

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

CARLOS EDUARDO DO NASCIMENTO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Yuri Nathan da Costa Lannes; Carlos Eduardo do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-592-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Esta questão suscitou intensos debates desde o início, com a abertura do evento no Complexo Pupileira, e no decorrer do evento com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que na Universidade ocorreram.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo”, realizado no dia 15 de junho de 2018, que passaram previamente por dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes. Dentre as temáticas, questões atinentes: à poliafetividade, às relações familiares, à responsabilidade civil, à personalidade, aos direitos reais e à tutela indígena.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC/Minas

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie

Prof. Dr. Carlos Eduardo do Nascimento - UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TUTELA DA PERSONALIDADE DA PESSOA PRIVADA DE LIBERDADE: A REPARAÇÃO DO DANO MORAL CAUSADO POR SITUAÇÕES INADEQUADAS DE ENCARCERAMENTO

LEGAL PROTECTION OF THE PRISONERS' PERSONALITY: REPARATION OF THE MORAL DAMAGE CAUSED BY INADEQUATE IMPRISONMENT SITUATIONS

Marcelo Meireles Lobão ¹

Resumo

O aprisionamento em celas superlotadas acarreta dano moral. O preso perde a sua autonomia e a inviolabilidade de seu corpo. Mas a indenização é inadequada como mecanismo reparatório: não cessa a violação do direito, não pode ser fruída imediatamente pelo ofendido e incentiva a mercantilização do direito de personalidade. A reparação pecuniária, legado de uma perspectiva patrimonialista do direito civil, deve ser substituída pela reparação natural, consistente na abreviação do tempo da pena, replicando-se a experiência do direito italiano.

Palavras-chave: Prisão, Dano moral, Reparação natural

Abstract/Resumen/Résumé

Imprisonment in overcrowded cells causes moral damage. The prisoner loses his autonomy and the inviolability of his body. But compensation with a certain amount of money is inadequate as a reparatory mechanism: it is not able to stop the violation of the right, it cannot be immediately enjoyed and it encourages the misrepresentation of the right of personality. The pecuniary reparation, bequeathed from a patrimonialist perspective of the Civil Law, must be replaced by natural reparation, that is, by means the abbreviation of time of prison, like Italian Law

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Imprisonment, Moral damage, Natural reparation

¹ Mestrando em direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Pós-graduado em Ciências Criminais e Direito do Estado. Juiz Federal em Goiás

INTRODUÇÃO

O presente relatório de investigação tem por escopo revisitar criticamente o modelo de reparação do dano moral sofrido pela pessoa privada de liberdade em condições inadequadas de encarceramento. Tendo como pano de fundo a crise do sistema prisional brasileiro, o estudo buscará demonstrar que a via da indenização pecuniária, entretida em uma concepção patrimonialista do direito civil, é dogmática e empiricamente inapropriada como mecanismo primacial de tutela da personalidade da pessoa privada de liberdade.

Como alternativa ao modelo tradicional, propor-se-á um mecanismo de tutela específica, consistente na *abreviação do tempo de pena a cumprir*. Essa solução realça a função preventiva da responsabilidade civil e representa um aceno ao que Diogo Leite de Campos profetizara como movimento do direito civil no sentido de “radicar-se cada vez mais na pessoa humana, enquanto sede de valores a exigirem respeito pelos outros e pelo próprio” (2013, p. 1003).

No aspecto metodológico, a investigação desenvolveu-se a partir de uma ampla revisão da doutrina civilista, em geral, e dos institutos e conceitos da responsabilidade civil e tutela da personalidade, em particular, com especial ênfase à teoria e experiência italianas. A exemplo do Brasil, a Itália enfrenta graves problemas de sobrelotação carcerária. Contudo, as reclamações que aportaram na Corte Europeia dos Direitos do Homem, as quais desnudaram aos olhos da comunidade internacional o martírio vivenciado nas prisões italianas, reacenderam o debate, despertando um vivaz interesse dos autores. O resultado fora uma fecunda produção acadêmica sobre os mais variados institutos jurídicos que convergem para a temática do encarceramento e sobrelotação carcerária.

O assunto é bastante atual e suscita profundas indagações de natureza teórica e prática. O mundo contemporâneo não conhece maior agressão institucionalizada, sistemática, estrutural, duradoura e silenciosa ao ser humano. Presídios em todo o mundo, salvo raras exceções, tornaram-se depósitos de pessoas e fábricas de cadáveres. São locais inadequados até para a guarda de animais. Aproximadamente 10 milhões de pessoas se encontram encarceradas ao redor do planeta, a maioria em situação degradante e desumana.

Era inevitável que em algum momento viesse à tona a questão da reparabilidade dos danos causados a esse contingente de pessoas marginalizadas e desacreditadas pela sociedade. Mas o assunto tomou de assalto as autoridades legislativas, e antes que fosse objeto de atenção dos parlamentos, emergiu na fricção das práticas jurídicas e se impôs como providência indeclinável.

1. REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Traço comum aos sistemas prisionais brasileiro e de grande parte dos demais países americanos e também da Europa é a existência de presos além da capacidade das unidades penais. E ao contrário do que se supõe, não há necessariamente relação entre o tamanho da economia e os investimentos na criação de vagas e melhoria dos estabelecimentos prisionais: os EUA, embora possuam o maior PIB do planeta, há décadas buscam solucionar déficit de vagas em seus estabelecimentos prisionais, a ponto de a Suprema Corte, confirmando decisão da Justiça Federal da Califórnia, ter determinado às autoridades locais a redução da população carcerária em 46.000 presos (*GOVERNOR OF CALIFORNIA vs. PLATA...*, 2011).

Muitas das prisões de países europeus, como Reino Unido, França, Espanha e Itália (ZACCARIELLO, 2016), também possuem internos além de sua capacidade (*PRISON OVERCROWDING...*, 2013; COYLE, 2008). Mais de um quarto dos presos no Reino Unido são mantidos em celas superlotadas (STONE, 2015). Na França, quase 70 mil presos dividem espaço projetado para apenas 58 mil (CROSS, 2016). O contexto da Itália, mesmo depois da sentença Torreggiani (CICIRELLO, 2014, p. 905)¹, não é menos grave: existem 105,6 presos para cada 100 vagas disponíveis (BUONASPERANZA, 2016). Na verdade, a despeito da desaceleração das taxas de aprisionamento na Europa nos últimos anos e implantação em alguns deles do sistema de diferimento da execução da pena para parcela dos condenados (CICIRELLO, 2014, p. 902 e 915-923)², a sobrelotação carcerária ainda é um sério problema em pelo menos quinze países (BUONASPERANZA, 2016).

Segundo amplamente noticiado pela imprensa, em Portugal, há unidades prisionais cuja lotação atual corresponde ao dobro de sua capacidade (HÁ CADEIAS NO PAÍS..., 2016). As prisões de Viseu, Aveiro, Setúbal e as unidades de custódia de Porto e Caxias são as mais sobrelotadas do país.

Entretanto, indubitavelmente, as mazelas do sistema carcerário brasileiro superam com folga as vicissitudes de seus congêneres europeus, mesmo o italiano, tendo em vista que a sobrelotação carcerária, violência, atos de insurreição e outros tantos problemas que afetam os presídios brasileiros são sistêmicos e estruturais. Têm se tornado cada vez mais triviais as notícias na imprensa, de norte ao sul do país, sobre motins, homicídios, fugas em massa,

¹ Trata-se condenação imposta por Estrasburgo, em 2013, em razão da existência de tratamento degradante e desumano nas prisões italianas decorrente de sobrelotação carcerária.

² Segundo esclarece Teresa Cicirello, a providência se mostrou eficaz na França, Alemanha e Estados Unidos para desafogar um pouco seus sistemas prisionais.

comércio de entorpecente e apreensão de armas de fogo e “armas brancas” em celas, e transformação dos ambientes prisionais em “quartéis gerais” do crime: de lá partem ordens para a prática de delitos extramuros.

Nos últimos anos, rebeliões sangrentas foram deflagradas em diversos Estados, ao cabo das quais cabeças decapitadas de desafetos eram empunhadas ou hasteadas como um “prêmio” ou símbolo de vitória. Retomado o controle pelo Estado, a cena que se tem reprisado pelo país afora é do mais completo horror: cadáveres empilhados qual despojos, corpos lacerados, pessoas mutiladas física e emocionalmente, familiares desesperados nos portões em busca de informações que nunca chegam.

Em 2013, o complexo prisional de Predrinhas, região metropolitana de São Luis, MA, em 2013, foi palco de rebeliões e tentativas de fuga sangrentas. Mais de 60 presos foram mortos durante o ano, muitos deles decapitados, esquartejados e carbonizados (SCOLESE, 2014). Em Manaus, AM, a barbárie foi ainda maior. O Complexo Penitenciário Anísio Jobim foi palco do segundo maior massacre da história do sistema prisional do país: em um só dia de motim, 56 presos foram mortos, dezenas deles degolados e mutilados. Os atos de crueldade foram filmados pelos próprios presos, com utilização de telemóveis. As imagens das atrocidades ainda hoje circulam na rede mundial de computadores (POLÍCIA DIVULGA VÍDEOS..., 2017).

Os sobreviventes desses massacres são em geral postos nus, em fila, sentados e com a cabeça entre os joelhos, reduzidos à mais completa humilhação. Na história, nada relembra mais os campos de concentração nazistas. E engana-se quem supõe que os mortos são sempre membros de grupos rivais. Os primeiros a pagar com a vida são os considerados vulneráveis (homossexuais, acusados ou condenados por crimes sexuais, policiais e seus familiares) e os que de algum modo colaboraram com a Administração prisional (delatores ou “X9”, presos que trabalham no interior da unidade e os que se recusam a ser “batizados”, isto é, que não aceitam ingressar em organizações criminosas que atuam dentro e fora dos presídios brasileiros).

Para se ter uma ideia do caos que se instalou no sistema prisional brasileiro e perceber o quão grave está o problema nos milhares de presídios e cadeias públicas espalhadas por todos os quadrantes do país, importa registrar que só no mês de janeiro de 2017, mais de 120 presos perderam a vida em cinco diferentes unidades penais brasileiras (JACOBSON; HEARD; FAIR, 2017, p. 10), muitos decapitados e mutilados. Estima-se que

mais de 1.700 presos morrem por ano nas unidades penais em todo o Brasil (LEVANTAMENTO..., 2014; A CADA MÊS..., 2015; MARTINS, 2017)³.

Tratamento degradante nas unidades penais não se reduz ao excesso de lotação. Porém, esta é, seguramente, a raiz dos principais problemas que assolam o sistema (*BRAZIL MUST ADDRESS...*, 2015; CICIRELLO, 2014, p. 902)⁴. Mais de 644 mil pessoas privadas de liberdade amontoam-se em 1.436 unidades prisionais (*WORLD PRISON...*, 2018; LEVANTAMENTO..., 2014, p. 116)⁵. A taxa de aprisionamento é de 307 por 100 mil habitantes, enquanto outros países da América Latina, como México e Colômbia, ostentam taxas de 214 e 237 por 100 mil habitantes, respectivamente (LEVANTAMENTO..., 2014, p. 12). Entre os 4 países com a maior população carcerária do mundo, o Brasil foi o único que apresentou aumento na taxa de aprisionamento (33%). Estados Unidos (-8%), China (-9%) e Rússia (-24%) conseguiram reduzir o seu contingente de presos em comparação com a sua população total (LEVANTAMENTO..., 2014, p. 14-16). Entre 1995 e 2015, a população carcerária brasileira cresceu 400% (EXCESSO..., 2015). Nesse ritmo, estima-se que no ano de 2022 haverá mais de 1.000.000 de presos no Brasil.

Violência interna, atos de insurreição, descontrole sobre o número de presos, fugas em massa, falta de acesso a serviços de saúde e educação, rompimento de vínculos familiares e outros tormentos que afligem a pessoa presa têm, no extremo da cadeia de causas e consequências, a sobrelotação carcerária.

Justice Anthony Kennedy, ao redigir a decisão da Suprema Corte que ordenara a redução do número de presos na Califórnia, afirmou que “overcrowding was the primary cause in the sense of being the foremost cause of the violation” (*GOVERNOR OF CALIFORNIA vs. PLATA...*, 2011). A Comissão Europeia, em estudo recente, chegou à mesma conclusão (BERNARDI, 2013, p. IX).

Decorrência direta da sobrelotação é a inexistência de controle preciso sobre a movimentação dos internos no sistema (fluxo de entradas e saídas). Não se sabe se o aumento exponencial do número absoluto de presos no Brasil em cada ano é, de fato, reflexo de novas prisões ou melhoria progressiva dos registros sobre quem se encontra recolhido ou já tenha sido solto, ou mesmo empreendido fuga ou falecido. Por isso, não é de causar espécie que os

³ O último levantamento não contabiliza dados de São Paulo e Rio de Janeiro, o primeiro e terceiro Estados com a maior população carcerária do país. Por isso, o número é soma dos dados contidos nesse relatório e em notícias na imprensa sobre violência interna nos presídios paulistas e cariocas.

⁴ Segundo Teresa Cicirello, “La pena detentiva, a causa del sovraffollamento dele prigionieri, sempre più spesso viene eseguita in condizioni degradanti e lesive della dignità del condannato” (2014, p. 902).

⁵ O número não computa as prisões domiciliares, que correspondem a cerca de 150 mil pessoas. O último dado oficial publicado pelo Governo brasileiro, de 2014, refere-se a 607 mil presos.

mutirões carcerários – atuação concentrada de juízes e outros profissionais objetivando abreviar a análise e concessão de benefícios de progressão de regime, realizada sob a liderança do CNJ – terminem muitas vezes com alvarás de soltura sendo devolvidos pela Administração prisional porque os presos não foram encontrados. Em 2013, mais de mil presos beneficiados não foram localizados em nenhuma unidade prisional do Estado que sediou os trabalhos (MUTIRÃO CARCERÁRIO..., 2014). Esse incidente, que se repetiu em outros locais, é um retrato da realidade caótica e descontrolada que atingem a gestão penitenciária no Brasil.

A realidade caótica do sistema prisional brasileiro não passou despercebida pelos órgãos internacionais e instituições de defesa de direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos impôs diversas medidas cautelares com o objetivo de salvaguardar os direitos das pessoas privadas de liberdade no Brasil (v.g., MC 302/15, MC 208/16, MC 60/15, MC 8/13, MC 367/13, MC 199/11, MC 114/10, MC 224/09, MC 236/08, MC de 26 de outubro de 2007). A Corte editou dez resoluções nos últimos dez anos, o que está a indicar que o tema frequenta de forma assídua a agenda da instituição.

Human Rights Watch declarou que a falta de investimentos tem levado a um “desastre” nas prisões brasileiras” (JACOBSON; HEARD; FAIR, 2017, p. 9).

2. SOBRELOTAÇÃO CARCERÁRIA E O DANO MORAL

Consta do relatório do Ministério da Justiça que o sistema prisional brasileiro “forjado sob o signo das matrizes do patrimonialismo, da escravidão e da exclusão, consagrou um padrão organizacional e estrutural de estabelecimentos penais que são o retrato da violação de direitos das pessoas privadas de liberdade” (VITTO; ARAGÃO, p. 6). De acordo com o estudo *Prison: evidence of its use and over-use from around the world*, produzido pelo Institute for Criminal Policy Research, “excesso no uso do aprisionamento leva a sobrelotação carcerária e condições desumanas e degradantes de detenção” (JACOBSON; HEARD; FAIR, 2017, p. VII)⁶.

É indubitável que o aprisionamento de condenados pela Justiça em celas sobrelotadas acarreta dano moral. Sem espaço minimamente suficiente para higienização pessoal e uso do

⁶ Vale registrar o seguinte trecho do estudo sobre as condições desumanas das prisões brasileiras: “Most of Brazil’s prisons are dilapidated, overcrowded and disease-ridden places where survival often depends on gang protection. News of riots, extreme violence and massacres in prisons has become grimly familiar over the past two decades. The most serious outbreak of prison violence for some years (at Compaj, Manaus, in the north western state of Amazonas) ended on 2 January 2017. The result of competition between rival gangs for control of northern drug trafficking routes, the ensuing massacre left 56 prisoners dead” (2017, p. 8).

equipamento sanitário com alguma privacidade, exercício de atividade produtiva ou ocupacional, repouso noturno e até para “estar só”, o preso perde a sua individualidade e a inviolabilidade de seu corpo. Passa ele a viver como uma “não-pessoa”, anulado por completo em sua subjetividade, diante de um ambiente demasiadamente invasivo. Nas palavras de Orlando Gomes, o quadro é de “desintegração da personalidade” (1966, p. 39).

Vistas a distância, as pessoas mantidas em celas apinhadas tornam-se uma “massa humana” única e disforme. Autonomia, intimidade, privacidade e recato são termos desconhecidos nos cárceres brasileiros. Privação de liberdade, no sentido de restrição da faculdade de ir e vir, que deveria ser o único efeito da pena de prisão, amplia-se e redundando em esvaziamento do sentido prático de dignidade. A segregação imposta aos presos não se resume a muros e grades.

Além da violação diuturna do direito ao recato e ao “espaço vital”, que constituem expressões do direito de personalidade, a sobrelotação impõe outras síncopes a direitos imanescentes, irrenunciáveis, inalienáveis, intangíveis e necessários da pessoa, entre os quais o direito à integridade física e mental.

Naturalmente, a permanente aglomeração de pessoas, as quais enfrentam ainda restrições a banhos e assepsia adequada, em celas com baixa aeração e insolação, produz ambientes insalubres e fétidos. O odor exalado em qualquer cadeia pública ou presídio do país é um só: uma rescendência de alimentos em decomposição, suor, umidade, mofo, urina humana e excrementos de ratos.

A transmissão de doenças infectocontagiosas está diretamente relacionada ao enclausuramento de multidões de pessoas em espaços reduzidos, à precariedade dos prédios e à falta de acesso à água potável. São comuns surtos de gripe, tuberculose, hanseníase, doenças gastrointestinais, infecções de pele, HIV e outras doenças sexualmente transmissíveis, leptospirose e hepatites na maioria das prisões, designadamente de médio e grande portes.

Para agravar esse quadro dantesco, é quase impossível manter a higidez mental nos cárceres brasileiros. Sintomáticos da realidade criminógena e nociva que cerca a pessoa privada de liberdade e a agrava a punição são o avanço da dependência química e psíquica ao álcool e drogas e os números superlativos de suicídios entre a população carcerária. Baixa autoestima, depressão, transtornos de ansiedade, psicoses, estresse são fortemente favorecidos pela sobrelotação e os problemas dela decorrentes, direta ou indiretamente, como ociosidade, insalubridade, ruptura dos vínculos familiares e exposição a doenças.

Segundo estudo recente, a população carcerária apresenta taxas maiores de transtornos mentais se comparados com a população em geral (CONSTANTINO; ASSIS, PINTO, p. 2089).

Não há como negar que uma prisão sobrelotada e marcada pela exposição ao risco de violência e doenças – em que cada amanhecer com vida é, por si só, motivo de comemoração – embrutece a pessoa e arrebatá-lhe algo que é inerente ao ser humano: a capacidade de se sensibilizar, mesmo em relação a uma pessoa desconhecida. Diz-se que o homem é essencialmente relacional. Por isso, o tratamento dispensado aos moradores dos pavilhões dos presídios brasileiros pode aniquilar a essência da personalidade, isto é, a aptidão de o indivíduo estabelecer relações saudáveis e inteirar-se socialmente⁷.

Ante um cenário tão hostil aos predicados da personalidade da pessoa privada de liberdade, a questão da reparabilidade do dano moral não aparenta suscitar grandes controvérsias. Afinal, o dano é inerente à violação da dignidade, intimidade, imagem e integridade física e moral do preso e não reclama comprovação. Agregue-se que o fato é imputável ao Estado, pois o preso está sob a sua custódia. Tem o poder público, por conseguinte, dever legal e especial de evitar que ele seja submetido a tratamento degradante e vexatório.

Além disso, o encarceramento em massa em um sistema que já apresenta déficit de 250 mil vagas (LEVANTAMENTO..., 2014, p. 18) e a inclusão de suspeitos e condenados em unidades penais sem respeitar limite razoável de sobrelotação – o *numerus clausus* – devem ser atribuídos a ninguém mais, senão ao Estado.

A relação de causalidade entre o fato imputável e o dano não é menos evidente: como posto em relevo, a sobrelotação carcerária, somada às condições precárias da infraestrutura dos estabelecimentos penais e às deficiências nos serviços de fornecimento de água potável e saúde, é a fonte da maior parte das mazelas do sistema prisional brasileiro e representa *negação* da personalidade do sujeito privado de liberdade.

Entretanto, o tema encerra dificuldade não tão conspícua e, por isso mesmo, ainda bastante negligenciada pela doutrina: a forma tradicional de reparação do dano moral, isto é, em pecúnia, afigura-se adequada à hipótese sob análise? A imposição da obrigação de dar certa soma em dinheiro ao preso satisfaz aos princípios reitores da responsabilidade civil e da reparação do dano moral e, acima de tudo, às exigências do direito de personalidade?

⁷ Como bem assinala Diogo Leite de Campos, a pessoa, embora seja “singularidade irrepitível [...] realiza-se como tal só na comunhão ética com os outros” (2013, p. 1000).

3. CRÍTICA AO MODELO TRADICIONAL DE REPARAÇÃO DO DANO

Seguramente, o tema em exame remete à doutrina dos casos difíceis, no sentido adotado por Dworkin (2014, p. 272). Sua complexidade transparece ao se colocar à prova a efetividade do mecanismo reparatório: apraz ao direito um modelo de reparação que não tenha a virtude de cessar ou amenizar o mal infligido ao sujeito? O pagamento de indenização em dinheiro ao preso não soa como uma “precificação” do direito de personalidade, como se o Estado estivesse autorizado a perpetuar uma situação de tratamento degradante desde que estabelecida uma contrapartida consistente em indenização monetária? Afinal, qual é o grau de eficácia de uma tutela jurídica de direitos que não se preste, primacialmente, a fazer cessar a sua violação sistemática? A solução tradicional não está a institucionalizar o *pretium dolores*, no sentido prático?

Avultam outras objeções ao modelo de reparação *in pecunia*, entre as quais a de que tal modelo esboça um incentivo à *mercantilização* pura e simples do direito de personalidade (MIRANDA, 1954, p. 35; MAFFINI, 2017, p. 209-234; SCHREIBER, 2007, p. 187-189; FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2016, p. 313-321). A honra, a dignidade, a integridade, a imagem, enfim, os atributos morais do indivíduo, cuja existência é anterior ao sentido moderno de Estado, passam a ser instrumentalizados para a obtenção de vantagem financeira. Um sistema reparatório assim concebido dá de ombros à *substância* do direito de personalidade e oferece contributo insuficiente para prover a sua tutela jurídica. Diante disso, o modelo de reparação deve ser pensado à luz da *ratio essendi* dos predicamentos do direito de personalidade.

Embora haja relativo consenso sobre a *autonomia* do direito de personalidade, cuja natureza e fisionomia não se confundem com direitos subjetivos públicos ou privados, e a despeito de vozes autorizadas afirmarem que se trata de um atributo imanentista e independente do direito objetivo, estranhamente, os sistemas jurídicos em geral seguiram o caminho mais prosaico de tomar por empréstimo os instrumentos de tutela dos direitos patrimoniais para prover a proteção da personalidade. Mercê certamente de uma jurisprudência errática e débil, cujo pêndulo alterna entre o convencionalismo e o pragmatismo no sentido dworkiano (2014, p. 141), a indenização em dinheiro fora eleita como mecanismo-matriz para fazer frente à violação do direito da pessoa humana.

Em certo sentido, o quadro pode ser tributado à preocupação excessiva da doutrina em estabelecer paralelismo com os direitos patrimoniais e, em especial, com a teoria do bem jurídico, segundo a qual a tutela jurídica recai sobre um objeto “externo ao sujeito”

(TEPEDINO , 2004, p. 30) e suscetível de *apropriação* pelo sujeito. Orlando Gomes dizia que o objeto do direito de personalidade são *bens jurídicos* “em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção” (1966, p. 41).

Ou seja, a doutrina tradicional intenta a todo custo preservar, no domínio do direito de personalidade, o tríptico esquema *sujeito - relação jurídica - objeto*, próprio do arranjo jurídico dos bens de índole patrimonial. Conforme adverte a doutrina italiana, há um emprego ideológico da teoria do direito subjetivo nesta seara, consistente “nell’estensione di tale qualifica a qualunque interesse ritenuto (dall’interprete) meritevole di tutela risarcitoria” (PINO, 2003, p. 19).

Não seria equivocado afirmar, ainda a propósito desse argumento, que a estrutura de reparação primordialmente pecuniária que se radicou no direito civil é, em parte, fruto da disputa travada entre os adeptos das teorias pluralista e monista. Como se sabe, a teoria pluralista, ou atomista, apregoa a existência de múltiplos direitos de personalidade, específicos e singulares, cuja formatação pressupõe necessariamente a tipificação de cada um pelo legislador (TEPEDINO , 2004, p. 44-46). Cada manifestação da personalidade, segundo uma percepção social, seria dotada de autonomia e singularidade (ZENCOVICH, 2009, p. 506). Nesse sentido, qualquer intervenção nos direitos de personalidade é *a priori* lícita, ressalvada norma legal expressa que a proíba (PINO, 2003, p. 23)⁸.

Os defensores dessa teoria inclinam-se ora para uma concepção aberta, a qual admite que o juiz lance mão de interpretação extensiva ou analógica com o propósito de ampliar a norma a situações semelhantes aos tipos legais de direitos, ora para uma concepção estrita. Esta última é ainda mais servil de uma categorização fechada e legalista de direitos de personalidade. Nada existe fora da norma positivada (PINO, 2003, p. 20)⁹.

A abordagem pluralista, que tem frequentado as páginas da doutrina mais recente, é corolário, de um lado, da noção de direito subjetivo que ainda domina a civilística (ZENCOVICH, 2009, p. 506) e da estrutura dos códigos modernos, e de outro, da tutela penal da personalidade que, como lembra Georgio Pino, é historicamente a sua “*sedes materiae*”. A consequência mais marcante desse traço atávico e imposto pela dogmática, pelo menos para o

⁸ Vincenzo Zeno Zencovich distingue as abordagens pluralista e monista de forma objetiva: “Diritto della personalità’ o ‘diritto della personalità’? La domanda è oggetto di ormai risalente dibattito. Da un lato si sostiene che la personalità sarebbe tutelata nella misura in cui sia possibile individuare singole specifiche situazioni protette le quali prendono il nome dai vari attributi (nome, immagine, reputazione, ecc.) i quali appunto costituirebbero i diritti della personalità. Dall’altro si sostiene l’esistenza di un unico, generale, diritto della personalità la quale verrebbe tutelata nel suo complesso” (2009, p. 506).

⁹ Diogo Leite de Campos (1993) parece inclinar-se pela teoria monista, com as ressalvas defendidas no presente estudo, a despeito de divergências de cunho semântico.

que interessa ao presente estudo, é que a teoria pluralista “implica una tipizzazione delle ipotesi di tutela” (2003, p. 21).

Sob a ótica da teoria monista, inexistem direitos específicos de personalidade, mas um direito geral da personalidade que se expressa ou se concretiza por diferentes *faculdades*. Assim sendo, toda intervenção na esfera privada de outrem é *a priori* proibida (PINO, 2003, p. 23), de modo que a tônica da teoria monista não é o momento em que o legislador confere *status* normativo à proteção da personalidade – que pode vir a ocorrer –, mas aquele em que seus predicados são ameaçados ou violados.

De todo modo, como bem observa Pino, enquanto a corrente pluralista haure a sua conformação do direito penal, a teoria monista sofre influência direta do direito de propriedade e da noção secular de *facultas agendi* (2003, p. 21) e da dogmática dos direitos subjetivos.

Argumento relevante em favor dessa concepção reside em que, empiricamente, assiste-se a uma imbricação necessária entre as diversas perspectivas ou manifestações do direito (unitário) de personalidade. Honra, nome, imagem, reputação, recato, integridade moral, inviolabilidade do corpo são *contornos* da personalidade que muitas vezes se sobrepõem no direito vivido (PINO, 2003, p. 22). Amiúde, não é possível aviventar os marcos distintivos e limites entre os diversos predicamentos da personalidade (ZENCOVICH, 2009, p. 507).

Além disso, a teoria monista é vocacionada a oferecer um espectro protetivo mais amplo à personalidade em comparação com a concepção pluralista, pois, em vez de permanecer em compasso de espera até que o legislador ordinário “crie” o direito de personalidade, outorga aos juízes o poder de (i) determinar argumentativamente o conteúdo e alcance das faculdades da personalidade sem ter que recorrer à analogia e, ainda, (ii) eleger e aplicar o instrumento de tutela de forma que se apresente mais adequada ao caso concreto (ZENCOVICH, 2009, p. 506)¹⁰. Na síntese de Pino “la concezione monista considera la persona umana nella sua totalità, tutelando diverse possibili estrinsecazioni di essa, e presenta maggiore duttilità e adattabilità rispetto alle aggressioni provenienti dalle mutevoli situazioni sociali [...]” (2003, p. 23-23). Dito isso, é fácil perceber que há um fator empírico a favorecer a teoria monista neste duelo dogmático: a multiplicidade de atos e atos-fatos ilícitos patrocinados pela sociedade de risco.

¹⁰ Por isso, discordamos da opinião de Zencovich, segundo a qual a sistematização proposta pelas teorias pluralista e monista seriam fruto de convenção semântica, não existindo *in rerum natura* (2009, p. 506).

De todo modo, a polarização entre as duas teorias dominou o debate e ofuscou a construção de uma terceira via que, ao mesmo tempo, rompesse o vínculo genético com a penalística e não se ressentisse do germe do patrimonialismo que imperou no direito civil. Na verdade, a doutrina entrou em estado de letargia ao pressupor que a questão se encerra no confronto entre as duas teorias.

Na verdade, a terceira via pode ser considerada um passo adiante das premissas fixadas pela teoria monista. Há, de fato, um único e geral direito de personalidade, dela irradiando diversas manifestações dignas de tutela pelo ordenamento jurídico. A impropriedade das teorias pluralistas, sob o prisma da efetividade da tutela da personalidade, torna-se patente ao rememorar que a exigência de tipificação dificulta a salvaguarda do direito em situações novas ou simplesmente não antevistas pelo legislador. Ademais, o arquétipo de direitos-tipo não se coaduna com a fisionomia elástica do direito de personalidade (TEPEDINO, 2004, p. 47 e 51).

Portanto, o equívoco está em reconduzir essa diversidade de estratos do direito de personalidade a um modelo de tutela “meramente ressarcitória e de tipo dominical” e “repressiva” (TEPEDINO, 2004, p. 47-49). Em outras palavras, insiste a doutrina civilista em traçar paralelo com os direitos de natureza patrimonial, limitando, assim, a articular a tutela da personalidade com base nos remédios tradicionais (restitutório, indenizatório e inibitório) (ZENCOVICH, 2009, p. 518). É de mister, pois, que a tutela da personalidade não esteja circunscrita aos instrumentos tradicionais e às técnicas setorizadas (TEPEDINO, 2004, p. 52-53 e nota).

A rigor, a proposta esboçada na sequência aproxima-se, em suas consequências práticas, do instituto *remedies precede rights*, do *common law*, o qual inverte a lógica do direito continental e de matriz romano-germânica, sintetizado no brocardo *ubi jus, ibi remedium*. O direito comum confere primazia ao mecanismo de tutela, cumprindo-lhe a função de determinar a “natureza do direito material”. Consoante afirma o professor Daniel Friedman, da Universidade de Tel-Aviv, “where there is a remedy there is a right (*ubi remedium ibi ius*)” (2005, p. 3-5).

A doutrina italiana também encontrou no desenvolvimento da tutela específica de urgência (CPC italiano, art. 700¹¹) uma forma de assegurar uma proteção mais efetiva do direito de personalidade, evitando o recurso à indenização pecuniária, máxime porque o art.

¹¹ “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

2.059 do Código Civil italiano estabelece que o dano não patrimonial só deve ser objeto de ressarcimento se houver crime, ou seja, nos casos de dano à reputação e à honra¹². A praxis processual, instigada pela cláusula aberta do art. 700 do CPC italiano, que admite medidas de urgência atípicas, tem cada vez mais identificado e individualizado situações de ameaça ou lesão e implementado soluções apropriadas para cada atentado a direitos. Se é exagero afirmar que os remédios conferem existência ao direito de personalidade – pois este é anterior ao próprio ordenamento e imanente à pessoa –, seguramente “il diritto sostanziale è cresciuto negli interestizi del diritto processuale” (ZENCOVICH, 2009, p. 519).

4. REPARAÇÃO *IN NATURA*: UMA PROPOSTA

Diante da complexidade da questão carcerária, sobretudo no Brasil, a reparação do dano moral infligido à pessoa privada de liberdade há de ser a *abreviação do tempo da pena*.

Conforme salientado, o sistema ressarcitório vigente, que empresta primazia à reparação *in pecunia* e que se encontra arraigado a uma concepção extremamente materialista e patrimonialista do direito civil e refém de um dogmatismo estéril, nem sempre é apropriado para a tutela do direito de personalidade. Estando em jogo a intimidade, autonomia e dignidade de alguém que se encontra privado do direito de ir e vir e sob a custódia do Estado, com pouca ou nenhuma condição de exercer por si a defesa de seu direito, essa assertiva assume significado ainda maior.

Dado se tratar de direito à integridade e desenvolvimento da dimensão moral da pessoa humana, o que se espera é que o ordenamento jurídico seja capaz de impedir os atentados contra os atributos da personalidade, fazê-lo cessar ou pelo menos minorar as suas consequências. A praxis de buscar aplacar a dor emocional, o sentimento de humilhação, o constrangimento com a mera entrega ao ofendido de uma determinada soma em dinheiro, em um contexto violação sistemática do direito de personalidade e no qual a vítima é naturalmente impedida de fruir da indenização enquanto permanecer reclusa, há muito se revelou insatisfatória.

É certo que, à luz da dogmática tradicional, a violação de direito subjetivo pode de qualquer modo produzir dúplice reação: exercício de pretensão ressarcitória, sem prejuízo do acesso à tutela inibitória. Todavia, nas situações em que a ofensa ao direito é co-determinada

¹² “Art. 2059 Danni non patrimoniali

Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)”. Zencovich (2009, p. 520-522) cita algumas decisões jurisprudenciais que têm afastado a restrição prevista no dispositivo nos casos de “situação jurídica de relevo constitucional”.

por fatores externos inevitáveis e pelo comportamento da vítima – **no caso, o recrudescimento dos índices de criminalidade e a prática, pelo ofendido, de uma infração penal específica** –, afigura-se muitas vezes impossível a imediata erradicação do estado de ilicitude. Quanto à hipótese de que nos ocupamos, é preciso reconhecer que a única medida apta a estancar de pronto o estado de antijuridicidade que impera nos presídios – a soltura de mais de 200 mil presos de uma só vez – não é algo factível.

Aliás, vale destacar que a proposição aventada endereça-se às situações comuns decorrentes exclusivamente do estado de sobrelotação carcerária, como a ausência de privacidade e de espaço suficiente para repouso adequado. Casos de prisão de inocente, lesões físicas, tortura, morte, contágio de doenças debilitantes e outras agressões mais graves e amplas ao direito de personalidade devem ser reparados por outra forma – compensatória ou não – que se apresente mais adequada no caso concreto. E a reparação do dano deve ser materializada sem prejuízo da aplicação das medidas repressivas e preventivas cabíveis estabelecidas no ordenamento jurídico e a **imediata cessação do dano**, pois é intolerável que violações dessa ordem ao direito de personalidade se protraiam no tempo. Ofensas de tal magnitude não podem ser admitidas por nem um dia sequer.

Nessa conjuntura, grassa a imprescindibilidade de que o mecanismo reparatório assumira uma nova feição, preordenada precipuamente a mitigar a ofensa ao direito de personalidade e às suas consequências (CORVI, 2013, p. 1809)¹³.

O pagamento de indenização pecuniária pouco contribui para atenuar a situação de ilicitude. Ao contrário, o modelo reparatório ordinário presta-se mais a esgueirar os recursos da sociedade que poderiam ser destinados à reforma das unidades penais e criação de vagas. A fonte de verbas para distribuição de indenizações e para investimento no sistema prisional é uma só.

Exemplo eloquente da ineficiência desse modelo reparatório pode ser extraído da experiência italiana referente à aplicação de lei que garante indenização em dinheiro aos presos que cumprem pena em celas sobrelotadas. Segundo o testemunho da doutrina, a edição da lei serviu mais para atender às exigências da Corte Europeia de Direitos do Homem, que procurava encontrar solução para o crescente número de “reclamações em série” aviadas por presos da Itália, e aplacar as críticas da comunidade internacional.

¹³ Escreve a autora que “para assegurar uma efetiva tutela dos direitos do preso, todavia, isto não basta: é necessário que a decisão do magistrado não se limite a declarar determinada violação do direito, mas seja idônea a fazê-la cessar [...] uma forma de tutela ripristinatória que deve ser garantida” (2013, p. 1809) (tradução nossa).

Na prática, a “monetização do dano sofrido pelo preso”, a exemplo do que ocorrera a propósito da “Lei Pinto” (que instituíra indenização pecuniária em decorrência da morosidade da justiça italiana), em nada contribuiu para melhorar o problema crônico de sobrelotação das prisões italianas ou superar o estado de violação sistemática ao direito de personalidade do encarcerado. A conclusão é que o Governo e o Parlamento italianos preferiram, naquele primeiro momento, o caminho “menos custoso, em termos políticos”, a promover a reforma do sistema carcerário (GUAZZAROTTI, 2013, p. 3657-3675).

Não se cuida aqui de partir para o pragmatismo jurídico, enquanto concepção que rejeita a necessidade de que as soluções jurídicas estejam atreladas à moral e apoiadas em decisões políticas precedentes (DWORKIN, 2014, p. 185). A proposição que se desenha encontra justificação no postulado secular do direito civil *Summum ius summa iniuria*. Cícero, há mais de dois mil anos, afirmara que *onde há abundância de direito, há abundância de injustiça*, antítese que séculos depois fora apropriada pela doutrina do abuso de direito (CÍCERO, 44 a.C., Livro I, cap. X, § 33).

Modernamente, o postulado é conhecido como *princípio do maior interesse social*. A propósito do tema, José de Aguiar Dias pontuara que “Não se pode admitir um meio de reparar que cause maior dano do que o que se quer remediar. O *summum jus, summa iniuria* é preceito a que aqui se atende, influenciando nas particularidades do problema. Delas, assume grande relevo a situação econômica das partes” (DIAS, 1973, p. 112-113).

De ver-se que a *ratio* do instituto da responsabilidade civil repousa na restauração do equilíbrio jurídico rompido por fato imputável (LOBÃO, 2008, p. 13-14). Mais do que isso, a sua função primeira é a prevenção do ilícito (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2016, p. 313-314)¹⁴. Nesse quesito, a reparação *in natura*, consistente na antecipação da soltura da pessoa privada de liberdade, possui maior rendimento teórico e empírico. Ao mesmo tempo em que diminuiria o tempo de exposição às situações degradantes, esse modelo reparatório corroboraria para reduzir progressivamente o estado geral de sobrelotação carcerária. Por conseguinte, a redução do tempo de pena que resta a cumprir, como reparação do mal infligido ao preso, oferece maior eficácia restaurativa ou restitutória do direito de personalidade.

Importa que mais duas questões sejam assinaladas em apoio à tese da reparação natural. Em primeiro lugar, não são estranhas ao direito civil formas específicas de reparação

¹⁴ Invocando a doutrina italiana, os autores advogam que a tutela inibitória “insere-se no âmbito da responsabilidade extracontratual” (2016).

do dano moral¹⁵. Basta lembrar que os sistemas jurídicos em geral preveem o direito de resposta, retratação, retificação, réplica, esclarecimento, oposição, publicação de sentenças condenatórias, indisponibilização de conteúdo e contrapropaganda¹⁶.

Em segundo lugar, é forçoso reconhecer que, cuidando-se de direito não patrimonial, o restabelecimento do *statu quo* é meramente aproximativo. Em outras palavras, não há razão alguma para se exigir uma equivalência ontológica ou funcional entre o direito não patrimonial lesado e a reparação (DIAS, 1973, p. 848-849; SANSEVERINO, 2010, p. 39). É preciso, isto sim, que o mecanismo reparatório seja apto a *reafirmar* na maior medida possível, perante a comunidade e no espírito do próprio sujeito, o sumo valor da personalidade¹⁷. Afinal, não é nesta perspectiva que operam a retratação, a retificação e o direito de resposta? No caso que se está a tratar, tal finalidade é razoavelmente alcançada pela abreviação do tempo de pena a cumprir.

O direito italiano acabou por acolher esse modelo ressarcitório *in natura* em um segundo momento. A Lei 117/2014, de 11 de Agosto, instituiu remédio reparatório em favor dos presos submetidos a formas de tratamento terminantemente proibidas pelo art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A compensação consiste na redução do tempo de pena na proporção de 1 para 10, ou seja, o juiz de execução penal concede ao condenado redução de 1 dia de pena para cada 10 dias de recolhimento em condições consideradas desumanas ou degradantes. De acordo com a novel disciplina legal, o recurso à indenização em pecúnia ocorrerá apenas de forma subsidiária e quando não for possível implementar a tutela específica.

¹⁵ Vincenzo Zencovich afirmou o seguinte, em tradução livre: “Mas também a declarada não-patrimonialidade dos danos contribuiu muito [para o aumento da efetividade da tutela], sustentando-se que a inadequação dos remédios ressarcitórios deixou como único caminho concreto [...] a atenuação dos efeitos lesivos, a imposição de uma obrigação específica de abstenção ou de ação voltada para prevenir o ilícito ou a sua continuação (2009, p. 520).

¹⁶ V. art. 37º, n. 4, da CRP, art. 5º, inciso V, da CFB, arts. 26, 29 a 36 e 53, inciso III, da Lei de imprensa brasileira (Lei n. 5.250/67), arts. 24º, 25º, 26º, 28º, n. 2, e 34º da Lei de imprensa portuguesa (Lei n. 2/99, de 13 de Janeiro), art. 1º e ss. da Lei brasileira n. 13.188/2015 e art. 19 e ss. da Lei brasileira n. 12.965/2014. Durante a VII Jornada de direito civil do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o seguinte Enunciado (n. 589): “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio”.

¹⁷ Essa leitura baseia-se na definição proposta pela doutrina italiana de que o direito de personalidade possui os seguintes contornos: “identidade e identificação do sujeito em seus diversos aspectos objetivos e subjetivos; e, autopercepção que o sujeito tem de si mesmo e a percepção que o sujeito dá ao resto da comunidade” (PINO, 2003, p. 5). A definição não é nova. Na passagem relatada no Evangelho de João, no cap. 4, todos esses e outros aspectos da personalidade são descritos: Ao conversar publicamente com uma mulher, e pedir-lhe auxílio, mulher essa separada, adúltera e pertencente a uma comunidade marginalizada, e ainda em um ambiente ultra conservador (em que os homens nem sequer conversavam sozinhos com mulheres, ainda mais samaritanas e com tal comportamento), Jesus quebra paradigmas e mostra a todos e à própria mulher que ela também era capaz e digna de respeito e consideração.

A tese ecoou em solo brasileiro. Recentemente, o Ministro Luís Roberto Barroso trouxe o tema a debate durante o julgamento do RE 580252/MS, em que se discutia a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul a pagar indenização de dois mil reais – cerca de 510 Euros – a um egresso do sistema prisional daquele Estado por ter permanecido em celas sobrelotadas durante o regime fechado. O magistrado propôs ao colegiado o que ele chamou que “mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento *in natura* ou na forma específica dos danos, por meio da *remição* de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal” (BARROSO, 2017).

CONCLUSÃO

Seguem, em breves linhas, as conclusões do trabalho:

- i. A sobrelotação carcerária afeta a maioria dos países americanos e europeus. A despeito da desaceleração das taxas de aprisionamento na Europa nos últimos anos, a sobrelotação carcerária ainda é um sério problema em pelo menos quinze países europeus.
- ii. As mazelas do sistema carcerário brasileiro são mais graves, tendo em vista que a sobrelotação carcerária, violência, atos de insurreição e outros tantos problemas que afetam os presídios brasileiros são sistêmicos e estruturais.
- iii. O aprisionamento de condenados pela Justiça em celas sobrelotadas acarreta dano moral. Sem espaço suficiente para higienização pessoal e uso do equipamento sanitário com alguma privacidade, exercício de atividade produtiva ou ocupacional, repouso noturno e até para “estar só”, o preso perde a sua individualidade e a inviolabilidade de seu corpo.
- iv. Avultam objeções ao modelo tradicional de reparação *in pecunia* do dano moral sofrido pelo preso, entre as quais a de que tal modelo esboça um incentivo à *mercantilização* do direito de personalidade.
- v. A estrutura de reparação primordialmente pecuniária que se radicou no direito civil é, em parte, fruto da disputa travada entre os adeptos das teorias pluralista e monista.
- vi. O equívoco está em reconduzir essa diversidade de estratos do direito de personalidade a um modelo de tutela “meramente ressarcitória e de tipo dominical” e exclusivamente “repressiva”.
- vii. Diante a complexidade da questão carcerária, sobretudo no Brasil, em que a degradação do ser humano atingiu níveis catastróficos, a reparação do dano moral infligido à pessoa privada de liberdade há de ser a *abreviação do tempo da pena*.

- viii. A proposição que se desenha encontra justificação no postulado secular do direito civil *Summum ius summa iniuria*.
- ix. Não são estranhas ao direito civil formas específicas de reparação do dano moral. Basta lembrar que os sistemas jurídicos em geral preveem o direito de resposta, retratação, retificação, réplica, esclarecimento, oposição, publicação de sentenças condenatórias, indisponibilização de conteúdo e contrapropaganda.
- x. Cuidando-se de direito não patrimonial, o restabelecimento do *statu quo* é meramente aproximativo.
- xi. Na Itália, a legislação instituiu remédio reparatório em favor dos presos em situações inapropriadas de encarceramento. A compensação consiste na redução do tempo de pena na proporção de 1 para 10, ou seja, o juiz de execução penal concede ao condenado redução de 1 dia de pena para cada 10 dias de recolhimento em condições consideradas desumanas ou degradantes.

BIBLIOGRAFIA

Jurisprudência:

BARROSO, Luís Roberto (voto-vista) - Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número RE 580252/MS, de 16 de Fevereiro de 2017. Plenário. [Em linha]. [Consult. 3 Jan. 2018]. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=580252&origem=AP>.

EUA. SUPREMA Corte. Acórdão proferido no julgamento da apelação n. 09-1233, de 23 Maio 2011 (caso Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al.). Relator Juiz Anthony Kennedy. [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2017]. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>.

Livros, artigos e estudos:

A CADA MÊS, 40 detentos morrem nos presídios paulistas. **Carta Capital**. São Paulo. (4 Dez. 2015).

- BIRKBECK UNIVERSITY OF LONDON – **World Prison Brief**. [Em linha]. [Consult. 1 Dez. 2017]. Londres: Institute for Criminal Policy Research. Disponível em www.prisonstudies.org/country/brazil.
- BRASIL. INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada - Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2011). **Pensando o direito**. Brasília: Ministério da Justiça. N.º 54, 2015. ISSN: 2175-5760
- BRASIL. MINISTÉRIO da Justiça – **Levantamento nacional de informações penitenciárias - INFOPEN**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional (Dez. 2014)
- CAMPOS, Diogo Leite de – **O direito e os direitos da personalidade**. [Em linha]. [Consult. 2 Jan. 2018]. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1993. Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi2ydfllr3YAhXCFZAKHQV_B9AQFgg8MAM&url=http%3A%2F%2Fwww.oa.pt%2Fupl%2F%257B7f3725e2-d544-4142-8f45-d3b6ff311355%257D.pdf&usq=AOvVaw2HqGi0isLfhGiyGp9hkWR
- _____. O direito em nós. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**. Lisboa: Universidade de Lisboa. Ano 2, N. 2, (2013), p. 987-1007. ISSN 2182-7567
- CÍCERO, Marcus Tullius – **De officiis**. [Em linha]. [Consult. 27 Dez. 2017]. Londres: William Heinemann. Disponível em <https://ryanfb.github.io/loebolus-data/L030.pdf>.
- CICIRELLO, Teresa Travaglia – Il rinvio dell’esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell’attuale condizione del sistema penitenziario? **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milão: Giuffrè Editore. Ano LVII, fasc. 2. (Abr. Jun. 2014). p. 902-936. ISSN 0557-1391
- CONSTANTINO, Patricia; ASSIS, Simone Gonçalves de; PINTO, Liana Wernersbach - O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Saúde Coletiva. Vol. 21, n.7, 2016, p. 2089-2100. ISSN 1413-8123
- CORVI, Paola – Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milão: Giuffrè Editore. Ano LVI, fasc. 4. (Out. Dez. 2013). p. 1794-1821. ISSN 0557-1391
- DIAS, José de Aguiar – **Da responsabilidade civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- _____. **Da responsabilidade civil**. 12ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- DWORKIN, Ronald – **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. ISBN 978-85-8063-126-5.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto – **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FRIEDMANN, Daniel – Rights and remedies. In **Comparative Remedies for Breach of Contract** (Nili Cohen e Ewan McKendrick, ed.). Oxford: Hart Publishing, 2005. p. 3-18. ISBN 978-18-4113-4-536
- GOMES, Orlando – Direitos de personalidade. **Revista de Informação legislativa**. V. 3, n.º 11 (Set. 1966), p. 39-48.
- GUAZZAROTTI, Andrea – La CEDU e L'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti. **Giurisprudenza costituzionale**. Milão: Giuffrè Editore. Ano LVII, fasc. 4 (Jul. Ago. 2013). p. 3657-3675.
- HÁ CADEIAS no país com o dobro da população prisional que deviam ter. **Diário de Notícias**. Lisboa. (20 Nov. 2016).
- JACOBSON, Jessica; HEARD, Catherine; FAIR, Helen – **Prison: evidence of its use and over-use from around the world**. Londres: Institute for Criminal Policy Research, 2017.
- LOBÃO, Marcelo Meireles - **Responsabilidade do Estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-858-9.
- NAÇÕES UNIDAS - **Brazil must address prison overcrowding and implement measures against torture**. [Em linha]. [Consult. 15 Dez. 2017]. Washington: UN News Centre. (14 Ago. 2015). Disponível em: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=51644#.WkKF2fkrI2x>
- MAFFINI, Rafael - Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação *in natura*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. V. 274 (Jan. Abr. 2017), p. 209-234.
- MARTINS, Marco Antônio – Cinco presos morrem por mês nos presídios do RJ, diz levantamento - maior parte é por doença. [Em linha]. [Consult. 18 Dez. 2017]. Rio de Janeiro: **Portal G1 (22 Jun. 2017)**. Disponível em <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/cinco-presos-morrem-por-mes-nos-presidios-do-rj-diz-levantamento-maior-parte-e-por-doenca.ghtml>.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – **Tratado de direito privado: parte especial**. Tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MUTIRÃO Carcerário revela que 1.109 presos "sumiram" no Ceará. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo. (16 Fev. 2014). Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-fev-16/relatorio-mutirao-carcerario-revela-1109-presos-sumiram-ceara>.
- PINO, Giorgio - Teorie e dottrine dei diritti della personalità: Uno studio di meta-giurisprudenza analitica. **Revista Materiali per una storia della cultura giuridica**. Bologna: il Mulino. Ano 2003 (1º Sem.). p. 237-274. ISSN 1120-9607 [Em linha]. [Consult. 20 Dez. 2017]. Disponível em <https://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0ahUKEwjHm9q07bHYAhWlfpAKHTaHAPcQFghwMAk&url=http%3A%2F%2Fwww.unipa.it%2Fgpino%2Fteorie%2520e%2520dottrine%2520dei%2520diritti%2520della%2520personalit%25E0.pdf&usg=AOvVaw3c81WHxJC4kP5IqjfxdqJL>.
- POLÍCIA divulga vídeos do início do massacre de mais de 50 presos em penitenciária no AM; veja. [Em linha]. [Consult. 4 Jan. 2018]. Manaus: Portal G1 AM. (1 Set. 2017). Disponível em <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/policia-divulga-videos-do-inicio-do-massacre-de-mais-de-50-presos-em-penitenciaria-no-am-veja.ghtml>
- ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto – **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira – **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson - **Novos paradigmas da responsabilidade civil da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.
- SCOLESE, Eduardo - Presos filmam decapitados em penitenciária no Maranhão; veja vídeo. Folha de São Paulo. São Paulo. (7 Jan. 2014).
- TEPEDINO, Gustavo – **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VITTO, Renato Campos Pinto de; ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. (Apresentação) - **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional. (Dez. 2014).
- ZENCOVICH, Vincenzo Zeno – I diritti della personalità e gli atti di disposizione del proprio corpo. In **Diritto Civile. Vol. I: Fonti, soggetti, famiglia. Tomo I: Le fonti e i soggetti**. Milão: Giuffrè Editore, 2009. ISBN 978-88-141-48-927. p. 495-554.