anéis nas extremidades, em que ficam as celas, e por uma torre central, com visão ampla do ambiente³⁹⁵

A visibilidade propiciada pelo sistema panóptico era vista como a melhor estratégia de controle dos detentos, já que, mais do que vigiar, a finalidade era propiciar ao detento certeza de estar sob vigilância, assegurando com isso o funcionamento automático do poder de disciplina.

Este modelo, referência na Europa e nos Estados Unidos, contrariava tudo aquilo que havia até então sido aplicado. O modelo da masmorra, em que os prisioneiros eram guardados em um local escuro e pouco acessível, foi invertido. No sistema panóptico, a visibilidade e,

³⁹⁵PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.

principalmente, a vigilância são marcas características.

No que concerne à arquitetura panóptica, a mesma foi criada por Jeremy Bentham, nascido em 1748, pioneiro de reforma de prisões (aspecto físico), propondo o modelo arquitetônico *panóptico* (*panopticon*):

Tratava-se de um edifício de planta circular com seus pavimentos, com as celas encostadas às paredes exteriores e o interior inteiramente vazado de forma a permitir que, um único guarda, colocado no centro do edifício e a uma altura determinada, evitasse não só qualquer evasão através das portas das celas mas vigiasse também com facilidade todo o interior do edifício.³⁹⁶

A realidade brasileira, contudo, não se mostrou adequada ao modelo panóptico. É que a realidade carcerária nacional, longe do modelo idealizado, não atendeu aos preceitos de isolamento, silêncio absoluto e disciplina desejados.

Observamos que a história não é linear, não há rompimentos bruscos, sendo que com o Código Criminal do Império de 1830, propala-se a necessidade de limpeza das cadeias, ambientes arejados, separação dos

³⁹⁶MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 31.

detentos de acordo com a natureza do crime e prenúncios de uma arquitetura panóptica (vigilância constante). Ao mesmo tempo, vemos perdurar a punição voltada aos encarcerados, pobres e miseráveis, muitos deles escravos. Ao que se percebe, o sistema penal aplicado na primeira prisão brasileira destinava-se à pequena delinquência e a delinquência ocasional, mais frequente nas classes mais pobres.

Diante de tais movimentos históricos incessantes, descortinamos nossa **SEGUNDA CONFIGURAÇÃO: determinação dos limites das punições e preocupação com o ambiente carcerário com vistas a uma arquitetura panóptica (instalações, luminosidade, celas individuais, separação dos criminosos em relação à gravidade dos delitos cometidos), permitindo a vigilância constante dos corpos criminosos, sendo o trabalho uma condição inexorável à ressocialização e o isolamento configurando um rompimento do vínculo com o crime por meio da reflexão. Sistema penal aplicado aos pobres, miseráveis, escravos, traços ainda presentes do esquadrinamento e higienização do espaço social, frente a novos mecanismos de vigilância e disciplina.**

Com a proclamação da República, decidiu-se substituir a legislação do Império. Assim, foi elaborado e promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, que visava ser uma legislação moderna e inspirada nos países desenvolvidos.

Como se percebe, há um avanço no regime punitivo, o qual é construído numa cultura liberal, o que, entre outros avanços, trouxe a individualização da pena e o princípio da utilidade da pena. Todavia, foi a partir do Código Penal, em 1890, que aboliu-se a pena de morte e foi surgir o regime penitenciário de caráter correccional, com fins de ressocializar e reeducar o detento, mas que mal foi implantado, já enfrentou movimentos reformistas.³⁹⁷

Insta ventilar que os comportamentos de grupos sociais contrários ao governo da República deveriam ser criminalizados e perseguidos, punindo-se a vadiagem, as sociedades secretas, as reuniões “ilícitas” e as conspirações, como um meio de exercer o controle através da repressão. Vale salientar que os considerados desviantes, vadios, após a

³⁹⁷MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos**. Jus Navigandi, Teresina, 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1010>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

condenação eram encaminhados a colônias correccionais e forçados a exercer diferentes ofícios, denotando uma rotina dura disciplinar, com vistas à reinserção do apenado no sistema produtivo, garantindo a sua “regeneração”.³⁹⁸

Entretanto, embora o esse novo código exigisse quesitos referentes à segurança dos detentos, higiene apropriada, segurança por parte dos vigilantes e guardas e inspeções frequentes, o sistema vigente entrou em choque com as condições deprimentes dos presídios brasileiros. Sendo assim, o ponto nodal em relação às funções da pena estava afeto às funções que a pena deveria exercer na vida social, dentro de um ponto de vista ideal.³⁹⁹

As passagens históricas aqui descritas carregam consigo uma trama bastante interessante, afeta à criação pela legislação de um espaço especializado, as colônias correccionais, destinadas aos criminosos sociais, vagabundos, capoeiras, vadios,

³⁹⁸ALVES, Paulo. **A verdade da repressão: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana: 1890-1921**. São Paulo: Editora Arte & Ciência/UNIP, 1997.

³⁹⁹PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 333, 5 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5300>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

circunscrevendo de fato a marginalidade das cidades. Verdadeiros depósitos humanos de ociosos, reincidentes, pobres, negros, mulatos, vagabundos, estando presente aqui o modelo da reclusão social que primava pela “limpeza das cidades”. Estratégia de dominação repressiva, inculcando na sociedade da época o temor ao suplício carcerário.

Os movimentos avistados permitem a elaboração da **TERCEIRA CONFIGURAÇÃO: individualização e utilidade da pena, com o objetivo de ressocialização e reeducação dos detentos, esbarrando nas mazelas do sistema carcerário e suas condições deprimentes. Corpos submetidos a uma dura rotina disciplinar, permeada pelo trabalho forçado, com vistas à reinserção do apenado no sistema produtivo. Corpos “de comportamentos desviantes” de negros, pobres, delinquentes, vadios, imersos na doença, na indiferença, inadequados ao sistema vigente com seus apelos voltados ao capital que reforça e intensifica a necessidade de higienização do espaço social frente ao modelo de reclusão social. Corpos vulneráveis às estratégias de dominação repressiva, entregues ao suplício carcerário.**

Observamos frente às duas últimas configurações que o ideário de prisão, legalmente previsto, choca-se diretamente com as condições insalubres e desumanas do sistema carcerário, ao mesmo tempo que se esboça a intensificação do sistema de exclusão, varrendo das cidades os “corpos indesejáveis”, rejeitados pelo contexto econômico-social. Equipamentos institucionais que serviam como “depósitos de indivíduos renegados pela sociedade”.⁴⁰⁰

Corpos ocultados nas prisões, introduzindo no “imaginário popular a sensação de que todos eram potencialmente condenáveis e sujeitos ao suplício carcerário. Era a alma o alvo preferencial da punição”.¹⁵

Para Foucault⁴⁰¹, não há natureza criminosa, mas jogos de força que, segundo a classe a que pertençam os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão. Vale ressaltar que o advento do capitalismo foi um dos principais fatores que influenciaram na construção desse modo de exercer o poder e a repressão penal, justificada pela necessidade de alcançar a paz e a segurança social. A riqueza e a miséria concentravam-se nas cidades, os crimes

⁴⁰⁰PEDROSO, Regina Célia. op., cit.

⁴⁰¹FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**: Vozes, 1979.

aumentavam e, no referido contexto, apela-se para um controle social e moral exemplar de contenção.

No limiar do século XX, a legitimidade social das prisões ganha novos contornos, no que tange ao controle da população carcerária. Os corpos criminosos são transformados em categorias criminais, na tentativa de racionalização do espaço. Observa-se um ponto bastante positivo no que se refere à institucionalização de um espaço apropriado a mulheres e menores.¹⁵

O poder-saber aprimora-se sobre os indivíduos, sendo que o controle sobre os corpos torna-se mais direto e elaborado, dentro da lógica de reforço da ordem pública através de uma “profilaxia apropriada: o isolamento em um espaço específico”, mas que também chocou-se com o cotidiano caótico da realidade carcerária.¹⁵

Diante das deficiências operacionais dos presídios, não adequadas para a recuperação do delinquente, a punição e os castigos eram formas de suprir as referidas deficiências.

Nessa seara, o autor tece que o sistema burguês demonstrou interesse pela técnica e pelo próprio procedimento de exclusão. “São os mecanismos de exclusão, os aparelhos

de vigilância, a medicalização da sexualidade, da loucura, da delinquência, é toda essa micromecânica do poder que representou um interesse para a burguesia a partir de determinado momento”⁴⁰².

Sendo assim, o sistema burguês não se preocupa de forma alguma com os delinquentes e sua reinserção social ou punição, quando não atrelada ao aspecto econômico, mas se interessa pelo conjunto e mecanismos que controlam, punem e reformam o delinquente.⁴⁰³

Vemos aflorar no século XIX e adentrar o século XX “uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e, por outro lado, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garante efetivamente a coesão desse mesmo corpo social”⁴⁰⁴.

A modernidade é atravessada por novas linhas, fluxos, ao mesmo tempo em que mantém linhas e fluxos de continuidade. Além do desenvolvimento da prisão com finalidade de pena, engendraram-se

⁴⁰²FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2012, p. 293.

⁴⁰³FOUCAULT, M. op., cit., p. 288.

⁴⁰⁴FOUCAULT, M. op., cit., p. 293.

questões de cunho social e científico, uma vez que o determinismo biológico influenciou notadamente acerca de quem estaria mais vulnerável ao encarceramento. Nesse sentido, é relevante explanar que a sociedade da época era governada por uma elite, branca em sua maioria, mas com predomínio de negros, mulatos e analfabetos, alvo das intervenções sanitárias, visto que eram considerados inadequados ao tecido social e anti-higiênicos.

Em face da referida estratificação, a linguagem da hereditariedade falava mais alto. Havia a presunção de que os negros e mulatos representavam perigo à sociedade, por serem indisciplinados, pobres. Corpos, que aos olhos da elite, estavam imersos na embriaguez, na doença, na vadiagem, não demorando muito para considerar os imigrantes europeus como também inadequados, desordeiros, vagabundos.⁴⁰⁵

Arriscamos elucubrar acerca de uma **QUARTA CONFIGURAÇÃO** para a realidade brasileira: **desenvolvimento do sistema prisional com a finalidade de pena perante a uma alta estratificação da sociedade**

⁴⁰⁵FERLA, L. A. C. **Feios, sujos, malvados sob medida**. Tese de doutorado em História Social- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

que considerava a não normalidade dos comportamentos desviantes ao determinismo biológico como fator de vulnerabilidade ao encarceramento. Corpos criminosos, negros, mulatos, analfabetos, encarcerados submetidos aos castigos, controlados de forma direta em ambientes prisionais inadequados à recuperação/ressocialização.

Instalação de uma micromecânica do poder com interesses voltados ao conjunto e mecanismos que controlam, punem e reformam o delinquente, desde que atrelado ao aspecto econômico.

É mister apontar que a quarta configuração carrega consigo muitas continuidades em relação às configurações anteriores. Os corpos sujeitados ao encarceramento ainda representam um perigo à sociedade da época, sendo necessário separá-los da elite, prevalecendo ainda a mecânica da higienização do espaço social. Por outro lado, embora se tenha um discurso voltado à recuperação/ressocialização dos corpos “desviantes”, a máquina paranóica de captura capitalista espria-se, alimentando o interesse pelos mecanismos de exclusão, pelos aparelhos de vigilância, pela medicalização da loucura, da delinquência. Corpos e pensamentos

aprisionados, estilhaçados, sem a possibilidade de inscrever linhas de fuga, estão à mercê da violência cognitiva da razão.

O Código Penal de 1940 adotou, a par das penas, as medidas de segurança e os estabelecimentos específicos para o cumprimento das penas e das medidas de segurança detentivas. Estabeleceu as penitenciárias (estabelecimentos de segurança máxima) e os presídios “comuns” (casas de detenção, cadeias públicas, destinadas aos presos preventivos, que aguardavam sentença).

Em São Paulo, na década de 1950, o número de unidades prisionais cresceu de modo acentuado. Embora na época fossem consideradas modelares, nenhuma delas obedeceu ao princípio da classificação dos detentos, de modo a separá-los conforme a gravidade dos delitos praticados.⁴⁰⁶

Em curto prazo, tal falha deu sinais mais obscuros, tendo em vista que havia, de certo modo, “a contaminação” entre presos de melhor comportamento e autores de delitos mais leves, que estavam no mesmo ambiente que presos de alta

periculosidade, o que comprometia, sem reservas, a ressocialização.

A Casa de Detenção de São Paulo é um exemplo da inobservância deste princípio. Inaugurada em 1956 com a finalidade essencial de abrigar presos à espera de julgamento, passou logo após a sua criação a acolher, também, presos condenados.

A individualização da pena e a ressocialização dos presos tomou corpo assim que a população carcerária brasileira começou a aumentar desordenadamente.

Em 1984, com a reforma da parte geral do Código Penal e a promulgação da Lei Federal nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – foram lançados novos paradigmas para a execução das penas e medidas de segurança, visando a ressocialização dos condenados e a adoção de um sistema prisional seguro, tanto para os detentos quanto para a sociedade.

Insta destacar que a LEP é considerada um guia essencial à Administração penal, que regulamenta, normatiza e prevê direitos e deveres dos apenados, além de outras providências. A LEP foi criada com o objetivo de proteger os direitos substantivos e processuais daqueles que estão no cárcere cumprindo penas, garantindo-lhes, inclusive, assistência jurídica, de

⁴⁰⁶PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17.

saúde, educacional, sociocultural, religiosa, material e trabalhista. As normas da LEP foram inspiradas no modelo das regras mínimas para o tratamento de prisioneiros estabelecido pela ONU.

Salientamos que na década de 1990, em diante, tendo aqui como marco a Lei dos Crimes Hediondos, mitiga-se o modelo corretivo de cunho disciplinar, ressocializador, de recuperação do encarcerado, cedendo espaço para um novo tipo de equipamento institucional carcerário, submetido a um projeto punitivista “securitário” – as prisões de segurança máxima.

Tem-se nesse novo modelo de prisão um abandono, chamado de correção do criminoso, afetando a própria existência, neutralizando-o, protegendo a sociedade em prol da segurança.

Sem perder de vista o encarceramento de segurança máxima, a fim de uniformizar a arquitetura das penitenciárias, em 2005 foi editada a Resolução nº 03 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que constituiu verdadeiro parâmetro nas normas de organização dos presídios e programas de ressocialização dos presos. Ressaltamos que a mencionada ressocialização dos corpos criminosos,

embora alvo de profundas preocupações, pode ser considerada uma força-potência, mas que careceu de concretizações no sistema carcerário brasileiro.

Diante do exposto, delineamos nossa QUINTA CONFIGURAÇÃO: **manutenção do poder por meio dos regulamentos penitenciários iniciais do século XIX com foco disciplinar e viés retributivo, sendo o cárcere uma finalidade em si mesmo, tendo em vista uma ação “purificadora” do cárcere, com vistas ao alcance da exalada segurança. Corpo infiel perigoso neutralizado que fica isolado, segregado em um regime disciplinar diferenciado. Quanto aos outros corpos encarcerados excluídos da segurança máxima, resta a luta contra o regime mais rigoroso, contra a superlotação e condições desumanas e a postergação do deferimento do livramento condicional que demarca uma fronteira frágil existente entre ilícitos penais e ilícitos disciplinares prisionais. Cárcere que impõe aos corpos criminosos o isolamento, a vigilância, a sanção – o embrutecimento do regime que gera mais dor, castigo e sofrimento. Prisão-depósito, mais ou menos segura.**

Avistamos um conjunto de transformações que apontam para um novo tipo de formação social, com suas incipientes táticas de poder e mecanismos de dominação e que englobam as políticas de encarceramento.

Compreendemos, diante dos movimentos, que as rupturas entre uma e outra tecnologia de poder não as impede de carregar-se reciprocamente, seguindo a linha de transformações de *Vigiar e Punir* de Michel Foucault. Assim, podemos elucubrar acerca do desaparecimento gradual do espetáculo punitivo (suplícios) e o aparecimento de uma sobriedade punitiva; o fim da tortura nos patíbulo para uma execução para além do cálculo da dor a ser retirada do corpo do condenado; a visibilidade dos antigos carrascos, agora com seus rostos escondidos por capuzes, e, finalmente, o desaparecimento dos “discursos de cadafalso” espraia-se nos discursos sobre a necessidade de “humanizar” e “ressocializar” o corpo criminoso encarcerado.

A permanência da prisão e o simultâneo alargamento das redes de controle!

BUSCA-SE TRANSFORMAR, REEDUCAR OU O CONTROLE DO DELINQUENTE IRRECUPERÁVEL?

Em relação ao “suplício dos corpos” ventilado em nossas configurações, podemos dizer que o mesmo não findou efetivamente no cotidiano carcerário, pois, na atualidade, temos o suplício infringido aos corpos encarcerados, uma ferida ainda aberta que carrega consigo a tortura, maus tratos, atos empreendidos veladamente no submundo das prisões. Nessa vertente reflexiva, o corpo é tocado, castigado em sua pena de privação de liberdade, acrescendo que há a existência de outras privações – alimentos escassos, privação sexual, de cuidados médicos.

Corpos encarcerados que se tornam frios, para que sejam manipulados, controlados, castigados. Corpos que são retirados de seus cotidianos e introduzidos no “mundo” das prisões com seus códigos e ritos. Corpos isolados na doença, objeto de enclausuramento, o que possibilita a vigilância constante e o registro permanente, sob olhares que os esquadrinham, corpos sujeitados à noção de propriedade, despojados de uma determinada identidade.

No tocante ao discurso legal da ressocialização do condenado encarcerado, esbarra-se na superlotação dos nossos presídios, tornando inaplicável o tratamento individual da pena, podendo ser reconhecida aqui a superlotação como uma forma de tortura, de suplício aos corpos amontoados em espaços infames. Ressaltamos que tal situação expressa uma continuidade em relação a tempos passados, uma vez que a história do sistema carcerário em nosso país revelou a problemática da superlotação em suas diversas configurações histórico-sociais, desde os tempos do Império.

Até o momento, podemos apontar a violação de princípios constitucionais, bem como a violação aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Sendo assim, invocamos desde já o artigo 1º, inciso III, e o 5º, LXXVIII, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Sendo a superlotação a causa principal da crise carcerária, tal situação não corrobora com o artigo 5º, inciso III da Carta Maior que reza que “ninguém será submetido a tortura e nem a tratamento desumano e degradante”. Nesse sentido, a situação de passividade dos corpos encarcerados diante da imposição das penas sujeita-os à

referida condição, ou seja, submete-os às consequências advindas dessa condição.

Salientamos que a lista de violações é realmente extensa e demonstra de fato que a tortura e a degradação estão presentes de forma marcante. Podemos trazer para o cenário atual as condições vivenciadas na Cadeia Velha, criada em 1812, que se situava na capital imperial, e ficou conhecida como o lugar de infecção e de morte, local de sujeição dos corpos ao suplício.

No que concerne às instalações carcerárias, os corpos criminosos adentram os locais de confinamento e se deparam com a umidade, com a sujeira, com o odor fétido e vão ao encontro de tantos outros corpos que disputam o espaço escasso – locais que podem ser comparados às masmorras, aos calabouços de outrora, mas que são institucionalizados pelo Estado, locais esquecidos pela sociedade amedrontada pelo crime, pela insegurança, pela violência. Sociedade que quer o perigo neutralizado atrás das grades.

O cruel confinamento extrapola os muros altos, as cercas elétricas, os portões trancados; o impacto está para além das grandes muralhas e, assim, a violência está configurada.

Destarte, a medida em que perseguimos um sistema prisional mais humanizado, menos violento, algumas coisas se endurecem e deixam ficar só o “corpo” criminoso ceifado de seus direitos e garantias. Os detentos gritam, rebelam-se, queimam colchões, ferem-se a si próprios, lutam uns contra os outros, gritos aqui não silenciosos, mas também não ouvidos. Corpos que não têm voz e muitas vezes não têm identidade.

Nas prisões habitam diferentes mundos que se afetam, mas que não se falam, não se enxergam.

Temos que levar em consideração que os policiais, os agentes carcerários, também são dominados, sofrem a violência cotidiana do ambiente interno e externo aos muros do sistema prisional. Corpos dos trabalhadores que também padecem, produzem e reproduzem a violência, sofrem a pressão e exercitam a repressão.

Ressaltamos que “tornar-se um corpo criminoso encarcerado” pressupõe ter que entrar numa dura rotina, desfazer-se de seus objetos, de sua história, para se tornar um número, um rótulo, objeto de uma ficha condenatória criminal. Não estamos querendo elucubrar a não necessidade de rotinas, de rigidez, estamos

refletindo que o impacto sofrido pelos detentos não pode se traduzir em suplícios constantes, ininterruptos.

O corpo criminoso encarcerado fala com o corpo, sofre com as dores, expõe o seu suplício cotidiano, rebelase, resiste, cria formas de sobrevivência aliando-se a outros corpos encarcerados, podendo até ganhar “status”, entre tantos outros corpos, sem desconfigurar a violência latente. Corpos que são tocados, vistos com indiferença e os fazem reproduzir a mesma indiferença para com a sociedade, tornando-se mais violentos e até mais resistentes, no tocante à própria ideia de ressocialização.

Em tempos de apologia, ainda maior, à violência carcerária e do não respeito à Constituição Federal, constata-se que os movimentos instituintes perderam sua força ante os instituídos e, assim, os corpos criminosos encarcerados, controlados pelo Estado, estão envolvidos por sujeições, subjetivando determinados modos de existência como sistemas de verdades, em “defesa da sociedade” a qualquer custo.

Consideramos oportuna a criação de mais uma configuração, tendo em vista os movimentos avistados em relação ao controle do corpo criminoso encarcerado na atualidade,

sendo: **modos instituídos, capturados pelo tempo, pelas regras, rotinas. Apologia à violência carcerária, “em defesa da sociedade” a qualquer custo. Binarização do sistema carcerário como fator criminógeno e o tecido social que quer a neutralização do perigo. Higienização estatizada do espaço social. Suplício dos corpos encarcerados, estereotipados pela sociedade, que adentram o confinamento, sofrem e reproduzem a violência. Corpos encarcerados já sem almas que enfrentam a morte em vida, com a chancela de grande parte da sociedade que naturaliza a própria violência. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e comissivos.**

O declínio do ideal de reabilitação está envolto ao fracasso dos esforços empreendidos pelo Estado, incutindo no imaginário social que não há outro caminho, senão uma ação mais dura, repressiva, violenta. Ventilamos que o ideal da ortopedia social – transformar, reeducar, muito bem trabalhada por Foucault em seus escritos, cede lugar ao ideal do **controle do delinquente irrecuperável.**

Trazemos para o cenário uma citação de Fiódor Dostoiévski⁴⁰⁷, quando afirmava que é possível julgar o grau de civilização de uma sociedade visitando suas prisões. Sendo assim, podemos inferir que o Brasil está imerso em uma barbárie social, o que não corrobora com o propalado Estado Democrático de Direito, visto que os direitos e garantias fundamentais estão à mercê de violações cotidianas no sistema carcerário.

Várias interrogações e análises teóricas, feitas neste estudo, ganharam corpo e tomaram o corpo – corpo da pesquisadora, corpos dos criminosos, corpos dos agentes/carcereiros, corpos dos policiais – corpo do Estado, corpo social. Não são apenas os corpos dos criminosos que sofrem a dominação, visto que a sociedade também está aprisionada pelo medo, pela violência.

Ressaltamos que, mais que um corpo controlado, almeja-se a concretização do ideal da reinserção social, mas não podemos deixar de destacar que, no tecido social em que predomina, modos instituídos, ainda está preso à crença de que as alternativas ao encarceramento se configuram como uma espécie de

⁴⁰⁷DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. **Crime e Castigo.** São Paulo: Nova Cultural, 2003.

impunidade e, sendo assim, podemos inferir que as linhas de fuga terão possibilidade de amplitude à medida que se enfocarem os debates sobre a eficácia das penas alternativas, com destaque para os modos de “reinserção social do apenado mediante sua não exclusão da comunidade, do seio familiar e das responsabilidades que detém”⁴⁰⁸.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: O CORPO CRIMINOSO ENCARCERADO EM TEMPOS DE FASCISTIZAÇÃO

A responsabilidade civil do Estado pela integridade física do preso é legítima, necessária e proporcional ao ressarcimento das constantes violações dos direitos dos custodiados e em decorrência das condições de sobrevivência precárias às quais são diariamente submetidos enquanto estão sob a guarda do Estado, e traz consequências à atuação estatal, possivelmente capazes de alavancar mudanças no sistema carcerário brasileiro, que diariamente viola a dignidade de centenas de indivíduos encarcerados.

⁴⁰⁸MACHADO, Vitor Gonçalves. **O fracasso da pena de prisão. Alternativas e soluções. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2243, 22 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13381>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Digno de nota ventilar de forma sintética que a responsabilidade civil do Estado tem natureza extracontratual, vez que não há uma relação contratual prévia, sendo que atualmente subsistem a responsabilidade objetiva para os atos comissivos e subjetiva para os atos omissivos do Estado.

Não há aqui a pretensa finalidade de discorrer acerca dos posicionamentos doutrinários afetos à responsabilidade civil do Estado no que respeita ao sistema carcerário, mas sim de trazer em testilha a necessidade de reflexões a partir dos movimentos históricos avistados, com vistas a ressignificar o próprio presente, sendo pacífico que o Estado não pode se eximir da sua responsabilidade.

No Brasil, a responsabilidade civil do Estado está fulcrada no art. 37, §6º, da Constituição Federal e, nessa esteira, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de repor economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos,

comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”⁴⁰⁹.

É inquestionável que a responsabilidade civil do Estado abarca, no seu aspecto histórico-jurídico, princípios e valores sociais, voltados à dignidade da pessoa humana enquanto pilar fundamental da estrutura de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, a realidade carcerária do Brasil demonstra o descaso estatal com os indivíduos presos – corpos que padecem perante a inércia do poder público, tendo ainda a chancela de grande parte da sociedade, que concebe a prisão como um meio para deportar do meio social os indivíduos que representam um risco à sociedade, de desova dos indesejáveis, um local de passagem para a morte, mas que antes deve submeter os corpos criminosos ao suplício, à tortura.

Forçoso também trazer em testilha o Recurso Extraordinário 841.526, cuja decisão do STF, em 30 de março de 2016, trouxe no seu bojo que a morte de um detento nas dependências do sistema prisional gera responsabilidade civil do Estado quando houver inobservância do seu dever específico de proteção.

⁴⁰⁹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 430.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à **teoria do risco administrativo**, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. **É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).** 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer

por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. **Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.** 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inoocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Há, portanto, a configuração da responsabilidade civil do Estado não apenas nos casos de mortes de detentos no sistema carcerário brasileiro, sendo que há o dever de proteção à integridade física e moral dos presos, sob pena de indenização às famílias, em que pesem os argumentos advindos do corpo social e despidos de garantias e direitos

fundamentais, que entende como injusta a utilização de dinheiro público para indenizar a família de uma pessoa que encontrava-se encarcerada por ter praticado algum ato contrário à lei.

O relator, Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelo plenário, ressaltou em seu voto que a jurisprudência do Supremo reconhece a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia, entendendo pelo dever de indenizar o preso em razão da rotineira violação de seus direitos fundamentais, conforme ventilado na referida jurisprudência:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias

com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 – crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção

ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). Fixada a tese: “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 ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)⁴¹⁰

Insta salientar um outro achado jurisprudencial que firmou o posicionamento da obrigatoriedade do Poder Público promover a execução de obras emergenciais em prisões, tendo havido, inclusive, a superação dos argumentos afetos à separação dos poderes, bem como da reserva do

⁴¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252 R, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 de agosto de 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/ferna/Downloads/texto_312692053.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2018.

possível, face à supremacia da dignidade da pessoa humana, conforme se observa:

REPERCUSSÃO GERAL.
RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à

integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Ao Estado é prescrito o dever específico de zelar pela integridade física e moral de seus custodiados, enquanto estes permanecerem em tal condição. O referido dever advém da ordem legal emanada no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Destarte, o dispositivo supra deriva do princípio da proteção

estendido ao ente estatal, “que não é senão a função preventiva da responsabilidade civil transformada em dever de agir do Estado”⁴¹¹.

Nessa esteira, Ramos⁴¹² leciona que o direito e a proteção à integridade física e psíquica ou moral consiste na intangibilidade física do ser humano, que merece proteção contra qualquer forma de tratamento cruel ou tortura, bem como veda tratamento desonroso ou que cause sofrimento psíquico.

Nessa seara, trazemos em tela o RE 580252, que abarca a possibilidade de indenização por dano moral tendo em vista a excessiva população carcerária, sendo:

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.** (RE 580252)

⁴¹¹NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 69.

⁴¹²RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216979/cfi/0>>.

RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325)

Uma prova de que o cenário prisional está em situação calamitosa é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, cujo plenário do STF deferiu, parcialmente, o pedido de medidas cautelares, reconhecendo a ocorrência do chamado “**Estado de Coisa Inconstitucional**” do sistema carcerário brasileiro, a fim de tirar da inércia todos os poderes estatais, para uma melhoria razoável no quadro caótico evidente que se instalou no sistema carcerário.

No tocante ao Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), trata-se de uma técnica decisória oriunda da Corte Constitucional Colombiana, que objetiva enfrentar sérias e sistemáticas lesões constitucionais, em face de omissões de políticas públicas, as quais afetam um número indistinto de pessoas, sendo necessária, para suas superações, a realização de diversas providências a serem efetivadas por várias autoridades e poderes do Estado.

Em seu estudo, Souza Neto⁴¹³ aborda que o STF, na apreciação da

⁴¹³SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. O papel do Estado na condição dos presídios e

ADPF nº 347, não adotou postura incisiva, no que tange ao “compromisso significativo”, ao propalar o Estado de Coisas Inconstitucional, e destacou alguns dos votos dos Ministros:

(...) a decisão do juiz é um estímulo. Mas ela precisa de uma atitude de cooperação dos demais órgãos envolvidos na superação do estado de inconstitucionalidade. E estamos a ver que, pelas providências delineadas e enunciadas, são múltiplas as atividades que se requerem às diversas instituições, especialmente, ao Poder Judiciário que, como se destacou, participa, no que diz respeito à prisão, à soltura das pessoas. (...) isso vai exigir, realmente, uma decisão de caráter plástico, de caráter bastante criativo. (Voto do Ministro Gilmar Mendes na apreciação da liminar da ADPF nº 347)

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário (...))

a proteção dos direitos fundamentais: Como o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo podem ajudar?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 6023, 28 dez. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76172>. Acesso em: 16 mar. 2020.

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo. (Voto do Ministro Marco Aurélio na apreciação da liminar da ADPF nº 347)

Portanto, há o imperativo dever de agir do Estado, mediante a promoção de medidas que estimulem os demais poderes da República a sair do estado de inércia no que tange ao sistema carcerário brasileiro, vez que é mister a abertura de espaços para os debates acerca da criação de novas políticas públicas, bem como controle e fiscalização das já existentes, sendo que estas, em última análise, já estão fadadas ao fracasso, haja vista o caótico e vilipendiador cenário das prisões no Brasil, que reproduzem, sem qualquer margem de dúvidas, com outra roupagem, as masmorras de outrora

com seus corpos encarcerados já sem alma.

As configurações histórico-sociais aqui construídas, sempre em processo de devir, constituem terreno fértil e movediço para importantes reflexões acerca das perversidades ceifadoras de direitos e garantias fundamentais, sentidas e vividas no sistema prisional brasileiro, sem perder de vista os movimentos da sociedade, cegos e com sede de “vingança”, que defendem, sobretudo, a morte em vida dos detentos, que em **nada coaduna** com a concretização do Estado Social e Democrático de Direito, com a construção de uma sociedade igualitária, justa e fraterna, O QUE É PREOCUPANTE.

Assim, o estudo do sistema carcerário brasileiro, multifacetado e prenhe de complexidade, deve ser feito também à luz do Direito Civil - Constitucional, que alberga a responsabilidade civil do Estado e o seu dever de proteção, sob a premissa de que a Constituição Federal, hierarquicamente superior a todas as demais, é portadora de uma determinada hierarquia de valores que devem ser observados por todo o ordenamento jurídico e, portanto, pelo próprio Direito Civil, que assim deixa

de encontrar seu único fundamento no Código Civil e na legislação ordinária.

Embora reste cristalino o dever do Estado na esteira do Supremo Tribunal Federal, guardião da nossa Carta Constitucional de 1988, dando azo ao que podemos chamar de movimento instituinte, pilar para a materialização em casos concretos, há o iminente risco de inclusão de políticas ainda mais duras no atual Brasil de extremos, cuja defesa dos direitos fundamentais encontra resistência, vez que associada a bandeiras partidárias, à “banditagem”, à impunidade e ao crime – “direitos dos mansos”.

Nessa vertente reflexiva, a polarização/ binarização resulta em: ou se está do lado da vítima, ou se está do lado do criminoso, uma vez que os direitos deste afetam sobremaneira na memória da vítima.

Discorrer acerca da responsabilidade civil do Estado, implica refletir para além da doutrina, para além dos conteúdos manualescos, sendo imperioso adentrarmos a realidade político-ideológica atual brasileira que articula violência e capitalismo, intimamente imbricados, em imanência com o processo de fascistização sob os auspícios de torturadores de bem, milicianos da verdade e profetas da antidemocracia e

a defesa de uma “ditadura constitucional”.⁴¹⁴

Portanto, o estudo da temática afeta à responsabilidade civil do Estado e o sistema carcerário não é tarefa fácil, sendo importante considerar que o Estado mobiliza forças de resistência à mudança sob a veste de questões de ordem socioeconômicas, deficiências afetas ao próprio sistema prisional (recursos financeiros, escassez de trabalhadores, inadequações dos equipamentos institucionais) – controle dos corpos criminosos configurado pela dominação, pela segregação com finalidades típicas de esquadramento social e, por fim, violadores de nossa Constituição Federal.

Por outro lado, vale lembrar que o poder é, na verdade, a operação de tecnologias políticas através do corpo social, não estando restrito às instituições políticas. Nessa vertente, o poder deve ser compreendido, levando-se em consideração as micropráticas, devemos nos remeter ao nível das tecnologias políticas onde nossas práticas se formam. O poder é multidirecional e representa um papel

⁴¹⁴REBUÁ, Eduardo. **Amor ao Ódio: fascistização no Brasil do tempo-de-agora**. 3 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/fascistizacao-no-brasil-do-tempo-de-agora/>. Acesso em: 13 de abr. 2020.

diretamente produtivo, funcionando de modo ascendente e também descendente.⁴¹⁵

Os “inimigos do agora” são os professores, as universidades, a comunidade LGBT, os nordestinos, os índios, os pedófilos comunistas, os DETENTOS, os não cristãos e, portanto, o estudo do sistema carcerário se torna indesejável diante deste cenário, afinal, os corpos criminosos devem ser varridos do seio social e do próprio cárcere, a qualquer custo, o espaço deve ser higienizado, sobretudo, no tempo de agora, há uma “junção de violências, com o desencantamento epidêmico do mundo provocado pelo neoliberalismo, pavimentando processos maciços de alienação, adoecimento físico e psíquico, desmonte de políticas e dimensões públicas, aniquilação de resistências e sujeitos”⁴¹⁶.

Contudo, a escrita pode transformar a coisa vista ou ouvida em batalhas. Ela transforma-se em um Princípio de ação. Em contrapartida,

⁴¹⁵DREYFUS, H. L.; Rabinow, P. **Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Porto Carrero. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

⁴¹⁶REBUÁ, Eduardo. op., cit.

aquele que escreve se transmuta em meio a esse emaranhado ⁴¹⁷.

“Nessa humanidade central e centralizada, efeito e instrumento de complexas relações de poder, corpos e forças submetidos por múltiplos dispositivos de ‘encarceramento’, objetos para discursos que são eles mesmos elementos dessa estratégia, temos que ouvir o ronco surdo da batalha”.
(Michel Foucault)

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo. **A verdade da repressão: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana: 1890-1921.** São Paulo: editora Arte & Ciência/UNIP, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** RE 580252 R, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 de agosto de 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/ferna/Downloads/texto_312692053.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2018.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. **Crime e Castigo.** SP: Nova Cultural, 2003.

⁴¹⁷MACHADO, Leila Domingues. **O desafio ético da escrita.** Psicologia & Sociedade, v. 16, n. 1, p. 146-150, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/psoc%20/v16n1/v16n1a12.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2019.

DREYFUS, H. L.; Rabinow, P. **Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica.** Trad. Vera Porto Carrero. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FERLA, L. A. C. **Feios, sujos, malvados sob medida.** Tese de doutorado em História Social - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder.** Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2012.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão:** Vozes, 1979.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **O fracasso da pena de prisão. Alternativas e soluções.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2243, 22 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13381>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

MACHADO, Leila Domingues. **O desafio ético da escrita.** Psicologia & Sociedade, v. 16, n. 1, p. 146-150, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/%0D/psoc%20/v16n1/v16n1a12.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2019.

MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos.** Jus Navigandi, Teresina, 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1010>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado.** 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 333, 5 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5300>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. Disponível

em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216979/cfi/0>>.

REBUÁ, Eduardo. **Amor ao Ódio: fascistização no Brasil do tempo-de-agora**. 3 de janeiro de 2019. Disponível em:

<https://diplomatie.org.br/fascistizacao-no-brasil-do-tempo-de-agora/> . Acesso em: 13 de abr. 2020.

SANTOS, M. M.; Alchieri, J. C. & Flores Filho, A. J. **Encarceramento Humano: uma revisão histórica**. *Revista Interinstitucional de Psicologia*, 2 (2), p. 170-181, 2009.

SILVA, M. L. Michel Foucault e a genealogia da exclusão/inclusão: o caso da prisão na modernidade. 2008. Disponível em: <http://mozartls.blogspot.com.br/2008/10/michel-foucault-e-genealogia-da.html>. Acesso em fevereiro de 2013.

SILVA, R. A. N. Cartografias do social: estratégias de produção do conhecimento. Tese (Doutorado). Porto Alegre (RS): Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2001.

SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. O papel do Estado na condição dos presídios e a proteção dos direitos fundamentais: Como o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo podem ajudar? *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 6023, 28 dez. 2019. Disponível

em: <https://jus.com.br/artigos/76172>. Acesso em: 16 mar. 2020.