

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS
(2011/0136470-6)**

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
EMBARGANTE : GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO
ADVOGADO : LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO
EMBARGADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FELIPE M GIMENEZ E OUTRO(S)

EMENTA

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

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

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

3. O voto condutor do Min. Herman Benjamin - havido do recurso especial, cujo acórdão figura como embargado - deve ser mantido em seus próprios fundamentos, a saber que: a) não é aceitável a tese de que a indenização seria cabível em prol de sua função pedagógica; b) não é razoável - e ausente de lógica - indenizar individualmente, pois isto ensejará a retirada de recursos

Superior Tribunal de Justiça

para melhoria do sistema, o que agravará a situação do próprio detento; e c) a comparação com casos que envolveram a morte de detentos não é cabível.

4. Como bem consignado no acórdão embargado, em vez da perseguição de uma solução para alterar a degradação das prisões, o que acaba por se buscar é uma inadmissível indenização individual que arrisca formar um "pedágio masmorra" ou uma "bolsa indignidade"; em síntese, o tema em debate não trata da aplicação da doutrina da "reserva do possível" ou do "mínimo existencial", mas da impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional.

Embargos de divergência conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça: "A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Francisco Falcão.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 14 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS (2011/0136470-6)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
EMBARGANTE : **GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO**
ADVOGADO : **LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO**
EMBARGADO : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PROCURADOR : **FELIPE M GIMENEZ E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de demanda movida por detento, visando ao pagamento de indenização de dano moral causado pelas ilegítimas e sub-humanas condições a que está submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional de Corumbá, Mato Grosso do Sul. O pedido foi julgado parcialmente procedente pela sentença de primeiro grau, do Juiz de Direito Francisco Vieira de Andrade Neto, para condenar o Estado ao pagamento de indenização no valor de três mil reais, com os seguintes fundamentos básicos:

(...) a conduta presente do sistema prisional do Estado do Mato Grosso do Sul não tem sido apenas ilegal e cruel com o condenado, mas também impõe um sofrimento real, pessoal e desarrazoado à Sociedade, assaltando-a em seus mais caros bens: vida, liberdade e propriedade. Ex parte príncipe, isto é, do importante ponto de vista do orçamento, a indigna conduta é antes de tudo mais custosa, mais cara do que o fiel e regular cumprir da lei e da Constituição. Agride-se a um tempo a moralidade e a eficiência. A prudência econômica, tão cara ao Direito Administrativo, indica o lucro social na senda da probidade. E os modelos econométricos demonstram inequivocamente os retornos financeiros das políticas de prevenção ante as de combate.

(...)

Vale também ressaltar, aqui me atentando às informações prestadas pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Penais e pelo i. Diretor do Estabelecimento Penal local, que o presídio de Corumbá é dotado de celas nas quais cumprem penas mais pessoas do que o dobro de sua capacidade, em condições não admitidas pela Lei de Execução Penal, pelo Código Penal Brasileiro, nem pela Constituição federal, inclusive não havendo sequer colchões para todos os condenados, tampouco qualquer outra condição mínima de higiene e limpeza, prevalecendo, portanto, a indesejável promiscuidade que coloca em risco a integridade física, psíquica e moral dos presos, não prevista (tal promiscuidade) como pena pelo(s) crime(s) pelo(s) qual(is) foi(ram) condenado(s).

(...)

Da satisfatória demonstração dos fatos alegados pelo autor, notadamente da hipertrofia de sua punição, caracterizada pela privação de sua dignidade, decorrente de sua submissão a condições não somente não previstas em lei nem na sentença que o condenou, mas expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico pátrio, concluo pela desnecessidade da produção de prova específica de dano moral indenizável, por entender, em hipóteses que tais, presumível *ipso facto* o dano moral alegado na petição inicial.

(...)

Ainda, quanto à omissão do Estado, reiterando alguns dos fundamentos despendidos nesta, entendo importante notar, a despeito da 'escassez' de recursos do Erário, ser inadmissível a não locação de recursos para se efetivar uma política pública, hoje quase inexistente, voltada à dotação efetiva do sistema carcerário estadual de estrutura pelo menos razoavelmente eficiente, tanto para punir os condenados, quanto para permitir-lhes a desejada ressocialização; sendo

Superior Tribunal de Justiça

certo, vale ressaltar, não me referir aqui a uma estrutura utópica, incondizente com as referidas condições econômicas do estado, mas sim à priorização do que deve ser feito (como, v.g., segurança pública) em detrimento de investimentos (v.g., exagerada 'propaganda institucional') que poderiam ser postergados para momento em que o Poder Público não estivesse com tantas deficiências em áreas essenciais ao bem estar comum, ou, pelo menos, bastante diminuídos (fls. 257/260).

A sentença foi mantida por maioria pelo Tribunal de Justiça, ficando vencido o relator, Desembargador Hamilton Carli, que julgou improcedente o pedido, com a seguinte fundamentação:

(...) é possível vislumbrar, simultaneamente, dois objetivos convergentes perante a Constituição: o atendimento às necessidades do preso e a economia de meios. Esta última é essencial para que, resolvido o caso particular do autor, sobre recursos para atender às demais necessidades básicas essenciais do restante da população (não só carcerária).

(...)

Desta forma, uma vez reconhecido o direito do autor, pelo princípio da isonomia, todos os detentos deveriam ser indenizados, o que geraria um dispêndio vultoso aos cofres do Estado. Não bastasse isso, a implementação da política pública prisional exige o direcionamento de recursos públicos, mas não sob a égide da conveniência e oportunidade puras do administrador, sendo constitucionalmente permitida a intervenção do Judiciário em questão desta natureza, pois, embora destinados à garantia de direitos individuais, de primeira geração, a ação necessária do Estado é comissiva e não omissiva, o que assemelha à própria das garantias dos direitos sociais, de ação positiva.

(...)

O exercício de ações positivas exige o investimento do ente estatal e, como tal, depende da disponibilidade de recursos. A reserva do possível foi inicialmente desenvolvida para ser aplicada no que concerne à implantação e execução das políticas públicas.

Certo é que não podemos desprezar os direitos constitucionalmente garantidos ao autor, pois é óbvio que o caso exige prestação positiva do Estado. Porém, tal prestação deve respeitar os limites econômicos que derivam do fato de que certas prestações hão de situar-se dentro da 'reserva do possível', das disponibilidades do erário.

(...) os direitos do detento exigem prestações positivas por parte do Estado, por isso se situa, como vimos anteriormente, dentro da chamada 'reserva do possível', ou seja, dentro das disponibilidades orçamentárias da Administração Pública.

Sem sombra de dúvida que o autor, na qualidade de preso, reserva integralmente seus direitos individuais fundamentais, à exceção da liberdade e da privacidade. Também é notório que situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica.

Ademais, em razão de ser custodiado pelo Estado, tem este o dever integral de conservar o preso em condições digne e saudáveis.

No entanto, o cumprimento deste dever exige ação positiva do Estado, diversamente do que ocorre com o cidadão em liberdade, para o qual basta, de regra, ação negativa.

A ação positiva apresenta-se sob a forma da necessidade de construção, ampliação, reforma e adequação dos estabelecimentos prisionais, até que todos os presos, cautelares ou condenados, possam ter as condições preconizadas pela Lei de Execução Penal e assegurados seus direitos fundamentais.

(...)

O direito do autor também não pode ser tido como absoluto, ante a necessidade da prática de ação positiva possível quando o Estado age nos limites de sua disponibilidade, de forma a que suas ações venham, no futuro, assegurar os direitos fundamentais do preso.

(...)

Superior Tribunal de Justiça

Ademais, não podemos acolher a alegação de que a omissão do Estado é ilícita, uma vez que a ação positiva do Estado-administrador, praticada de acordo com o orçamento votado pelo Estado-legislativo, a coloca, dogmaticamente, na esfera da licitude dos atos públicos, tal qual determinada pela doutrina da 'reserva do possível'. Desta forma, não há falar em dever de indenizar.

(...)

Não estamos com isso negando o direito do autor em ver ressarcido seu sofrimento. Apenas entendendo que, se o objetivo principal da ação é obrigar o Estado a dar melhores condições de vida e dignidade aos detentos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais sul-mato-grossenses, não obterá êxito tentando ação indenizatória de danos morais.

(..)

Existe sim a necessidade de se ter uma melhoria urgente no sistema prisional, o qual deverá ser feito por meio de construções e reformas, e não de pagamento pecuniário aos apenados.

Ademais, no caso de provimento do recurso do autor, ele continuará na situação de dano em que se encontra. Ou seja, não é pelo fato de o Poder Judiciário condenar o Estado ao pagamento de determinado valor por danos morais, que a 'situação de dano' se extinguirá, e, desta forma, em poucos meses, as ações serão novamente intentadas a fim de ver indenizado o mesmo dano (fls. 345/349).

Foi vencedor o voto do Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, Revisor, que sustentou:

Os argumentos do Estado do Mato Grosso do Sul, quando menciona que o apelante, ao ser condenado, deixou de cumprir seus deveres, infringindo a lei, fato esse utilizado como justificativa para afastar qualquer responsabilidade sua quanto à inobservância de seus direitos fundamentais, são deploráveis, dando conta de que realmente despreza o seu dever de cuidar daqueles que puniu. Ora, não se discutem aqui as razões da condenação de um preso; mas, sim, uma circunstância posterior, que é a má, tardia ou falta de atuação estatal, no que concerne à custódia dos condenados ou processados pela Justiça.

(...)

No caso dos autos, observa-se que o Laudo (f. 51-55) feito pela Vigilância Sanitária do Município de Corumbá-MS revela que efetivamente há superlotação, além de outros inúmeros problemas de higiene, há, outrossim, até o risco de transmissão de doenças. Sobreleva notar que, a despeito de o Laudo ter sido realizado em junho de 2003, e o referido órgão municipal ter solicitado a tomada de providências, nada foi alterado.

Até a propositura da demanda, a omissão estatal estava caracterizada como o próprio laudo descreveu, pela ausência de condições mínimas para receber a quantidade excessiva de presos que se encontram no Estabelecimento Prisional de Corumbá. As reformas necessárias, além da ampliação da capacidade do presídio, não foram implementadas, mesmo após a propositura de diversas ações de indenização, o que demonstra o descaso do Estado de Mato Grosso do Sul em relação aos cuidados que deveria dar aos custodiados de Corumbá.

(...)

Levando em consideração a preservação do bem maior do ser humano (a vida digna), há afastar toda e qualquer postura tendente a negar a consecução desses direitos, seja sob a sustentação de que se encontram hospedados em normas de eficácia limitada seja sob a fundamentação de que se deve ater a observância de prévia dotação orçamentária, a fim de assegurar o mínimo existencial, erigido como um dos princípios fundamentais da Carta Magna de 1988 (artigo 1º, III, da CF).

Dessa forma, considerando que a teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que assegure o mínimo existencial, somando-se ao fato de que o tratamento adequado aos encarcerados, como atendimento às necessidades de higiene e saúde, é de vital importância para

assegurar o mínimo de existência, já que não há conjugar vida digna, mesmo para aqueles que tiveram sua liberdade restringida, sem observância da dignidade da pessoa humana, padece de amparo a assertiva apresentada pelo apelante, quanto à teoria da reserva do possível.

Como já pacificado na doutrina e na jurisprudência, o dano moral, diferentemente do dano material, não possui os mesmos contornos, decorrendo, nesse caso, pela privação de sua dignidade, decorrente de sua submissão a condições não somente não previstas em lei nem na sentença que o condenou, mas expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico pátrio. O desprezo do Poder Público está causando ao apelado sofrimento que não se coaduna com a pena que lhe foi imposta - pagar pelo que fez à sociedade, através do cumprimento da pena, é o limite legal de constrangimento que o preso possa submeter-se - e o excesso no descaso é a prova do dano sofrido pelo autor (fl. 352/355).

O recurso especial foi provido pela 2ª Turma, pelas razões assim sumariadas na ementa do acórdão de lavra do Min. Herman Benjamin:

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

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

2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

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

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

5. A Defensoria Pública, como órgão essencial à Justiça, dispõe de mecanismos mais eficientes e efetivos para contribuir, no atacado, com a melhoria do sistema prisional, valendo citar, entre tantos outros: a) defesa *coletiva* de direitos (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985), por intermédio do ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação das prisões, pondo um basta nas violações à dignidade dos prisioneiros, inclusive com a interdição de estabelecimentos carcerários; b) ações conjuntas com o Conselho Nacional de Justiça; c) acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/1984); d) controle da malversação de investimentos no setor carcerário. Tudo isso sem prejuízo de providências, pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de imputar, ao servidor ou administrador

Superior Tribunal de Justiça

desidioso, responsabilidade pessoal por ofensa aos princípios que regem a boa Administração carcerária.

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

7. Recurso Especial provido para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem.

Daí os presentes embargos de divergência. Sustenta o embargante que o acórdão divergiu do entendimento da 1ª Turma, manifestado tanto no REsp 1.051.023/RJ, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 01.12.2008, quanto no REsp 870.673/MS, Min. Luiz Fux, DJe de 05.05.2008, alegando que "a situação fática é a mesma em ambos os casos, sendo reconhecida pelo Tribunal de Justiça a violação dos direitos do preso" (fl. 510), do que decorre o dever de indenizar os danos morais sofridos. Contudo, o acórdão embargado, apesar de ter afastado expressamente "a aplicação da cláusula da reserva do possível e também da possibilidade de se averiguar, no âmbito do STJ, se o dano moral é devido, por imperativo da súmula 7" (fl. 512), ainda assim negou o direito à indenização com alegações relativas "ao sistema como um todo", que, "por mais relevantes que sejam, devem ser aprofundadas no âmbito próprio, seja em processo judicial com tal objeto, seja nas esferas política ou administrativa, mas, é certo, não possuem o condão de eliminar o direito do autor, mormente no âmbito recursal especial, quando descabida nova análise das questões fático-probatórias" (fl. 512). Em resumo, não seria justificável a alegação contida no acórdão embargado de que haveria impropriedade em se indenizar apenas alguns detentos que ajuizaram ação, quando todos sofrem pelas mesmas condições precárias, pois tal questão se refere à "verificação da existência do próprio direito do autor (possibilidade de indenização por dano moral), já que o referido 'apaziguamento' certamente deve ser visto como efetivação de um direito e não como um favor ou uma benesse de quem quer que seja" (fl. 513).

Não houve contra-razões (fl. 567).

É o relatório.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS (2011/0136470-6)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
EMBARGANTE : GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO
ADVOGADO : LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO
EMBARGADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FELIPE M GIMENEZ E OUTRO(S)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE DA INVOCACÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF.

1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, prevista também no art. 43 do Código Civil, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição.

2. Embargos de divergência providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Registre-se, inicialmente, que não se trava, aqui, qualquer controvérsia a respeito de fatos, nem quanto à configuração ou o valor do dano moral. O que se discute, unicamente, é a indenizabilidade, matéria tipicamente de direito. Registre-se, também, que está configurada a divergência: em situações faticamente análogas, houve soluções opostas entre o acórdão embargado, que negou a indenizabilidade, e os paradigmas, que a confirmaram.

2. Um dos acórdãos paradigmas é o Resp 1.051.023/RJ, 1ª Turma, DJe de 01.12.2008, de minha relatoria, com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE DA INVOCACÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF.

Superior Tribunal de Justiça

1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição.
2. Recurso Especial improvido.

No voto proferido, manifestei-me da seguinte forma:

2. Duas premissas são importantes para o julgamento do recurso. Primeira: não está em questão o exame das condições do sistema carcerário brasileiro, mas apenas de um específico estabelecimento prisional, o da 90ª DP de Barra Mansa, Rio de Janeiro, carceragem considerada em "estado caótico" pelo acórdão recorrido e que, segundo ali noticiado, foi por isso mesmo desativada (fls. 379). Segunda: não se nega a ocorrência do dano moral, mas sim e apenas a responsabilidade civil do Estado pela respectiva indenização.

Estabelecidas tais premissas, não há como dar provimento ao recurso. O "princípio da reserva do possível" (que, à luz dos votos aqui proferidos, tem o significado da insuficiência de recursos financeiros) certamente não pode ser invocado, nessa dimensão reducionista, em situações como as do caso concreto. Faz sentido considerar tal princípio para situações em que a concretização constitucional de certos direitos 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. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequada prestação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição.

Ora, no caso concreto, conforme já enfatizado, não se discute a existência do dano ou o nexo causal, circunstâncias tidas como certas. Realmente, não há dúvida de que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas. E é dever do Estado ressarcir os danos causados aos detentos em estabelecimentos prisionais. Há vários precedentes nesse sentido na jurisprudência do STJ. Recentemente, essa 1ª Turma assentou que o dever de proteção do Estado em relação aos detentos abrange, inclusive, o de protegê-los contra si mesmos, impedindo que causem danos uns aos outros ou a si mesmos (AgRg 986.208, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12.08.08). No mesmo sentido: REsp 847.687, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 25.06.07; REsp 713.682, 2ª Turma, DJ de 11.04.05; REsp 944.884, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 17.04.08).

3. Essas considerações são inteiramente aplicáveis ao caso. Não se nega que, conforme ressaltado pelo acórdão embargado, a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à

integridade e à dignidade da pessoa dos presos depende da adoção de políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tal resultado. Disso não decorre, porém, que violações dessa natureza ainda ocorrentes devam ser mantidas impunes ou indenizáveis, ainda mais quando o mesmo acórdão admite que "não se está a averiguar se o dano moral é devido, pois, caso assim o fosse, incidiria o óbice sumular 7/STJ" (fl. 487). Trata-se, a rigor, de problemas diferentes, a serem separados por linha bem definida: uma situação é a da política pública de melhoria das condições carcerárias, que aqui não está em discussão; e a outra, juridicamente bem distinta, é a do dever do Estado de indenizar danos individuais - seja de natureza material, seja de natureza moral - indevidamente causados a detentos. É disso que aqui se trata. Esse dever, que é imposto pelas leis civis a qualquer pessoa que cause dano (Código Civil, arts. 186 e 927), é também do Estado, que, além da norma civil (Código Civil, art. 43), tem previsão em superior norma constitucional específica, o art. 37, § 6º, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo.

4. É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos individuais a pessoas encarceradas não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para propiciar a solução do grave problema prisional globalmente considerado. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a manutenção eterna do iníquo *status quo* de presídios como o de que trata a presente demanda. Ademais, mesmo que não haja direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular esta ou aquela política pública, inclusive em relação à questão carcerária, não é menos certo que ao indivíduo é assegurado o direito de obter, inclusive judicialmente, o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial, a saber: prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. E ninguém pode duvidar de que, em qualquer circunstâncias, jamais se poderia excluir das obrigações estatais em matéria carcerária a de indenizar danos individuais de qualquer natureza que venham a ser por ele causados a quem está submetido a encarceramento.

5. Diante do exposto, conheço dos embargos de divergência e a eles dou provimento, para restabelecer o acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS
(2011/0136470-6)**

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
EMBARGANTE : GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO
ADVOGADO : LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO
EMBARGADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FELIPE M GIMENEZ E OUTRO(S)

EMENTA

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

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

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

3. O voto condutor do Min. Herman Benjamin - havido do recurso especial, cujo acórdão figura como embargado - deve ser mantido em seus próprios fundamentos, a saber que: a) não é aceitável a tese de que a indenização seria cabível em prol de sua função pedagógica; b) não é razoável - e ausente de lógica - indenizar individualmente, pois isto ensejará a retirada de recursos

para melhoria do sistema, o que agravará a situação do próprio detento; e c) a comparação com casos que envolveram a morte de detentos não é cabível.

4. Como bem consignado no acórdão embargado, em vez da perseguição de uma solução para alterar a degradação das prisões, o que acaba por se buscar é uma inadmissível indenização individual que arrisca formar um "pedágio masmorra" ou uma "bolsa indignidade"; em síntese, o tema em debate não trata da aplicação da doutrina da "reserva do possível" ou do "mínimo existencial", mas da impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional.

Embargos de divergência conhecidos e improvidos.

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cuida-se de embargos de divergência opostos por GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO contra acórdão da Segunda Turma desta Corte, com objetivo de uniformizar a jurisprudência da Primeira Seção no tocante à responsabilidade civil do Estado por violação de direitos de preso em estabelecimento estadual.

Originariamente, a divergência foi apresentada contra acórdão da Segunda Turma desta Corte que entendeu pelo provimento do recurso, para restabelecer o voto proferido pelo relator na apelação, ou seja, negando ao preso o direito de ser indenizado individualmente, nos termos da seguinte ementa:

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

Superior Tribunal de Justiça

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

2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de 'pedágio-masmorra', ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma 'bolsa-indignidade' pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

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

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

5. A Defensoria Pública, como órgão essencial à Justiça, dispõe de mecanismos mais eficientes e efetivos para contribuir, no atacado, com a melhoria do sistema prisional, valendo citar, entre tantos outros: a) defesa coletiva de direitos (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985), por intermédio do ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação das prisões, pondo um basta nas violações à dignidade dos prisioneiros, inclusive com a interdição de estabelecimentos carcerários; b) ações conjuntas com o Conselho Nacional de Justiça; c) acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/1984); d) controle da malversação de investimentos no setor carcerário. Tudo isso sem prejuízo de providências, pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de

Superior Tribunal de Justiça

imputar, ao servidor ou administrador desidioso, responsabilidade pessoal por ofensa aos princípios que regem a boa Administração carcerária.

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

7. Recurso Especial provido para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem."

(REsp 962.934/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.4.2010, DJe 4.5.2011.)

Como paradigmas, foram colacionados os seguintes acórdãos da Primeira Turma, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, e do Min. Luiz Fux, respectivamente:

"CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE DA INVOCAÇÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF.

1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição.

2. Recurso Especial improvido."

(REsp 1.051.023/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11.11.2008, DJe 1º.12.2008.)

Superior Tribunal de Justiça

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação Ordinária de Indenização interposta por presidiário ao fundamento de que sofrera danos morais em razão da superlotação na carceragem na qual encontrava-se recluso desde 08/12/03, em espaço mínimo na cela, na qual encontravam-se mais de 100 (cem) presos, número muito superior ao estipulado como razoável para o local, a saber, 12 (doze) pessoas.

2. A negligência decorrente dos fatos narrados pelo autor na exordial - em especial no que se refere à configuração da culpa estatal - restou examinada pelo Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, é insindicação nesta instância processual, à luz do óbice constante da Súmula 7/STJ.

3. In casu, a Corte de origem reformou integralmente a sentença a quo, condenando o Estado ao pagamento da indenização pleiteada, com fulcro na Responsabilidade Civil do Estado, in litteris: Ainda que desnecessária a comprovação de culpa, bastando a ocorrência do dano, que é indubitável, entretanto a culpa administrativa do Estado está caracterizada pela sua negligência, descaso ou abandono com relação aos presos, entregues a sua própria sorte, violando por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Direito Humanos. Assinale-se que, por se tratar de resguardo de um padrão básico de vida, não há de cogitar de sobrecarga orçamentária, pois se trata da preservação da vida humana, que não pode ficar abandonada num total desprezo, com argumentos insubsistentes, que demonstram repúdio e má-vontade na solução do problema. Portanto nenhuma teoria ou especificações, sobre os mais variados princípios discorridos, é mais importante que a consideração que o ser humano merece.

(...)

5. Ad argumentandum tantum, no mérito melhor sorte não lhe assistiria, isto por que a Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e

Superior Tribunal de Justiça

solidária.

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

7. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais mezinhos deveres estatais, consistente em manter-se superpopulação carcerária em condições perigosas, máxime quando os presos se vêem obrigados a confeccionar e possuir instrumentos ofensivos - que servem mais para se defender e garantir suas vidas e intimidade do que atacar alguém ou se rebelar, sendo certo os temores que resultam do encarceramento ilegal.

8. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escoreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 9. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.

10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se a forma de execução da pena imposta revela-se tão injusta quanto ao crime cometido ensejador da reprimenda estatal?

11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que "a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição,

Superior Tribunal de Justiça

marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual'. (REsp 612.108/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 03.11.2004)

(...)

17. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a condenação ao pagamento da verba honorária."

(REsp 870.673/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.3.2008, DJe 5.5.2008.)

A Defensoria Pública da União, embargante, argumenta que está configurada a similitude fática entre os acórdãos, existindo, portanto divergência no entendimento das duas Turmas. O centro do seu argumento jurídico é que não deve ser invocada a cláusula da reserva do possível para afastar o direito a indenização, que decorreria de violação a direito de preso, individualmente considerado.

Decorrido *in albis* o prazo para impugnação (e-STJ, fl. 567).

É, no essencial, o relatório.

Preliminarmente, anoto que os embargos estão em conformidade para conhecimento, nos termos do voto do Min. Teori Zavascki.

Na origem, cuida-se de ação ordinária, individual, ajuizada por encarcerado no Estabelecimento Penal Masculino de Corumbá, Estado de Mato Grosso do Sul. A Defensoria Pública do Estado pediu reparação por danos morais sofridos com a degradante situação prisional, nos seguintes termos (e-STJ, fl. 25):

"Ao final, o reconhecimento como procedente o do pedido, condenando-se os requeridos no pagamento de indenização a título de reparação por danos morais em favor do requerente, no valor de um salário mínimo mensal a contar da data da prisão até o dia em que se implementarem medidas que eliminem integralmente a superlotação carcerária, insalubridade e ausência de área mínima de espaço vital e se promova a real integração social do autor, corrigidos pelos índices oficiais, mais juros de mora - o que hoje importa a quantia de 58 salários mínimos (o que equivale a R\$ 13.920,00).

A Inclusão das parcelas vincendas no transcorrer deste feito, quais sejam, acrescentar-se ao pedido acima o valor de um salário mínimo por mês em que perdurar o feito, ou a situação de

Superior Tribunal de Justiça

superlotação carcerária, insalubridade e ausência de área mínima vital."

Em síntese, no cerne, foi efetivado pedido de reparação continuada, no valor de 1 (um) salário mínimo mensal.

O magistrado de piso julgou procedente, em parte, o pedido para determinar o pagamento de indenização fixa, outorgada ao preso, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) como reparação aos danos morais, acrescido o principal de juros e de correção monetária (e-STJ, fls. 253-262).

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul manteve a sentença da origem, por maioria, e consignou que deveria ser paga indenização fixa pelo Estado ao preso em situação degradante por dano moral, em sede de responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público. Os dois votos, do relator (vencido) e do revisor (vencedor) são detalhados e demonstram que a controvérsia é bastante evidente (e-STJ, fls. 337-381).

O *Parquet* federal opinou pela manutenção em parte do acórdão da origem, tão somente considerando que deveria haver provimento para permitir a percepção de honorários pela Defensoria Pública do Estado (e-STJ, fls. 468-479).

O acórdão embargado, de relatoria do Min. Herman Benjamin, deu provimento ao recurso especial do Estado de Mato Grosso do Sul, com base nos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 486-494):

"Apesar de as razões principiológicas - em especial a dignidade da pessoa e a violação do mínimo existencial - terem servido de norte à tese vencedora, não vislumbro qualquer razoabilidade ou mesmo proporcionalidade em onerar o ente estatal com mais uma rubrica despida de finalidade pública, em sua essência.

Com razão o voto vencido, ao mencionar que há 'necessidade de se ter uma melhoria urgente no sistema prisional, a qual deverá ser feita por meio de construções e reformas, e não de pagamento pecuniário aos apenados'.

Não se trata de aplicação da cláusula da reserva do possível (...).

(...)

A tese que prevaleceu parte de dois pressupostos equivocados, a saber (a) deve haver indenização como função pedagógica, para fins de melhoria no sistema carcerário, e (b) há necessidade de apaziguar o sofrimento do recorrido de modo

Superior Tribunal de Justiça

pecuniário.

(...)

Argumentando-se com a técnica da reductio ad absurdum, a tese vencedora no acórdão de origem possibilita concluir que é muito mais intolerável a situação de mero desconforto individual de um condenado do que casos em que detentos sofrem violação na sua integridade física (e não apenas moral).

Em resumo, há evidente choque de entendimentos polêmicos: por um lado, assevera-se que o Estado deve pagar ao delinqüente uma quantia mensal pelo fato de suas condições de carceragem não serem as melhores; por outro, o Estado não deve pagar nada a um cidadão que, sem ter praticado qualquer delito, é privado do convívio de um ente querido, pelo fato de este ter sido executado por um fugitivo, ou de ter tido sua integridade física e moral violada por um ex-detento.

Note-se que em todas as situações acima há também uma falha do serviço estatal, assim como constatado no presente caso.

Nunca é demais lembrar que o sofrimento pelas condições dos detentos igualmente se divide com seus familiares, em especial quando o condenado sustentava o núcleo familiar. Nesses casos, o papel da Defensoria poderia ser mais bem aproveitado, no sentido de buscar a concessão de auxílio-reclusão aos dependentes dos detentos (art. 80 e seguintes da Lei 8.213/91).

No âmbito coletivo, a Defensoria dispõe de inúmeras possibilidades de contribuir para a melhoria no sistema prisional. Vejam-se, por exemplo, as ações conjuntas desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça com os Tribunais e os órgãos auxiliares da Justiça e entes do Governo Federal diretamente ligados à problemática — (e.g., Departamento Penitenciário Nacional): Programa Começar de Novo, Comissão de Acompanhamento do Sistema Prisional, mutirões carcerários conduzidos país afora, entre outros (vide em: www.cnj.jus.br).

Todas essas ações contam com a efetiva participação das Defensorias estaduais, alcançando tamanha importância que o CNJ criou, por Lei Federal, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (Lei 12.106/09).

Infelizmente, a Defensoria Pública mato-grossense-do-sul parece, com ações pulverizadas desta natureza, estar canalizando sua energia para áreas menos efetivas que o devido acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/84), no âmbito individual, e o controle da malversação de investimentos no setor carcerário, no âmbito coletivo — neste caso, deixando de lado importantes instrumentos que

Superior Tribunal de Justiça

recentemente passaram a seu domínio (e.g., art. 5º, II, da Lei 7.347/85), i.e., o ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação carcerária. Tudo isso sem prejuízo de providências pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de imputar ao servidor ou administrador desidioso a responsabilidade pessoal por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

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

A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma 'bolsa-indignidade' pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

A situação do sistema prisional é grave e merece solução global, não apenas pontual. Nesse sentido a orientação do Conselho Nacional de Justiça."

Em síntese, o Min. Herman Benjamin consignou no voto condutor que deveriam ser afastados os dois fundamentos trazidos no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Ele indicou que não deveria ser acatada a razão de decidir fundada na punição pedagógica ao Estado, bem como considerou despido de razoabilidade outorgar uma indenização individual pelo sofrimento do apenado em condições degradantes.

Cabe transcrever determinados pontos da petição dos embargos de divergência que fundamentam o entendimento da Defensoria Pública da União, no sentido de que deveria ser provido o recurso (e-STJ, fl. 513):

"Todavia, é forçoso afirmar que não são tais argumentos juridicamente capazes de afastar o direito do autor da ação,

Superior Tribunal de Justiça

conforme asseverado desde a primeira instância.

Quanto ao primeiro tema do que propriamente jurídica, ao menos no que tange à verificação do direito pleiteado pelo autor na peça inaugural. Embora o efeito pedagógico pareça evidente e necessário, especialmente, frente à inércia que impera há décadas, tal não se afigura como um dos requisitos legais para que se configure o dever de indenizar no caso em tela.

Em relação ao segundo, vê-se que se trata da verificação da existência do próprio direito do autor (possibilidade de indenização por dano moral), já que o referido 'apaziguamento' certamente deve ser visto como efetivação de um direito e não como um favor ou uma benesse de quem quer que seja. Assim, parece que este ponto trata da possibilidade, ou não, de se promover a reparação pecuniária (apaziguar o sofrimento do autor/recorrido de modo pecuniário) pelo dano moral causado em situações como a da petição inicial. A resposta parece uníssona na doutrina e na jurisprudência: o dano moral é passível de indenização pecuniária."

Friso que, no cotejo entre o acórdão da Segunda Turma e os dois paradigmas oriundos da Primeira Turma, tenho que deve ser mantido o *decisum* embargado.

Em primeiro lugar, cabe indicar que é possível discutir a questão.

O que se questiona nos autos não é a existência, ou não, de dano moral. O que se discute é se o sistema jurídico deve acolher a tese da indenização individual, por danos morais, ao preso em condições degradantes.

Como bem colocado pelo Min. Teori Zavascki:

"O que se discute é a 'indenizabilidade'. O que está dito é que não se pode indenizar um caso desses; não é devido, isto é, o dano existe, mas não é devida a indenização."

Os acórdãos paradigmas acataram que deve haver indenização - em casos assemelhados - pela incidência do direito do art. 37, § 6º, da Constituição Federal ao caso concreto. O raciocínio esposado é de clareza solar. Se houve dano, portanto, ele deve ser indenizado.

Transcrevo o voto vencedor do Min. Teori Zavascki, no REsp 1.051.023/RJ, um dos acórdãos trazidos como paradigmas:

Superior Tribunal de Justiça

"O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequada prestação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição."

Configuro duas razões para decidir.

A primeira diz respeito à possibilidade de postular o ressarcimento individual, por um dano moral que decorre de uma situação tipicamente coletiva.

Como bem colocado na discussão inserta nas notas taquigráficas, tanto o Min. Cesar Asfor Rocha quanto o Min. Mauro Campbell Marques consideraram que o pleito de indenização do preso, individualmente considerado, não seria suficiente para gerar o direito pretendido.

Cito o Min. Cesar Asfor Rocha, decano de nosso Tribunal:

"Mas estou inclinado, e aqui com muito convencimento, de que essa é uma situação que não está particularizada, mas atinge toda a população carcerária."

Como indicou o Min. Mauro Campbell Marques:

"A preocupação que me assalta é a individualização disso, ou seja, o dano é sempre coletivo aqui, basta a leitura do acórdão que V. Exa. transcreveu em seu voto, que colho o seguinte trecho da origem: 'Informações prestadas pelo M.M. Juiz da Vara de Execuções Penais e do Diretor do estabelecimento penal local: que o presídio de Corumbá é dotado de celas nas quais cumprem penas mais pessoas do que o dobro de sua capacidade em condições não admitidas pela Lei de Execução Penal'. E por aí vai."

Todas as situações são sempre danos no coletivo, ou seja, toda comunidade carcerária de Corumbá sofre isso. A preocupação qual é? É o arbitramento do dano individual em detrimento de uma ação coletiva para que toda a situação seja...

Superior Tribunal de Justiça

Porque veja só, é uma preocupação política penitenciária."

O segundo fundamento decorre da lógica da decisão; ou, ainda, que a decisão em sentido diverso do ocorrido seria ilógica. A primeira é intrínseca ao pedido, ou seja, outorgar a indenização individual agrava o dano coletivo. A segunda é extrínseca, pois em situações assemelhadas, o direito a indenização foi negado. Logo, outorgar-se-ia com indenização o encarceramento, em equivalência a indenização por morte.

A primeira demonstração da lógica interna pode ser expressa na forma de axioma: *"se, hipoteticamente, fosse concedida a indenização individual, os recursos seriam retirados do erário estadual, o que ensejaria a diminuição da verba para a prestação do serviço é, portanto, para mitigação da situação degradante"*.

Em síntese, ao buscar o apaziguamento de um dano - que não é individual, e sim coletivo - com uma indenização individual, agrava-se a situação da coletividade.

Este ponto de vista é bem expresso pelo voto proferido pelo Min. Francisco Falcão:

"Entendo também como o voto divergente e as observações feitas pelo Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Sabemos que o Estado brasileiro é pobre, que não tem condições de suprir a questão da saúde, da educação, da segurança pública. Então, essa seria uma decisão inócua. Todos sabemos que isso vai gerar quinhentas mil ações, e que o Estado não vai poder cumprir."

E foi bem exposta no voto condutor do acórdão embargado, de lavra do Min. Herman Benjamin:

"Observo contradição entre ambas as premissas, porquanto, a rigor, quanto mais verbas públicas forem colocadas à disposição do patrimônio particular de um detento, é evidente que, em dado momento, os recursos estarão muito mais parcos do que já estão, comprometendo ainda mais a manutenção das condições carcerárias."

Não faz muito sentido tirar verbas do caixa do Estado para indenizar, individualmente, por dano moral, um ou só alguns presidiários, quando o desconforto do ambiente prisional afeta a todos. A compensação financeira da ofensa moral individual, em

Superior Tribunal de Justiça

tais circunstâncias, só servirá para mascarar, nunca para reduzir, acabar ou solucionar, a dor coletiva, a vergonha que é o sistema prisional em todos os Estados do País.

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

A segunda ausência de lógica está relacionada com a jurisprudência do STJ e a do STF. Em diversos casos, relacionados ao sistema prisional brasileiro, julgados pelas Primeira Segunda Turmas, o direito a indenização foi outorgado, já que se localizava a falta de serviço como causa para a morte de internados: (REsp 936.342/ES, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20.5.2009; e EDcl no REsp 944.884/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.11.2008; e REsp 713.682/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 11.4.2005, p. 286).

Eram casos de morte de detentos. Logo, o Min. Herman Benjamin considerou que tais precedentes não podem equivaler ao conflito em debate.

Concluo o presente voto com a consideração final de que as doutrinas estrangeira e brasileira têm caminhado no sentido de identificar um papel muito relevante ao Poder Judiciário, no que tange o equacionar de direitos em colisão.

É o que os pesquisadores da Universidade de Yale, Guido Calabresi e Philip Bobbitt, denominaram de "escolhas trágicas". Como eles consignam:

"A tragédia é um fenômeno cultural. As sociedades diferem no que, para elas, é trágico e o que se define como meios alocativos apropriados, porém, é difícil demonstrar os modos precisos nos quais a cultura influencia a situação trágica."

(Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. Norton Pub, 1978, p. 167.)

Entre nós, o professor Flavio Galdino tratou o problema em dissertação de mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. As suas palavras possuem importante relevo no presente debate:

Superior Tribunal de Justiça

"Na verdade, o reconhecimento dos custos e da positividade de todos os direitos impede que se faça uso ideológico da distinção positivo/ negativo, uso que obstaculiza a visão de que - tomando-se em consideração os custos - também os direitos individuais podem ser sacrificados em detrimento dos sociais.

Além de tudo, o reconhecimento dos custos estimula o exercício responsável dos direitos pelas pessoas, o que nem sempre ocorrer quando o discurso e a linguagem dos direitos simplesmente fingem ignorar os custos, pois a promessa dos direitos absolutos, além de criar expectativas irrealizáveis, promove o exercício irresponsável e muitas vezes abusivo dos 'direitos'.

Embora os custos certamente não sejam o único referencial ou critérios para as decisões políticas e judiciais, fato é que eles não podem ser desconsiderados na discussão acerca dos direitos fundamentais, nem servir de fundamento para a tutela integral dos direitos individuais e meramente parcial dos direitos sociais, como se vem fazendo, de forma muitas vezes inaceitável."

(Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005, p. 230-231.)

O trecho acima bem se amolda ao debate.

Ante o exposto, conheço e nego provimento aos embargos de divergência.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator p/ Acórdão

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS (2011/0136470-6)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMBARGANTE : GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO

ADVOGADO : LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO

EMBARGADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

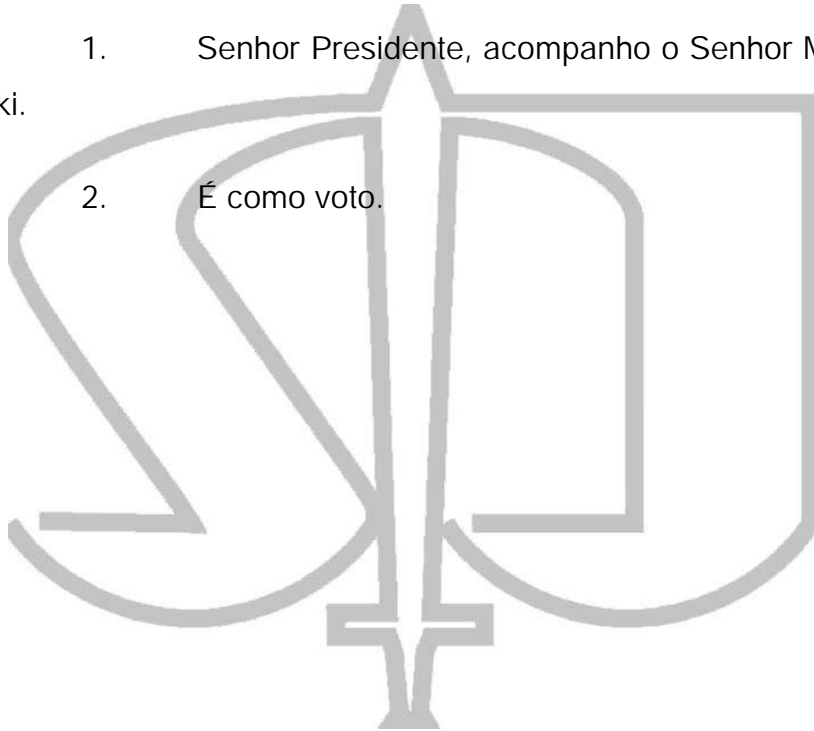
PROCURADOR : FELIPE M GIMENEZ E OUTRO(S)

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, acompanho o Senhor Ministro Teori Albino Zavascki.

2. É como voto.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS (2011/0136470-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES Relator:

Sr. Presidente, homenageando a relatoria, acompanho a divergência, negando provimento aos embargos de divergência.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS (2011/0136470-6)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
EMBARGANTE : **GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO**
ADVOGADO : **LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO**
EMBARGADO : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PROCURADOR : **FELIPE M GIMENEZ E OUTRO(S)**

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS (2011/0136470-6)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, essa questão é de alta relevância. Não tenho dúvida de que as razões postas pelo Sr. Ministro Teori Zavascki são, na verdade, de forte conteúdo jurídico e humanitário, também. Mas estou inclinado, e aqui com muito convencimento, a que essa é uma situação que não está particularizada, mas atinge toda a população carcerária, que o Sr. Ministro Mauro Campbell certamente sabe quantos milhões estão vivendo esses sofrimentos.

Quando o dano moral decorre de uma situação particularizada, pessoalizada, a Primeira Turma tem sido firme no entendimento de que deve haver uma reparação. Aqui, na hipótese, não tenho dúvida, trata-se de políticas públicas e que temos que ver o que é possível ser feito.

Porque, senão, teremos que alargar isso para a saúde pública, para a educação, para a justiça, para a habitação, para o transporte, que o poder público não tem condições.

O Estado brasileiro não tem condições de dar a essa população prisional o tratamento humano que deveria ter. Não há condições.

Veja V. Exa. o seguinte: estamos cogitando de condenar em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Não tenho dúvida nenhuma de que essa iniciativa que a ora recorrente teve será estimulante para que os outros 460 mil também ingressem com ações. Isso é possível ser cumprido pelo Estado brasileiro? Não é.

Com a devida vênia, acompanho a douta divergência, negando provimento aos embargos de divergência._____

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 962.934 - MS (2011/0136470-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Sr. Presidente, entendo também como o voto divergente e as observações feitas pelo Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Sabemos que o Estado brasileiro é pobre, que não tem condições de suprir a questão da saúde, da educação, da segurança pública. Então, essa seria uma decisão inócua. Todos sabemos que isso vai gerar quinhentas mil ações, e que o Estado não vai poder cumprir.

Pedindo vênia ao eminente Ministro Teori Albino Zavascki, no caso concreto, acompanho a divergência, negando provimento aos embargos de divergência.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0136470-6

PROCESSO ELETRÔNICO EREsp 962.934 / MS

Números Origem: 20060150080000101 20060150080000102 200701453286

PAUTA: 29/02/2012

JULGADO: 14/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO
ADVOGADO : LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO
EMBARGADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FELIPE M GIMENEZ E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Responsabilidade da Administração - Indenização por Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Francisco Falcão.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.