

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS - CCSA**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**GEORGE GUIMARÃES BASTIANI**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE MORTE  
DE PRESIDIÁRIOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

**TERESINA**

**2017**

**GEORGE GUIMARÃES BASTIANI**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE MORTE  
DE PRESIDIÁRIOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Universidade Estadual do Piauí como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Me. Marcos Daniel da Silva  
Rocha

TERESINA

2017

**GEORGE GUIMARÃES BASTIANI**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE MORTE  
DE PRESIDIÁRIOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como  
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito da Universidade Estadual do Piauí.

Orientador: Prof. Me. Marcos Daniel da Silva Rocha

**DATA:** \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Marcos Daniel da Silva Rocha – Orientador (UESPI)

---

Professor (a) ...

---

Professor (a) ...

## **DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

A aprovação desta monografia não significará endosso do Professor Orientador Marcos Daniel da Silva Rocha, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Piauí às ideias, opiniões e ideologias constantes no trabalho, a responsabilidade é inteiramente do autor.

Teresina, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

---

George Guimarães Bastiani

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objeto de estudo a análise sobre a responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de presidiários, a maneira que ela deve ser encarada, se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva e a posição do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria. Para se chegar à conclusão, são tratados, ao longo do trabalho, considerações teóricas sobre o instituto da responsabilidade civil e sua aplicação em relação ao Estado, tanto no tocante aos atos comissivos, como em relação aos atos omissivos, matéria ainda tormentosa no meio doutrinário e jurisprudencial. Logo após, passa-se à uma análise da situação caótica do sistema brasileiro e das suas consequências aos que nele estão inseridos, à luz da Constituição Federal de 1988. Por fim, será abordada a evolução jurisprudencial nos casos de morte de presidiários no âmbito da Suprema Corte.

**PALAVRAS-CHAVES:** Atos Omissivos. Morte de Presidiários. Responsabilidade Civil do Estado.

## **ABSTRACT**

The present work has as the subject of study the analysis of the civil responsibility of the State in cases of death of prisoners, the way in which it should be faced, whether the responsibility is objective or subjective and the position of the Federal Supreme Court in relation to the matter. In order to get to the conclusion, it is argued, over the work, the theoretical considerations about the institute of civil responsibility and its application related to the State, both in relation to commissive acts, and omissive acts, a subject still tormenting in the doctrinal means and case law. Soon after, it passes to the analysis of the chaotic situation of the Brazilian system and its consequences in the light of the Federal Constitution of 1988. Finally, it is going to be approached the jurisprudential evolution in cases of death of prisoners within the Supreme Court.

**KEYWORDS:** Omissive Acts. Death of Inmates. Civil responsibility of the State.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>10</b>
2.1. Conceito e importância .....	10
2.2. Evolução histórica .....	12
2.3. Elementos essenciais ou pressupostos gerais da responsabilidade civil .....	15
2.3.1. Conduta .....	15
2.3.2. Dano .....	17
2.3.3 Nexo de Causalidade .....	19
2.4. Classificações do instituto da responsabilidade civil .....	23
2.4.1. Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	23
2.4.2. Responsabilidade negocial e extranegocial .....	25
<b>3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....</b>	<b>27</b>
3.1.Evolução histórica: da irresponsabilidade do Estado à responsabilidade pelo risco integral.....	27
3.2. A questão à luz das constituições brasileiras.....	32
3.3. A responsabilidade do Estado por atos comissivos .....	34
3.4 A responsabilidade do Estado por atos omissivos .....	38
<b>4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE PRESIDIÁRIOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....</b>	<b>44</b>
4.1 Sistema prisional brasileiro .....	44
4.2 A vulnerabilidade do detento no sistema prisional brasileiro .....	46
4.3 O problema da morte de presidiários à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	50
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado é uma das temáticas de maior relevância dentro de um Estado de Direito. Isso porque a possibilidade de responsabilizar o próprio Estado por prejuízos causados aos seus administrados em razão do exercício da atividade pública é a maior demonstração de que todos estão submetidos ao comando da lei.

O sistema de responsabilização estatal se desenvolveu bastante ao longo do tempo, evoluindo da absoluta irresponsabilidade por quaisquer dos atos do soberano, sistema vigente na época dos estados absolutistas, ao modelo atual, baseado na chamada teoria do risco, fundamentada no fato de que a atividade pública, por si só, traz risco à coletividade, aumentando sobremaneira o dever de diligência do Estado. Com isso, eventuais danos causados aos administrados atraem a responsabilidade objetiva estatal, aumentando a proteção do particular ante à atividade pública, socializando os custos da atuação estatal.

Assim, várias são as ações de indenização que chegam ao Judiciário fundadas na responsabilidade civil do Estado, o que demonstra o quão atual é o tema, além de consistir em matéria que suscita interessantes discussões. A Constituição Federal de 1988 é expressa ao determinar que o Estado é passível de responsabilização civil no caso de prejuízos causados a terceiros. Porém, a forma como a matéria foi regulada tanto pelo texto constitucional quanto pela legislação infraconstitucional não foi clara o suficiente para abarcar todas as casuísticas que possam vir a acontecer, o que acaba gerando, em determinadas situações, interpretações diversas.

Nem sempre é uma tarefa fácil para os juristas chegar a uma conclusão única e pacífica em todos os casos que se desdobram no cotidiano da sociedade. No tocante à temática abordada nesse trabalho, a razão da divergência habita o campo dos atos omissivos do ente estatal. Isso porque paira a discussão sobre a que título a responsabilidade civil pode ser imputada ao Poder Público, se de maneira objetiva, assim como ocorre nos casos dos atos comissivos, ou subjetiva, baseada na teoria da culpa do serviço, na qual restará configurada a obrigação de indenizar quando ficar demonstrado que o dano ao administrado decorreu de um serviço público não prestado ou prestado de maneira ineficiente.

Essa discussão ganha contornos maiores ainda quando se trata de fatos ocorridos dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros. A situação carcerária é uma das questões mais complexas da sociedade brasileira. Apesar de o Estado brasileiro possuir como base fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, ele possui um sistema penitenciário caótico, incapaz de oferecer garantias mínimas à existência digna de uma pessoa,



impossibilitando, muitas vezes, o cumprimento das finalidades que motivaram a sua existência.

A realidade do ambiente prisional expõe o grande fracasso da política criminal adotada no país. É dever do Poder Público zelar por todo o processo punitivo do detento. Ao mesmo tempo em que apenas ao Estado pertence o direito de punir alguém, o chamado *jus puniendi*, é seu dever também zelar pela integridade física e psicológica das pessoas que estão sob sua custódia, garantindo todos os direitos que o ordenamento jurídico lhes assegura.

Entretanto, não raras as vezes a população brasileira é surpreendida com notícias envolvendo morte de presidiários, seja através de suicídios ou de verdadeiras barbáries, nas quais os próprios detentos tiram as vidas uns dos outros, usando de um enorme grau de violência.

Em meio a esse quadro, surge as seguintes indagações: nos casos em que um presidiário tira a vida de outro dentro do estabelecimento prisional ou quando ele ceifa a sua própria vida, poderá o Estado ser responsabilizado? É pacífico o entendimento de que ele pode sim ser responsabilizado, uma vez que ele é o responsável pela criação da situação de custódia e a ele cabe o dever de zelar pela integridade física e psicológica do detento.

Entretanto, o grande questionamento do assunto consiste em definir a que título essa responsabilidade deve ser imputada ao ente estatal, se de maneira objetiva ou subjetiva.

O presente trabalho, através de pesquisa em obras de doutrinadores renomados no direito administrativo, além da análise dos entendimentos adotados ao longo da evolução jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, teve por objetivo realizar algumas considerações sobre esse tema, apontando linhas de raciocínio que servirão às discussões que ainda poderão se suceder, sobretudo no caso concreto.

No primeiro capítulo foi tratada a responsabilidade civil de forma geral, com o objetivo de compreender a natureza e os objetivos do instituto com o fim de facilitar a compreensão da razão da sua razão de ser e a sua função no meio de um Estado de Direito.

No segundo capítulo foi feita uma análise sobre a responsabilidade civil imputada ao Estado em razão do exercício da atividade pública, abordando a sua evolução ao longo do tempo e as suas teorias fundamentadoras.

Após as considerações dos dois primeiros capítulos, o que possibilita uma visão crítica sobre o instituto da responsabilidade civil do Estado, o capítulo três aborda situações de morte de pessoas sob a custódia do Poder Público ocorridos dentro do sistema prisional brasileiro, trazendo à baila a discussão pautada na possibilidade de responsabilização do Poder Público nesses casos e a que título ela se configurará.

O objeto de estudo do presente trabalho se mostra bem atual, uma vez que, caracterizada a responsabilidade estatal nos danos causados a presidiários, seus efeitos repercutirão, em última análise, na própria sociedade. Portanto, mister se faz compreender os resultados que a ineficácia do Estado pode causar, entendendo os fundamentos aos quais se dão a responsabilização da Administração Pública.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil sempre foi um tema de intenso debate e discussões, tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial. Isso porque, diante do constante desenvolvimento da economia e do alto grau de complexidade das relações sociais, é inevitável que alguém, em algum momento do cotidiano, acabe provocando prejuízo a outrem, fazendo surgir situações de conflito entre as pessoas.

Com isso, se mostra de grande importância o estudo desse tema sempre recorrente, impondo ao intérprete e ao próprio direito a busca de soluções justas e adequadas ante à imensidão de relações abrangidas por este instituto.

### 2.1 Conceito e importância

A palavra “responsabilidade” tem como origem a palavra latina *respondere*, que significa “responder, prometer em troca”. Demonstra a qualidade do que é responsável, a obrigação de responder por atos próprios ou alheios, ou por uma coisa confiada.

A ideia de responsabilidade, em termos gerais no meio jurídico, não se restringe ao campo do direito civil, habitando também os demais campos do direito, acompanhada, obviamente, das peculiaridades de cada área. Ao se falar em responsabilidade no âmbito jurídico, trata-se de imputar a alguém as consequências advindas de um ato jurídico praticado por ele ou por alguém sob sua responsabilidade perante o ordenamento, que podem variar de acordo com a natureza do direito violado.

A responsabilidade civil tem sua essência ligada ao descumprimento de um dever jurídico estabelecido diretamente pela lei ou pela vontade, trazendo como principal consequência para o autor da conduta a obrigação de ressarcir o lesado dos prejuízos causados. Trata-se de um dever jurídico derivado, consequente, surgido do descumprimento de um dever jurídico originário. Neste sentido, Cavalieri Filho (2012) afirma que:

[...] A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

Conforme Bittar (2015), a necessidade de responsabilização do autor da conduta contrária ao ordenamento, com a consequente tentativa de restabelecimento do *status quo* da situação da vítima ou da mitigação dos efeitos da conduta lesiva, remontam à ideia de vida em sociedade. Isso porque, permitir-se a impunidade de uma invasão prejudicial de alguém na esfera jurídica de outrem, tenderia a abalar o equilíbrio social e jurídico existente, colidindo frontalmente com os anseios da vida em sociedade.

Deste modo, é possível identificar um marcante caráter punitivo e reparatório no instituto ora em análise, consistindo em uma das suas funções mais importantes. Compreender a função de um instituto é de grande importância para fins de aplicação das normas que o regulam. Isso porque uma interpretação equivocada dos valores e objetivos que o norteiam poderia causar distorções quando da sua aplicação e causar injustiças no caso concreto.

Entretanto, apesar da falsa percepção desse instituto ser eminentemente ressarcitório, ele é dotado de uma pluralidade de funções, sem que uma se sobressaia sobre as outras. Além da função punitiva e ressarcitória da responsabilidade civil, é possível se identificar ainda um viés (re) educativo na sua aplicação, na medida que a punição do agente serve como desestímulo à reincidência, ou mesmo a ocorrência de uma conduta perniciosa por parte das outras pessoas da coletividade. Sobre o assunto, Wald e Giancoli (2012) afirmam que:

[...] A responsabilidade civil, sob um prisma funcional, deve ser entendida como um mecanismo necessário à realização de processos destinados a assegurar a adaptação, integração e continuidade de um convívio social pacífico. Desse modo, a aplicação do instituto deve garantir, mesmo diante de um complexo normativo, consequências justas e eficazes. (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 47).

Vale destacar a necessidade de a indenização ser definida observando as devidas proporções presentes no caso concreto, uma vez que indenizar a vítima pela metade seria uma maneira velada de responsabilizar a própria parte prejudicada pelo prejuízo suportado. De outro ponto, uma indenização manifestamente exacerbada fugiria do seu objetivo originário, ocasionando um enriquecimento sem causa para a pessoa que teve seu patrimônio jurídico diminuído.

Assim, a visão atual da responsabilidade civil consiste na concepção de que a conduta danosa de alguém em relação ao direito de outrem possui o condão de afetar o equilíbrio jurídico e econômico entre ofensor e ofendido, repercutindo na esfera patrimonial ou moral das pessoas. A evolução humana e todos os avanços dela decorrentes tornam as relações entre as pessoas cada vez mais complexas, aumentando a possibilidade de atuações danosas por parte das pessoas possam macular o equilíbrio dessas relações, cabendo ao

Estado intervir, visando o restabelecimento da paz social por meio da aplicação do disposto no ordenamento jurídico. A compreensão do instituto da responsabilidade é de grande importância para fins de pacificação e recomposição do equilíbrio social, evitando ainda o cometimento de injustiças nos desdobramentos que se colocarem diante do jurista.

## 2.2 Evolução histórica

O Direito, como fato social e histórico, é uma ciência em constante evolução, refletindo as concepções e ideias de cada povo ao longo da história. Com o instituto da responsabilidade não foi diferente, sendo, durante sua evolução, paulatinamente modificado com passar dos anos. Independentemente da forma e dos pressupostos que a responsabilidade tenha tomado ao longo do tempo, o dano causado às pessoas pelas outras sempre foi algo combatido.

Foi no direito romano, importante raiz histórica do sistema *civil law*, que se deram as bases da responsabilidade civil. No início, a responsabilidade civil caminhava de mãos dadas com a responsabilidade penal, não havendo separação entre a figura da pena e da indenização. Simplesmente o indivíduo que causava dano a alguém era punido, sanção esta que também servia para satisfazer o ofendido.

Em um primeiro momento, no período primitivo romano, imperava a vingança privada. Com o tempo, a retaliação pela ação danosa foi saindo das mãos do grupo dominante e passando a ser legitimada pelo Estado, que estabeleceu o sistema da *vindita*, na qual o ofendido reagia violentamente em relação ao causador da ofensa, com o intuito de vingar o mal sofrido. Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2012):

[...] De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido. É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 55).

Paulatinamente, o sistema da *vindita* foi sendo substituído pelo sistema da composição econômica (*compositio*), no qual o ofendido era ressarcido pelo prejuízo sofrido através de vantagens oferecidas pelo ofensor. Em um primeiro momento, os dois sistemas conviveram juntos, ficando a critério da vítima a opção por um ou outro. Porém, com o fortalecimento de uma autoridade estatal soberana, o sistema de compensação passou a ser

obrigatório, dando fim à vingança privada como consequência da conduta danosa do agente. Sobre o tema, nos dizeres de Alvino Lima:

[...] este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares. A Lei das XII Tábuas, que determinou o *quantum* para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil. A *actio de reputis sarcienti*, que alguns afirmam que consagrava um princípio de generalização da responsabilidade civil, é considerada, hoje, como não contendo tal preceito (Lei das XII Tábuas — Tábua VIII, Lei 5.<sup>a</sup>). (LIMA apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 56).

Posteriormente, foi editada a *Lex Aquilia*, a base histórica da responsabilidade civil extracontratual. Por meio dela surgiu um princípio geral da reparação do dano, sendo proveniente dessa época as primeiras ideias sobre a noção de culpa. A *Lex Aquilia*, resultada de um plebiscito ocorrido no final do século III a.C., permitiu ao titular de bens destruídos ou deteriorados o direito de receber pagamento de quem lhe deu causa como forma de penalidade pecuniária, surgindo, nesse contexto, a ideia de responsabilidade extracontratual.

Esse diploma normativo foi responsável por grande alteração no tratamento do tema, estabelecendo a obrigatoriedade de reparação pecuniária quando do cometimento de ato considerado ilícito, em substituição às penas fixas estabelecidas por legislações anteriores, além de estabelecer o que seria o embrião da clássica figura da culpa nos casos de responsabilidade. Surge aí a máxima da *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, o de que “a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar”. Sobre o assunto, afirmam Wald e Giancoli (2012) que:

[...] Foi, assim, a *Lex Aquilia* a responsável pela cristalização da ideia de reparação pecuniária do dano, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade. Mas os textos autorizadores das ações de responsabilidade se multiplicaram, a tal ponto que, no último estágio do direito romano, contemplavam, não só danos materiais, mas também os próprios danos morais. Do direito romano se extrai o fundamento da responsabilidade aquiliana do direito moderno, o qual, em sua essência, vem a ser análogo em todas as codificações dos povos cultos. (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 36).

No mesmo sentido, dispõe Venosa (2012):

[...] De qualquer forma, a *Lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de

Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade, embora exista um abismo considerável entre a compreensão dessa lei e a responsabilidade civil atual(...). A ideia de culpa é centralizadora nesse instituto de reparação. Em princípio, a culpa é punível, traduzida pela imprudência, negligência ou imperícia, ou pelo dolo. Mais modernamente a noção de culpa sofre profunda transformação e ampliação. (VENOSA, 2012, p. 18).

Com o passar do tempo, o direito francês, grande influenciador das legislações modernas, desenvolveu aos poucos tais concepções, estabelecendo um princípio geral da responsabilidade civil baseado na culpa, separando de vez a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Esse modelo serviu como base para outros princípios, tais como a existência de uma culpa contratual, existente no âmbito das obrigações. Esse modelo foi o estabelecido no Código Civil de Napoleão, que serviu de parâmetro para os estatutos de direito privado em vários países, inclusive o Brasil, quando da edição do Código Civil de 1916.

Entretanto, com o intenso desenvolvimento econômico e social, a teoria clássica da culpa passou a ser insuficiente para regular as novas situações que foram surgindo, não sendo capaz de fornecer a resposta esperada em vários conflitos que surgiam no dia a dia, deixando a vítima desamparada, sem a reparação devida, em razão da dificuldade de comprovação do elemento subjetivo. Assim, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2012):

[...] num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado. Tais teorias, inclusive, passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, o que foi adotado, mais recentemente, até mesmo pelo novo Código Civil brasileiro, como veremos em tópicos posteriores. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 58).

Nesse diapasão, vem ganhando cada vez mais espaço aos olhos do legislador, da doutrina e da jurisprudência, novas teorias sobre a responsabilidade civil. Porém, isso não significa abandono da regra clássica da responsabilidade baseada na culpa do agente. Apenas abre espaço para esse instituto ser encarado, em determinadas situações, de maneira objetiva, fundado num princípio de equidade, no qual o dever de indenizar surge independentemente da presença do elemento subjetivo no caso concreto.

## 2.3 Elementos essenciais ou pressupostos gerais da responsabilidade civil

A responsabilidade é um instituto multifacetário, possuindo, cada uma de suas faces, fundamentos e aspectos peculiares. Ela pode decorrer de uma relação jurídica preexistente e específica, de cunho negocial, possuindo características mais afetas ao direito obrigacional, ou se fundar no princípio geral do *neminem laedere*, independentemente de qualquer obrigação celebrada entre o ofensor e ofendido, decorrendo da violação de um dever geral de cuidado e de caráter *erga omnes*.

Na mesma esteira, ela será poderá ser considerada de maneira objetiva ou subjetiva, decorrendo de atos lícitos ou ilícitos, o que mostra a amplitude e complexidade do tema, diante das exigências de um ordenamento cada vez mais tendente à proteção e garantia da dignidade da pessoa humana e de todos os direitos dela decorrentes. Entretanto, mesmo com tantas variáveis, há determinados pressupostos que estão presentes em todos os tipos de responsabilidade, consistindo em elementos essenciais e gerais da responsabilidade civil: a conduta, o dano sofrido e o nexo de causalidade.

### 2.3.1 Conduta

Para fins de responsabilidade, apenas as condutas humanas, guiadas pela vontade do agente, e que produzem consequências jurídicas, são relevantes. Apesar de ser possível que um fato da natureza, ao se materializar, cause enormes transtornos para as pessoas, apenas o ser humano ou as pessoas jurídicas formadas por eles podem ser responsabilizadas pelos seus atos.

Com isso, a voluntariedade humana se mostra fator fundamental para a análise desse elemento básico para a responsabilidade civil. Seja a conduta comissiva ou omissiva, para que ela seja passível de responsabilização, o comportamento humano deverá ter se pautado na sua vontade. Como voluntariedade não se quer dizer apenas que o agente deve querer o resultado. Ela estará presente mesmo em situações em que o agente não deseja inicialmente produzir o resultado danoso, mas, por imprudência, negligência ou imperícia acabou invadindo perniciosamente o patrimônio jurídico de alguém. Nesse sentido, as palavras de Wald e Giancoli (2012), trazendo à baila ainda ensinamento de Sergio Cavalieri Filho:



[...] A vontade é o elemento subjetivo da conduta. A voluntariedade não quer dizer que a conduta deva ser necessariamente querida pelo agente. A intencionalidade, ou seja, a prefiguração mental dos efeitos do ato nada mais é do que um estágio específico da voluntariedade. A intenção “(...) é a vontade dirigida a um fim determinado. É a bússola da vontade, seu elemento finalístico, que norteia para o objetivo eleito. Enquanto a vontade se limita à conduta, a intenção volta-se para o evento, que é o escopo”. (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 75).

Esse elemento pode surgir tanto de um comportamento positivo, como por um comportamento negativo. Explique-se. O dano poderá ser ocasionado por um comportamento comissivo, no qual a conduta se dá por meio de uma ação por parte do agente, de um *facere*, ou por comportamentos omissivos, como o próprio nome diz, traduzidos em uma omissão, um não fazer.

As condutas comissivas são as mais comuns e as mais fáceis de se imaginar no mundo dos fatos. Já as condutas omissivas, para que sejam passíveis de responsabilização civil, deverão vir acompanhadas de uma obrigação específica do agente, consistente em um dever jurídico de agir. Ela será relevante, juridicamente falando, quando, no caso concreto, o agente tiver o dever de impedir a produção do resultado indesejado, seja por imposição legal, seja por imposição estabelecida através de um negócio jurídico ou até mesmo por uma situação de risco que o próprio agente criou.

Por conseguinte, além da obrigação de indenizar advir de condutas comissivas e omissivas, ela poderá se originar de fatos próprios ou recaírem sobre alguém mesmo quando a conduta tenha sido praticada por terceiros.

Como via de regra, a responsabilidade é direta, na qual o agente só pode ser responsabilizado por conduta praticada por ele mesmo. Entretanto, em algumas situações, a lei imputa a determinadas pessoas, em decorrência de específica relação jurídica existente entre elas, a responsabilidade por comportamentos adotados por outras pessoas, como, por exemplo, a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos, decorrente da culpa in vigilando, ou a responsabilidade do empregador pelos atos dos seus empregados, decorrente da culpa in elegendo.

A norma vai ainda mais além ao criar a possibilidade de responsabilização de alguém até mesmo por atos de animais ou por danos provocados por coisas pertencentes ao agente, conforme dispõem os artigos 936, 937 e 938 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Por fim, vale ressaltar a independência que existe entre a ilicitude e a responsabilidade civil. O campo da ilicitude é demasiadamente amplo, sendo a obrigação de reparar apenas um dos possíveis efeitos que dele pode se originar. Segundo Pontes de Miranda, “o delito civil pode importar, não indenização, mas outra sanção; de forma que não há perfeita coincidência entre o conceito de delito civil e o de prestação de perdas e danos” (MIRANDA apud FARIAS; ROSENVALD; NETTO, p. 133).

Muito embora, por diversas vezes, a conduta humana passiva de responsabilização se revista de antijuridicidade, excepcionalmente, elas podem existir isoladamente. A responsabilidade, excepcionalmente, poderá surgir de atos lícitos, que, mesmo em conformidade com o ordenamento, acabam trazendo prejuízos para as pessoas, desde que haja previsão no ordenamento jurídico. Portanto, mesmo elas se correlacionando muitas vezes, nem todo ato ilícito gera responsabilidade, assim como nem toda obrigação reparatória advinda de responsabilidade civil decorre de um ato ilícito.

### 2.3.2 Dano

O dano é peça central no campo da responsabilidade. Atualmente, esse elemento pode ser conceituado como sendo uma lesão a um interesse juridicamente tutelado, seja ele de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, causado por conduta de alguém, seja ela positiva ou negativa. O dano é o elemento desencadeador da responsabilidade civil. Sem a existência do dano, não há que se falar em responsabilidade. É justamente a partir desse elemento que surge à vítima o direito subjetivo de pleitear o ressarcimento pelos infortúnios sofridos.

A responsabilidade impõe ao agente da ofensa a obrigação de indenizar plenamente o dano provocado. O ordenamento jurídico busca, tanto quanto possível, o restabelecimento do *status quo* da pessoa que teve seu patrimônio jurídico lesado, reparando *in totum* os danos suportados ou, não sendo possível tal desiderato, estabelecer uma compensação considerada justa pelo seu sofrimento, em forma de pagamento de uma indenização monetária, mesmo os danos pelos quais se fundam possuindo natureza não-patrimonial. Sobre a posição do dano na temática da responsabilidade, Cavalieri Filho (2012), com propriedade, salienta que:

[...] o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A

obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. O art. 927 do Código Civil é expresso nesse sentido: 'aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.' O art. 186, por sua vez, fala em violar direito e causar dano. Da mesma forma o parágrafo único do art. 927: 'Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, [ ... ] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.'. Mesmo na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Em suma, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 76).

Os danos, classicamente, podem ser divididos em dois campos: os de natureza patrimonial e os de natureza extrapatrimonial. Diz-se que o dano é patrimonial quando ele atinge bem corpóreo da vítima, sendo possível uma quantificação do prejuízo causado, gerando direito a ressarcimento pelo decréscimo patrimonial sofrido. Frise-se que o ressarcimento não se dá apenas pelo que se perdeu da coisa, mas também pelo que deixou de ser auferido em razão da conduta perniciosa do ofensor, os chamados lucros cessantes.

Por outro lado, os danos extrapatrimoniais são aqueles incidentes sobre os sentimentos e valores mais profundos da vítima enquanto pessoa humana. Atentam contra os direitos da personalidade, tais como a honra e a imagem, razão pela qual não é possível a mensuração da extensão do dano sofrido, dificultando a definição sobre o que seria uma indenização justa. Em razão dessa natureza, o que se busca nesses casos é tentar estabelecer uma espécie de compensação reparatória, na tentativa de “diminuir” o sofrimento da vítima. Ao tratar sobre o assunto, Bittar (2015) afirma que:

[...] Ora, nesse complexo de valores, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, incluem-se, em última análise, na composição do conceito de danos reparáveis, as lesões à personalidade ou ao patrimônio alheio. Daí, a classificação mais geral dos danos em patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais (imateriais ou morais), consoante se levem em conta os respectivos reflexos na esfera alheia: os primeiros são os que repercutem sobre o patrimônio, e os segundos, sobre a esfera personalíssima do titular. A existência, ou não, de conteúdo econômico separa, pois, as duas categorias. Podem, no entanto, mesclar-se, no caso concreto, efeitos distintos, como, por exemplo, na figura do dano físico que compromete a esteticidade de uma atriz de cinema. (BITTAR, 2015, p. 34).

Nesse sentido, embora a defesa dos danos morais já fosse feita antes mesmo da Constituição Federal de 1988, somente com a nova ordem constitucional tem se dado a devida atenção para esse tipo de violação. Para o Código Civil de 1916, apenas os danos patrimoniais poderiam gerar a obrigação indenizatória decorrente da responsabilidade. Entretanto, com o

novo ordenamento jurídico estabelecido pelo constituinte de 1988, cuja pedra angular consiste na defesa dos direitos humanos, o conceito de dano foi ampliado. O legislador ordinário, acertadamente, estabeleceu o dano moral como também pressuposto da responsabilidade civil, ao prever expressamente essa regra no Código Civil de 2002. A esse respeito, Gagliano e Pamplona Filho (2012) trazem à baila as palavras de Luiz Edson Facchin:

[...] A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial. (FACCHIN apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 89).

Frise-se, todavia, que nem todo dano é indenizável. Ninguém será obrigado, por exemplo, a indenizar alguém por dano hipoteticamente considerado. Para que o dano seja considerado reparável, ele deverá ser dotado de certeza e atualidade, incidindo sobre um interesse juridicamente tutelado, devendo, ainda, subsistir no momento da sua demanda em juízo.

Diante do constante processo de alargamento do conceito de danos pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, novas modalidades de danos, como bem observa Anderson Schreiber (2005), estão sendo considerados como fonte de responsabilidade civil. Como exemplos dessa ampliação dos danos passíveis de indenização, é possível citar os danos estéticos e os danos decorrentes da perda de uma chance. Na mesma esteira, a comissão de responsabilidade civil da V Jornada de Direito Civil (2011) aprovou enunciado com o seguinte teor: "A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas" (Enunciado n. 456).

### 2.3.3 *Nexo de causalidade*

Além da conduta do agente e do prejuízo sofrido pela vítima, para que surja a obrigação de indenizar, é necessário que haja uma ligação necessária de forma a unir esses dois elementos. Daí surge o terceiro elemento ou pressuposto da responsabilidade: o nexo de causalidade.

O nexo de causalidade consiste justamente nessa ligação, unindo a conduta do agente ao dano provocado. Esse elemento, além de jurídico, retira seu conceito fundamentalmente das leis naturais, uma vez que se trata da relação causa e efeito entre o comportamento pernicioso, seja ele culposos ou causador de uma situação de risco, e o dano.

Essa visão conceitual é compartilhada por juristas como Silvio de Salvo Venosa (2012) e Sergio Cavalieri (2012). Entretanto, vale ressaltar o entendimento de Paulo Nader (2016), que discorda desse posicionamento, partindo da premissa de que, diferentemente do que ocorre na natureza, cujos efeitos são inevitáveis, nas relações humanas, verificada a causa, nem sempre são inevitáveis os seus efeitos, usando como exemplo o caso de dano moral em que o ofendido não toma conhecimento de uma calúnia sofrida.

O certo é que, independentemente da origem ontológica a ser considerada do nexo causal, por meio desse elemento se alcançará a resolução do equacionamento posto entre a conduta e o dano, permitindo a conclusão sobre quem é o responsável pelo prejuízo causado e a medida da sua responsabilidade. Ausente esse elo necessário, não há o que se falar em responsabilidade civil.

Embora a análise sobre esse equacionamento causal possa passar uma percepção equivocada de simplicidade, auferir as efetivas responsabilidades e as suas extensões no caso concreto pode se mostrar uma árdua tarefa, o que possivelmente coloca o nexo de causalidade na posição de elemento mais complexo da responsabilidade civil. Sobre tal complexidade Gagliano e Pamplona Filho (2012), expondo as palavras do célebre Serpa Lopes, dispõe que:

[...] Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço. (LOPES apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 150).

Essa dificuldade se evidencia principalmente quando há, no caso concreto, várias concausas, podendo se verificar uma verdadeira cadeia de causas e efeitos. Nesses casos, a problemática reside em eleger, dentre as causas dessa cadeia, aquela que foi a responsável pelo dano provocado, para fins de apurar se haverá responsabilização e sobre quem ela recairá. Três são as principais teorias formuladas para enfrentar esse dilema: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência das condições, ou da *conditio sine qua non*, tem origem na segunda metade do século XIX, surgida no seio do Direito Penal, tendo como idealizador o

jurista alemão Von Buri. Como o próprio nome pode sugerir, ela leva em consideração todos os fatores que, de alguma forma, contribuíram para o resultado, sem estabelecer diferença valorativa entre um ou outro. Para essa visão do nexo de causalidade, todos os antecedentes que concorrerem para o evento danoso são considerados como causa, por isso a denominação “equivalência” das condições, consistindo, pois, em uma visão demasiadamente ampla.

O problema dessa teoria reside justamente nessa amplitude, o que lhe rendeu severas críticas. Isso porque, seguindo a sua linha de raciocínio, se o jurista considerar todos os antecedentes que contribuíram para a produção do resultado danoso, ele tenderia ao infinito. Sobre essa concepção de nexo de causalidade, dispõe Gustavo Tepedino que:

[...] Considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso: *conditio sine qua non*. A inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputando a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade. (TEPEDINO, 2002, p. 9).

Por outro lado, para a teoria da causalidade adequada, desenvolvida a partir das ideias do filósofo alemão Von Kries, a verdadeira causa do dano é aquela que predominantemente produziu o resultado. Aquele antecedente que, por si só, foi capaz de causar o dano. Para os adeptos desta teoria, não poderiam ser considerados todos os antecedentes factuais, como na teoria anterior. A causa do dano seria apenas aquela abstratamente considerada como meio idôneo à produção do resultado.

O problema dessa concepção reside na tarefa de definir, dentre os fatos que precederam o dano, qual deles foi o suficientemente adequado para ser considerado como a verdadeira causa do evento danoso. Enquanto a amplitude é o calcanhar de Aquiles da teoria anterior, o alvo de críticas da teoria da causalidade adequada volta-se para a discricionariedade dada ao juiz. Isso porque caberá a ele, através de um juízo de probabilidade, decidir qual a causa foi a adequada para provocar o dano.

Sobre a sistemática do raciocínio da causalidade adequada, Gustavo Tepedino (2002), citando ensinamento de Agostinho Alvim:

[...] Apreciado certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas – pergunta-se – , tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada. (ALVIM apud TEPEDINO, 2002, p. 9).

A terceira teoria, do dano direto e indireto, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal ou da causalidade necessária, mostra-se como uma espécie de meio termo entre as duas anteriores. Dos vários fatores que atuaram para a produção do resultado, a causa seria o último fato da cadeia, do qual teria o dano decorrido diretamente e necessariamente.

Para essa concepção sobre o nexo de causalidade, causa seria apenas o antecedente fático que se mostrasse ligado necessariamente ao dano, de modo a evidenciar que o resultado seja produção sua, direta e imediata. Essa é a teoria acolhida pelo Código Civil de 2002, segundo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2012). Entretanto, ele adverte em sua obra sobre responsabilidade civil que, embora essa sistemática da necessidade seja a que mais se aproxime da teoria adotada pelo Código Civil, ela não possui o condão de resolver todas as dificuldades práticas que podem surgir.

Entretanto, esse entendimento não é unânime nem na doutrina, nem na jurisprudência, que, por vezes, entendem ser a teoria da causalidade adequada aquela adotada pelo ordenamento. Anderson Schreiber (2005) vai ainda mais além, afirmando que a jurisprudência brasileira “tem usado da miríade das teorias sobre o nexo causal, muitas vezes com atecnia, para justificar uma escolha amplamente subjetiva e discricionária, tendendo o magistrado a decidir pela teoria que melhor oferece proteção à vítima” (SCHREIBER, 2005, p. 9). Ele finaliza o assunto afirmando que:

[...] A flexibilidade dos tribunais na exigência da prova do nexo causal tem dado margem, na doutrina, a inúmeras novas teorias sobre causalidade flexível, causalidade virtual, causalidade moral e outras teses que vão interferindo na atual concepção do nexo de causalidade. Embora essas teorias certamente não se confundam, corroboram sempre a expansão da margem de discricionariedade do juiz na apreciação da relação de causalidade. Deste modo, à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexo causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtro da responsabilidade civil, uma erosão cada vez mais visível. (SCHREIBER, ANO, p. 11).

Insta ressaltar que há determinadas circunstâncias ou fatos que, se presentes no caso concreto, rompem o nexo causal. Embora adentrar com afinco ao estudo de todos esses fatos fuja às intenções do presente trabalho, sua importância no campo prático é tal que merecem ser citadas. Tratam-se de fatos capazes de atuarem nesse elemento da responsabilidade civil, ilidindo o agente da conduta de qualquer pretensão indenizatória, mesmo existindo o prejuízo decorrente de conduta sua. As principais excludentes da responsabilidade civil são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e força maior.

## 2.4 Classificações do instituto da responsabilidade civil

### 2.4.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Apesar da responsabilidade possuir, na sua essência, conceito uno, ela poderá se materializar sob duas modalidades, a depender do fundamento que se queira imprimir a ela: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. A configuração de uma ou de outra no caso concreto dependerá da necessidade ou não da presença do elemento “culpa” para o surgimento da obrigação de reparar o dano provocado.

Segundo a teoria clássica, a obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade civil surgirá quando alguém, violando o dever de cuidado imposto a todos os integrantes da sociedade, causar prejuízo a outrem, incorrendo na prática de um ato ilícito. Assim, a chamada responsabilidade subjetiva tem como pressuposto necessário o elemento culpa, que se encontrará presente nas condutas humanas voluntárias que dolosamente, ou mediante negligência, imprudência ou imperícia causarem prejuízos a alguém. Ressalte-se que o instituto da culpa no Direito Civil é encarado de maneira ampla, *lato sensu*, englobando tanto o dolo quanto a culpa *strictu sensu*.

O legislador manteve o sistema da responsabilidade subjetiva, uma das características marcantes do Código anterior de 1916, determinando, no artigo 186 do Código Civil de 2002 que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Nesses casos, cabe ao ofendido, ao pleitear sua indenização, o ônus de demonstrar o elemento subjetivo na conduta do ofensor. Entretanto, há determinadas situações nas quais, embora a pessoa obrigada a reparar o dano não o tenha provocado diretamente, ela continua sendo responsável. Como já tratado no presente trabalho, isso acontece nos casos em que a norma atribui a alguém a responsabilidade pelas atitudes de outrem. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na chamada culpa presumida ou *in elegendo*. Sobre o assunto, Gagliano e Pamplona Filho (2012) advertem, citando palavras de Caio Mário da Silva, que essa presunção de culpa não significa abandono desse requisito, mas, sim, a culpa passa a ser presumida pela própria norma, baseada em um dever geral de cautela:



[...] na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional. Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima. (SILVA apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 60).

Por outro lado, o constante e intenso desenvolvimento econômico e social das sociedades contemporâneas fez e faz com que a teoria da culpa se mostre insuficiente para regular todos os conflitos entre as pessoas, no que concerne ao tema da responsabilidade. Diante dessa realidade, ganha cada vez mais espaço a teoria de uma responsabilidade objetiva, ou legal, na qual é irrelevante o elemento culpa para a sua caracterização, bastando apenas o dano e a relação de causalidade entre este e a conduta do agente para o surgimento da obrigação de indenizar.

Na responsabilidade objetiva, o centro da discussão se desloca da figura da culpa, irrelevante para fins de sua caracterização, e passa para a conduta do ofensor e o risco que essa atividade oferece ao meio social. Para a teoria do risco, fundamento dessa modalidade, toda pessoa que adota uma atividade ensejadora de risco no meio social, responderá por esse ônus, estando obrigado a reparar eventual prejuízo a terceiros, independentemente de ter agido culposamente ou não. Analisando o assunto, afirmam Chaves, Rosenvald e Netto (2015) que:

[...] Com a teoria do risco, o sistema de responsabilidade civil introduz um acento de justiça a uma concepção que só privilegiava a liberdade do agente e a segurança jurídica sob um viés de imobilista de tutela ao direito de propriedade. A partir do momento em que a teoria objetiva liberta o acesso à reparação de danos do filtro da culpa, delibera por aceitar a ideia de que mesmo se o caso concreto não demonstrar a prática do comportamento antijurídico, em certas circunstâncias será socialmente mais justo atribuir o pagamento da indenização àquele que administra o risco da atividade. Perfeitamente assimiláveis se tornam as sentenças: ‘quem aufere o bônus suporta o ônus’; ‘quem aufere o cômodo suporta o incômodo. Na hipótese da responsabilidade por risco, aduz Clóvis do Couto e Silva, ‘imperat a justiça distributiva, e o evento danoso é satisfeito por quem o assumiu’. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 415 e 416).

O que se busca, na verdade, com a teoria do risco, é um responsável pelo dano, não mais um culpado por ele, como na teoria da culpa, visando primordialmente a sua reparação. Ressalte-se, ainda, que a adoção em muitos casos pelo legislador por uma responsabilização do ofensor, independentemente de uma conduta ter sido culposa ou não, acaba evidenciando a independência do instituto da responsabilidade da ilicitude do ato, muito embora eles se mostrem interligados em diversas ocasiões.

Sobre essa tendência mais protetora da vítima da responsabilidade civil, Fábio Anderson de Freitas Pedro (2011), em artigo publicado na Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, dispõe que a teoria do risco tem como fundamento uma verdadeira solidarização dos danos, afirmando ainda a jurisprudência foi fundamental para o desenvolvimento dessa teoria. Segundo ele, trazendo à baila palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] A transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sociocultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código Civil de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se a vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado. (MORAES apud PEDRO, 2011, p. 69).

Com isso, em última análise, percebe-se que as duas sistemáticas, embora possuam particularidades que diferenciam bastantes uma da outra, ambas materializam a máxima do instituto da responsabilidade, consistente no brocardo romano *neminem laedere*. A responsabilidade civil objetiva surge, não para ocupar o lugar da responsabilidade civil subjetiva, mas sim para complementar a sistemática de proteção contra o dano adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, permitindo, assim, um maior equilíbrio social diante do constante progresso vivido pela sociedade.

#### 2.4.2 Responsabilidade negocial e extranegocial

A responsabilidade civil poderá se originar do descumprimento de uma avença anteriormente pactuada ou do descumprimento direto da própria lei. Assim, a depender do fato gerador da obrigação de indenizar, ela poderá ser classificada ainda em negocial e extranegocial.

Embora essas modalidades, baseando-se na figura do contrato, possam ser encontradas em diversas obras e na jurisprudência pátria sob a alcunha de responsabilidade

contratual e extracontratual, com a devida *vênia*, mais correto seria usar como referência o negócio jurídico, devendo ser chamadas de responsabilidade negocial e extranegocial. Isso porque essa expressão se mostra mais abrangente, alcançando também as declarações unilaterais de vontade, cujo descumprimento também acarreta a responsabilidade civil.

A responsabilidade negocial, ou contratual, decorre da inexecução de um negócio jurídico. Surge da violação de um dever específico estabelecido por uma ou mais declarações de vontades. Assim, tem como pressuposto um liame obrigacional preexistente, assumido pelo ofensor e que posteriormente veio a ser inadimplido. Cumpre ressaltar que a responsabilidade poderá surgir tanto em relação ao descumprimento da obrigação quanto na fase pré-contratual, quando das tratativas do negócio, hipótese em que as partes devem agir com respeito aos ditames da boa-fé objetiva.

Já a responsabilidade extranegocial, ou aquiliana, decorre do descumprimento de um dever legal, geral. Como sugere o próprio nome, decorre do princípio geral de que de que ninguém pode causar prejuízo a ninguém (*neminem laedere*), tendo como precedente histórico a noção de responsabilidade instituída pela *Lex Aquilia*, advinda da época dos romanos, já tratada no presente trabalho.

Vale ressaltar que, além da necessidade ou não da violação de uma relação jurídica específica como critério diferenciador entre as duas modalidades de responsabilidade, apesar de ser o mais importante, não é o único. Isso porque essas modalidades são acompanhadas de certas peculiaridades, que acabam ocasionando diferentes desdobramentos, dos quais pode ser destacado principalmente a questão do ônus da prova.

Para que haja a obrigação indenizatória, baseada na responsabilidade civil contratual, como já fora exposto, é necessário que haja a violação de uma obrigação anteriormente pactuada. Assim, basta a vítima demonstrar que ocorreu o inadimplemento, cabendo ao inadimplente o ônus de provar a ocorrência de alguma circunstância excludente de responsabilidade, capaz de romper a causalidade. Por outro lado, na responsabilidade aquiliana, o ônus *probandi* pertence à vítima.

Na culpa aquiliana, viola-se um dever essencialmente negativo, decorrente da obrigação de não causar dano a ninguém. Com isso, cabe à vítima comprovar que o dano decorreu da conduta do ofensor, comprovando a sua responsabilidade. A responsabilidade contratual está regulada nos artigos 389 e 393 do Código Civil de 2002, enquanto que a responsabilidade aquiliana é regulada pelos artigos 186 e 927 do Código Civil.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

A existência de um sistema de responsabilização do Poder Público por eventuais danos provocados aos particulares consiste em um dos maiores corolários do Estado de Direito. O Estado é responsável por todos os danos que seus agentes provocarem aos particulares, devendo atuar sempre guiado por um dever maior de diligência.

A responsabilidade civil estatal segue as mesmas linhas da responsabilidade civil aplicada aos particulares, porém, com algumas peculiaridades decorrentes dos princípios inerentes ao direito público e da posição de superioridade do Estado em relação ao particular, aumentando significativamente a proteção do administrado frente ao exercício danoso da atividade pública.

#### **3.1 Evolução histórica: da irresponsabilidade do Estado à responsabilidade pelo risco integral**

A responsabilização do Estado por prejuízos causados aos particulares em razão da atividade pública recebeu tratamento diferenciado em cada época e em cada lugar, passando por grande evolução ao longo do tempo. Diversas teorias fundamentadoras da responsabilidade estatal foram desenvolvidas, sendo possível a identificação de três grandes fases durante essa evolução: uma fase marcada pela total ausência de responsabilidade do Poder Público, seguida por uma fase civilista, fortemente influenciada pelas regras advindas do direito civil, até chegar na fase atual, a qual a responsabilidade estatal é considerada de maneira objetiva, ampliando significativamente a proteção dos administrados.

A primeira teoria sobre o tema da responsabilidade estatal advém da época dos monarcas dos Estados absolutistas, na qual o Estado era totalmente irresponsável por danos causados aos seus súditos. Tal irresponsabilidade decorria de uma exacerbada ideia de soberania, que colocava o soberano em um patamar de superioridade inalcançável em relação aos seus súditos.

Nesse contexto social, a figura do monarca era colocada acima de tudo e de todos, se confundindo com a própria figura do Estado. Eles eram considerados verdadeiros deuses. Logo, seria uma afronta à sua soberania a ideia de qualquer responsabilização incidisse sobre os seus atos ou dos agentes que atuavam em seu nome.

Entretanto, os inúmeros abusos cometidos e a crescente luta dos indivíduos pelo reconhecimento de direitos perante o Estado fizeram com que esses ideais fossem fortemente

combatidos, resultando posteriormente na sucumbência desse regime. A teoria da irresponsabilidade, porém, mesmo com a queda dos seus fundamentos primordiais, ainda surtiu alguns efeitos até metade do século XX, quando então sucumbiu de vez nos Estados Unidos, com o *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e na Inglaterra, com o *Crown Proceeding Act*, de 1947.

A possibilidade de responsabilização do Poder Público pelos atos dos seus agentes só foi possível graças à instituição do Estado de Direito. Nesse tipo de organização político-social, o Estado, ao mesmo tempo que é o responsável pela criação das normas jurídicas, fazendo valer a vontade do povo, a elas também deve se subordinar, da mesma forma que todos os seus integrantes. Com isso, possibilitou-se aos administrados a reivindicação de seus direitos consagrados pelo ordenamento jurídico, inclusive perante o próprio Estado.

O próximo passo da evolução desse instituto se deu por volta do século XIX, quando foram desenvolvidas as teorias civilistas da responsabilidade civil do Estado. Nessa época, em razão do grande apogeu vivido pelo direito civil, reforçado pela ausência de um direito administrativo desenvolvido e sistematizado, passou-se a aplicar a este instituto princípios relativos ao direito privado. Com isso, tentou-se equiparar o Estado ao particular, aplicando-lhe o mesmo sistema de responsabilização.

Em um primeiro momento da fase civilista, adotou-se uma teoria que diferenciava as atuações do Estado em atos de gestão e atos de império. Sobre essa teoria, Di Pietro (2013) ensina que:

[...] Numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam atos praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e do particular, aplica-se a ambos o direito comum. (DI PIETRO, 2013, p. 705).

O que se pode perceber com essa sistemática são resquícios do sistema da irresponsabilidade estatal. Desse modo, apenas em algumas situações o Poder Público poderia ser obrigado a indenizar o particular. O Estado, quando agia no exercício da sua soberania, praticando os chamados atos de império, era insuscetível de responsabilização. Situação diversa, entretanto, era quando ele atuava por meio dos chamados atos de gestão, desacompanhados de todas as prerrogativas e da supremacia estatal. Nesses casos, como bem

elucidou Di Pietro (2013), o Estado poderia ser equiparado ao particular, podendo, também, ser responsabilizado pelos seus atos da mesma forma que ele.

Porém, para que pudesse ser caracterizada eventual responsabilidade do Estado, primeiramente teria que ser vencida a difícil discussão pautada na dicotomia entre ato de império e ato de gestão, que se mostrava árdua tarefa na prática. Tal dificuldade, acompanhada da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, acabou gerando grande inconformismo nos administrados e muitas críticas a essa sistemática, fazendo com que ela caísse em desuso.

Em um segundo momento da fase civilista, com uma influência ainda mais forte das regras advindas do direito civil, passou-se a aplicar ao Estado o sistema da responsabilidade civil aplicado ao particular, sem diferenciação dos atos estatais. Assim, nos casos de danos causados aos administrados proveniente de conduta culposa do agente estatal, surgia para o Poder Público o dever de indenizar o lesado, ficando a cargo da vítima o dever de comprovar a ocorrência da conduta do agente público, a existência do dano e que essa conduta se deu de forma dolosa ou mediante imprudência, imperícia e negligência. Essa teoria recebeu o nome de teoria da culpa civil.

Posteriormente, com o desenvolvimento do direito administrativo, passou-se à fase das teorias da responsabilidade civil estatal fortemente influenciadas pelos princípios do direito público, independentemente de qualquer previsão legal. Suas origens se deram a partir do famoso caso Blanco, verdadeiro *leading case*, ocorrido no ano de 1873, na França. Este caso se tratou de uma ação de indenização civil, proposta perante a justiça francesa, na qual um particular pleiteou reparação civil em face do Estado em razão de danos causados à sua filha provocados pela ação danosa de agentes estatais.

Ao analisar tal questão, a justiça francesa entendeu que a responsabilidade estatal não poderia ser regida pelas mesmas regras aplicadas aos particulares, uma vez que tal responsabilidade se sujeitava à regras especiais, que variavam de acordo com as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. Esse episódio foi o pontapé inicial para o surgimento das teorias da culpa administrativa, ou culpa do serviço, e a do risco administrativo.

A teoria da culpa administrativa representou uma transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva baseada no risco administrativo. Ela defende também uma responsabilidade subjetiva do Estado, entretanto, com contornos bem diferentes da responsabilidade subjetiva preconizada pelo direito civil.

Essa teoria inovou no sentido de trazer o que pode ser considerada uma verdadeira “despersonalização” da responsabilidade civil do Estado, de forma que a análise da culpabilidade, requisito indispensável para a sua caracterização, deveria recair não sobre o agente público que praticou a conduta, mas, sim, sobre o próprio serviço público prestado. Assim, a chamada culpa do serviço, ou *faute du service*, estaria presente quando o resultado danoso viesse a se realizar em decorrência da ausência ou ineficiência do serviço público prestado.

Além disso, essa nova forma de encarar o requisito subjetivo da culpa em relação aos atos do Estado trouxe um significativo avanço, uma vez que passou a ser possível a responsabilização estatal nos casos de danos sofridos em razão de omissões do Poder Público, o que não era possível no regime anterior, em razão da necessidade de se apurar uma conduta culposa por parte do agente, logo, uma conduta.

Sobre tal concepção, Carvalho Filho (2015) traz ensinamento de Sérgio de Andréa Ferreira, afirmando que:

[...] A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de PAUL DUEZ, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou. (FERREIRA apud CARVALHO FILHO, 2015, p. 574).

Entretanto, foi a teoria do risco administrativo que trouxe uma grande mudança no tratamento do instituto, ampliando significativamente a proteção do indivíduo ante à atividade estatal. Essa teoria tem como um de seus principais fundamentos o fato de que a atividade pública, por mais que vise o bem comum da sociedade, expõe a risco toda a coletividade. Logo, como o risco faz parte da própria natureza da atividade pública, não se faz necessário a análise de qualquer requisito subjetivo nos casos de ocorrência de danos aos administrados. Assim, para que haja responsabilidade civil estatal, basta a comprovação do dano decorrente de uma atividade estatal e do nexo de causalidade entre ele e a atuação pública.

Além disso, segundo essa concepção, o Estado ocupa uma posição de superioridade em relação ao particular, mesmo com todos os direitos conferidos a estes pelo ordenamento jurídico. Com isso, entende-se que tal superioridade traz como consequência uma assunção maior do risco das atividades a serem praticadas pelo Poder Público. Neste sentido, Carvalho Filho (2015) afirma que:

[...] Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 574).

Na mesma esteira, conclui Cunha (2012) sobre a teoria do risco administrativo que:

[...] em suma, e como o próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos. (CUNHA, 2012, p. 378).

Encerrando o ciclo das teorias da responsabilidade estatal, há uma concepção da responsabilidade estatal que leva em consideração o risco causado pela atividade pública de uma forma mais radical, colocando-se no outro extremo quando se trata da matéria de responsabilidade civil do Estado. Enquanto, inicialmente, o Estado foi absolutamente irresponsável pelos seus atos, segundo essa vertente da teoria do risco, o Estado deve assumir integralmente o risco pela sua atividade. Sobre essa teoria, afirma Meirelles (2013):

[...] A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de ‘brutal’, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza. (MEIRELLES, 2013, p. 727).

A teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral possuem a mesma essência, servindo ambas como fundamento para uma responsabilidade de caráter objetivo do Poder Público. Elas trazem consigo uma espécie de “socialização” dos eventuais prejuízos que podem ser causados pela Administração Pública, aumentando significativamente a proteção dos administrados ante a atividade estatal.

A diferença entre elas gira em torno do nexo de causalidade. A teoria do risco administrativo admite circunstâncias capazes de atuar nesse elemento da responsabilidade de forma a romper a ligação entre a conduta e o dano, ilidindo a obrigação do Poder Público de indenizar o particular. Por outro lado, a doutrina do risco integral não admite a possibilidade de rompimento do nexo causal, ou seja, ocorrendo o dano ao administrado por conta da atividade pública, não há como ilidir a responsabilidade estatal.



### 3.2 A questão à luz das constituições brasileiras

Primeiramente, urge ressaltar o fato de que não houve a acolhida da teoria da irresponsabilidade em nenhum momento da história do ordenamento jurídico brasileiro. No decorrer do tempo, o direito pátrio oscilou entre a aplicação da responsabilidade subjetiva e objetiva do Poder Público.

As duas primeiras Constituições brasileiras, 1824 e 1891, não dispunham expressamente sobre a responsabilidade civil Do Estado. Estabeleciam apenas a responsabilidade subjetiva do funcionário, decorrente de abusos ou omissões no exercício de suas funções.

Vale ressaltar que, muito embora o artigo 99 da Constituição de 1824 estabelecesse que “a pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”, não se pode considerar a adoção pelo ordenamento da teoria da irresponsabilidade. Segundo Di Pietro (2013), sempre houve resistência em relação à essa teoria, tanto em sede doutrinária, quanto jurisprudencial, além do que haviam leis que estabeleciam a responsabilidade do Estado em algumas situações. A renomada doutrinadora, cita como exemplo os danos causados por estradas de ferro, pela colocação de linhas telegráficas e pelos serviços de correios. No mesmo sentido, Mello (2013) dispõe que:

[...] Ao tempo do Império, a Constituição de 1824, em seu art. 179, XXIX estabelecia que: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. Equivalente dispositivo encontrava-se no art. 82 da Constituição de 1891. Ditos preceptivos, todavia, jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas de responsabilidade pessoal do agente. Pelo contrário: entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes. (MELLO, 2013, p. 1.044).

Posteriormente, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, a responsabilidade civil do Estado passou a ser expressamente prevista. O artigo 15 da sua Parte Geral estabelecia que as pessoas jurídicas de direito público eram civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que, nessa qualidade, causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano. Com isso, segundo Di Pietro (2013), ao estabelecer que é passível de responsabilização a conduta contrária ao direito ou a omissão ante à obrigação de agir estipulada pelo ordenamento, o legislador estabeleceu o regime da responsabilidade subjetiva estatal, sendo necessária, assim, a demonstração da culpa para fins de sua

caracterização. Também no sentido de ser subjetiva a responsabilidade estatal regulada pelo Código Civil de 1916, juristas renomados como Celso Antônio Bandeira de Mello (2013), José dos Santos Carvalho Filho (2015), dentre outros. Entretanto, por ausência de clareza do citado dispositivo legal, esse entendimento não foi unânime entre os juristas. Com a promulgação da Constituição de 1934, não restaram mais dúvidas quanto à adoção da responsabilidade subjetiva do Estado, ao estabelecer expressamente, no seu artigo 171, a responsabilidade solidária entre o Estado e o agente em razão de danos provocados por esses últimos mediante “negligência, omissão ou abuso no exercício do seu cargo”.

A grande reviravolta se deu com a Constituição de 1946. Foi ela a Constituição brasileira que, baseada na doutrina do risco administrativo, inseriu a responsabilidade objetiva estatal no ordenamento pátrio. O ordenamento constitucional de 1946 foi expresso ao estabelecer, no seu artigo 194, que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros, estabelecendo ainda, no seu parágrafo único, a possibilidade de ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, no caso de condutas culposas.

A regra da responsabilidade objetiva estatal, implementada no ordenamento pátrio pela Constituição de 1946, foi reproduzida nas Constituições seguintes. A Constituição Federal de 1988, entretanto, no artigo 37, §6º da Constituição de 1988, alargou a incidência da responsabilização do Estado, se comparada com a sua precursora, uma vez que incluiu a possibilidade de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Analisando a citada norma constitucional, Cavalieri Filho (2011) dispõe que:

[...] A expressão ‘seus agentes, nessa qualidade’, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade não há como e nem porque responsabilizá-lo objetivamente. (CAVALIERI, 2011, p.10).

Vale ressaltar a questão da adoção da teoria do risco integral no direito brasileiro. Para grande parte da doutrina brasileira, por um certo tempo, não existia diferenças entre o risco integral e o risco administrativo, sendo, inclusive, consideradas expressões sinônimas. Dentre os que criticavam essa diferenciação, Yussef Said Cahali, citado na obra de Di Pietro (2013), afirmou que:

[...] A distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.(...) deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto. (CAHALI apud DI PIETRO, 2013, p. 708)

Entretanto, no decorrer do tempo, foram sendo reconhecidos pela doutrina e jurisprudência casos em que a responsabilidade do Estado se daria pautada na teoria extremada do risco integral. Nesta linha, assevera Di Pietro (2013) que:

[...]diante de normas que foram sendo introduzidas no direito brasileiro, surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, no sentido que lhe atribuiu Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência de circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal) e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas brasileiras, conforme previsto nas Leis nº 10.309, de 22-11-01, e 10.744, de 09-10-03. (DI PIETRO, 2013, p. 708 e 709).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ratifica o entendimento de que o constituinte originário de 1988 acolheu a teoria do risco administrativo, estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado, admitindo que a Administração Pública demonstre em sua defesa a presença de causa excludente de responsabilidade, visando ilidir eventual obrigação de indenizar o particular.

### **3.3 A responsabilidade do Estado por atos comissivos**

A atividade estatal, em razão do seu vasto campo de atribuições e da complexidade da sua natureza, é permanentemente suscetível de provocar prejuízos aos administrados. Seja no exercício da função legislativa, judiciária ou executiva, o Estado poderá ser condenado ao dever de indenizar caso traga prejuízos ao particular ou à sociedade. Entretanto, quando se trata de responsabilidade civil do Estado, geralmente se leva em consideração os atos ou omissões da Administração Pública, agindo no exercício da função executiva, uma vez que são mais incomuns no dia-a-dia demandas pleiteando a responsabilização estatal pelo exercício das outras funções.

Como já exposto, segundo a jurisprudência nacional, apoiada pela doutrina, o constituinte de 1988 acolheu a teoria do risco administrativo quando estabeleceu a responsabilidade objetiva do Estado. A regra da responsabilidade estatal adotada, portanto, alheia a qualquer espécie requisito subjetivo, tem como pressupostos a conduta do agente público, o dano ao terceiro e o nexo de causalidade entre eles.

O Estado tem o dever de garantir que a sua atividade não causará prejuízos às pessoas, sob pena de ser responsabilizado por isso. Para que surja ao Poder Público o dever de indenizar fundado na responsabilidade civil, deve ser demonstrado pela vítima o dano causado, tendo como causa uma conduta de agente público ou de particular prestador de serviço público, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Há de se ressaltar que o dano indenizável não se restringe àqueles advindos de atos ilícitos cometidos pelo Poder Público. É inegável que a conduta ilícita da Administração se amolda à regra disposta no texto constitucional, em razão da sua afronta ao princípio da legalidade. Entretanto, como já exposto no presente trabalho quando foi abordado a responsabilidade civil em termos gerais, atos lícitos também podem ocasionar o dever objetivo de indenizar o particular.

Tal obrigação se fundamenta na violação do princípio constitucional da isonomia. Isso porque, embora todas as pessoas estejam sujeitas a determinados ônus decorrentes da vida em sociedade, se mostra demasiadamente irrazoável que, em situações específicas, umas pessoas sofram mais prejuízos, de maneira anormal, do que as outras, a pretexto do bem comum. Assim, nesses casos, surgirá a obrigação indenizatória do Poder Público. Neste sentido, discorre Mello (2013) que:

[...] O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (MELLO, 2013, p. 1.023).

Importante salientar dois pontos já assentados pela jurisprudência acerca da regra constitucional em foco: a questão do seu alcance em relação aos terceiros lesados e a questão da amplitude da expressão “agentes”.

No que tange aos terceiros lesados, o Supremo Tribunal Federal chegou a firmar entendimento, manifestado no voto do Ministro Carlos Velloso proferido no recurso extraordinário nº 262651/SP, que só haveria responsabilidade objetiva estatal quando o dano fosse causado a terceiros usuários do serviço público. Logo, sob esse prisma, eventuais danos

causados a terceiros não usuários daquele serviço ficariam condicionados à comprovação da má prestação do serviço pelo Poder Público, aplicando-se, assim, a sistemática da responsabilidade subjetiva, baseada na teoria da culpa administrativa.

Entretanto, houve uma virada jurisprudencial naquela suprema corte, consolidando o entendimento de que, se o constituinte originário não diferenciou o usuário do não usuário para fins de responsabilização objetiva, não cabe ao intérprete fazê-lo, devendo o Poder Público indenizar o particular que sofrer um prejuízo causado pela conduta estatal, independentemente de ser ou não usuário do serviço público, como pode ser observado no julgamento do recurso extraordinário nº 591874/MS. Analisando essa posição adotada pela Suprema Corte, acrescenta ainda Di Pietro (2013, p. 711) que “não poderia ser outra a interpretação [...] sob pena, inclusive, de derogar o princípio das repartições dos encargos sociais e a ideia de risco que é inerente a grande parte das atribuições do Estado”.

No tocante aos agentes públicos, o constituinte de 1988, ao estabelecer no artigo 37, § 6º, que o Estado e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos causados a terceiros por seus “agentes”, ampliou significativamente o campo de incidência da responsabilidade civil dessas entidades. Isso porque são considerados agentes públicos todos aqueles que atuarem em nome do Estado, a qualquer título e mesmo que de forma temporária. Assim, independentemente se o agente é detentor de cargo ou emprego público, ou é apenas um particular em colaboração com o Estado, atuando sem remuneração, se na sua conduta, enquanto representante da vontade estatal, advier prejuízos a terceiros, a Administração Pública será responsabilizada objetivamente.

Além disso, a caracterização da responsabilidade objetiva não ficará restrita apenas à hipótese do dano causado por agente no exercício das suas funções. Ela se materializará também sempre que o agente, se valendo da sua posição de agente público, causar prejuízo ao particular. Ou seja, se o agente público, mesmo não exercendo a sua função, mas apenas se valer das prerrogativas da função pública ocupada, praticando conduta danosa em relação ao particular, surgirá o dever objetivo de indenização. Sobre o assunto, afirma Cavalieri Filho (2011) que:

[...] Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 13).

Por outro lado, vale ressaltar que, apesar dessa teoria alargar bastante a incidência da responsabilidade do ente estatal e contribuir significativamente na busca pelo direito de ressarcimento do particular, ela não eleva o Estado ao *status* de garantidor universal, como já dito anteriormente. Enquanto é ônus do particular comprovar o dano sofrido e que ele decorreu exclusivamente da atuação do agente (nexo causal), nessa qualidade, cabe ao Estado ou ao particular prestador de serviço público comprovar o rompimento do nexo causal, de forma a impedir que qualquer tipo de obrigação indenizatória recaia sobre o ente público. As causas excludentes mais apontadas são o caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, enquanto que, como causa atenuante, é apontada pelos doutrinadores a culpa concorrente da vítima.

Quanto à reparação do dano causado, isso poderá ocorrer tanto na via administrativa como na via judicial. Ocorrerá na via administrativa (o que, na prática, dificilmente acontece) quando a Administração Pública ou os concessionários e permissionários de serviço público admitirem a sua responsabilidade e acordarem os valores com o particular lesado. Porém, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, sempre será possível ao particular pleitear seus direitos perante o Judiciário.

Ponto importante também a se tratar é o direito de regresso conferido à Administração. O artigo 37, §6º da Constituição Federal traz no seu bojo, além da responsabilidade objetiva, também uma hipótese de responsabilização subjetiva do agente público. Trata-se de responsabilidade diante do Poder Público, que confere a este não só o direito, mas o dever de demandar contra o agente público se ele tiver agido com dolo ou culpa.

Em razão disso, inclusive, discute-se a possibilidade do uso do instituto processual da denunciação à lide do agente público no bojo da ação de indenização. Sobre o assunto, Odete Medauar traz à baila argumentos favoráveis e desfavoráveis a ao uso deste instituto:

[...] Em sentido contrário à denunciação salientam-se as seguintes justificativas, dentre outras: a) a CF, art. 37, §6º, responsabiliza o Estado pelo ressarcimento à vítima do dano, com base na prova do nexo causal; aqui se trata de relação de responsabilidade entre poder público e vítima (ou cônjuge e herdeiros), descabida a interferência de outra relação obrigacional; portanto, o art. 70, III, do Código de Processo Civil, deixa de prevalecer ante a regra constitucional; b) necessidade de priorizar o direito da vítima, evitando demora no andamento do processo pelo ingresso de mais um sujeito; c) ingerência de um fundamento novo na demanda principal. Esta parece ser a orientação a que mais se inclina a jurisprudência. Em sentido favorável à denunciação existe também farta jurisprudência, argumentando-se o seguinte: a) o art. 70, III do Código de Processo Civil alcança todos os casos de ação regressiva; b) por economia processual e para evitar decisões conflitantes, a responsabilidade do agente pode ser apurada nos autos da ação de reparação de dano; c) recusar a denunciação à lide do agente cerceia um direito da Administração. (MEDAUAR, 2004, p. 440 e 441).

Segundo Di Pietro (2013), juristas renomados como Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo, Vicente Greco Filho e Weida Zancaner são contrários à denúncia da lide nesses casos. Porém, esse não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[25]. Há julgamentos no Superior Tribunal de Justiça, como o relativo ao agravo regimental no recurso especial nº 631723/RN que adotaram o entendimento de que não só possível, como aconselhável ao Poder Público ou ao particular prestador do serviço público denunciar à lide o agente que praticou a conduta a título de culpa, para que, em caso de eventual condenação, se torne possível o regresso em face do agente dentro da mesma lide, dispensando a propositura de nova ação no Poder Judiciário.

Outro assunto que suscita grande divergência envolvendo a figura do agente causador do dano é a possibilidade de o particular propor ação de indenização diretamente em face dele. Para o Supremo Tribunal Federal, o artigo 37, §6º da CF/88 deve ser interpretado de forma a concluir que esta norma constitucional traz uma dupla garantia: a do particular de poder demandar contra o Estado pleiteando indenização decorrente de dano provocado por seus agentes e a do próprio agente de só poder ser demandado pelo próprio Estado, por meio de ação regressiva, conforme entendimento cristalizado no julgamento do recurso extraordinário nº 327904/SP.

Tal entendimento se fundamenta no princípio da impessoalidade, que, em um dos seus desdobramentos, traz a ideia de que, quando o agente público atua no exercício da sua função, na verdade, quem atua é a própria pessoa jurídica da qual ele é subordinado. Entretanto, há precedentes no STJ, como por exemplo o julgamento do recurso especial nº 1325862/PR, que não seguem essa tese, adotando entendimento no sentido de ser possível o agente ser demandado diretamente pelo particular, caso seja da sua vontade. Entretanto, se o particular optar por este caminho, deverá demonstrar a responsabilidade subjetiva do agente.

### **3.4 A responsabilidade do Estado por atos omissivos**

Em relação aos atos comissivos, não há dúvidas quanto à regra de ser prescindível a análise de qualquer requisito subjetivo para fins de caracterização do dever estatal de indenizar. O artigo 37, §6º da Constituição Federal é bem claro quanto ao seu conteúdo, não deixando margens de dúvidas na sua interpretação.

Por outro lado, no tocante aos danos causados por omissões do Poder Público, a matéria é tormentosa. Nos casos de responsabilidade por omissão do Estado, a questão gira

em torno não de um comportamento positivo lesivo de um agente público, mas, sim, da omissão estatal ter sido relevante ou não para a produção do resultado danoso e, em caso positivo, a que título ele deve ser responsabilizado, se subjetiva ou objetivamente.

Nesta linha, há uma grande celeuma que gira em torno da natureza da responsabilidade estatal nesses casos. Atualmente, é possível identificar três correntes sobre o tema: Uma corrente que entende ser subjetiva a responsabilidade estatal, baseada na teoria da culpa administrativa, outra corrente que defende a responsabilidade objetiva e, por fim, uma corrente que pode ser considerada intermediária.

A corrente que defende ser subjetiva a responsabilidade do Estado nos casos de omissão é a mais tradicional, sendo defendida por nomes de peso na doutrina administrativista, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2013) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013). Respeitadas algumas peculiaridades no entendimento de doutrinador para doutrinador, esse entendimento parte, na sua essência, do pressuposto de que o artigo 37, §6º da Constituição Federal se referiu apenas aos danos causados por condutas comissivas por parte do Estado, não incluindo os casos de omissão estatal. Logo, o Poder Público, nos casos de omissões, só poderá ser responsabilizado se incorrer em uma omissão ilícita, estando presente no caso concreto a culpa do serviço ou *faute du service*.

Essa corrente tem como principais argumentos o fato de que, nos casos de comportamentos omissivos, o Poder Público não seria o causador direto do dano. A omissão do Estado nesses casos não seria a causa do dano, mas sua condição. Logo, não seria razoável imputar objetivamente ao Poder Público um resultado no qual ele não deu causa, mas apenas não atuou para impedi-lo. Assim, a apuração de eventual dever de indenizar não poderia se restringir a identificar apenas a existência do dano e do nexo causal, como na responsabilidade objetiva, sob pena de onerar demasiadamente toda a coletividade. Nas palavras de Mello (2013):

[...] Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabiliza-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabiliza-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (MELLO, 2013, p. 1.047).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013) argumenta que é necessário ser apurado ainda, à luz da razoabilidade e da reserva do possível, se o Poder Público tinha condições de atua para evitar a produção do resultado danoso. Entretanto, segundo a jurista, a culpa do serviço é



presumida, cabendo ao Estado demonstrar que não tinha realmente condições de agir. No mesmo sentido, Mello (2013) reconhece que em muitos casos, deve-se inverter o ônus da prova, de forma a considerar que a culpa do serviço é presumida, uma vez que, se fosse o contrário, seria demasiadamente dificultoso a comprovação da culpa do serviço pela vítima, já abalada pelo prejuízo, dificultando, ao final, o reconhecimento do seu direito à indenização.

Já para a corrente que defende a responsabilidade objetiva, mostra-se incompatível com a vontade do constituinte originário a tese da culpa administrativa. Um dos principais argumentos dessa vertente é o fato de que o artigo 37, §6º da CF/88 não diferenciou nenhuma conduta do Poder Público, não podendo o intérprete diferenciar. Logo, a regra contida nesse dispositivo constitucional alcança tanto os atos comissivos como os atos omissivos. Salientam, ainda, que conclusão em sentido contrário vai de encontro à evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado. Isso porque a tendência evolutiva da responsabilidade civil do Poder Público é a sua objetivação, de forma que uma conclusão em sentido contrário seria um verdadeiro retrocesso.

Dentre os nomes que são adeptos dessa corrente, Meirelles (2012):

[...] Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. (MEIRELLES, 2012, p. 731)

Defendendo a mesma linha, Medauar (2004) afirma que:

[...] Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir. (MEDAUAR, 2004, p. 435)

A terceira corrente, considerada intermediária, defende a tese de que a incidência da responsabilidade objetiva ou subjetiva dependerá da análise do caso concreto, a depender da

existência de uma omissão genérica ou específica do Poder Público. Dentre os juristas que abraçam tal vertente, Cavalieri Filho (2011).

A omissão genérica diferencia-se da omissão específica porque nela não há um dever de agir específico e individualizado da Administração Pública. Como exemplo de omissão genérica, pode ser citado o dever de agir do Estado em razão do seu poder de polícia, ao invés de um dever legal específico. Nesses casos, só haverá responsabilidade estatal no caso de omissão ilícita do Estado. Portanto, só poderá ser analisada sob o prisma da responsabilidade civil subjetiva.

Já nos casos de em que houver o dever específico do Estado de agir e mesmo assim ele tenha se mantido inerte ante ao seu dever legal, ele incorrerá em omissão específica, respondendo objetivamente pela conduta negativa dos seus agentes. Haverá omissão específica nos casos em que o resultado danoso decorrer do não cumprimento de dever legal por parte do Poder Público, podendo ser considerada a inércia administrativa a responsável direta e imediata pelo dano causado. Nas palavras de Cavalieri Filho (2011):

[...] Em nosso entender, o artigo 37, § 6º da Constituição não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. [...]. Por isso temos sustentado que, no caso de omissão estatal, é preciso distinguir a omissão específica da genérica, distinção essa hodiernamente reconhecida pela melhor e mais atualizada doutrina. A responsabilidade do Estado será subjetiva no caso de omissão genérica e objetiva, no caso de omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir. (CAVALIERI, 2011, p. 17 e 18).

A discussão que envolve essa matéria não se restringe apenas ao âmbito doutrinário, alcançando também os tribunais do país, o que demonstra o quão tormentoso é o tema. Não há na jurisprudência um entendimento pacífico sobre a responsabilidade do Estado ante as condutas omissivas, chegando muitas vezes a discussão às mais altas cortes do país para se pronunciarem e decidirem tais questões.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça vários são os julgados que adotaram o entendimento no sentido de ser subjetiva a responsabilidade da Administração Pública nos casos de atos omissivos, ficando a obrigação reparatória dependente da demonstração do dano sofrido, da negligência do Estado e do nexo de causalidade entre o dano e a omissão. Esse entendimento ficou cristalizado no julgamento do agravo regimental em agravo no recurso especial 501507/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Martins:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A alegação genérica de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. 3. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático probatório dos autos, expressamente consignou que "restou evidente o nexo de causalidade entre a omissão do ente municipal e o evento danoso". 4. Dessa forma, não há como modificar a premissa fática, pois para tal é indispensável o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado por esta Corte, pelo óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. ((STJ - AgRg no AREsp: 501507 RJ 2014/0084541-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/05/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014)

A questão *sub judice* do julgamento acima posto, realizado pela segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, tratou-se da responsabilidade do Município de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, em razão de um deslizamento de terras ocorrido. Na ocasião, o recurso foi improvido em virtude da necessidade de reanálise do universo fático-probatório do caso, o que é vedado no âmbito do STJ, conforme a Súmula 7 dessa corte superior. Entretanto, quanto ao mérito, o ministro relator reafirmou a jurisprudência do tribunal, no sentido de ser subjetiva a responsabilidade do Estado quando os danos sofridos pelos administrados se derem em razão de conduta omissiva da Administração Pública. O mesmo entendimento foi adotado em outros julgamentos, como o do recurso especial nº 1230155/PR, de relatoria da Ministra Eliana Calmon.

Já para o Supremo Tribunal Federal, mais alta corte do Judiciário brasileiro, o entendimento não é o mesmo. No âmbito deste tribunal, é forte a tendência do acolhimento da responsabilidade objetiva do Estado tanto nos casos de atos comissivos, como de atos omissivos. Porém, para a tese de responsabilidade objetiva acolhida por esta suprema corte, só restará configurado o nexo de causalidade para fins de responsabilização do Poder Público quando ficar demonstrado no caso que o Estado tinha o dever específico de agir.

Neste sentido, o julgamento feito pelo plenário do STF do agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário 677.139 Paraná, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido. Necessidade do

revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

No entender do eminente relator, posteriormente acompanhado pelos outros ministros, o Estado responde objetivamente pelos danos provocados ao particular tanto em razão de suas condutas comissivas, como em razão de condutas omissivas. Entretanto, no caso das condutas omissivas, argumenta o relator que, para que seja afastada a obrigação reparatória, cabe ao Poder Público demonstrar que exerceu seu papel de maneira eficiente, de modo que o dano sofrido não tenha decorrido da sua omissão, além das excludentes ordinárias do nexo de causalidade. Com a devida *vênia* às ilustres posições expostas, a tendência é que prevaleça na jurisprudência nacional a posição adotada pelo pretório excelso.

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE PRESIDIÁRIOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Todas as vezes que uma infração penal se concretiza no meio social, surge para o Estado o poder-dever de exercer o seu *jus puniendi*, cabendo a ele apurar os fatos, com o fim de processar e punir os responsáveis pelo cometimento da infração penal. Apenas ao Estado, por meio das penas previstas no ordenamento jurídico, cabe o papel de punir os indivíduos delituosos.

Diante dos altos níveis de violência e da sensação de impunidade que aflige a população, o encarceramento passou a ser a resposta mais incisiva e esperada por parte da sociedade. Entretanto, a simples inserção de pessoas em um sistema prisional altamente desorganizado e desestruturado tende a piorar a situação das prisões brasileiras, que, muitas vezes, são palcos de violações constantes e sistemáticas dos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico, devendo o Estado responder civilmente por tais violações.

##### **4.1 Sistema prisional brasileiro**

O legislador determinou, no caput do artigo 59 do Código Penal, que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprobção e prevenção do crime. Some-se isso ao seu objetivo de ressocialização do detento, um dos maiores desafios da política criminal nacional, uma vez que o indivíduo delituoso inevitavelmente voltará para o convívio social, devendo o Estado se encarregar de fornecer meios que facilitem essa reinserção, evitando, com isso, a reincidência delitiva.

No Brasil, as penas previstas para quem comete uma infração penal consistem em penas de privação de liberdade, restrição de direitos ou de multa. A pena privativa de liberdade é a principal sanção penal do ordenamento, sendo prevista para os delitos considerados mais graves pelo legislador.

Entretanto, apesar do protagonismo atribuído à pena privativa de liberdade, é caótica a situação carcerária do país. O tema costuma vir à tona apenas quando eclode em algum lugar do país rebeliões nos estabelecimentos prisionais, muitas vezes acompanhadas de um alto nível de violência. Porém, não é novidade a situação periclitante em que o sistema esta inserido, sendo possível a afirmação de que o sistema prisional vive uma das situações mais complexas da sociedade brasileira. A superlotação das prisões, acompanhada da insalubridade

e da ausência mínima de estrutura e funcionamento desses locais são exemplos de fatores que contribuem para essa triste realidade, colocando em xeque as funções e objetivos que justificam a existência desse sistema. Em meio a esse caos, os estabelecimentos penitenciários do país ainda padecem com o forte controle exercido pelas facções criminosas, que comandam a criminalidade dentro e fora das prisões, evidenciando, em muitos pontos do país, a perda do controle das prisões pelas autoridades responsáveis.

De acordo com o último levantamento oficial de informações penitenciárias – INFOPEN - relativo a dezembro de 2014, atualizando alguns dos dados relatados pelo INFOPEN relativo a junho de 2014, ambos feitos pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão ligado ao Ministério da Justiça, a população carcerária brasileira era a quarta maior do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. De acordo com as informações levantadas à época, o Brasil possuía uma população prisional de 622.202 pessoas, enquanto havia apenas um total de 371.884 vagas, resultando, assim, em um déficit de 250.318 vagas. O levantamento trouxe ainda a informação de que, adotando como ponto de partida o ano de 2000, a população prisional teve um crescimento de 167,32 %, taxa muito acima do crescimento populacional, ritmo esse muito mais acelerado se comparado ao ritmo de crescimento do número de vagas.

Outro dado alarmante foi o fato de que o Brasil, segundo a atualização dos dados, exibiu um número altíssimo de presos provisórios. Foi apurado que o sistema possuía um número de 249.668, em um quadro de 622.202 presos na sua totalidade, mesmo com o advento da Lei 12.403/2011, de 4 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos às medidas cautelares, dentre elas, as prisões provisórias, tornando-as últimas opções a serem tomadas, o que agrava ainda mais a questão da superlotação das penitenciárias.

Essa realidade se torna ainda mais grave considerando o fato de que, no INFOPEN (2014) relativo a junho de 2014, foi apurado que mais da metade dos presos provisórios estavam custodiados há mais de 90 dias. Esse é o prazo previsto para encerramento da instrução preliminar do procedimento do Júri e pouco superior à soma dos prazos do procedimento ordinário para encerramento da instrução e prolação da sentença, no qual o levantamento considerou razoável para a finalização da instrução. Mais preocupante ainda foi o fato de que essa apuração se deu em cima dos dados enviados por apenas 37% das unidades prisionais, uma vez que as outras não tiveram controle sobre o tempo de privação de liberdade desses presos, demonstrando o total descompasso da organização carcerária do país.

Esses dados demonstram a falta de planejamento da política criminal adotada no país e a debilidade de estrutura do sistema, dificultando sobremaneira o papel do Estado relativo ao cumprimento das penas dos condenados por cometimentos de infrações penais, colocando em risco tanto os direitos dos presidiários, como da própria sociedade.

#### **4.2 A vulnerabilidade do detento no sistema prisional brasileiro**

Não são raras as vezes em que a sociedade brasileira se depara com os noticiários anunciando a ocorrência de mortes em algum estabelecimento prisional do país. Seja por motins feitos sob o comando de facções criminosas para eliminar grupos rivais, seja por suicídios decorrentes do desespero do presidiário frente à vida no cárcere ou mesmo por causas naturais, a morte é uma realidade recorrente no sistema prisional brasileiro.

Até junho de 2014 foram apuradas, com exceção dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, cujos os dados o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN não teve acesso quando da realização do INFOPEN (2014), 565 mortes nas unidades prisionais, sendo cerca de metade delas consideradas mortes violentas intencionais, excluídos os óbitos por motivo de saúde. Sobre as mortes intencionais, consideradas aquelas causadas por homicídios, suicídios e causas desconhecidas, o relatório do DEPEN apurou que a taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas presas em um semestre o que corresponderia a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em um ano. Esse valor é mais do que seis vezes maior do que a taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil em 2013.

A Constituição Federal de 1988 tem como postulado máximo o princípio da dignidade da pessoa humana. Ela tem como uma de suas principais características a defesa dos direitos fundamentais, que consistem naqueles considerados pelo constituinte como essenciais e inerentes à existência de qualquer ser humano.

Assim, como seres humanos que são, os presidiários também possuem direitos que devem ser respeitados pelo Estado. O fato de o indivíduo, em algum momento da sua vida, escolher traçar o caminho da criminalidade, não significa dizer que devem ser-lhes retirados os direitos que lhe são garantidos pelo ordenamento. Os direitos e garantias dos apenados são previstos em vários estatutos, tanto internamente como por pactos e tratados de direito internacional, nos quais o Brasil figura como signatário.

A Constituição garante expressamente ao indivíduo preso o respeito à sua integridade física e moral, assim como proíbe o uso de penas cruéis. Além disso, legislação

infraconstitucional específica, a Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal – também dispõe sobre os direitos das pessoas durante a execução da pena, assegurando aos apenados o respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos dela decorrentes.

Entretanto, apesar de toda uma legislação atenta aos direitos humanos, é possível a conclusão, sem medo de exageros, que o Brasil caminha no sentido contrário de todas essas normas e ideais. Problemas sérios nas estruturas dos estabelecimentos e a precariedade dos seus funcionamentos resultam em um quadro grave de violação sistemática e constante de direitos considerados mínimos a um ser humano.

A situação de cárcere imposta pelo sistema brasileiro tem se mostrado demasiadamente prejudicial aos seus integrantes. Os dados trazidos no presente trabalho são capazes de fornecer elementos suficientes para se ter uma noção geral da situação de colapso que vive o sistema. Essa realidade faz com que sejam potencialmente altas as chances de que os presos que são inseridos no sistema em uma condição sadia, de lá não saiam sem uma alta fragilização da sua resistência física e mental, colidindo frontalmente com os princípios que norteiam o cumprimento da pena e o objetivo da ressocialização.

Tratando das mazelas do ambiente carcerário no país, no ano de 2009 foi divulgada a conclusão dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema carcerário brasileiro, realizada com o objetivo de investigar a real situação do sistema, entender as causas do problema e propor soluções para sua harmonização. Vale transcrever parte da descrição trazida pelo relatório da citada CPI:

[...] O que se evidenciou nas visitas da Comissão foi que a grande maioria das unidades prisionais do País possui uma distribuição espacial inadequada, tanto quanto aos internos como à segurança dos agentes prisionais. As celas e os pavilhões de celas alojam mais presos do que sua capacidade permite, gerando revoltas e tornando mais perigoso o trabalho de funcionários, já desmotivados e desprestigiados pela sociedade. O espaço gerado pelas construções é o local que a maioria dos atores envolvidos no sistema prisional frequenta constantemente, devendo oferecer condições mínimas de conforto, higiene, segurança, necessárias à ressocialização dos internos para posterior reingresso na sociedade. A forma como o espaço é arquitetado pode permitir ou limitar as ações dos atores envolvidos no Sistema, gerando assim condições benéficas ou maléficas, facilitando ou dificultando a segurança.[...] A falta de espaços adequados aos custodiados, como celas individuais e coletivas, além de pátios separados, proporciona a propagação de doenças e a corrupção, sendo a primeira porta para as facções criminosas terem influência sobre os custodiados. A segurança dos estabelecimentos normalmente é frágil, por serem mal projetadas e superlotadas, facilitando, inclusive, o resgate de presos. Conforme presenciado pelos membros da CPI, a insegurança da população circunvizinha e dos funcionários é enorme, além de manter os encarcerados em condições desumanas. (CPI SISTEMA CARCERÁRIO, 2009)



Apesar desse relatório ter sido divulgado no ano de 2009, infelizmente esse quadro caótico ainda permanece atual no país. Em junho de 2015 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Preceito Fundamental nº 347, requerendo o reconhecimento de um “estado de coisas inconstitucionais”, em razão das várias violações aos direitos fundamentais das populações carcerárias, e a adoção de providências para sanar as lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos em todas as suas esferas.

O Estado de Coisas Inconstitucional possui origem em decisões da Corte Constitucional Colombiana, diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. A finalidade do reconhecimento desse estado é a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse quadro de violação de direitos em face da omissão estatal.

Na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do Estado Inconstitucional de Coisas em relação ao sistema prisional brasileiro, em razão das graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos, deferindo parcialmente o pedido de medida cautelar formulado na ADPF Nº347/DF. Eis a ementa do julgamento da medida liminar na citada arguição:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

A latente desestruturação do sistema prisional fez com que fosse criada, em 2015, outra Comissão Parlamentar de Inquérito, com o mesmo objetivo investigar a situação do

sistema. Entretanto, o que se verificou no relatório final, publicado neste ano de 2017, foi que a situação permaneceu fora de controle. Como demonstração da situação em que estão inseridas os presídios do país, o Deputado Major Olímpio afirmou que, em muitos casos:

[...] o Estado abandonou o tratamento prisional e o espaço foi assumido pelos próprios presos. A forma de se organizarem foi a criação de facções ou grupos. Mesmo nas unidades em que não se assume a presença desses grupos criminosos, existe uma massa que domina o local e lá fixa e determina suas regras de comportamento com uma espécie de semiótica, com códigos de comunicação, linguagem e mensagens, que ocorrem com a cooptação de funcionários corruptos, com as visitas pessoais e principalmente nas comunicações com advogados, que são utilizados, sob o pretexto do exercício da advocacia, para muitas vezes serem mensageiros de líderes de organizações criminosas. (CPI SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, 2015, p. 310)

Também neste ano de 2017, foi publicado o relatório de gestão feito pela supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, órgão integrante do Conselho Nacional de Justiça. Criado pela Lei n. 12.106, de 2 de dezembro de 2009, esse órgão é responsável por, entre outras atribuições, acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas. Segundo o que foi apurado nesse relatório:

[...] Constatou-se, ainda, que a sanção infligida aos apenados ultrapassa os limites e o sentido da punição, de forma a tornar o Estado tão criminoso quanto aquele que confinou, na medida em que tolera esse quadro de violações sem intervir adequadamente para remediar essa realidade. O recolhimento de pessoas, via de regra, acontece em celas imundas, desprovidas de salubridade. Torturas, maus-tratos, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de água potável, violência sexual, a comida estragada, falta de componentes básicos de higiene pessoal, são alguns dos gravíssimos déficits apurados nas rotineiras inspeções realizadas por juízes de todo o Brasil nos presídios sob sua respectiva jurisdição. O ócio penitenciário, ademais, constitui a regra e assistências intramuros, quase inexistentes. O porvir post penitenciário é desesperançoso. Na grande maioria dos presídios a pessoa em situação de privação de liberdade é submetida à condição degradante: os detidos que ali se encontram estão relegados à própria sorte. Estão abaixo da dignidade que o Estado tem por princípio e imperativo categórico a obrigação de preservar. O crescimento desmedido do quantitativo de prisões (sem a correspondente abertura de novas vagas no mesmo ritmo) associado à paradoxal amplitude do arcabouço jurídico de proteção de direitos e a escassez de políticas públicas voltadas para o ambiente prisional obrigaram Colendo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347, em setembro de 2015, a se posicionar. Com efeito, reconheceu-se, naquela oportunidade, o descompasso entre o funcionamento do sistema penitenciário em relação aos seus fins e objetivos, a ponto de se afirmar que o Brasil experimenta um “estado inconstitucional de coisas. (DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS, 2017, p. 12)

Com isso, observa-se uma verdadeira perpetuação, no ambiente carcerário, da violação de direitos fundamentais resguardados pela Carta Política de 1988 e reconhecidos internacionalmente pela doutrina dos direitos humanos. Diante de todos os dados e relatórios expostos no presente trabalho, o que se pode concluir é que essa situação de violação sistemática de direitos fundamentais, fortalecida muitas vezes pela ausência do Estado, passou a ser uma verdadeira característica do sistema prisional brasileiro.

A precariedade do sistema torna os estabelecimentos penitenciários ambientes propícios a agressões de toda natureza aos que nele adentram. São consideráveis as chances de o presidiário no Brasil ser acometido por algum mal dentro dos estabelecimentos prisionais do país.

A pena privativa de liberdade não pode ser encarada apenas como retribuição do mal causado. O cumprimento da pena não pode implicar em desconsideração ou diminuição de direitos fundamentais. O que se observa muitas vezes é que o presidiário não perde apenas seu direito à liberdade, mas também direitos mínimos inerentes à sua dignidade, tornando uma missão difícil a sua ressocialização.

#### **4.3 O problema da morte de presidiários à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Como abordado no tópico três do presente trabalho, o Estado responderá civilmente pelos danos que seus agentes, no exercício da função pública, ou em razão dela, causar a alguém, devendo indenizar a vítima pelos prejuízos causados. Essa regra aplica-se irrestritamente em todas as áreas que o Estado atuar, inclusive no caso de danos causados às pessoas dentro do ambiente prisional ou em razão dele.

A partir do momento que o Estado, no exercício do seu *jus puniendi*, tolhe do indivíduo delituoso o seu direito à liberdade, recolhendo-o a um estabelecimento prisional para o cumprimento da sua pena, cabe a ele zelar para que sejam observados todos os direitos que lhes foram garantidos pelo ordenamento jurídico. É seu dever adotar todas as medidas necessárias para evitar a ocorrência de qualquer tipo de violência, seja por parte dos agentes públicos ou por parte dos próprios detentos, sob pena de ser responsabilizado por isso.

Corroborando o dever de diligência do Poder Público no tocante aos presidiários, em sede de repercussão geral, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a morte de detento em estabelecimento penitenciário gera a responsabilidade civil do Estado.

Esse entendimento já era pacífico na doutrina e na jurisprudência. Entretanto, parte dessa harmonia se perde quando se trata de casos em que os detentos ceifam as vidas um dos outros ou deles mesmos. Nesses casos, o dano não resultará de conduta comissiva por parte do agente público, o que indiscutivelmente atrairia a responsabilidade estatal objetiva. O que se tem, na verdade, são danos provocados por atos de terceiros, que não integram o quadro de servidores da Administração, mas que estavam sob a custódia do Estado, tratando-se, portanto, de responsabilização estatal em virtude de omissão indevida, trazendo à baila a discussão sobre a que título o Poder Público será responsabilizado, se objetiva ou subjetivamente.

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente é instado para se manifestar sobre o tema, podendo ser identificado ao longo do tempo julgamentos acolhendo tanto a responsabilidade subjetiva como a responsabilidade objetiva nos casos de morte de presidiários.

Como exemplo de julgado que adotou o entendimento no sentido de ser subjetiva a responsabilidade estatal no caso de morte de presidiário, em virtude de omissão ilícita do Poder Público, o julgamento do Recurso Extraordinário 372.472/RN, de relatoria do Ministro Carlos Velloso:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. CF., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência --, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e não provido. (STF – RE 372.472/RN. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 04 de novembro de 2003. Divulgado no DJ de 04/11/2003).

Esse julgamento tratou de um recurso extraordinário, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, contra acórdão do Tribunal de Justiça que manteve sentença condenatória proferida no primeiro grau, baseado no entendimento de que o Estado responde objetivamente nos casos de morte ou agressões à presidiários dentro do sistema prisional, ainda que praticada por companheiro de presídio.

No citado recurso, o estado recorrente defendeu a tese de que a responsabilidade do estado prevista no artigo 37, 6º da Carta Política de 1988 não é absoluta. Na ocasião, o recorrente alegou que a vítima deu causa ao resultado morte, não dando chances ao Estado de exercer seu dever de vigilância, devendo ser demonstrada a culpa anônima do serviço para fins de caracterização da sua responsabilidade civil.

O Ministro Carlos Velloso, baseado em ensinamentos de juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello, relatou que a questão tratava de homicídio causado por outro detento, logo, tratava-se de responsabilidade civil decorrente de ato omissivo do Estado. O relator sustentou, inclusive fazendo referências a outros votos seus proferidos em outros processos, como no caso do recurso extraordinário 369.820/RS, que, nos casos de omissões do Poder Público, somente haverá responsabilidade civil estatal se for vislumbrada a culpa do serviço, sendo, portanto, a responsabilidade de natureza subjetiva. Ao final, o Ministro entendeu que estava presente no caso a deficiência do serviço público, por não terem sido adotadas as medidas necessárias para que o resultado fosse evitado, reconhecendo a responsabilidade estatal e julgando improcedente o recurso.

Apesar da existência de julgados que abraçaram a corrente da responsabilidade subjetiva no tocante às omissões estatais observadas nos casos de morte de detentos, nos últimos anos, como já tratado no presente trabalho, o pretório excelso tem adotado o entendimento de que o artigo 37, §6º da Constituição Federal estabeleceu que a responsabilidade do Estado é objetiva tanto nos casos de condutas comissivas, como nos casos em que o dano decorrer de condutas omissivas, desde que essa omissão seja específica, na qual o Poder Público tinha o dever específico e individualizado de agir para evitar o resultado danoso, mas permaneceu inerte.

No tocante ao tema ora discutido, vários são os acórdãos em que os ministros entenderam que a responsabilidade estatal será objetiva, mesmo nos casos de homicídios causados por outros detentos, em virtude da falha do Poder Público no seu dever específico de zelar pela integridade do detento morto. Como exemplo, pode ser colacionado o julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 662.536/GO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Morte de detento sob custódia da Administração Pública. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. Precedentes do STF. 3. Discussão acerca da existência de culpa do Estado. Necessidade do reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 662563 AgR, Relator(a): Min.

GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 30-03-2012 PUBLIC 02-04-2012).

O julgado colacionado acima tratou de julgamento de agravo regimental em recurso extraordinário interposto pelo Estado de Goiás contra decisão que negou seguimento a recurso, sob o entendimento de que é objetiva a responsabilidade estatal por morte de presos sob sua custódia. O recorrente argumentou que o artigo 37, §6º da Constituição Federal não alcançava as condutas omissas do Estado, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas em relação às condutas positivas dos agentes públicos.

Na ocasião do julgamento, o ministro relator reafirmou a jurisprudência da suprema corte, no sentido de que o Estado tem o dever de guarda e vigilância dos detentos que estão sob sua custódia e que a negligência estatal no cumprimento de tal dever dá ensejo à responsabilidade estatal objetiva. O Ministro Gilmar Mendes, para demonstrar a corrente dominante no âmbito do tribunal, citou vários julgados no mesmo sentido, tais como o agravo regimental no recurso extraordinário 607.771/SC, de relatoria do ex-Ministro Eros Grau, e do agravo regimental no agravo de instrumento 603.865/MG, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

Recentemente, a suprema corte teve que se pronunciar mais uma vez sobre o tema, colocando fim a qualquer dúvida sobre o posicionamento do tribunal. No ano de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526/RS, em sede de repercussão geral, por unanimidade, que a morte de detento em estabelecimento penitenciário decorrente do descumprimento, por parte do Estado, do dever legal de zelar pela integridade física e moral do detento atrai responsabilidade civil objetiva do Estado. O plenário, ao final do julgamento, estabeleceu ainda a tese de que “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”. Eis a ementa do julgamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever

constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016).

O julgamento acima posto, de relatoria do Ministro Luiz Fux, tratou-se de recurso extraordinário, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, impugnando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça que o condenou ao pagamento de indenização em razão do falecimento de detento. No voto do eminente Ministro Relator, após o estabelecimento de breves apontamentos históricos e teóricos sobre a responsabilidade civil do Estado, reafirmou o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a responsabilidade civil por omissão do Poder Público também é objetiva, com fulcro no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988 e que ela restará caracterizada quando ficar demonstrado que o dano decorreu de uma omissão específica do Poder Pública, ou seja, quando o Estado tinha o dever legal específico de agir, mas permaneceu inerte, mesmo tendo condições de agir para evitar o resultado danoso.

Ao longo do voto do relator, ele afirmou que a responsabilização objetiva do Estado nesses casos decorre da teoria do risco administrativo, demonstrando que não se tratava de adoção da teoria do risco integral. Assim, tanto nos casos de suicídio, como de mortes naturais, como de homicídios, a responsabilidade estatal é objetiva, podendo ser elidida se for demonstrada pelo Estado, a quem pertence o ônus da prova, a ausência de condições de evitar o resultado, demonstrando, com isso, o rompimento do nexo causal, em clara demonstração de que a adoção da responsabilidade civil objetiva também nos casos de atos omissivos retira fundamentos da teoria do risco administrativo. Para clarear o seu entendimento, o relator

utilizou exemplos de casos envolvendo tanto suicídio, como homicídio, como morte natural, os quais vale a pena a sua transcrição para um esclarecimento maior do seu entendimento:

De fato, haverá hipóteses em que o suicídio de um detento será um evento previsível à luz do seu histórico carcerário, o qual poderá revelar sintomas e indícios perceptíveis pela ciência psiquiátrica de um estado mental instável e tendente à prática de um ato autodestrutivo. Por outro lado, haverá igualmente casos em que o suicídio será um ato repentino e isolado, praticado num momento fugaz de angústia exacerbada e absolutamente imprevisível ao mais atento carcereiro, médico ou até mesmo aos mais próximos entes queridos do falecido. No que se refere às mortes naturais, novamente há que se reconhecer casos em que o prontuário médico do detento indica a necessidade de um determinado tratamento que não lhe é dispensado no cárcere, em flagrante violação ao artigo 14, caput, da Lei de Execução Penal<sup>8</sup>, advindo de tal omissão óbito que era previsível. Há casos, porém, em que o preso sofre mal súbito ou possui moléstia desconhecida, que se manifesta de forma abrupta e fatal, não sendo exigível que o Estado seja responsabilizado por essa morte que inexoravelmente ocorreria, mesmo se o preso estivesse em liberdade. Igualmente nas mortes acidentais, decerto haverá situações em que o Poder Público proverá todas as condições de segurança para evitar o evento danoso e, ainda assim, o acidente ocorrerá, seja por fato imputável ao próprio preso, seja por fato absolutamente imprevisível ou até mesmo por força maior, contra os quais não poderia a Administração jamais tomar alguma providência capaz de assegurar eficientemente a incolumidade física do detento como v. g., quando um raio atinge o preso em plena atividade física no sistema prisional. Até mesmo no caso de homicídio, poderá haver situações em que não se poderá responsabilizar o Estado pela morte do detento. À guisa de exemplo, podemos aqui apontar a situação em que um preso mata o outro em legítima defesa. Nessa situação, é o falecido quem age de forma contrária à lei, atentando contra a vida de outro preso, que reage licitamente, matando-o. Ora, se o ato praticado pelo homicida é lícito (artigos 23, inciso II, do Código Penal, e 188, inciso I, do Código Civil<sup>9</sup>) e visa a afastar injusta agressão imputável exclusivamente ao falecido, não há como se sustentar que de tal situação exsurja qualquer dever de reparação pelo Estado. (STF, RE nº 841526, 2016)

O ministro finalizou o voto afirmando que o recorrente não foi capaz de comprovar qualquer causa que excluísse o nexo de causalidade entre a sua omissão e o resultado verificado. Assim, mesmo não tendo ficado claro se a morte do detento foi causada por homicídio ou suicídio, o relator entendeu que o Estado falhou no cumprimento do seu dever legal de proteção, devendo responder objetivamente por isso. Vale ressaltar, entretanto, que, apesar do julgamento ter sido unânime pelos ministros presentes na sessão plenária, o Ministro Marco Aurélio defendeu que a responsabilidade do Estado em caso de violações a direitos dos detentos seria baseada no risco integral. Porém, esse entendimento não é acolhido na jurisprudência do tribunal, tratando-se de entendimento minoritário.

Assim, diante dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, é possível se afirmar que atualmente é pacífico na jurisprudência do pretório excelso que a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º da Constituição abrange tanto as condutas comissivas, quanto omissivas, desde que essas últimas decorram da violação de um dever legal específico de agir por parte do Estado. Nesta linha, como típico exemplo de omissão



específica, o Estado responde objetivamente por eventuais lesões sofridas por presidiários dentro dos estabelecimentos prisionais, em razão do seu dever de zelar pela integridade física e moral das pessoas sob sua custódia. Com a devida *vênia* aos pensamentos em sentido diverso, esse posicionamento é o mais correto a ser adotado, sendo a posição defendido no presente trabalho.

É bem verdade que não se pode aplicar a teoria da responsabilidade objetiva indistintamente a todos os casos de omissão estatal, sob pena de imputar ao Poder Público a responsabilidade por praticamente todos os riscos inerentes ao convívio em sociedade. Não é razoável exigir que o Estado aja sempre pronta e previamente para evitar que alguém sofra algum prejuízo no seu patrimônio jurídico. Como ensina Mello (2013), seria ilógico aplicar a todo e qualquer caso de dano sofrido pelo administrado a sistemática da responsabilização estatal objetiva, sem que seja observada a existência ou não de um dever de agir por parte do Poder Público.

Admitir a objetivação da responsabilidade a toda e qualquer omissão estatal, sem que seja levado em consideração circunstâncias do caso concreto que vão além dos dois requisitos tradicionais da responsabilidade objetiva, quais sejam o dano e o nexo de causalidade, poderia levar o intérprete a resultados extremados, irrazoáveis, onerando demasiadamente o Estado e, em última análise, toda a coletividade.

Da mesma forma, com a máxima *vênia*, não parece razoável o entendimento inverso, no qual as omissões estatais só poderão ensejar a responsabilidade civil nos casos de responsabilidade subjetiva do Poder Público, como defende Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo Mello (2013). Há determinados casos em que a omissão estatal não pode ser considerada como mera condição propiciadora da produção do dano, mas, sim, como a verdadeira causa desse resultado, uma vez que a produção do resultado só foi possível em razão da negligência estatal.

Isso ocorrerá quando houver um dever legal, específico e individualizado de agir do Poder Público, de modo que, em não sendo observado tal obrigação, sua omissão será de tamanha relevância para a produção do resultado de modo que o resultado só será produzido em razão dela. Nesses casos, a omissão deverá receber o mesmo tratamento dos atos comissivos, respondendo objetivamente o Estado por ela. Essa é a base do entendimento adotado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade civil do Estado quanto aos atos omissivos.

Sobre a questão das condutas omissivas estatais, é interessante trazer à baila a lição de Justen Filho (2014), que divide os atos omissivos em dois grupos: o dos atos omissivos

próprios e dos atos omissivos impróprios. Segundo o jurista, os atos omissivos próprios são aqueles que violam um dever legal de ação imposto pelo ordenamento jurídico ao Estado. Nesses casos, a não observação do dever determinado no ordenamento jurídico resulta em violação direta da norma, devendo ser equiparada aos atos comissivos para fins de responsabilidade.

Entretanto, há situações em que a norma não estabelece uma obrigação positiva a ser observada pelo Estado. Porém, o Estado ainda pode ser civilmente responsabilizado, caso seja verificado que o dano foi produzido em razão da infração ao dever de diligência inerente à própria atividade estatal, incorrendo o Poder Público em conduta omissiva imprópria.

Sobre essa diferenciação e seus efeitos, Justen Filho (2014) dispõe que:

[...] Os casos de ilícito omissivo próprio são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é obrigatório o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa da vontade. O agente omitiu a conduta obrigatória ou por atuar intencionalmente ou por formar defeituosamente sua própria vontade – a não ser que a omissão tenha sido o resultado intencional da vontade orientada a produzir uma solução conforme ao direito e por ele autorizada. O grande problema são as hipóteses de ilícito omissivo impróprio, em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nesses casos, a omissão do sujeito não gera presunção de infração ao dever de diligência. É imperioso, então, verificar concretamente se houve ou não infração ao dever de diligência especial que recai sobre os exercentes de função estatal. Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano – então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1.341).

Conclui o autor de maneira diferente das outras correntes, afirmando que o tratamento a ser dado aos atos comissivos e omissivos deve ser o mesmo, defendendo a existência de um requisito subjetivo na responsabilidade estatal, mas sob um regime especial, o que ele denominou de objetivação do elemento subjetivo, afirmando que:

(...) Defende-se a concepção, então, da objetivação do elemento subjetivo, não de sua ausência. A afirmativa da existência da responsabilidade objetiva deve ser interpretada em termos. Não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial. Como decorrência, se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, o valor de uma eventual condenação será minimizado. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1.345)

Entretanto, embora a teoria do jurista possua contornos diferentes, assim como é a sua conclusão, o que se observa na prática é que a diferenciação feita para fins de análise da

responsabilidade por ato omissivo do Poder Público é a mesma tanto para o jurista quanto para o Supremo Tribunal Federal, apesar da diferença de nomenclatura.

O que define o ato omissivo como próprio ou impróprio é a existência ou não de um dever de atuar específico, determinado pela lei, assim como o é para a definição da omissão genérica ou específica, corrente defendida atualmente no pretório excelso. Havendo tal obrigação, a omissão indevida atrairá para si o mesmo tratamento aplicado aos atos comissivos dos agentes públicos. Da mesma forma, na ausência de tal obrigação, a responsabilidade estatal somente existirá se for vislumbrada uma violação ao dever de diligência inerente à atividade pública, o que não deixa ter o mesmo significado das omissões genéricas, uma vez que, no caso dessas últimas, para fins de responsabilização do Estado, deverá estar presente a culpa anônima do Poder Público, consubstanciada em um não fazer ou em atuação deficiente, o que nada mais é do que uma não observação do Poder Público da obrigação de se manter sempre diligente no exercício das suas funções, com o fim de evitar ao máximo a possibilidade de produção de algum dano aos administrados.

Assim, partindo dessas perspectivas sobre os atos omissivos, a responsabilidade civil do Estado nos casos de danos sofridos por presidiários dentro dos estabelecimentos prisionais só pode ser objetiva. O Estado é responsável pelas pessoas que estão sob sua guarda, situação que possui naturalmente um risco maior, devendo adotar todas as providências necessárias para que nenhum dano ocorra ao seu patrimônio jurídico.

A Constituição Federal é expressa ao estabelecer, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o dever do Estado de zelar pela integridade física e moral do detento. Logo, no caso de morte de presidiário, haverá violação direta do dever de guarda e vigilância expresso na legislação constitucional e infraconstitucional, incorrendo o Poder Público em clara omissão específica, devendo, assim, responder objetivamente por isso.

Além disso, outro ponto a ser considerado na defesa da responsabilidade objetiva estatal nos casos de morte de presidiários é a questão da teoria do risco criado. Essa teoria estará presente sempre que o Estado colocar pessoas ou coisas sob sua guarda. Nesses casos, o Estado, por meio de atuação positiva sua, cria uma situação que expõe alguém a determinado risco, fazendo surgir uma situação propícia à produção de um resultado danoso. É o que acontece em relação aos presidiários.

O Estado, como único legitimado pelo ordenamento a exercer o *jus puniendi*, tolhe o direito de liberdade de indivíduos que praticaram infrações penais, retirando-os do convívio social e colocando-os juntos em estabelecimentos prisionais para o cumprimento da pena, o

que, naturalmente, traz consigo um elevado risco tanto aos próprios presidiários como as pessoas que vivem perto desses locais.

Assim, no caso de morte de detento decorrente de homicídio praticado por outro detento, ou de um suicídio, por exemplo, por mais que o dano não tenha sido causado diretamente por conduta positiva de nenhum agente público, o Estado, por ter criado aquela situação de risco, deverá responder objetivamente por isso, uma vez que sua conduta foi decisiva para a produção daquele resultado. Nesse sentido, Mello (2013), apesar de defender a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de atos omissivos, reconhece que, nos casos de danos sofridos no ambiente carcerário, a responsabilidade estatal é objetiva:

[...] Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva. (MELLO, 2013, P. 1.034)

Portanto, a melhor solução para a discussão é o caminho adotado pela suprema corte brasileira, no sentido de estabelecer tratamento diferenciado a depender do tipo de omissão imputada ao Estado. Em se tratando de omissão específica, a responsabilidade estatal será objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, da mesma forma que os atos comissivos. Já na ausência desse dever legal específico, eventual omissão estatal será genérica, devendo ser verificada a culpa do serviço para fins de caracterização da responsabilidade civil estatal.

Assim, o caso de morte de custodiado é típico caso de omissão específica. O Estado possui o dever específico, garantido pela própria Constituição Federal, de zelar pela sua integridade física e moral enquanto ele estiver sob sua guarda. Logo, no caso de ocorrência de algum tipo de dano ao custodiado, deverá o Poder Público responder objetivamente por isso, devendo indenizar o custodiado ou a sua família em razão da omissão indevida, com base no artigo 37, §6º da Carta Política de 1988.

## 5. CONCLUSÃO

Como exposto ao longo do presente trabalho, desde a Constituição Federal brasileira de 1946, o ordenamento jurídico determina que o Poder Público responderá objetivamente pelos danos causados a terceiros em razão do exercício da atividade pública. A Constituição Federal de 1988 ampliou ainda mais esse sistema, estabelecendo que responderão objetivamente tanto as pessoas jurídicas de direito público e como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados por seus agentes, no exercício de suas funções ou em razão dela.

A responsabilidade prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal, baseada na teoria do risco administrativo, abrange tanto as condutas comissivas quanto as condutas omissivas que venham causar danos a alguém, com a máxima *vênia* aos entendimentos em sentido diverso no tocante a essas últimas. Por mais que, em muitos casos, seja tênue a linha que separa a responsabilidade objetiva e a subjetiva, muitas vezes produzindo os mesmos resultados jurídicos, é de demasiada importância uma correta compreensão do tratamento constitucional da matéria, de forma a evitar equívocos futuros.

O entendimento mais razoável quanto às omissões danosas do Poder Público é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pautado na diferença de tratamento das omissões indevidas, a depender se forem genéricas ou específicas. Assiste razão àqueles que afirmam que o sistema de responsabilidade estatal definido pelo constituinte foi o da responsabilidade objetiva, não sendo feita por ele nenhuma diferenciação em se tratando de conduta pública positiva ou negativa. Entretanto, não se pode também ampliar cegamente a aplicação da responsabilidade civil objetiva a ponto de responsabilizar o Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo, no qual esteja envolvido direta ou indiretamente.

Assiste razão ao Pretório Excelso ao estabelecer que a responsabilidade civil quanto aos atos omissivos só será objetiva nos casos em que houver uma omissão específica, decorrente da violação de um dever legal específico de agir não observado pelo Estado. Não havendo tal dever específico, o Estado só poderá ser civilmente responsabilizado nos casos em a culpa do serviço público prestado esteja presente, sendo, portanto, a responsabilidade estatal de cunho subjetivo.

No tocante aos casos de morte de presidiários, seja causado por outros detentos ou causada pelo próprio recluso, por meio de suicídio, a responsabilidade imputada ao Poder Público é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo. Isso porque o Estado, a partir do momento que recolhe alguém ao seu estabelecimento prisional, passa a ter o dever de zelar

pela sua integridade física e psicológica, conforme determinado expressamente pela Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XLIX.

A partir da custódia do indivíduo, o Estado passa a ser o seu guardião, devendo adotar medidas que garantam sua incolumidade. O Poder Público assume os riscos decorrentes da situação de guarda. Nos casos de homicídios e suicídios de custodiados, apesar de o dano ser causado por pessoa que não atua em nome do Estado, este tinha o dever legal específico de tomar medidas que pudessem evitar a produção do resultado danoso. Logo, em razão da violação específica, na hipótese de um homicídio ou suicídio ocorrido dentro do estabelecimento prisional, a omissão estatal deverá ser equiparada a uma conduta comissiva, em razão do resultado só ter ocorrido em virtude da omissão indevida, devendo o Estado responder objetivamente por isso.

Com isso, a morte de custodiado atrai o sistema da responsabilidade objetiva do Estado, em decorrência da sua omissão específica do dever de zelo imposto pela Constituição. Cabe ao Poder Público zelar para que a execução da pena ocorra conforme os ditames legais e constitucionais, garantindo-se todos os direitos conferidos ao detento enquanto ser humano, sob pena de caracterização de responsabilidade civil, mesmo nos casos em que o agente público não tenha atuado positivamente para a produção do dano.

Por fim, vale ressaltar que a adoção desse entendimento não significa afirmar a adoção da teoria do risco integral, mas, sim, da teoria do risco administrativo, uma vez que se admite a atenuação ou a exclusão dessa responsabilidade. Assim, o Estado poderá elidir a responsabilidade se demonstrar que ele não tinha a efetiva possibilidade de evitar a ocorrência do dano.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por danos morais**. 4. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI Sistema Carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. CPI – Sistema Carcerário Brasileiro: Relatório Final/ Câmara dos Deputados – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.- (Série comissões em ação: n. 57 PDF)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Gestão – Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas -DMF / Conselho Nacional de Justiça – 2017 <disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/.../2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/.../2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf)>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)> Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)> . Acesso em; 31 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 2004. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em; 31 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 677139/PR. Relator: Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 07 dez. 2015. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28677139%2ENUME%2E+OU+677139%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ht8duk>> . Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> . Acesso em 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02 abr.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28662563%2ENUME%2E+OU+662563%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j4b3vrc>>. Acesso em : 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 372472/RN. Relator: Carlos Velloso. Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 nov. 2003. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28372472%2ENUME%2E+OU+372472%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jgwdad4>> Acesso em: 20 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 841526/RS. Relator: Luiz Fux. Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01 agos. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28841526%2ENUME%2E+OU+841526%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jb925p4>> . Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo no Recurso Especial 501507/RJ. Relator Humberto Martins. Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02 jun. 2014. Disponível em <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)> . Acesso em : 17 jul. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.



CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil no novo código civil**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., amp. e atual. Bahia: Editora JusPODIVM, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stoltze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LAGOS, Leonardo Bas Galupe. **A responsabilidade civil do Estado por omissão: objetiva ou subjetiva? Civil liability of state for failure: objective or subjective?**. Revista da AGU, Belo Horizonte, ano 15, n.2, abr. / jun. 2016.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – Junho de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1RhTu31>> . Acesso em 02 jul. 2017.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/1RhTu31>> . Acesso em 02 jul. 2017.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. Pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista TST**, Brasília, vol. 76, nº 1, jan. / mar. 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRETTO, Marcello. **A responsabilidade civil subjetiva por omissão estatal**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n.10, jul./set. 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira**. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**. V. 6, N. 22, P. 45-69, abr./jun., 2005.

SCHUTA, Andréia. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, abr. / jun. 2009.

TEPEDINO, Notas sobre o nexos de causalidade. **Revista Jurídica nº 296**, Doutrina Cível. Ano 50. jun. 2002.

VENOSA, Sílvio De Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.