

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

CAMILA GOMES MARTINS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CASO DE MORTE DE DETENTO
À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

TERESINA – PI

2017

CAMILA GOMES MARTINS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CASO DE MORTE DE DETENTO
À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí-UESPI, como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Esp. João Ricardo Imperes Lira

TERESINA- PI

2017

CAMILA GOMES MARTINS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CASO DE MORTE DE DETENTO
À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí-UESPI, como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. João Ricardo Imperes Lira

Aprovada em: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Professor João Ricardo Imperes Lira

Orientador - UESPI

Examinador (a) 1

Examinador (a) 2

Aos meus pais, pelo amor e dedicação dispensados a mim ao longo da vida. A caminhada com eles é mais leve e feliz. Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu querido Deus pelas bênçãos em minha vida, principalmente pelo dom da vida e a fé que me possibilitaram concluir mais uma etapa na minha vida;

Aos meus amados pais Raimundinha e Antonino, aos meus irmãos Caroline e Denício pela confiança, dedicação e apoio nos bons e maus momentos. Aos meus adoráveis animais de estimação pela felicidade e lealdade compartilhada. Feliz daquele que tem uma base familiar e encontra amor e força em todos os momentos;

Aos meus nobres amigos, com quem construí laços de amizades eternas, vocês me ensinam o valor da amizade e a ser uma pessoa melhor;

Ao meu professor orientador João Ricardo e a professora Adeílda pela enorme contribuição para elaboração desse trabalho;

Àqueles que contribuíram direta ou indiretamente para elaboração desse trabalho;

Enfim, a conclusão desse trabalho não seria possível sem a compreensão e apoio de todos os que me acompanharam nessa jornada.

“ Temos de respeitar mutuamente o direito do outro, e este é o começo do direito, da justiça”.

Félicité Robert de Lamennais

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A aprovação desta Monografia não significará endosso do professor orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Piauí às ideias, opiniões e ideologias constantes no trabalho, a responsabilidade é inteiramente do (a) autor (a).

Teresina, 03 de agosto de 2017

Camila Gomes Martins

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade explicar a Responsabilidade Civil do Estado ante a morte de detento sob sua custódia, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal. O STF considera a responsabilidade do Estado, neste caso, como objetiva. Primeiramente, apresenta-se uma evolução histórica da responsabilidade estatal por seus atos sob a influência das teorias da irresponsabilidade, Civilista, Publicista, falta de serviço e a teoria do risco administrativo. Posteriormente, explica-se a Teoria do risco administrativo, através do seu conceito, fundamentos, a previsão constitucional e as excludentes de responsabilidade que afastam a sua incidência. Ademais, a pesquisa demonstra como a teoria do risco administrativo corrobora para a responsabilidade objetiva do Poder Público na morte de preso. Destaca-se os principais julgados do tema, especificadamente o mais recente de repercussão geral o RE nº 841.526/RS e seus respectivos fundamentos para a unanimidade da decisão, destacando o dever constitucional do Estado em garantir a guarda e vigilância dos detentos que, ultimamente, tem sido alvo de críticas em meio ao crescente aumento da violência no sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade Civil. Teoria do Risco Administrativo. Morte de preso. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to explain the Civil Responsibility of the State before the death of a detainee under his custody, according to the position of the Federal Supreme Court. The STF considers the responsibility of the State, in this case, to be objective. First, it presents a historical evolution of the state responsibility for its acts under the influence of theories of irresponsibility, Civilian, Publicist, lack of service and the theory of administrative risk. Subsequently, the theory of administrative risk is explained, through its concept, fundamentals, constitutional forecasting and exclusionary responsibility that distract its incidence. In addition, the research demonstrates how the theory of administrative risk corroborates to the objective responsibility of the Public Power in the death of prisoner. It is worth noting the main judgments of the subject, specifically the most recent general repercussion of RE nº 841.526 / RS and their respective grounds for unanimity of the decision, highlighting the constitutional duty of the State to guarantee the custody and vigilance of the detainees that have lately been Target of criticism amid the growing increase in violence in the prison system.

KEYWORDS: Civil Responsibility. Theory of administrative risk. Death of prisoner. Federal Court of Justice.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

RE – Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	14
2.1 A concepção de Responsabilidade Civil do Estado	14
2.2 A Irresponsabilidade do Estado	15
2.3 As Teorias: Civilista, Publicista e da falta de serviço	18
2.4 A Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado ou Teoria do Risco Administrativo	21
2.5 A responsabilidade do Estado no Brasil	24
3 A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO	27
3.1 Concepção, fundamentos da Teoria do Risco Administrativo e previsão Constitucional	27
3.2 Excludentes da responsabilidade do Estado	34
4 A RESPONSABILIDADE ESTATAL NOS CASOS DE MORTE DE DETENTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA	39
4.1 A Análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal	39
4.2 A repercussão geral do Recurso Extraordinário 841.526/RS do STF	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a Responsabilidade Civil do Estado no caso de morte de detento à luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, a ideia de responsabilidade do Estado é um resultado da evolução histórica, passando pelas teorias que a explicam até a adoção da Teoria do Risco Administrativo no ordenamento jurídico atual.

A finalidade principal deste estudo é analisar a Responsabilidade Civil do Estado ante a morte de detento sob sua custódia, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal. No primeiro momento, demonstra-se uma evolução histórica do conceito de responsabilidade civil do Estado por seus atos na perspectiva de cada teoria, explica-se a utilização da Teoria do risco administrativo na responsabilidade civil do Poder Público através dos seus fundamentos e previsão constitucional (no art. 37, § 6º da CF) e as hipóteses de excludentes de responsabilidade estatal.

Destaca-se também na pesquisa o dever do Estado na garantia dos direitos inerentes ao preso sob sua custódia especialmente nos votos dos ministros ao longo da evolução jurisprudêncial sobre o tema, no terceiro capítulo será abordado os julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria e a tese de repercussão geral mais recente presente no Recurso Extraordinário nº 841.526/RS do STF.

A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, remete-se à teoria do risco administrativo, tanto por ato comissivo quanto omissivo, desde que demonstrado nexo causal entre o dano e a omissão do poder estatal. Além disso, é dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, assegurando-se os direitos fundamentais do detento, como a integridade física e moral e a dignidade da pessoa humana.

O tema proposto leva à reflexão sobre a evolução gradual da responsabilização do Poder Público por seus atos e a adoção da Teoria do risco administrativo para justificar a responsabilidade objetiva estatal. Diante dos recentes massacres e tumultos nos estabelecimentos prisionais, vem à tona o debate sobre a responsabilidade estatal, por ato omissivo ou comissivo, para ocorrência de tais eventos e também o dever de indenizar familiares dos detentos mortos.

O Brasil atravessa um sério problema de deficiência do sistema prisional em meio às crescentes ações de natureza indenizatória em face do Estado ante a morte de presidiários. Percebe-se que a situação calamitosa vai além do cunho jurídico, e representa um desafio para

as autoridades públicas diante da crise do sistema penitenciário brasileiro e as críticas ao Estado pela sua falha ao cumprir o seu dever de guarda e vigilância do preso sob sua custódia.

Há anos, a jurisprudência vem reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado no caso de mortes de detentos, ressaltando circunstâncias que afastam a incidência de tal responsabilidade. Além disso, recentemente o Supremo Tribunal Federal firmou no Recurso Extraordinário nº 841.526/ RS, de repercussão geral, a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em estabelecimento prisional.

O tema é de notável destaque tanto na jurisprudência quanto na doutrina, além de ter aspectos do Direito Administrativo e do Penal, pois aborda os deveres e responsabilidades do Estado frente a garantia da dignidade da pessoa humana como também reflete a realidade do sistema penitenciário brasileiro.

Através deste estudo, entende-se o potencial papel do Estado como garantidor da integridade física e moral de presos sob sua custódia, tendo por base a teoria do Risco Administrativo e seu reflexo no posicionamento firmado pelo STF acerca da matéria “Responsabilidade Civil do Estado na morte de detento”.

A construção dessa pesquisa parte de uma abordagem dedutiva, utilizando-se do método-histórico e da pesquisa bibliográfica. Dessa forma, a pesquisa tem como principais fontes os livros e a jurisprudência da matéria, especificadamente a do Supremo Tribunal Federal.

Através do embasamento teórico e dos julgados explicar-se-á o posicionamento sobre a responsabilidade civil Objetiva do Estado, traçando uma evolução do tema e explicando a Teoria do Risco Administrativo que norteia a responsabilidade objetiva, bem como o estudo dos julgados que corroboram para a caracterização da responsabilidade do Estado pela morte de detento.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 A concepção de Responsabilidade Civil do Estado

Inicialmente, trataremos da responsabilidade Civil do Estado a qual remete aos principais doutrinadores sobre o instituto. Essa construção conceitual está atrelada à evolução histórica da responsabilidade do Estado por seus atos.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a responsabilidade Civil é a obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização. Como obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir. (MEIRELLES, 2016)

De fato, a noção de responsabilidade civil é relevante para o Direito. A doutrina, a jurisprudência e a legislação reconhecem o papel do Estado em resarcir as vítimas dos seus atos. Sendo assim, é crucial a identificação do dano causado a terceiro por comportamento de agente Estatal.

“A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado”. (DI PIETRO, 2014, p. 715)

De acordo com Carvalho Filho:

O fato e a sua imputabilidade a alguém constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsor prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impõe responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato. (CARVALHO FILHO, 2017, p.371)

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a Responsabilidade do Estado se governa por princípios próprios, compatíveis com a sua posição jurídica, e por isso é mais extensa que a responsabilidade dada às pessoas privadas. (BANDEIRA DE MELLO, 2013)

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, mesmo lícitos, causem a pessoas determinados ônus maior do que o imposto aos demais. (DI PIETRO, 2014)

“Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1009)

A responsabilidade do Estado encontra-se entre os casos de responsabilização objetiva previstos na legislação. Nem sempre foi assim, houve uma longa evolução até chegar ao estágio atual. E o grande responsável por essa evolução foi o Direito Francês através do Conselho de Estado. (CAVALIERI, 2012)

“Tendo em conta a evolução da responsabilidade estatal e sua direção contínua no sentido de ampliar a proteção aos participantes, parece útil examinar-se, quanto de esporádica, sua trajetória, que é, também, o desvelar das diversas teorias surdidadas a respeito”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1017)

2.2 A Irresponsabilidade do Estado

Numa perspectiva histórica que retrata a irresponsabilidade estatal, temos que:

A irresponsabilidade civil do Estado remonta aos Estados Absolutistas que atuavam com autoridade (soberania) e sem qualquer limitação. Nesse período, a figura do Monarca se confundia com o próprio Estado, como demonstra a célebre frase atribuída a Luís XIV (“L’Etat c'est moi”: o Estado sou eu), bem como o poder estatal era normalmente encarado como poder divino, o que justificava a impossibilidade de atribuir falhas aos governantes (“The King can do no wrong”: o rei não erra; “Le roi ne peut mal faire”: o rei não pode fazer mal). (OLIVEIRA, 2017, p.868)

A responsabilidade civil do Estado passou por diversas mudanças ao longo dos anos. Assim, na metade do século XIX, a ideia que prevalecia era de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. Neste período, o Estado Liberal tinha uma atuação bastante limitada, dificilmente interferindo nas relações entre particulares. (CARVALHO FILHO, 2017)

Nas palavras do autor, comprehende-se que o Estado era o ente soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável por seus atos. Ressalta-se que essa teoria da Irresponsabilidade do Estado não prevaleceu por muito tempo em diversos países, demonstrando sua fragilidade.

A esse respeito Hely Lopes Meirelles explica a irresponsabilidade estatal no período monárquico:

Sob domínio dos Governos absolutos negou-se a responsabilidade do Estado, secularizada na regra inglesa da infabilidade real – “The king can do wrong” – extensiva aos seus representantes; sob a influência do liberalismo, assemelhou-se o Estado ao indivíduo, para que se pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos de

seus agentes; finalmente, em nossos dias, atribui-se à Administração Pública uma responsabilidade especial de Direito Público. (MEIRELLES, 2016, p. 780)

As monarquias absolutistas se fundavam na ideia de soberania, enquanto ente soberano, sem possibilidade de contestação dos seus atos. O Estado ditava as leis e a população obedecia. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

Ainda sobre a Irresponsabilidade do Estado, Cavalieri Filho afirma:

No estado despótico e absolutista vigorou o princípio da irresponsabilidade. A ideia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra” (*The king can do wrong*), “O Estado sou eu” (*L'Etat c'est moi*), “O que agrada ao príncipe tem força de lei” etc. Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 253)

O sistema monárquico era marcado pela centralização do poder nas mãos do rei, o qual ditava as leis à população. Dessa forma, as decisões políticas do soberano não poderiam ser contestadas e nem contrariadas por seus súditos.

A esse respeito, aponta o autor Cahali:

Essa fase também chamada de Regalista ou Regaliana, firma-se em três características básicas: a natureza irredutível da soberania do Estado, que proíbe a igualdade deste aos súditos; a figura do estado soberano enquanto próprio organizador do direito não poderia ser classificada como violadora do mesmo direito; e, em consequência, os atos contrários à lei praticados pelos agentes públicos jamais poderiam ser vinculados ao Estado, e sim ter responsabilização pessoal desses mesmos agentes (CAHALI, 2012, p. 18).

Entretanto, explica-se que, essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. Assim, observa-se que:

A noção de que o Estado era o todo-poderoso confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insusceptível de causar danos e ser responsável foi substituída pela do Estado de direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos e deveres comuns às pessoas jurídicas. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 373).

Percebe-se que essa teoria sofreu diversas críticas, haja visto que a mesma já estava sendo abandonada por países como Inglaterra e os Estados Unidos. Aos poucos o sistema monárquico mostrava decadência e, concomitantemente, a teoria tornava-se superada. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles assinala que:

A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e

pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes. (MEIRELLES, 2016, p. 780)

Nas palavras de Di Pietro (2014), a teoria da irresponsabilidade foi sendo combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, provocar danos a terceiros, pois sendo pessoa jurídica é titular de direitos e obrigações.

Ainda corrobora com a afirmação acima, o pensador Yussef Cahali:

Na doutrina, pôs-se em evidencia que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando sua irresponsabilidade. (CAHALI, 2012, p. 19).

Atualmente, o direito positivo das nações civilizadas admite a responsabilização civil do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, podendo variar aspectos específicos e de menor potencial no que toca à responsabilidade do agente, ao montante da reparação, à forma processual de proteção do direito etc. (CARVALHO FILHO, 2017)¹

Diante das severas críticas, deu-se início ao desenvolvimento da responsabilidade do Estado, conhecida também como Teoria Civilista pelos doutrinadores, conforme veremos no transcorrer do trabalho.

Inicialmente, a responsabilidade do Estado teve por marco relevante o famoso aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado “não é nem geral nem absoluta” e que se regula por regras especiais, desempenhou relevante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei (BANDEIRA DE MELLO, 2013).

Matheus finaliza que “O Estado, que, até então, agia irresponsavelmente, passou a ser responsável, em casos pontuais, sempre que houvesse previsão legal específica para responsabilidade. No Brasil, surgiu com a criação do Tribunal Conflitos, em 1873”. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 338)

2.3 As Teorias: Civilista, Publicista e da falta de serviço

¹ Apesar disso, alguns países de grande desenvolvimento só recentemente abandonaram a doutrina da irresponsabilidade do Estado. Os Estados Unidos, por exemplo, fizeram-no através do *Federal Tort Claim* (de 1946) e, a Inglaterra, através do *Crown Proceeding Act* (de 1947).

“O abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado marcou o aparecimento da doutrina da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente. Passava-se a adotar, desse modo, a doutrina civilista da culpa”. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 373)

“Essa teoria do ramo civilista é chamada de Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado, na qual o Estado responde tal como se fosse uma empresa privada responsável pelos atos de seus subordinados”. (DI PIETRO, 2016, p. 788)

De acordo com Matheus Carvalho,

Para que se possa admitir a incidência desta teoria, necessita-se da comprovação de alguns elementos: a conduta do Estado; o dano; o nexo de causalidade e o elemento subjetivo, qual seja, a culpa ou o dolo do agente. Esses elementos são indispensáveis para a caracterização da responsabilidade, pois, quando não observados, podem gerar a exclusão desta responsabilidade. A fase é chamada de civilista, porque a responsabilização do ente público ocorre nos moldes do direito civil. No Direito brasileiro, a responsabilidade subjetiva (teoria civilista) tinha embasamento no Código Civil de 1916, ora revogado. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 338-339)

Havia a necessidade de distinção entre os atos de império e os atos de gestão como uma forma de identificação de responsabilidade do Estado por seus atos. A esse respeito, Di Pietro explica 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 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 a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. (DI PIETRO, 2014, p. 717-718)

Os atos de império, o Estado em posição de supremacia em relação ao particular, em razão de sua soberania, não seria responsabilizado por atos eventuais. Já nos atos de gestão, o Estado se despe de seu poder de autoridade e atua em igualdade com o particular, possibilitando a responsabilidade do Estado com fundamento no Direito Civil. (MATHEUS CARVALHO, 2017).

Ainda, nas palavras de Matheus Carvalho:

Conforme entendimento da doutrina civil, a culpa decorre da demonstração de conduta praticada com imprudência, imperícia ou negligência pelo agente, mesmo porque qualquer atuação fora dos limites da lei já se configura negligente. Por sua vez, a demonstração do dolo depende da intencionalidade do agente em causar danos

ou, pelo menos, da assunção do risco conhecido pelo agente ao atuar. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 339)

Ainda assim, a responsabilidade dependeria da identificação do agente público e da demonstração da sua culpa, o que dificultava a reparação dos danos suportados pelas vítimas, especialmente em virtude da complexidade da organização administrativa. (RAFAEL OLIVEIRA, 2017).

Em consonância com o exposto acima, “A doutrina civilista ou da culpa civil, por sua vez, vem perdendo terreno a cada momento, com o predomínio das normas de Direito Público sobre as regras de Direito Privado na regência das relações entre a Administração e os Administrados”. (MEIRELLES, 2016, p. 780)

Além disso, Cavalieri acrescenta:

A noção civilista da culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço (*faute du servisse*, entre os franceses), que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Noutras palavras, o dever de indenizar do Estado decorre da falta do serviço, não já da falta do servidor. Bastará a falha ou mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 255)

Diante da evolução da responsabilidade do Estado, ver-se que a teoria Civilista foi superada, não mais restando a distinção entre atos de império e atos de gestão. Posteriormente, surge a teoria Publicista ou da Responsabilidade marcada pela culpa do serviço.

De acordo com Hely Lopes, “A doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo a terceiros” (MEIRELLES, 2016, p. 780)

A responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito (doloso ou culposo) que consiste em causar um dano a outrem ou de não impedir-lo quando sua obrigação era isto. (BANDEIRA DE MELO, 2013).

Para maior proteção à vítima do dano, chegou-se à responsabilidade subjetiva baseada na culpa do serviço. Aqui a vítima apenas deve comprovar que o serviço funciona mal ou funciona de forma inefficiente ou com atraso, sem necessariamente apontar o agente causador. Não se baseia na culpa do agente, mas na prestação do serviço como um todo, por isso denominado *Culpa anônima*. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

A partir da consagração da teoria da falta de serviço (culpa do serviço ou culpa anônima), a responsabilidade civil do Estado dependeria tão somente da comprovação, pela vítima, de que o serviço público não funcionou adequadamente. Ao invés de identificar o agente público culpado (culpa individual), a vítima deveria comprovar a falha do serviço, ou seja, a culpa anônima. (RAFAEL OLIVEIRA, 2017)

Para Celso de Melo, posteriormente surge a teoria da falta de serviço que aborda a noção de ausência do serviço, mal funcionamento ou funciona tardiamente, conforme trecho abaixo:

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du servisse* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou “falta de serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva. (BANDEIRA DE MELO, 2013, p. 1019)

Ainda assim, o reconhecimento subsequente da culpa administrativa passou a representar um estágio evolutivo da responsabilidade do Estado, eis que não era mais necessária a distinção entre atos de império e atos de gestão, causadora de tantas incertezas. (CARVALHO FILHO, 2016).

“Em suma, a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados”. (BANDEIRA DE MELO, 2013, p. 1019)

Hely Lopes Meirelles complementa o raciocínio ao destacar que:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela indeferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*. (MEIRELLES, 2016, p. 781)

Percebe-se que a teoria da *Faute du Service* é de natureza subjetiva, ou seja, dependendo da comprovação da culpa no serviço. Dessa forma, coaduna com essa ideia Bandeira de Melo: “É mister acentuar que a responsabilidade por falta de serviço, falta do serviço ou culpa do serviço não é de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, é de responsabilidade subjetiva porque é baseada na culpa (ou dolo) ”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.1020)

Na Teoria da *Faute du Service* cumpre que exista a culpa (ou dolo) que caracteriza a responsabilidade subjetiva. Além disso, outro ponto marcante dela é a presunção de culpa, a qual, quando presente, possibilita à vítima a desobrigação de comprová-la. Entretanto, se o poder Público demonstrar que se comportou com diligencia, perícia e prudência ficará isento da responsabilidade de indenizar a vítima. (BANDEIRA DE MELLO, 2013)

2.4 A Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado ou Teoria do Risco Administrativo

A Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que resta a alguém em virtude de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera jurídica protegida de outrem. Para configurá-la tem-se a mera relação causal entre o comportamento e o dano. (BANDEIRA DE MELO, 2013)

Impende cita Matheus Carvalho quanto aos elementos identificadores da responsabilidade objetiva:

Para que haja responsabilidade objetiva, nos moldes do texto constitucional, basta que se comprovem três elementos, quais sejam: a conduta de um agente público, o dano causado a terceiro (usuário ou não do serviço) e o nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano. Nota-se que não há necessidade de comprovação do requisito subjetivo, ou seja, o dolo ou culpa do agente público causador do dano ou até mesmo a culpa do serviço, pela demonstração de serviço mal prestado como ensejador do dano. Se o agente público comprovar que agiu com diligência, prudência e perícia e que não teve a intenção de causar qualquer espécie de dano, ele estará isento de responsabilização pessoal perante o Estado, mas não influencia na responsabilidade do ente público. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 340)

Contrapondo-se à Teoria da culpa administrativa que exige a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço. Na primeira, a culpa é presumida da falta administrativa, nesta é inferida do fato lesivo da Administração. (MEIRELLES, 2016).

Em relação a responsabilização estatal temos, Matheus Carvalho explica:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação do poder público recompor prejuízos causados a particulares, em dinheiro, em decorrência de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, quando imputados aos agentes públicos, no exercício de suas funções. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p.339)

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 consolida a responsabilidade civil objetiva das pessoas de direito público e estende a sua incidência para englobar as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, assegurando direito de regresso

em face de seus respectivos agentes que respondem de forma subjetiva. (RAFAEL OLIVEIRA, 2017)

Acerca de quem são os indivíduos considerados agentes públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

Quem são as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes públicos, cujos comportamentos, portanto, ensejam engajamento da responsabilidade do Estado? São todas aquelas que tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1025)

Porquanto, a Carta Magna vigente regula a matéria no art. 37, § 6º, que afirma:

“ As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (CARVALHO FILHO, 2017)

“A regra constitucional faz referência a duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 375)

São objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito público: as pessoas componentes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica. Quanto a outra categoria (as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos), o Constituinte teve a intenção de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aquelas com personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que caberiam ao Estado. (CARVALHO FILHO, 2017)

Ademais, no que se refere ao caráter objetivo da responsabilização “Ressalta-se que a responsabilização do Estado, estampada no texto constitucional, é objetiva, mas a responsabilização do agente, perante o Estado, é subjetiva, decorrendo de comprovação de dolo ou de culpa”. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 341)

Em relação à Teoria da responsabilidade objetiva, Hely Lopes Meirelles destaca:

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, 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, 2016, p. 786)

No que se refere à aplicação da teoria da responsabilidade objetiva da Administração, estando presentes os devidos pressupostos, tem esta o dever de indenizar o lesado pelos danos que lhe foram causados sem que se faça necessária a investigação sobre se a conduta administrativa foi, ou não, conduzida pelo elemento culpa. (CARVALHO FILHO, 2017)

A esse respeito, Di Pietro esclarece o nexo de causalidade da teoria da responsabilidade objetiva:

Nessa teoria a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano. (DI PIETRO, 2014, p. 719)

De acordo com Cavalieri, “ [...] Nesta fase, o Estado responde porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 256)

Vale mencionar, ainda, a teoria do risco integral. Ela está presente em algumas hipóteses, dentre elas tem-se previsão constitucional que trata de dano oriundo de atividade nuclear (art. 225, § 3º, CRFB).²

A teoria do *risco integral* é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar do Estado mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. (CAVALIERI FILHO, 2012)

Para Hely Lopes Meirelles, a teoria do risco integral é uma modalidade extremada do risco administrativo. Por ser essa forma tão radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar qualquer dano suportado por terceiros, mesmo que resultante de culpa ou dolo da vítima. (MEIRELLES, 2016)

A teoria do risco integral parte da premissa de que o ente público é garantidor universal e, conforme essa teoria, a simples existência do dano e do nexo causal é suficiente para que suja a obrigação de indenizar para a Administração, pois não admite nenhuma excludente de responsabilidade estatal. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

²Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

2.5 A responsabilidade do Estado no Brasil

No Brasil, não passamos pela fase da Irresponsabilidade do Estado. Mesmo diante da ausência de disposição legal específica, a tese da responsabilidade estatal sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito. (CAVALIERI, 2012)

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “O certo é que jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1043)

Di Pietro delineia, “ As Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previsse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções”. (DI PIETRO, 2014, p. 721)

Bandeira de Mello afirma que “Em 1934, o decreto 24.216 pretendeu restringir a responsabilidade do Estado, excluindo-a nos casos em que o agente administrativo tivesse caráter criminoso, salvo se o poder Público competente o mantivesse no cargo após a verificação do fato”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1045)

Ademais, Bandeira de Mello pontua que:

Inicialmente, prevaleceu, como de resto, sucedia no exterior, a tese de culpa civil. É dizer: o Estado respondia quando o funcionário seu, atuando no exercício da função, procedia de modo culposo, por negligência, imprudência ou imperícia. Evoluiu, ao depois, para a noção de falta de serviço, para finalmente aceitar, assaz de vezes, a responsabilidade objetiva. Esta progressão caminhou, a cotoio, à frente da legislação. A doutrina, sobretudo, e a parte dos juízes sustentaram teses avançadas em relação do Direito Positivo, procurando extrair, mediante interpretação sistemática da ordenação jurídica, posições bastante evoluídas. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1043-1044)

A Constituição Federal de 1946 passou a dar diferente redação para regular a matéria. Nos termos do art. 194, ficou assentado que “*as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros*”. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 374)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o art. 194 da Constituição acima introduziu a teoria da responsabilidade objetiva, trazendo a possibilidade de o Estado compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de

funcionário, à margem de qualquer culpa ou falta de serviço. (BANDEIRA DE MELLO, 2013)

Posteriormente, Cavalieri aborda que:

Destarte, a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado Brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas, tão somente, da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração impõe-se à força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. (CAVALIERI, 2012, p. 260)

A Constituição de 1967 já acrescenta, em seu artigo 105 no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão essa não incluída no preceito da Constituição anterior. (DI PIETRO, 2014)

Nas palavras de Bandeira de Mello:

No que atina às condições para engajar responsabilidade do Estado, seu posto mais evoluído é a responsabilidade objetiva, a dizer, independente de culpa ou procedimento contrário ao Direito. Essa fronteira também já é território comparado, em largo trecho ao Direito Contemporâneo. Aliás, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art. 194), passando pela Carta de 1967 (art. 105), pela Carta de 1969, dita Emenda 1 à Constituição de 1967(art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concerne, equivalem ao atual art. 37, § 6º. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1014-1015)

Para Bandeira de Mello, “À diferença da Constituição de 1946, expressamente referiu-se ao cabimento da ação regressiva, também, nos casos de dolo do funcionário, no que, de resto, confirmava a interpretação que sempre se dera ao art. 194 da Lei Magna de 1946”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1046)

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

[...] Só louvores merece a diretriz constitucional, mantida na vigente Constituição (art. 37, 6º), que harmoniza os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas, em face do complexo mecanismo do Poder Público, que cria riscos para o administrado e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda, pela hipertrofia dos privilégios estatais. (MEIRELLES, 2016, p. 784)

Nas palavras de Cavalieri, “Em nosso entender, o art. 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”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 267)

Para o autor, com relação ao entendimento dos Tribunais:

Os nossos Tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 269)

Há incidência da responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de guardar a integridade física do indivíduo e este vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Desse modo, alunos da rede pública, ou detentos quando são acometidos por algum dano estando a guardar do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada alguma causa excludente da responsabilidade estatal.³ (MEIRELLES, 2016)

3 A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO

3.1 Concepção, fundamentos da Teoria do Risco Administrativo e previsão Constitucional

A atividade administrativa tem como finalidade o bem comum e trata-se de uma atividade potencialmente danosa. Assim, surge a obrigação econômica de reparação de dano pelo Estado pelo simples fato de assumir o risco pelo exercício dessa atividade, independente da má prestação do serviço ou da culpa por parte do agente público. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

Consoante o exercício da atividade estatal e o risco dessa atividade, cabe mencionar Celso Antônio Bandeira de Mello:

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 propiciarião 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. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1034)

À luz na Itália, na Bélgica e, sobretudo, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na teoria do risco administrativo, que terminou sendo adotada

³ STF RT 733/130, RE 260.498, RE 190.615 (perda do globo ocular causada a aluno por outro no recinto da escola pública), RE 409.203 (estupro cometido por “fugitivo contumaz” e não submetido a regime prisional adequado); no episódio conhecido como “Rebelião Carandiru” reconheceu-se o dever de indenizar (AI 299.125); STJ, REsp 5.711 (detento assassinado por colega de cela).

pela lei brasileira em determinadas situações, e também pelo Código Civil no art. único do seu art. 927, art. 931 e outros. (CAVALIERI, 2012)

Assim, a Teoria do Risco Administrativo pressupõe que o Estado assume prerrogativas especiais e distintas tarefas em relação aos cidadãos que possuem riscos de danos inerentes. (RAFAEL OLIVEIRA, 2017)

No mesmo sentido, em relação aos riscos sofridos por terceiros, destaca-se:

O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou. Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1034)

Cabe esclarecer que a responsabilidade em tais casos está correlacionada com o risco suscitado. No entanto, se a lesão sofrida não guardar qualquer vínculo com este pressuposto, não haverá falar em responsabilidade objetiva. (BANDEIRA DE MELLO, 2013)

Nos estudos de Cavalieri, tem-se que:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152)

A teoria do risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer circunstância o dano suportado pelo particular, significa, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do terceiro lesado do dano, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.⁴ (MEIRELLES, 2016)

Segundo Hely Lopes, para se obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e comprove o nexo causal entre o fato lesivo e o dano. Assim, comprovados os dois elementos supracitados, surge a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbe à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para tal evento. Enquanto não demonstrar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. (MEIRELLES, 2016)

⁴ STF, RE 113.587-5-SP, DJU 3.4.92; RE 120.224-SP, DJU27.8.93

No que tange à indenização, não se pode confundir o art. 37, § 6º da CF que tece a responsabilidade extracontratual estatal com outras situações previstas no ordenamento jurídico. Desse modo, a previsão de indenização na lei 8.666/93 por descumprimento de contratos administrativos, neste caso é inaplicável a teoria do risco administrativo porque tais indenizações têm origem contratual. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

A expressão “*nessa qualidade*” presente no artigo 37, § 6º da CF, o Estado só pode ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou se estiver conduzindo a pretexto de exercê-la. Assim, se causar dano a terceiro no decorrer de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil. Nessa linha de raciocínio ocorre que o Estado foi responsabilizado em decorrência de danos causados por policial militar sem mesmo sem frada, usou arma da corporação. Nesse caso, não exercia a função, mas ao se utilizar da arma teve pretexto de exercê-la. (CARVALHO FILHO, 2017)

Ademais, conforme Cavalieri Filho explica, “ haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro”. (CAVALIERI, 2012, p. 262)

Para fins distintivos da teoria do Risco administrativo, impende conceituar a teoria do Risco Integral a qual, segundo Matheus Carvalho:

A teoria do risco integral parte da premissa de que o ente público é garantidor universal e conforme esta teoria, a simples existência do dano e do nexo causal é suficiente para que surja a obrigação de indenizar para a Administração, pois não admite nenhuma das excludentes de responsabilidade. Nesses casos, não se adota a causalidade adequada e, desta forma, não se admite a exclusão do nexo causal, sendo o ente público responsável ainda que sua conduta, remotamente, concorra para a prática do dano. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 348)

A teoria do Risco Administrativo responsabiliza o ente público objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a particulares, entretanto, admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações em que se configure a exclusão de alguns dos elementos identificadores da responsabilidade objetiva. O Brasil, atualmente, adota esta teoria. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

Vale ressaltar ainda sobre a responsabilidade objetiva que:

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço etc. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 373)

Enfatiza-se que embora a teoria do risco administrativo dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Estado demonstre a culpa da vítima para excluir ou amenizar a indenização decorrente da atividade administrativa. (MEIRELLES, 2016)

O § 6º do art. 37 da CF orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob o enfoque do risco administrativo. Não chegou aos extremos do risco integral. É o que se entende do texto constitucional e tem-se admitido reiteradamente pela jurisprudência com base na melhor doutrina. (MEIRELLES, 2016)

Na Constituição Federal estão contidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público. A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o art. 37, § 6º da CF, o dano a terceiros, em decorrência da prestação de serviço público (incidência do nexo causal). O STF firmou entendimento favorável a existência de responsabilidade objetiva decorrente de dano causado a terceiro, independente da qualidade de usuário de serviço público⁵. (DI PIETRO, 2014)

Quanto à responsabilização do estado pelo dano causados a particulares, tem-se previsão constitucional a saber:

Dispõe o art. 37, § 6º, da CF que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real. Todavia, como essa vontade é imputada ao Estado, cabe a este a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 376)

O Código Civil acolheu a teoria da responsabilidade objetiva, atrelada a ideia de risco. Consoante com o artigo 927, parágrafo único, “ haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (DI PIETRO, 2014).

Dessa forma, “ O Estado é realmente um sujeito político, jurídico e economicamente mais poderoso que o administrado, gozando de determinadas prerrogativas não estendidas aos demais sujeitos de direito”. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 347)

A teoria do risco administrativo pressupõe que o Estado possui responsabilidade, Rafael Oliveira destaca:

⁵ RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 26-8-0. DJe nº 237.

Em razão dos benefícios gerados à coletividade pelo desenvolvimento das atividades administrativas, os eventuais danos suportados por determinados indivíduos devem ser suportados, igualmente, pela coletividade. O resarcimento dos prejuízos é efetivado pelo Estado com os recursos públicos, ou seja, oriundos das obrigações tributárias e não tributárias suportadas pelos cidadãos. Dessa forma, a coletividade, que se beneficia com a atividade administrativa, tem o ônus de ressarcir aqueles que sofreram danos em razão dessa mesma atividade. Trata-se da adoção do princípio da repartição dos encargos sociais, vinculado ao princípio da igualdade (isonomia). (OLIVEIRA, 2017, p. 871)

A teoria do risco administrativo possui fundamentos que a justificam e demonstra os ônus suportados por toda coletividade, destacando-se abaixo:

Em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, valeram-se os juristas da teoria do risco, adaptando-a para a atividade pública. Resultou, daí a *teoria do risco administrativo*, imaginada originalmente por León Duguit e desenvolvida por renomados administrativistas, teoria, essa, que pode ser assim formulada: a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 257)

Ademais, acrescenta-se como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O estado, ao ser condenado a reparar os danos causados a terceiro, não seria o sujeito pagador direito; ou seja, os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada membro da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária da atividade estatal. (CARVALHO FILHO, 2017)

Frisa-se que a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco gerado pela sua atividade administrativa. Esta teoria surge como expressão do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. Constitui forma democrática de repartição dos ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração. Assim, toda lesão sofrida pelo terceiro deve ser resarcida, independentemente de culpa do agente público que a provocou. (CAVALIERI FILHO, 2012)

Celso de Mello pontua os sujeitos que comprometem o Estado ensejando na responsabilidade do Poder Público:

Daí, que acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1026)

Ainda sobre a repartição dos ônus pela coletividade, tem-se que a teoria do risco administrativo se baseia no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos a membros da sociedade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Assim, para compensar essa desigualdade individual, criada pela Administração, todos os outros membros da sociedade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário. (MEIRELLES, 2016)

Acerca da Teoria do risco que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica:

Essa doutrina se baseia no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário. (DI PIETRO, 2014, p. 719)

Verifica-se, portanto, que os postulados que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seus fundamentos na justiça social, diminuindo as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais. (CARVALHO FILHO, 2017)

Ainda de acordo com Hely Lopes Meirelles tem-se que:

[...] O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua vez objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados Modernos, inclusive no Brasil que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/46. (MEIRELLES, 2016, p. 781)

Conforme o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento da responsabilidade estatal visa garantir repartição dos danos:

No caso de comportamento lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos 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. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1023)

O Estado, em certas circunstâncias, cria situações de risco que levam à ocorrência de danos. Através de um comportamento positivo, o Estado assume risco de provocar danos a

terceiros. Nesses casos, o Estado responde objetivamente por ele, ainda que não demonstre conduta direta de um agente público. As situações mais recorrentes decorrem da guarda de pessoas ou coisas, como por exemplo o caso de detentos de um presídio, de crianças dentro de uma escola pública e de armazenamento de armas. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

Ainda, conforme explana Matheus Carvalho, ocorre o caso fortuito em virtude da custódia do ente estatal:

Em tais situações, a doutrina especializada entende que o Estado responderá, ainda que haja uma situação de caso fortuito, bastando a comprovação de que este fortuito só foi possível em virtude da custódia do ente estatal. Tal situação é o que a doutrina designa fortuito interno (ou caso fortuito). Logo, se, por exemplo, uma rebelião de presos causa a morte de um refém, o estado é responsável, não podendo alegar que se trata de caso fortuito. Em sentido contrário, se um preso é atingido por um raio dentro do presídio, a princípio, não haveria responsabilização do Estado, haja vista o dano decorrer de um fortuito externo (ou força maior), ou seja, totalmente alheio e independente da situação de custódia. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 351)

Compete frisar, como base no mesmo autor, que a responsabilização nestes casos, dependerá somente da comprovação de que a custódia ensejou a ocorrência do dano, mesmo que situações supervenientes tenham contribuído para o dano. Trata-se aqui a chamada teoria da *condicio sine qua non*, a responsabilizar o Estado em casos de custódia. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

Coaduna com este posicionamento Celso Bandeira de Melo, ao explicar que a responsabilidade objetiva por danos oriundos de coisas ou pessoas perigosas sob a guarda do Estado aplica-se também aos que se encontram sob sua guarda. Dessa forma, se um detento fere ou mutila outro detento, o Estado responde objetivamente porque cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente ao ambiente onde convivem infratores. (BANDEIRA DE MELLO, 2013)

Cavalieri afirma, “ A responsabilidade objetiva exsurge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia ter sido ela exercida com a violação do dever de segurança, que se contrapõe ao risco”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 155)

Para Celso de Melo, a existência de estabelecimentos como o presídio é necessário para a sociedade, assim:

Uma vez que a sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. Daí que os danos eventualmente surgidos em decorrência desta situação de risco e por força da proximidade de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta é a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas sobre alguns, os lesados, mas que

foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos. (BANDEIRA DE MELO, 2013, p. 1034-1035)

Em relação à segurança e ao risco da atividade do Estado, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-la com segurança, sob pena de ter que responder independentemente de culpa. Se, de um lado, a ordem jurídica garante a liberdade de ação, a livre iniciativa etc., de outro, garante a plena e absoluta proteção do ser humano. Na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar parte da ideia de violação do direito de segurança da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2012)

Para Cavalieri Filho tem-se que:

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionado a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação resarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constituía 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. (CAVALLIERI, 2012, p. 261)

Para Carvalho quanto à aplicação da responsabilidade objetiva: “A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva”. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 377)

3.2 Excludentes da responsabilidade do Estado

Segundo Rafael Carvalho, por meio da teoria do risco administrativo adotado como vimos pelo art. 37, § 6º da Carta Magna, o Estado pode se defender nas ações indenizatórias através do nexo de causalidade. Ou seja, demonstrando que o dano suportado pela vítima não foi causado pela ação ou omissão administrativa. São as chamadas causas excludentes do nexo causal. (RAFAEL OLIVEIRA, 2017)

O Direito Brasileiro adotou, para o entendimento majoritário da doutrina a teoria do risco administrativo, a fim de justificar a responsabilidade civil objetiva do Estado. Dessa forma, afastada, nas situações ordinárias, a aplicação da teoria do risco integral, são admitidas situações que ensejam a exclusão da responsabilidade estatal. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 351)

Para configurar a responsabilidade civil objetiva basta a existência de três pressupostos. O primeiro é o fato administrativo como qualquer forma de conduta, comissiva

ou omissiva atribuída ao Poder Público. O segundo é dano, o qual não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. O terceiro é o nexo causal (ou causalidade) entre o fato administrativo e o dano. (CARVALHO FILHO, 2017)

Ainda, segundo Matheus Carvalho: “ A princípio três são os elementos definidores da responsabilidade civil pública, quais sejam: conduta do agente público, atuando nessa qualidade, dano causado a um particular e nexo de causalidade entre conduta e o dano”. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 353)

Celso Bandeira de Mello complementa o raciocínio ao destacar:

Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1040)

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, entretanto deixara de incidir quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias. Além disso, nem sempre os tribunais aplicam a teoria do risco administrativo, sendo observadas as excludentes da responsabilidade civil do Estado. (DI PIETRO, 2014)

Matheus Carvalho assinala, sistematicamente, o seguinte:

Sendo assim, se, para a configuração da responsabilidade estatal, devem concorrer os três elementos, a ausência de qualquer um destes exclui o dever de indenizar do ente público. Dessa forma, a doutrina que aponta caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, como únicas hipóteses de excludentes de responsabilidade, está totalmente equivocada, já que essas hipóteses são apenas exemplos dessas situações. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 351)

Cabe mencionar que a incidência da responsabilidade do Estado está vinculada à previsibilidade e à evitabilidade do evento danoso. O Estado não pode ser responsabilizado por eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências inevitáveis. (RAFAEL OLIVEIRA, 2017)

De acordo com Matheus Carvalho, se não houver dano jurídico estará afastada a responsabilidade do Estado, do mesmo modo se exclui a responsabilização pública se não houver conduta de agente público, ou se ele não estiver atuando na qualidade de agente quando da prática da conduta. A exclusão do nexo causal retira o dever de indenização do Estado. Assim, encaixam-se as hipóteses de excludentes mencionadas. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

Conforme Celso de Mello, a ausência de nexo causal implica a não incidência da responsabilidade. Por exemplo, um veículo militar estando estacionado e sobre ele se precipite um automóvel particular, sofrendo avarias somente o último. Nesse caso, sabe-se que sem os dois veículos não haveria a colisão e o respectivo dano, mas o veículo do Estado não causou o dano. Ou seja, não houve a relação causal que ensejaria a responsabilidade do Estado. (BANDEIRA DE MELLO, 2013)

Assim, Bandeira de Mello ratifica:

Nos casos ora cogitados (de responsabilidade objetiva), eventual invocação de força maior – força da natureza irresistível – é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado. O que exime o Poder Público de responder é sempre a não configuração dos pressupostos. Por isso é que responde se criou situação perigosa, mesmo quando a força maior interfere atualizando o perigo potencial (cf.ns. 64 e 66). O caso fortuito não é utilmente invocável, pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porquê da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1041)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro complementa o tema ao afirmar que “são apontadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Como causa atenuante, é apontada a culpa concorrente da vítima”. (DI PIETRO, 2014, p. 725)

Mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer, se nesta hipótese ocorrer omissão do Poder Público na prestação do serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocarem enchentes, devastando diversas coisas e pessoas, o Estado responderá se for comprovado que se houvesse serviços de limpeza de rios ou bueiros fossem suficientes para impedir a enchente. (DI PIETRO, 2014)

Corrobora com o entendimento, Rafael Oliveira: os eventos naturais ou humanos imprevisíveis que causam danos às pessoas constituem caso fortuito ou força maior e excluem o nexo causal. Todavia, o Poder Público será responsabilizado, em caso de inundação causada por chuva, quando comprovada a sua contribuição para tal evento como a ausência de desentupimento dos bueiros. (RAFAEL OLIVEIRA, 2017)

Tratando da hipótese de culpa exclusiva da vítima, destaca-se:

A primeira causa excludente do nexo causal refere-se à hipótese em que o dano é causado por fato exclusivo da própria vítima (autolesão). Assim, por exemplo, não há responsabilidade civil do Estado quando o particular comete suicídio. Todavia, nos casos em que o Estado contribuir, de alguma forma, por ação ou omissão com o suicídio, restará configurada a sua responsabilidade, tal como já decidiu o STJ em

relação ao suicídio do preso no interior de uma penitenciária quando demonstrada a omissão do Estado no seu dever específico de garantir a integridade física e a vida dos presos ⁶(RAFAEL OLIVEIRA, 2017, p. 874)

Com relação à culpa exclusiva da vítima temos que o lesado é o único causador de seu próprio dano ou que ao menos tenha contribuído de certa forma para a ocorrência do dano. Nesta hipótese o Estado não tem qualquer responsabilidade civil, sendo que faltam os pressupostos do fato administrativo e da relação de causalidade. (CARVALHO FILHO, 2017)

Vale mencionar Matheus Carvalho:

Por fim, cumpre ressaltar que, em determinadas situações, não se pode atribuir exclusivamente à vítima o dano causado, porém, verifica-se sua participação no evento danoso. Trata-se de situação de culpa concorrente entre a vítima e o ente público. Nesses casos, não obstante não seja possível a exclusão da responsabilidade, haverá redução do valor indenizatório a ser pago pelo Estado. (MATHEUS CARVALHO, 2017, p. 351)

Segundo Rafael Oliveira, enquanto as causas excludentes rompem o nexo de causalidades e afastam a responsabilidade do estado diante de tais casos, as causas atenuantes amenizam o valor da indenização paga pelo Estado. (RAFAEL OLIVEIRA, 2017)

“A culpa de terceiros também tem sido apontada como excludentes de responsabilidade. No entanto, nem sempre é essa a solução diante das inovações introduzida pelo Código Civil de 2002”. (DI PIETRO, 2014, p. 726)

Para Maria Sylvia Zanella:

No caso de deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente (conforme previsto no art. 188, II, do Código Civil)⁷, a regra é a de que incide a responsabilidade de quem praticou tais atos. Essa responsabilidade se exclui com a invocação da culpa da vítima (art. 929)⁸, mas não se exclui com a culpa de terceiro, contra o qual é possível ser exercido o direito de regresso (art. 930)⁹ (DI PIETRO, 2014, p. 726)

A situação decorrente de danos provocados por fatos de terceiros assemelha-se à relativa aos fatos imprevisíveis no que se refere a responsabilidade civil da Administração.

⁶ STJ, 1. Turma, REsp 847.687/GO, Rel. Min. José Delgado, DJ 25.06.2007, p. 221, *Informativo de Jurisprudência do STJn* 301. Vide também: STF, RE 841.526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-159 01.08.2016, Informativo de Jurisprudência do STF n. 819. Posteriormente, o STJ afirmou a responsabilidade civil do Estado por permitir que militar, notoriamente depressivo, tivesse acesso à arma de fogo, tentando colocar fim à própria vida (STJ, 1.^a Turma, REsp 1.014.520/DF, Min. p/ acórdão Luiz Fux, DJe 01.07.2009, *Informativo de Jurisprudência do STJn* 397).

⁷ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

II - A deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

⁸ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

⁹ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver resarcido ao lesado.

Sem que se possa imputar atuação omissiva direta ao Estado, não há de responsabilizá-lo por atos de terceiros. A não ser mediante constatação de que a omissão foi a responsável pela ocorrência do dano é que se responsabilizará o Estado. (CARVALHO FILHO, 2017)

Cavalieri ressalta o seguinte conceito de *terceiro*:

“Terceiro” indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual não tem vínculo jurídico preexistente. Logo, o 6º do art. 37 da Constituição refere-se à responsabilidade extracontratual do Estado. Não incide nos casos de responsabilidade contratual, porque aquele que contrata com o Estado não é terceiro; já mantém vínculo jurídico com a Administração, pelo que, ocorrendo o inadimplemento estatal, a responsabilidade deverá ser apurada com base nas regras que regem o contrato administrativo. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 266)

Para que ocorra a exclusão da responsabilidade objetiva deve estar ausente pelo menos uns dos seus elementos como a conduta, dano e o nexo de causalidade. A culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior constituem excludentes de responsabilidade, pois são hipóteses de interrupção do nexo de causalidade. (MATHEUS CARVALHO, 2017)

4 A RESPONSABILIDADE ESTATAL NOS CASOS DE MORTE DE DETENTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

4.1 A Análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal

Desde períodos remotos, a nossa jurisprudência considera a responsabilidade do Estado. Casos existem aos racimos, não havendo como lavar-se da ideia de que o Judiciário brasileiro sempre esteve atento em garantir o cumprimento da obrigação estatal ante o resarcimento dos danos aos particulares. (BANDEIRA DE MELLO, 2013)

Especificadamente, no caso de guarda de detentos, o Estado possui a responsabilidade civil objetiva quanto aos eventuais danos aos prisioneiros. Desse modo, Cavalieri expõe:

A responsabilidade do Estado em casos tais é, indiscutivelmente, objetiva, porque é o próprio Poder Público que, sem ser o autor direto do dano, cria, por ato seu, a situação propícia para a sua ocorrência. Não seria justo e nem jurídico que apenas alguns sofressem os prejuízos decorrentes da explosão de um paiol de munições ou da evasão de presidiários que, ao fugirem, praticam atos de violência contra as pessoas e coisas nas proximidades do presídio. Tendo em vista que estes estabelecimentos são instituídos em proveito de todos, é natural que os danos deles decorrentes sejam também por todos suportados. Aplica-se, aqui, a teoria da guarda. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 284)

Conforme entendimento da Suprema Corte, na análise dos seus julgados sobre a responsabilidade civil do Estado, percebe-se a tendência do Supremo em defender o dever do Estado no caso de morte do detento no estabelecimento prisional. Abaixo a decisão RE nº 418.566/PB-AgR:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 418.566/PB-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 28/3/08).

Percebe-se que ligado à Teoria do risco administrativo, o Estado pelo seu dever de guarda, garantirá à família do detento indenização por danos morais e materiais. Isso porque o Estado tem a responsabilidade civil objetiva para garantir a integridade física e moral do preso (artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal)¹⁰ sob sua custódia.

De acordo com Celso Bandeira de Mello, há muitos anos os Tribunais brasileiros invocabam a responsabilidade civil do Estado. Em suas decisões, tomam por estribo a previsão constitucional (o art. 37, § 6º), atribuindo como regra no ordenamento a responsabilidade objetiva, ressalvando as hipóteses de responsabilidade subjetiva nos casos de “falta de serviço” ou “culpa do serviço”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013)

No mesmo posicionamento, segue entendimento da Suprema Corte que reafirma a responsabilidade do Estado por dano causado à integridade física do preso. Tem-se a decisão transcrita abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. OMISSÃO ESTATAL. INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Tribunal possui o entendimento de que o Estado se responsabiliza pela integridade

¹⁰ XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

física do preso sob sua custódia, devendo reparar eventuais danos. Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à existência de nexo causal entre a omissão do Estado e o resultado morte, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravo regimental improvido" (AI nº 799.789/GO-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º/2/11)

No caso acima, o relator Ministro Ricardo Lewandowski afirma a responsabilidade civil objetiva do Estado no seguinte trecho do seu voto:

Isso porque a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que, em caso de morte de detento sob custodia do Estado, surge a obrigação deste em indenizar os danos por esse fato decorrentes, uma vez que o Estado tem o dever de zelar pela incolumidade física e moral do preso, de modo a tomar todas as medidas necessárias para impedir o evento. Essa responsabilidade, conforme consignado na decisão agravada, é objetiva. Nessa linha de raciocínio, à título de exemplo, confira-se:

"EMENTA: 1. RECURSO Extraordinário. Não conhecimento. Intempestividade não corrente. Interposição por meio de protocolo descentralizado. Agravo provido. Demonstrada a tempestividade do recurso, deve este ser apreciado. 2. RECURSO Extraordinário. Inadmissibilidade. Responsabilidade objetiva do Estado. Morte de preso. Valor da Indenização. Matéria fática. Aplicação da súmula 279. Seguimento negado. Não se admite, em recurso extraordinário alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República, nem tampouco de violação que dependeria de reexame prévio de provas" (AI 724.018-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma).

"EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 418.566-AgR/PB, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma). (p. 4)

Nota-se que a teoria do risco administrativo é mencionada, tendo em vista o cabimento da responsabilidade objetiva do Estado pelo seu dever de guarda do preso. O Poder Público deve tomar todas as medidas necessárias para impedir a morte do preso e caso ocorra a morte do presidiário, restará a indenização pelo Estado à família do preso.

Ainda partindo do posicionamento do STF, tem-se o caso do RE nº 372.472, cujo relator é o Ministro Carlos Velloso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., 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, está 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. - R.E. conhecido e não provido. " (RE 372472, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 28-11-2003 PP-00033 EMENT VOL-02134-05 PP-00929)

Na decisão acima, trata-se do dever do Estado de guarda do preso sob custódia. Ocorreu a morte do detento por outro preso no estabelecimento prisional, sendo que a Administração do presídio afastou os dois detentos. Conforme relator, o acordão recorrido para decidir a causa alinhou os seguintes fundamentos:

(...)

Mencionou o apelante que o preso deu causa ao evento que redundou na sua morte, porquanto deflagrou a desavença existente com seu assassino.

Acrescentou que a Administração do presídio se encarregou anteriormente de afastar os dois detentos, mas, mesmo diante da advertência e providências da Administração, o falecido permaneceu em seu estado de beligerância e contenda com o presidiário que veio a assassiná-lo, assumindo, assim, o risco de ser alvejado, o que exime o Estado de qualquer encargo obrigacional.

A teoria do risco administrativo, consagrada no mandamento previsto no art. 37, 6º, da Constituição Federal, que informa o princípio da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da simples ocorrência de ato lesivo causado à vítima por ação ou omissão a que os agentes públicos derem causa, o dever de indenizá-la pelo dano moral ou material sofrido, independentemente da caracterização de culpa dos agentes estatais.

No caso, para apuração da responsabilidade objetiva, o que se perquire é o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o evento danoso. E este nexo, ao meu ver, encontra-se devidamente caracterizado, porquanto o detento foi assassinado por outro detento no interior da penitenciária. Dr. João Chaves, sem que os responsáveis por sua segurança ou integridade física adotassem providência para impedi-lo, posto que, além de não evitarem o previsível confronto entre os detentos, não evitaram a introdução de uma arma naquele recinto.

Ora, se era do conhecimento da administração do presídio o desafeto existente entre a vítima e seu algoz, homicida de alta periculosidade, tornava-se desaconselhável a permanência destes no mesmo estabelecimento penal.

(...) (fls. 148/149) (p. 4-5)

No relatório, o ministro Carlos Velloso negou provimento à apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Norte, por entender que se o detento foi morto no interior do estabelecimento prisional ou porventura sofrer agressão, ainda que praticada por companheiro de presídio, resta caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado, não cogitando de culpa, tendo em vista a omissão do serviço prisional quanto à vigilância eficiente e à precaução, ensejando assim a indenização por dano moral e material.

A jurisprudência do STF firmou entendimento de que o Estado zelará pela integridade física e moral do preso, conforme já exposto, aproximando-se da responsabilidade civil objetiva. Nesse sentido, reforça-se o entendimento da Corte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. CONDUTA OMISSIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO

REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE nº 594.902/DF – AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 2/12/10).

O tema responsabilidade civil objetiva do Estado é trabalhado há décadas, consoante o julgado RE nº 81.601 abaixo transcreto:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. DETENTO MORTO POR COMPANHEIRO DE CELA. NOTÓRIA PERICULOSIDADE DO ASSASSINO. CULPA PROVADA DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS, POR OMISSÃO CONCORRENTE PARA A CONSUMAÇÃO DO EVENTO DANOSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO NÃO CONHECIDO. (RE81602, Relator (a): Min. Bilac Pinto, Primeira Turma, julgado em 05/12/1975, DJ 07-05-1976 PP – 03123 EMENT VOL- 01021-02 PP-00336 RTJ VOL-00077-02 PP-00601)

De acordo com o entendimento acima, utilizou-se dos seguintes fundamentos, dentre eles o de que a culpa residiu no fato dos responsáveis pelo estabelecimento prisional terem colocado a vítima juntamente com o perigoso detento. Dessa forma, houve a incidência da responsabilidade do Estado pela falta ao dever legal de proteção e vigilância dos detentos.

Outras situações de morte de detento são tratadas pela jurisprudência, dentre elas o suicídio de preso dentro de estabelecimento prisional. Cita-se como exemplo, o julgado RE nº 12.1130:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DETENTO QUE PRATICA SUICÍDIO DEPOIS DE SER PRESO POR EMBRIAGUEZ. INOCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO. A só ocorrência do evento danoso não importa necessariamente na obrigação de indenizar, se inexistente relação de causa e efeito entre a prisão do suicida e sua morte. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 121130, Relator (a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 14/05/1996, DJ 09-05-1997 PP-18139 EMENT VOL-01868-03 PP-00606 RTJ VOL-00163-01 PP-00321)

No caso, foi negado o recurso extraordinário, pelo fundamento de que não há a responsabilidade objetiva do Estado. Isso porque não se cogita de falta do serviço ou culpa dos agentes na guarda do detento. Pelo contrário, o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, não tendo a Administração concorrido para a morte do detento.

Retomando a doutrina, com relação à hipótese de culpa exclusiva da vítima, que afasta a responsabilidade objetiva do Estado, Celso de Mello afirma:

De conseguinte, a culpa do lesado não é relevante por ser culpa, mas sê-lo-á unicamente na medida em que através dela se pode ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano. O problema não se modifica nos casos em que o alheamento estatal em relação à autoria do dano careça de tanta evidencia. Tudo se resolverá, sempre, por investigar-se se houve ou se faltou nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. A perquirição é que será mais aturada nos casos obscuros, mas seu objeto é o mesmo: verificar se a lesão foi ou não

determinada por comportamento do Estado. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1041-1041)

Há outros precedentes que reconhecem a responsabilidade objetiva do Estado. Dentre eles, tem-se o julgado abaixo transscrito:

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. (STF. Plenário. RE 677139 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/10/2015)

Em seu voto o relator Gilmar Mendes enfatiza que o Brasil adotou a teoria do risco administrativo. Para que se configure a responsabilidade, é necessária apenas a demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles.

O ministro Gilmar Mendes, no fundamento do seu voto, expõe:

Embora a responsabilidade objetiva do Poder Público prescinda do elemento subjetivo da culpa, esta Turma entende que, nos casos de omissão do serviço ou de obra pública, cabe ao ente público o dever de comprovar que agiu de forma eficaz na execução de seus serviços, e que o evento danoso não ocorreu como consequência de conduta omissiva de sua parte. A responsabilidade só será elidida se, comprovada a omissão do agente público, esteja demonstrada excludente da exigibilidade da conduta esperada, ou das exceções representadas pelo caso fortuito, força maior ou ato próprio do ofendido.

(p. 3-4)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, seguindo o entendimento da jurisprudência, reconheceu a responsabilidade civil objetiva. O Estado responde pelo dano sofrido pela vítima em razão de sua omissão. Conforme a ementa abaixo:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE DE PRESO - DEVER ESTATAL DE GARANTIR A INTEGRIDADE FÍSICA DO DETENTO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - PENSÃO DEVIDA A DEPENDENTE DA VÍTIMA - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - QUANTUM - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - POSSIBILIDADE. - A responsabilidade civil do Estado pela morte do preso é objetiva, ainda que decorrente de omissão, diante da garantia estabelecida no art. 5º, XLIX, da CR. - É devida pensão mensal ao dependente da vítima. - O dano moral, no caso de morte de pai, independe de prova da dor. - A indenização por dano moral visa a compensar a vítima e a punir o ofensor. Seu valor deve ser fixado segundo as circunstâncias do caso, não podendo ser irrisório nem propiciar o enriquecimento sem causa. - O termo inicial da correção monetária, no caso de dano moral, é a data da decisão que fixou o valor da indenização (Súmula 362 do STJ). - Vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado são fixados consoante os parâmetros estabelecidos no art. 20, § 4º, do CPC. - A antecipação dos efeitos da tutela pretendida pode ser concedida em qualquer fase do processo, ainda que negada ab initio.

(TJ-MG - AC: 10024100365121002 MG, Relator: Alyrio Ramos, Data de Julgamento: 20/06/2013, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/07/2013)

Nessa linha, aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca da responsabilidade do Estado e o Estado de Direito que:

Segundo entendemos, ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do poder público ao Direito.

Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem.

Ademais, como Estado Moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1015)

Percebe-se que no ordenamento jurídico, a Administração reparará danos a terceiros quando ela está obrigada a evitar o dano e, mesmo assim, fica inerte. Conforme Carvalho Filho, somente quando o Estado se omitir ante seu dever legal de impedir o dano é que será responsável a reparar prejuízos. (CARVALHO FILHO, 2017)

4.2 A Repercussão geral do Recurso Extraordinário 841.526/RS do STF

Retoma-se o discurso da responsabilidade civil estatal, que segundo a Constituição Federal, especificadamente o seu artigo 37, § 6º, adotou a teoria do risco administrativo, para os atos comissivos ou omissivos da Administração Pública.

No ano de 2016, o julgado RE nº 851526/RS da Suprema Corte tratou do tema da responsabilidade civil do estado por morte de detento. Desse modo, discute-se o dever constitucional de proteção ao detento e as hipóteses que afastam a responsabilidade do Poder Público. Conforme a ementa abaixo:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A

omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu 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 supremo Tribunal Federal decidiu que a morte de detento em estabelecimento prisional gera responsabilidade civil do Estado quando há omissão do seu dever guardar e vigilância. Conforme se verá, por unanimidade, os ministros negaram provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul (RS) contra o acórdão do Tribunal de Justiça do RS que decidiu pelo pagamento de indenização à família do detento morto.

No relatório, tem-se trechos os quais enuncia as razões do recorrente (Estado do Rio Grande do Sul) que sustentam:

[...]

Segundo o recorrente, não haveria como impor ao Estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos presos, especialmente quando o evento danoso decorre de ato exclusivo da vítima, como no caso de suicídio, hipótese em que se romperia o nexo de causalidade, afastando-se, conseqüentemente, o dever estatal de indenizar. Por fim, arguiu que, tratando-se de responsabilidade civil do Estado por omissão, não seria aplicável o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tornando-se imprescindível a prova da culpa ou dolo (fls. 315-323).

(p. 2)

Para complementar o entendimento sobre a lide em questão, seguem abaixo as contrarrazões do recorrido:

Em sede de contrarrazões, os recorridos defenderam o acerto da decisão impugnada e apontaram a falha do Estado no seu dever de zelar pelo apenado. Alegaram, ademais, que seria claro o nexo causal entre a omissão do Estado e a morte do detento (fls. 342-347). (p. 3)

O Ministro relator Luiz Fux, no seu voto, ressalta a repercussão do Julgado no ordenamento jurídico ao afirmar:

A presente questão jurídica revela elevada densidade constitucional posto gravitar não apenas em torno da configuração da responsabilidade civil do Estado em razão de detento (art. 37, § 6º, da Constituição Federal), mas também do conteúdo e alcance do direito fundamental do apenado à preservação da sua integridade física e moral. (p. 5)

Segundo depreende o min. Luiz Fux, o Poder Público, ao desempenhar suas atividades, pode causar danos a terceiros, gerando a sua obrigação de recompor os prejuízos daí decorrentes. É destaque que se reconhece a posição do estado em relação aos particulares, na medida que a responsabilização estatal deve ser implementada com as peculiaridades dos seus poderes e deveres com a sociedade.

De acordo com Hely Lopes Meirelles que explica a responsabilidade civil Estatal e a responsabilidade civil dos seus agentes no exercício de sua função, destaca-se:

A Administração não pode isentar de responsabilidade civil seus servidores, porque não possui disponibilidade sobre o patrimônio público. Muito ao contrário, é seu dever zelar pela integridade desse patrimônio, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados, qualquer que seja o autor. Daí por que a parte final do § 6º do art. 37 da CF impõe a responsabilização do agente causador do dano somente quando agir com culpa ou dolo, excluindo, portanto, a responsabilidade objetiva, que é unicamente da Administração perante a vítima. (MEIRELLES, 2016, p. 616)

Ainda nas palavras do Min. Luiz Fux, a teoria do risco administrativo dispensa a culpa da Administração, por outro lado exige que haja causalidade entre a conduta estatal e o dano causado ao terceiro. Ou seja, não se pode imputar ao Poder Público a reparação de danos que não decorram de sua atividade, mas de fatos exclusivos de terceiros, à própria vítima ou caso fortuito ou força maior.

Em seu voto, Luiz Fux assenta que a teoria que rege a responsabilidade civil do Estado no ordenamento brasileiro é a do risco administrativo e não a do risco integral, o que torna possível a oposição de excludentes de responsabilidade estatal. Por oportuno, a omissão estatal merece considerações. A saber, esses casos por omissão revelam questões tormentosas tanto no campo jurisprudencial quanto doutrinário.

Segundo o relator em seu voto enfatiza a posição do Supremo Tribunal Federal face a tal indefinição quanto a omissão estatal:

Dante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência – quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo – surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova de culpa na conduta administrativa. (p. 10)

Em relação a danos a terceiros, o nobre relator afirma que não cabe ao legislador estabelecer distinções onde a Carta Magna não o fez. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal determina que o Estado responderá objetivamente pelos danos provocados a terceiros. Desse modo, basta que esse nexo de causalidade se forme para que a responsabilidade incida, não exigindo que a conduta estatal seja comissiva ou omissiva.

Reforça o entendimento, o seguinte trecho do presente voto:

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima. (p. 13)

Consoante o relator, acerca da omissão estatal, salienta:

A integração do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Embora não se estabeleça um nexo de causalidade fática, imputa-se o resultado ao agente por meio de uma causalidade juridicamente estabelecida. (p. 15)

Ainda nas palavras do eminentíssimo Ministro, assenta-se duas considerações: não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado e o Poder Público responde objetivamente pelas suas omissões, estando presente a obrigação legal de agir para impedir o resultado danoso.

A partir dessas ideias basilares, adentra-se no caso do RE 841.526/RS, que trata da morte de um presidiário dentro do sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul, a partir segue uma análise da condição do indivíduo envolto de uma situação de privação de liberdade, exposto a uma situação de risco inerente ao ambiente hostil.

Diante da alarmante preocupação com o sistema prisional vigente, o Ministro assegura o papel do Estado Democrático de Direito na defesa dos direitos fundamentais tais como a integridade de física e moral e a dignidade da pessoa. Assim como explana o trecho abaixo:

O Estado Democrático de Direito, onde todos são iguais perante a lei, não pode admitir que alguns indivíduos sejam privados dos seus direitos fundamentais, mesmo que tenham eles atentado contra os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, que o Direito Penal busca tutelar. A pretensão punitiva do Estado, con quanto deva ser exercitada plenamente, deve respeitar os direitos que os acusados ou apenados, como qualquer ser humano, têm assegurados pela ordem jurídica. Em resumo, devem ser tratados como seres humanos, como alerta MICHEL FOUCAULT, ao afirmar que “*no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’*” (*Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes, 24ª Edição, 2001, tradução de Raquel Ramalhete, p. 63). (p. 18)

Como bem explica o ministro no voto, o direito fundamental do art. 5º inciso XLIX da CF estabelece a obrigação para o Estado de proteção dos direitos fundamentais. Na situação do citado julgado, o detento privado de sua liberdade convivendo numa situação precária, só terá direito a um tratamento digno se o estado cumprir efetivamente com o seu dever imposto pela Constituição. O relator cita como exemplos da violência vivida nos sistemas prisionais brasileiros, o massacre no complexo do Carandiru (SP) e a selvageria na penitenciária de Pedrinhas (MA).

A realidade do sistema prisional brasileiro é alarmante e pede uma solução o quanto antes. Citam-se trechos do voto do relator Luiz Fux:

É possível até mesmo afirmar que a questão prisional no Brasil, devido à elevada e crescente população carcerária, associada ao baixo investimento estatal na área, tomou contornos de expressiva relevância, conduzindo ao Judiciário conflitos sociais dos mais variados matizes, inclusive no que diz respeito à morte de detentos. [...] (p. 24)

O relator destaca ainda que não basta para que ocorra a responsabilidade civil do Estado a simples inobservância do preceito constitucional de que evite a morte do detento sob custodia, e necessário também que o Poder Público tenha a possibilidade de agir para evitar o dano. Assim, sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é reconhecido o rompimento do nexo causal entre a omissão e o dano.

Coaduna com o entendimento acima, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar:

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um

verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter acorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1029-1030)

O evento morte pode se manifestar de diversas formas: homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, existindo vários julgados que tratam tais situações. Sendo assim, o voto do relator do julgado em análise explica:

Dante de tais considerações, é possível extrair um denominador comum a todas as situações específicas retratadas: há casos em que a morte do detento simplesmente não pode ser evitada pelo Estado. Nesses casos, como já se ressaltou, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal no seu dever de manter a incolumidade física dos presos, o que afasta a responsabilização civil do ente público. Adota-se aqui, portanto, a teoria do risco administrativo, que permite a oposição de causas excludentes do nexo causal- as quais devem ser comprovadas pela Administração -, rejeitando-se, por consequência, a incidência da teoria do risco integral, não recepcionada pela ordem constitucional brasileira, que implicaria a imposição de responsabilidade civil ao Estado por toda e qualquer morte de detento. (p. 30)

Percebe-se o posicionamento da Suprema Corte pela adoção da teoria do risco administrativo em detrimento do afastamento da teoria do risco integral.

O relator assenta a tese jurídica que se aplica à lide da questão do julgado, aplicando-a na situação de suicídio do detento:

A tese central quanto à questão constitucional dotada de repercussão geral discutida nos autos pode assim ser sintetizada: 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. (p. 30-31)

Mais uma vez, sustenta o posicionamento da Corte do STF em defender a responsabilidade civil objetiva do Estado face a descumprimento do seu dever constitucional de proteção a integridade física e moral do detento no estabelecimento prisional.

Vale ressaltar observações da ministra Carmén Lucia na sua antecipação de voto, as quais são bastantes pertinentes:

Por isso acho que um voto como esse que acaba de ser lido pelo Ministro Luiz Fux dá a ideia, exatamente, da necessidade de um repensamento da comunidade jurídica, incluídos os Procuradores de Estado, a levarem isso e fazerem com que os administradores públicos zelem pela jurisprudência firmada pelo Supremo, que é no sentido de garantir a dignidade desse preso, que não tem a dignidade respeitada nas prisões, e, pelo menos, acolham aquilo que o Supremo já resolveu. (p. 3)

A ministra Carmén Lúcia em seu voto, realça a hipótese de suicídio do preso e o dever Estatal de guarda e respeito aos direitos constitucionais do detento, conforme trecho:

Ademais, é de se relevar que o evento suicídio, por si só, não teria o condão de desnaturar a responsabilidade objetiva do Estado, ao qual também incumbe zelar pela higidez psíquica os presos, conforme dispõe o art. 5º, inciso XLIX da Constituição.

(p. 21)

No final do julgamento, firmou-se a tese de repercussão geral e que incide a teoria do risco administrativo pelo STF nos casos de morte de detento: “Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste trabalho, percebe-se que o tema responsabilidade civil do Estado no caso de morte de detento representa matéria de discussão no âmbito jurídico, tanto é que foi recentemente matéria de julgado no Supremo Tribunal Federal, por meio do RE nº 841.526/RS, no qual teve tese de repercussão geral: 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.

A construção do tema em estudo partiu da evolução histórica da responsabilidade, desde quando o Estado era irresponsável por seus atos, passando pela Teoria Civilista ou da responsabilidade com culpa, a teoria da falta de serviço até a atual Teoria do Risco Administrativo adotada pelo ordenamento jurídico vigente.

Através desta pesquisa bibliográfica, entende-se o papel do Estado na garantia da integridade física e moral de presos sob sua custódia, com fundamento na Teoria do risco administrativo, não afastando as excludentes de responsabilidade do Estado. Assim, para que ocorra responsabilidade civil objetiva é necessário fato administrativo, o dano e o nexo causal entre o fato administrativo e o dano. No entanto, a ausência de nexo causal implica a não incidência da responsabilidade, encaixando-se nas hipóteses de excludentes.

O ministro Luiz Fux ratifica duas observações no seu voto do RE nº 841.526/RS: não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado e o poder público responde objetivamente pelas suas omissões quando presente a obrigação legal e agir

e impedir o resultado danoso. Ressalta-se que a teoria do risco integral possui hipóteses específicas de sua incidência, não se confundindo com a teoria do risco administrativo.

Verificou-se, diante da triste realidade do sistema prisional brasileiro, que o Estado Democrático de Direito não pode admitir que indivíduos sejam privados dos seus direitos fundamentais, tais como a integridade física e moral e a dignidade da pessoa humana. Estes são resultados de conquistas sociais e constituem direitos garantidos a todos pela ordem jurídica, sem discriminações.

Ademais, destacou-se a situação precária das prisões e a necessidade de soluções imediatas frente a violência frequente que tem preocupado a sociedade em geral. As rebeliões e mortes são pautas dos poderes do Legislativo, Executivo e Judiciário, isso mostra que a questão prisional no Brasil é reflexo do baixo investimento estatal e da ineficiência do Estado em cumprir seu dever constitucional de guarda e vigilância.

Buscou-se explicar a utilização da Teoria do risco administrativo na responsabilidade do Estado na medida em que o ministro Luiz Fux, dentre outros, afirmou a adoção do Risco Administrativo pelo ordenamento jurídico. Isso é explicado através dos principais julgados do STF, dentre eles o Recurso Extraordinário nº 841.526/RS que trata da indenização pelo Estado à família de detento morto na prisão.

No julgado do RE nº 841.526/ RS, entende-se que não basta a responsabilidade civil do Estado pela simples inobservância da previsão constitucional que evite a morte do detento, é necessário que o Poder Público tenha a possibilidade de agir evitando o dano. Desse modo, sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é sabido o rompimento do nexo causal entre a omissão e o dano. Ou seja, seria um absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não ocasionou.

A Jurisprudência firmou entendimento no sentido de que em caso de morte de detento sob custódia, surge a obrigação do Estado em indenizar os danos decorrentes do fato, isso porque o Poder Público tem o dever de zelar pela integridade física e moral do preso, tomando todas as medidas cabíveis para evitar danos futuros. O Estado em sua defesa poderá alegar culpa exclusiva da vítima, mas terá que prová-la e afastar a responsabilidade objetiva.

Fica claro que a Teoria do Risco Administrativo pressupõe que o estado assume prerrogativas especiais e diversas tarefas em relação aos cidadãos que vivenciam o risco pela atividade desempenhada pela Administração Pública. Desse modo, o risco a que particulares são expostos pelo Estado não podem ser deixados de lado, mas sim assumidos por quem o criou. Conforme a doutrina, atividades como manicômios, presídios e outros representam um risco de produção de danos a terceiros pelo ambiente propício à violência.

O julgado de repercussão geral aborda a questão da omissão estatal. Segundo posicionamento do STF, a responsabilidade do Estado por omissão se fundamenta no art. 37, § 6º da CF, ou seja, incidindo o nexo de causalidade entre o dano e a omissão do Poder Público em impedir tal evento danoso, quando tinha o dever, surge a obrigação de indenizar.

Nesse sentido, que pese a tese de repercussão geral do RE do STF ser bem recente (ano de 2016), ainda se vislumbra fortes discussões do tema em estudo. Aliás, a responsabilidade civil do estado no caso de morte de detento requer aprofundamentos de cunho jurídico e também social, tendo em vista que ressalta o respeito aos direitos fundamentais do ser humano. Dentre eles, a dignidade da pessoa humana e o dever estatal de cumprir seus deveres respaldados na Constituição Federal, como também desperta discussões sobre a deplorável situação do sistema penitenciário.

A mídia e as redes sociais divulgam a todo instante as mazelas do sistema prisional, tendo decisões como a da procedência da indenização pelo estado à família do detento desdobramentos na sociedade, especialmente no campo jurídico, no qual se discute a má prestação de serviço prisional do Estado e a falta de recurso financeiro para cumprir com as indenizações recorrentes.

Portanto, buscou-se esclarecer sucintamente a posição do STF acerca da responsabilidade civil do Estado no que se refere à morte de detento, que é a de responsabilidade objetiva, afastando a Teoria do Risco Integral. Além disso, teve-se a oportunidade de analisar as contribuições dos julgados para o tema pesquisado, permitindo reflexões e outras formas de abordagem do mesmo tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 841526 - Recurso Extraordinário*. Inteiro Teor do Acórdão. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 29 jul. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4645403>> Acesso em: 05 de junho 2016.

CAHALI, Y. S. *Responsabilidade civil do estado*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DE MELLO BANDEIRA, C. A. *Curso de direito administrativo*. 30^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo*. 42^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

