

**AO JUÍZO DA Xª VARA DA XXXXXX DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
DISTRITO XXXXXXXX - XXXX**

Autos nº XXXXXXXXXXXX

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXX**, órgão de execução penal nos termos do art. 61, inciso VIII, da Lei de Execução Penal – LEP, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos arts. 81-B, inciso III e 197 do mesmo diploma legislativo e art. 1.009 do Código de Processo Civil, interpor:

RECURSO DE APELAÇÃO

pugnando pela reconsideração do r. *decisum* (id. XXXXXXXX) e, caso assim não entenda este Douto Juízo, requer seja dado regular processamento ao recurso, nos termos da lei, com o seu encaminhamento ao Tribunal de Justiça do XXXXXXXXXXXX.

.

(assinado eletronicamente)

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO XXXXXXXXXXXX

Processo nº XXXXXX

**Agravante: DEFENSORIA PÚBLICA DO
XXXXXXXXXXXXXXXXX Origem: Xª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DO XXXXXXXXXXXX**

RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO

**Egrégio Tribunal,
Eminentes Desembargadores da Turma Criminal,**

Trata-se de recurso apelação interposto contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da XXXXX (ID XXXXXXXXX) que julgou improcedente os pedidos, de condenação do XXXXX ao pagamento de (i) danos morais coletivos no valor de R\$ XXXXX (XXXXXXXXX), cumulado com o pagamento de (ii) indenização por danos morais individuais homogêneos em favor de todos os presos que estavam em situação de superlotação quando do cumprimento de prisão. A condenação do Distrito Federal (iii) à obrigação de fazer consistente na nomeação dos excedentes aprovados no concurso de Agente de Atividades Penitenciárias - SEAP/SSP (Edital nº XXXXXXXXX- SEAP/SSP) e na melhoria estrutural dos pátios onde os presos devem realizar atividades ao ar livre, como o banho de sol, a fim de possibilitar o incremento na segurança conforme necessidades apontadas pelos gestores das unidades prisionais.

I. SÍNTESE DO PROCESSO.

Trata-se de Ação Civil Pública indenizatória por danos morais cumulada com obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, proposta pela Defensoria Pública do XXXXXX em face do XXXXXXXXXX.

A Defensoria Pública pleiteia, tanto em sede liminar, como de forma definitiva, seja a parte ré condenada a nomear os excedentes aprovados no concurso de Agente de Atividades Penitenciárias – SEAP/SSP (Edital XXXXXXXX- SEAP/SSP).

Pede, outrossim, seja o réu determinado a providenciar a melhoria dos pátios onde os presos devem realizar atividades ao ar livre, como o banho de sol, a fim de possibilitar o incremento na segurança desses espaços.

A autora pretende, ainda, a condenação da parte ré ao pagamento de danos morais coletivos na importância de R\$ XXXX (XXXXXXX), a serem revertidos na forma prevista pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85, em razão da violação do direito da população carcerária do Sistema Prisional do xxxF ao gozo de banho de sol na forma prevista no art. 52, inciso IV, da Lei nº 7.210/84 e em outros postulados constitucionais e legais.

Requer, também, o pagamento, pelo xxxxxxx, de indenização por danos morais individuais homogêneos a todos os detentos que estavam em situação de privação do regular banho de sol diário, conforme o preceituado pelo citado dispositivo da Lei de Execução Penal, por ocasião do cumprimento da prisão, seja ela de natureza cautelar ou definitiva.

Para tanto, a autora citou o RE 580.252/MS, julgado em que o Supremo Tribunal Federal condenou o Estado do XXXXXXXX ao pagamento de danos morais a um detento em razão das comprovadas condições degradantes do cárcere.

O juízo, apreciando a demanda em sede de cognição sumária, indeferiu o pedido de tutela de urgência, que, como já registrado, foi postulado com o objetivo de compelir o requerido a nomear os excedentes aprovados no último concurso público de Agentes de Atividades Penitenciárias (ID XXXXXXXXX).

Por conta do objeto da ação civil pública, o Sindicato dos Policiais Penais do XXXXXXXX - SINDPOL/DF pleiteou sua admissão no feito na condição de assistente litisconsorcial da parte autora e, subsidiariamente, seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* (ID XXXXXXXXXXXX).

Embora não tenha a Defensoria Pública manifestado oposição ao ingresso do Sindicato, o XXXXXXXX requereu o indeferimento do pedido principal e, também, do subsidiário (IDs XXXXXXXXXXXX).

Finalmente, a parte ré contestou a ação, tendo, preliminarmente,

alegado:

a) a incompetência absoluta da Vara da XXXXXXXX para apreciar a demanda, pugnando pela imediata remessa a Vara de Execução Penal;

b) a inépcia da peça exordial, ante:

b1) a ausência de correlação lógica entre causa de pedir e pedido, sob o argumento de que, embora afirme ter por objeto principal resguardar a dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral dos presos não beneficiados com o banho de sol na forma prevista pelo ordenamento, não postulou comando judicial efetivo à resolução desses problemas, mas focou apenas no aspecto pecuniário;

b2) a falta de interesse de agir, uma vez que o resultado pretendido acarretará aos tutelados situação pior do que a que já se encontram, pois imporá dificuldades financeiras intransponíveis para a expansão do Sistema;

b3) a inviabilidade de ação coletiva para veicular pedido de dano moral individual heterogêneo, sob o argumento de que inexistente homogeneidade entre as situações de fato de cada um dos detentos substituídos;

c) a necessidade de inclusão da União no polo passivo da ação, tendo em conta o seu interesse jurídico no deslinde da lide, em razão do relevantíssimo papel exercido para o enfrentamento do problema da superlotação carcerária e das dificuldades dela decorrentes, bem assim do risco de condenação internacional do Estado Brasileiro e da possibilidade de ajuizamento de ação regressiva contra a União pelo XXXXXXXX

No mérito, o XXXXXXXXXX pleiteou a improcedência da ação, em razão da ausência dos pressupostos necessários à responsabilização do Estado. De modo a justificar sua pretensão, trouxe à baila os seguintes argumentos:

a) Com relação aos danos morais coletivos:

Inicialmente, alegou ausência de conduta antijurídica, consubstanciada pela inocorrência de omissão culposa por parte do XXXXXXXXXX, pois, apesar das dificuldades, as unidades prisionais têm garantido banho de sol de forma satisfatória à população carcerária.

De modo a comprovar essa tese, transcreveu informações prestadas pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária a respeito de cada um dos presídios distritais, dando conta de que os presos são privados do gozo de banho de sol apenas de forma excepcional, em casos de situações emergenciais ou, ainda, quando é necessário realizar procedimento de segurança.

O requerido também aduziu que, embora reconhecido como legítimo, a Lei de Execução Penal não disciplina, no rol do artigo 41, o direito ao banho de sol por, no mínimo, duas horas, o que implica na conclusão de que o período proporcionado pelo Sistema Prisional do XXXXXXXXXX, ainda que com restrições excepcionais, é mais do que suficiente para preservar a dignidade da pessoa humana.

Tendo em conta esses argumentos e após elencar algumas das medidas adotadas relacionadas à ampliação do número de vagas no Sistema Prisional, concluiu pela inexistência de omissão e, ainda, de conduta negligente por parte do Estado em viabilizar condições adequadas ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

A parte ré aduziu, ainda, a inexistência de ofensa a interesses jurídicos fundamentais de natureza extrapatrimonial, sob a justificativa, em síntese, de que as condições de cumprimento de pena nos estabelecimentos distritais são razoáveis e o banho de sol tem sido oportunizado com regularidade.

Arrazou não haver verdadeira intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da repercussão social, pois, como já dito, as limitações ao gozo de banho de sol ocorreriam de forma esporádica.

Finalmente, explicou inexistir nexos causal entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo, porquanto as causas das dificuldades para implementação irrestrita do banho de sol são difusas e estruturais e, assim, podem ser atribuídas a uma série de fatores e atores envolvidos, como a “lógica do hiperencarceramento”.

b) A respeito dos danos morais individuais homogêneos:

Caso seja superada a preliminar de inadequação da via eleita para apreciação desse pedido, o XXXXXXXX sustentou a impossibilidade de configuração de dano presumido (*in re ipsa*) no caso concreto, vez que violaria o *leading case* (RE XXXXXX) utilizado pela autora, que exige a prova da causação do dano e a sua correlação com as más condições de encarceramento.

De todo modo, na hipótese de condenação, requereu que o pagamento fosse condicionado à comprovação da violação da dignidade de cada um dos interessados, a ser aferida ulteriormente em fase de liquidação.

c) Sobre a obrigação de fazer consistente na nomeação dos excedentes aprovados no concurso de Agente de Atividades Penitenciárias – SEAP/SSP (Edital nº XXXX/XXX-SEAP/SSP:

Aduziu que, além das questões orçamentárias explicadas na decisão judicial que indeferiu a liminar, inexistia direito subjetivo à nomeação dos excedentes, ante a existência de cláusula de barreira.

Salientou que as diversas Turmas Cíveis do TJDF, em harmonia com o posicionamento da Corte Suprema, entendem que as cláusulas de barreira encontram amparo na Constituição Federal, pois visam selecionar os candidatos mais bem classificados para prosseguir no certame.

Sustentou que, conforme item 2.3 do Edital nº 06 de julho de 2015, publicado no DODF nº 147, de 31 de julho de 2015, os denominados candidatos excedentes não foram classificados, pois não atingiram a nota mínima exigida para aprovação, e que essa matéria já foi apreciada pela XXª Vara da XXXX nos autos da ação popular nº XXXXXXXX, caso em que o Juízo indeferiu o pedido com base nesses mesmos motivos.

Concluiu no sentido de que cabe à Administração, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência, nomear além do número de vagas, não sendo caso de interferência do Poder Judiciário. Ainda quanto ao mérito, em caso de condenação, o XXXXXX apresentou pedidos subsidiários:

- a) Requereu que todos os valores indenizatórios eventualmente fixados sejam destinados abertura de novas vagas no Sistema Prisional e/ou a melhoria das condições estruturais para ampliação do banho de sol;
- b) Em vez da condenação pecuniária, pleiteou que sejam consideradas suficientes as providências adotadas pelo Governo do XXXXXXXX para enfrentar o problema, no âmbito de sua discricionariedade técnica;

Por fim, pugnou pela rejeição de fixação de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, com base na Súmula 421/STJ.

Os autos foram então, com vista para o Ministério Público para oferta de parecer na condição de *custus iuris*, que requereu: 1) rejeição das questões preliminares suscitadas pelo requerido; 2) não conhecimento do pedido para a condenação ao pagamento de danos morais individuais homogêneos; 3) procedência do pedido para que o Distrito Federal seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ XXXXXXXX (XXXXXXXXXX), que deverá ser revertido ao Fundo Penitenciário do XXXXXXXX (FUNP/DF) e ter destinação vinculada à criação de vagas no sistema prisional, incremento no quadro de policiais penais e/ou para reformas nos espaços destinados ao gozo de banho de sol; 4) procedência do pedido para que o Distrito Federal seja condenado a providenciar a melhoria dos pátios onde os presos devem realizar atividades ao ar livre, como o banho de sol, a fim de possibilitar o incremento na segurança desses espaços; 5) improcedência do pedido para que o requerido seja condenado a nomear os excedentes aprovados no concurso de Agente de Atividades Penitenciárias – SEAP/SSP (Edital nº 001/2014-SEAP/SSP); 6) procedência do pedido de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, em caso de condenação da parte ré; 7) indeferimento do pedido formulado pelo Sindicato dos Policiais Penais do XXXXXXXX – SINDPOL/DF para que seja admitido como assistente litisconsorcial e, subsidiariamente, como *amicus curiae*.

Com a manifestação, foram juntados os documentos de ID's n.

XXXX a XXXXXXXX, sob sigilo.

A Decisão de ID n. XXXX indeferiu os pedidos ingresso do SINDPOL/DF no feito, tanto como assistente litisconsorcial quanto na qualidade de amicus curiae.

Em Réplica, esta Defensoria rechaça os argumentos apresentados em Contestação (ID n. XXXXX).

No ID n. XXXXX, o Parquet oficia, novamente, pela procedência parcial da ação, e junta documentos.

A decisão de ID n. XXXXXX saneou o feito, afastando as preliminares de incompetência do Juízo, inépcia da inicial, ausência de interesse processual e de necessidade de inclusão da União Federal como litisconsorte passiva necessária.

Por outro lado, foi reconhecida a inadequação da Ação Coletiva para veicular pedido de dano moral individual heterogêneo, com a extinção parcial do feito em relação ao pleito de pagamento de indenização por danos morais a cada um dos presos privados do direito ao banho de sol no sistema prisional do XXXXXXXXX

Por fim, foram fixados pontos controvertidos e distribuído o ônus da prova, com a intimação das partes para informarem se desejavam produzir outros elementos probatórios.

O Réu afirmou seu desinteresse na produção de provas adicionais (ID n. XXXXXX).

A Autora, por sua vez, manifestou interesse na produção de prova oral, para colheita de depoimento do Presidente do SINDPOL/DF (ID n. XXXXXXX).

Além disso, opôs Embargos de Declaração contra a decisão saneadora, ao argumento de que padeceria de equívoco quanto ao prazo preclusivo (ID n. XXXXXX). Os Aclaratórios foram rejeitados (ID n. XXXXXX).

XXXXXXX. A interposição de Agravo de Instrumento foi noticiada no ID n.

XXXX). A decisão recorrida, entretanto, foi mantida por este Juízo (ID n.

O Ofício acostado no ID n. 105797176 deu conta do indeferimento da tutela recursal.

Ofertado Recurso Especial, o mesmo foi admitido pelo E. STJ, e encontra-se pendente de julgamento.

A Autora foi intimada para justificar a necessidade da prova oral (ID n. XXXXX), tendo se manifestado no ID n. XXXXXXX. Ato contínuo, foi deferida a produção do referido elemento probatório (ID n. XXXX).

Ata de Audiência de Instrução carreada ao ID n. XXXX.

Em sede de alegações finais esta XXXXX, salientou “a farta documentação acostada aos autos bem como a instrução processual demonstraram que as duas horas diárias de banho de sol não estão sendo respeitadas”. Frisa que “há um déficit de efetivo suficiente nas unidades prisionais, o que compromete o cumprimento do direito do banho de sol dos presos. Assim, a solução encontrada para resolver essa questão é a nomeação dos excedentes aprovados no último concurso de Agentes de Atividades Penitenciárias, que foi realizado em 2014 e até o presente momento não nomeou o quantitativo necessário para superar a desproporção preso/agente nas prisões do XXXXXXX”.

Ato seguinte o XXXXXX ofereceu suas últimas considerações, “a farta documentação acostada aos autos bem como a instrução processual demonstraram que as duas horas diárias de banho de sol não estão sendo respeitadas”. Frisa que “há um déficit de efetivo suficiente nas unidades prisionais, o que compromete o cumprimento do direito do banho de sol dos presos. Assim, a solução encontrada para resolver essa questão é a nomeação dos excedentes aprovados no último concurso de Agentes de Atividades Penitenciárias, que foi realizado em 2014 e até o presente momento não nomeou o quantitativo necessário para superar a desproporção preso/agente nas prisões do XX XXXXXXX”

As Alegações finais do Ministério Público, sintetiza “o fato conjunto probatório reunido não deixa dúvidas de que o banho de sol não é concedido à população privada da liberdade no XXX na forma prevista pela Lei de Execução Penal”. Assevera que, embora exista notícia de melhora, há provas de que “a irregularidade não é pontual e que, por consistir em problema estrutural e sistematizado, o direito acaba sendo continuamente desrespeitado, por diversas razões”. Nessa linha, ratifica suas manifestações pugnando pelo julgamento de parcial procedência dos pedidos.

Sobreveio a sentença, julgando improcedente todos os pedidos iniciais, resolvendo o mérito nos termos do art 487, I, do CPC.

Diante do exposto, como será demonstrado a seguir, a sentença não merece prosperar, devendo ser reformada, segundo os fundamentos que adiante serão elucidados.

II. PRELIMINARMENTE

A fim de impugnar decisão interlocutória que extinguiu parcialmente o mérito quanto ao pedido de danos individuais homogêneos, faz-se necessário anotar que a questão segue em discussão no REsp XXXXXXXX, no qual há decisão admitindo o recurso que alega violação ao art. 81, caput, III do CDC.

Com efeito, merece prosperar o entendimento de que além do dano moral coletivo, também devem ser objeto de análise os direitos individuais homogêneos violados, tendo em vista que a população carcerária violada é perfeitamente identificável na medida em que cada indivíduo afetado pela privação de banho de solar poderá aproveitar eventual procedência do presente julgado para, em sede de liquidação, o reconhecimento à indenização.

Nesse ponto, a aferição da extensão do dano individual em cada caso para determinar o valor da indenização, bem como, a avaliação se o sujeito que pleiteia a reparação se enquadra entre as vítimas do evento são realizadas somente no momento da liquidação, em ação autônoma e, normalmente, pelo rito

comum (artigo 97 CDC), inexistindo obstáculo jurídico para a apreciação do dano moral coletivo e dos danos individuais homogêneos.

Demais disso ao impor a extinção parcial, sem resolução do mérito, com base no art. 485, VI, do CPC, em relação ao pedido de indenização por danos morais individuais homogêneos, resultou indevido efeito surpresa quando sequer abriu vista para a Autora manifestar-se a respeito desse ponto, rompendo com o art. 10 do CPC.

Assim, uma vez pendente decisão definitiva, o tema pode ser revisitado por este TJDF, e em sede de preliminar postula-se a reforma da r. decisão interlocutória no tocante à extinção parcial do feito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, em relação ao pedido de indenização por danos morais individuais homogêneos aos presos privados de banho de sol nos moldes da lei.

III. DA REFORMA DA SENTENÇA

III.I - DA VIOLAÇÃO DO DIREITO AO BANHO DE SOL POR NO MÍNIMO DUAS HORAS DIÁRIAS

A concessão de banho de sol é dever do Estado e direito da população encarcerada. Seus benefícios são diversos, tanto para a saúde física e psicológica, quanto como meio capaz de atingir o espírito ressocializador da pena, evitando sua imposição desproporcional e degradante.

A LEP traz o tempo de duas horas como baliza mínima e tal direito já fora reconhecido pelo STF no HC 172.136/SP.

A existência de conduta omissiva e sistemática por parte da administração penitenciária no que diz respeito a não concessão de banho de sol por tempo devido é incontroversa entre os órgãos de fiscalização do sistema penitenciário.

De fato, tanto o MPDFT quanto a DPDF, tem conhecimento da rotina carcerária e seja pelas inspeções ordinárias em que se entrevista a população privada de liberdade, seja pelas inúmeras denúncias advindas de familiares e outras instituições, são constantes os relatos de privação de exposição ao sol.

A documentação colacionada pela autora em sede inicial é bastante a indicar a ofensa ao artigo 52, IV da Lei de Execução Penal. Além disso, é certo que o órgão ministerial também contribui para a confecção de provas nesse sentido, e em parecer acostado no ID 124472513, o MPDFT se manifestou:

“Por conseguinte, referidos documentos – em especial, os relatórios de inspeções realizadas in loco pelo Nupri e as cópias de ocorrências administrativas relativas ao banho de sol – demonstram que a irregularidade não é pontual e que, por consistir em problema estrutural e sistematizado, o direito acaba sendo continuamente desrespeitado, por diversas razões (dia de visitas; falta de efetivo mínimo para usufruto de banho de sol com segurança, em decorrência de faltas ou licenças de servidores; tempo de banho de sol inferior a duas horas etc).

De fato, há notícia de que a situação tem melhorado. No entanto, além de a solução efetiva do problema depender de múltiplos fatores – e não apenas do incremento do efetivo da categoria – é cediço que isso não tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado, principalmente se houver provas contundentes da violação do direito e dos requisitos legais necessários a configuração do dano coletivo, como no caso dos autos.

Ante o exposto e, ainda, com base no conjunto probatório reunido – destacando-se os documentos de IDs 91088174, 91088175, 91088176, 98227335, 105801715 e 105801716, que foram juntados pelo Nupri no decorrer do processo – o Ministério Público reitera o integral teor da manifestação de ID 91088773 e, assim, requer seja a ação julgada parcialmente procedente, nos exatos termos do que foi pleiteado no referido parecer.”

Destaque-se, que a r. sentença menciona como prova documentos fornecidos pela própria administração penitenciária (ID XXXXXX) em que, obviamente, instada a se manifestar, nega de forma genérica e sem nenhuma comprovação idônea a violação ao prazo devido.

Contudo, a decisão recorrida deixa de cotejar sobredita documentação com as alegações e outros documentos juntados pela parte autora e pelo MPDFT. Em verdade, pelos argumentos e demonstrações trazidas aos autos, verifica-se que a recorrida não se desincumbiu de seu ônus probatório, e a r. sentença deixou de fazer incidir a regra do inciso II, do Art. 373 do CPC: “O ônus da prova incumbe: (...) II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ainda, além do parecer ministerial de ID XXXXXXXX (fls. 16 e seguintes), que no mérito é favorável quanto ao pedido de dano moral coletivo, nas razões recursais apresentadas, o Ministério Público é assertivo ao esclarecer que durante fiscalização elaborada através de filmagens, concluiu que o tempo de banho de sol concedido é bem inferior ao de duas horas, durando cerca de 40 minutos em média, informação que deve ser considerada na reanálise do presente feito.

III.II- DO PEDIDO DE DANOS MORAIS COLETIVOS

O direito brasileiro adota um verdadeiro microsistema processual coletivo, sendo o seu núcleo essencial composto pelas Leis 8.078 de 11 de setembro de 1990 e 7.347 de 24 de julho de 1985, estabelecendo um genuíno diálogo de fontes com a finalidade de tutelar os direitos coletivos *lato sensu*, o qual abrange as três espécies: direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Primeiramente, cabe realizar uma distinção entre direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*. Essas três espécies constam expressamente da Lei 8.078 de 1990, em seu art. 81, parágrafo único, incisos I a III, sendo conceituadas da seguinte forma:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza

indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Compreende-se, portanto, que os direitos violados mencionados afiguram-se perfeitamente na classificação de direitos coletivos *stricto sensu*, posto que transindividuais e pertencentes a pessoas de determinado grupo, qual seja, a população carcerária do Distrito Federal.

Cumpra esclarecer que tais classificações importam em variações relevantes no que se refere à indenização ou reparação desses danos.

Logo, a reparação vinculada aos danos coletivos *stricto sensu* não é direcionada aos atingidos individualmente considerados, mas sim a restaurar os direitos da coletividade prejudicada como um todo, destinando, geralmente, o valor desta condenação às políticas públicas que objetivam evitar novas violações e implementar as melhorias necessárias nos sistemas e instituições afetos aos direitos infringidos.

Especificamente acerca dos danos morais coletivos, estes decorrem da violação dos direitos fundamentais das pessoas presas no Distrito Federal gerando responsabilidade civil estatal em razão do não cumprimento do direito tutelado na Lei de Execuções Penais do banho de sol aos reclusos condenados e provisórios.

No caso em comento, a conduta do Estado viola as disposições da Constituição da República, da Lei de Execução Penal, além de dispositivos de Tratados Internacionais firmados pelo Brasil. Isso porque o Distrito Federal mostra-se omissivo diante dos danos causados aos custodiados no que se refere aos benefícios do banho de sol para os detentos, ressaltando que a privação de direitos básicos dificulta a posterior reinserção do reeducando em sociedade.

E que não se alegue indisponibilidade de verba orçamentária para contratação de efetivo, pois é de conhecimento de todos que o país e,

especificamente o XXXXXXXXXX, enfrenta situações de corrupção e má administração do orçamento público.

Isto posto, passa-se a discorrer a respeito da responsabilização do Distrito Federal e do pagamento de indenização por dano moral coletivo.

O dano moral na seara dos direitos metaindividuais decorre da lesão em si a estes interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica. O dano moral coletivo não se confunde com a concepção individualista, caracterizadora da responsabilidade civil, pois assume concepção socializada, voltada aos valores de uma determinada comunidade e não apenas para o valor da pessoa individualizada.

Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a condenação por dano moral se justifica em razão do interesse social em sua preservação, sendo um instrumento para conferir-lhes eficácia à tutela normativa. A condenação por dano moral coletivo é sanção pecuniária por violação a direitos coletivos ou difusos, tanto que o valor fixado pelo Poder Judiciário é destinado a fundo legalmente criado.

In casu, a lesão aos direitos e garantias fundamentais das pessoas presas transcende o âmbito individual, alcançando todas as pessoas presas em tais condições, passíveis ou não de identificação. A atitude arbitrária estatal se dirige à totalidade da população carcerária citada e não a determinada pessoa ou mesmo a determinada lista de pessoas.

Na verdade, não se pode olvidar que a Constituição expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil se constitua em Estado Democrático de Direito, que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, justamente como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. Em um Estado que tem como base o princípio da solidariedade (art.3º, I, CR/88), não é possível que se entenda que a lesão aos direitos inatos ao ser humano, perpetrada contra as pessoas presas no Estado, não vilipendia também os direitos e garantias individuais de toda sociedade, é dizer, de todos os seres humanos.

Assim, a inobservância aos direitos fundamentais de seres humanos que deveriam ser objeto de cuidado e proteção pelo Estado acaba por afetar a todas as

outras pessoas, que têm seus semelhantes brutalmente maltratados justamente pelo ente político que deveria resguardá-los.

Sobre o dano moral coletivo, leciona Carlos Alberto Bittar Filho:

“Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico”.¹

No mesmo sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho a respeito do dano moral coletivo, a saber:

“se caracteriza pela ofensa a padrões éticos dos indivíduos, no caso em foco dos indivíduos componentes dos grupos sociais protegidos. Sendo assim, pode-se afirmar que não apenas o indivíduo, isoladamente, é dotado de determinado padrão ético. Os grupos sociais, titulares de direitos transindividuais, também o são. Assim, se for causado dano moral a um desses grupos pela violação a interesses coletivos ou difusos, presente estará o interesse de agir (...)”.²

A previsão de ressarcimento do dano moral coletivo poderia ser extraída do próprio texto constitucional que em seu art. 5º, V, assegura o direito a indenização por dano imaterial de forma ampla, porém passou a ter previsão legal expressa com a nova redação do art. 1º, IV da lei 7347/85.

Leonardo Roscoe Bessa dedica-se ao tema em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor nº 59, RT, 2007, cuja apresentação é a que segue:

“O presente ensaio busca delinear o denominado dano moral coletivo. O objetivo principal é destacar que sua configuração independe de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade (...). Assim, é método impróprio buscar a noção de dano moral coletivo a partir do conceito, ainda problemático, de dano moral individual. Mais impróprio ainda é trazer para a discussão o requisito relativo à necessidade de afetação da integridade psíquica, pois até mesmo nas relações privadas individuais está se superando, tanto na doutrina como nos tribunais, a exigência de dor psíquica para caracterizar o dano moral.”

¹ Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 12.

² Ação civil pública. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

Conforme mencionado, não há que se falar em ausência de

verba orçamentária do Distrito Federal ou aplicação da chamada reserva do possível com o objetivo de se esquivar da obrigação de indenizar do estado, uma vez as lesões morais aos direitos fundamentais dos detentos se mostram evidentes.

Com efeito, a própria decisão atacada reconheceu as violações ao afirmar que “De fato, foram carreados ao feito documentos que corroboram tais alegações, como os registros de ID nXXXXXXX, no sentido de que determinadas unidades carcerárias passam dias sem o oferecimento de banho de sol aos presos”.

Nesses termos, o XX tem o dever de reparar os danos morais sofridos pelos custodiados que tiveram sua dignidade violada em razão das condições degradantes a que estão expostos nos estabelecimentos prisionais.

No que se refere ao dano moral coletivo, o Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade na Revista Jurídica do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, Edição 12/2015, dedicada integralmente à temática do Dano Moral Coletivo, discorre:

“A indenizabilidade do dano moral coletivo no Direito brasileiro encontra seu fundamento jurídico no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, que prevê ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística, **e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O referido dispositivo legal, ao mencionar, em seu caput, danos morais causados aos direitos coletivos ou difusos, referidos nos incisos seguintes, consagrou a ideia de um dano moral coletivo, por lesão a qualquer dos direitos indicados na respectiva Lei.**

(...)

Na verdade, a ideia de que o dano moral em geral se confunde ou esteja necessariamente associado com a dor ou com o detrimento anímico da vítima do dano vem perdendo terreno na doutrina e na jurisprudência, as quais passaram, com propriedade, a identificar o dano moral com a lesão em si a certos bens, direitos ou interesses imateriais - os direitos da personalidade, no caso do dano moral individual; os interesses difusos ou coletivos, no caso do dano moral coletivo -, independentemente da reação psicológica do lesado a esses danos. As mudanças no estado psicológico do lesado, subsequentes ou concomitantes ao dano moral, não constituem, pois, o próprio dano, mas efeitos ou resultados do dano. Esses efeitos ou

resultados, muitas vezes, são decorrência (não necessária) do dano moral, que lhes é antecedente.

(...)

Outras situações de dano moral desvinculado da dor poderiam ser aqui lembradas, como é o caso do dano moral sofrido por pessoas em estado comatoso ou vegetativo, por alienados mentais, por crianças de tenra idade.

(...)

Reconhecendo-se que a indenização do dano moral coletivo não visa a compensar a dor, o sofrimento, a perturbação psíquica ou, em geral, o detrimento anímico das vítimas do dano - até porque, em se tratando de interesses difusos ou coletivos, essas vítimas nem sequer são determináveis -, forçoso concluir que o papel desempenhado por essa indenização é outro: punir ou sancionar o causador do dano, dissuadindo-o (e a terceiros) de praticar outros atos da mesma natureza. A indenização atua, então, como fator de desestímulo de práticas lesivas contra os interesses difusos ou coletivos.” (Grifamos)

Diante do exposto, requer a reforma da sentença com a devida condenação do XXXXXXXXX ao pagamento de indenização por danos morais coletivos motivados, pela falta do banho de sol que estaria ocorrendo em período inferior às 02 (duas) horas previstas na Lei de Execução Penal, chegando a ser suprimido em determinadas situações, nos estabelecimentos carcerários localizados nessa unidade federativa.

IV. DA NECESSIDADE DE AUMENTO NO EFETIVO E MELHORIAS NAS ESTRUTURAS DOS PÁTIOS DOS PRESÍDIOS

Conforme relatos já apontados nas inspeções e ofícios respondidos pelas autoridades responsáveis por cada unidade prisional, houve alegação praticamente unânime da carência de efetivo suficiente nestas unidades para que se realizem os banhos de sol com a devida segurança.

Com vistas a solucionar esta questão e sabendo da existência de recursos para tanto, faz-se imprescindível a nomeação dos excedentes aprovados no último concurso de Agente de Atividades Penitenciárias - SEAP/SSP, DOC. 15, (Edital nº 001/2014-SEAP/SSP), que teve sua abertura em 2014 e até o momento não nomeou o quantitativo necessário para superar a problemática da desproporção

agente/preso vivenciada nas prisões do DF. As nomeações devem ocorrer com a máxima urgência atendendo também aos termos da Decisão nº 3720/2019-TCDF, prolatada em 24 de outubro de 2019 no âmbito do Processo nº XXXXXX-e, do Tribunal de Contas do XXXXXX (DOC. 16).

Outra importante demanda elencada pelas autoridades penitenciárias é a carência estrutural dos pátios nos quais o banho de sol deve ser realizado. As unidades em geral contam com uma superlotação de forma que alguns desses pátios não estão aptos a abarcar a quantidade de presos existente, sendo medida de extrema necessidade a ampliação destes espaços para que se garanta a segurança nestas atividades ao ar livre sem a necessidade de diversos esquemas de alternância entre as alas dos blocos, fato que atualmente vêm prejudicando o exercício diário do direito ao banho de sol.

Importante destacar que a alegação da “reserva do possível” neste caso não possui respaldo, pois o regramento do “mínimo existencial” deve ser respeitado para que se efetivem os direitos constitucionais relativos à dignidade humana e à proibição de tratamento cruel já exaustivamente trabalhados nesta ação.

Não resta ao Governo do Distrito Federal outra alternativa que não seja atender aos preceitos mínimos de respeito à dignidade humana, sobretudo daqueles que estão sob sua responsabilidade e vigilância. Corroborar com este entendimento o disposto na decisão do STF sobre a Medida Cautelar no Habeas Corpus 172.136/SP, como se depreende na leitura do excerto abaixo:

A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. **A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da**

preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador.

V - DO PREQUESTIONAMENTO

Caso a decisão colegiada não acolha os pedidos da autora, surgirá a contrariedade de diversos dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e provenientes de normas constantes de tratados internacionais.

Segue-se dessa eventual violação a possibilidade de ser interposto recurso extraordinária está vinculado ao cumprimento de determinados pressupostos, encarados como verdadeiras condições de admissibilidade. Isso porque, conforme delineado no item pertinente, o caso em tela está vinculado à repercussão geral reconhecida no RE 580.252, bem como ao pagamento de indenização por danos morais determinado no julgado da Suprema Corte.

Na atual fase procedimental, destaca-se o prequestionamento, isto é, a necessidade de se provocar a manifestação do Tribunal destinatário do recurso sobre a existência de afronta a dispositivos constitucionais e legais na decisão do juízo singular, nos termos da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça e 282 do Supremo Tribunal Federal.

Conforme narrado exaustivamente, o direito da autora é tutelado por inúmeros dispositivos de diversos diplomas normativos, tendo a maioria deles sido citada nesta petição inicial.

Por outro lado, foram colacionadas decisões que comprovam a ocorrência de dissídio jurisprudencial a respeito do tema.

Dessa forma, submete a julgamento as questões constitucionais e infraconstitucionais, requerendo sejam elas devidamente resolvidas quando da prolação da sentença no escopo de se garantir (eventualmente) a interposição (futura) de recurso extraordinário e recurso especial em caso de sucumbência, com fundamento nos artigos 102, III, "a" e 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal.

Assim, respeitosamente, requer a Vossa Excelência que se manifeste e decida sobre as seguintes questões:

• **Dignidade da pessoa humana** – artigo 1º, inciso III, da Constituição da República;

• **Proibição de penas de caráter cruel** – artigo 5º, inciso XLVII, “e”.

• **Moralidade administrativa** e, por conseguinte, lealdade e boa-fé, especialmente em sua vertente venire contra factum proprium e duty to mitigate the loss– artigo 37, caput, da Magna Carta;

• **Inafastabilidade do controle jurisdicional** – artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal.

• **Direitos da pessoa presa** – artigos 11, II; 14, caput e § 2º e 41, VII, Lei de Execução Penal.

VI. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer a Defensoria Pública do Distrito Federal o conhecimento e provimento do presente Recurso de Apelação, para que seja reformada a sentença proferida pelo Juízo “a quo”, bem como:

- A)** Seja conhecido e apreciado, por esta Colenda Câmara, o recurso;
- B)** Seja acolhida a preliminar suscitada quanto aos danos individuais homogêneos;
- C)** Seja reformada a decisão *a quo*, determinando-se total provimento a procedência integral dos pedidos formulados, assim como a condenação do XXXXXX ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ XXXX (XXXXXX), a serem revertidos nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/1985;
- D)** Determine-se o pagamento da indenização por danos morais individuais homogêneos pelo XXXXX aos presos que estavam em situação de privação do regular banho

de sol diário nos termos do art. 52, IV da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) quando do

cumprimento da prisão, fosse cautelar ou definitiva, segundo os artigos 43, 186 e 927, todos do Código Civil, art. 37, §6º da Constituição da República, Lei 12.874/13, bem como a vinculação do caso em tela ao precedente recursal mencionado, qual seja, o RE XXXXXX;

E) Ao final, que seja mantida eventual liminar concedida e o XXXXXXXX seja condenado à obrigação de fazer consistente na nomeação dos excedentes aprovados no concurso de Agente de Atividades Penitenciárias – SEAP/SSP (Edital nº XXXXXXXX-SEAP/SSP) e na melhoria estrutural dos pátios onde os presos devem realizar atividades ao ar livre, como o banho de sol, a fim de possibilitar o incremento na segurança conforme necessidades apontadas pelos gestores das unidades prisionais.

F) a condenação do Réu ao pagamento de honorários advocatícios a serem revertidos em favor do Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública do Distrito Federal - PRODEF (artigo 3º, inciso I, da Lei Complementar Distrital n. 744, de 04 de dezembro de 2007, com a redação que lhe deu o artigo 3º da Lei Complementar Distrital n. 908/2016) e deverão ser recolhidos junto ao Banco Regional de Brasília S/A – BRB, Código do Banco 070, Agência 100, Conta Bancária 013251-7, CNPJ: 09.396049/0001-80.

FULANO DE TAL

Defensor Público do

XXXXXXXXXXXX X Defensoria

Pública de Tutela Coletiva

Núcleo de Assistência Jurídica de Execuções Penais

