



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JUAN ENRIQUE CARVALHO ESCARDO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE À
MORTE DE DETENTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

Salvador
2021

JUAN ENRIQUE CARVALHO ESCARDO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE À
MORTE DE DETENTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves.

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

JUAN ENRIQUE CARVALHO ESCARDO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE À
MORTE DE DETENTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

“É preciso força pra sonhar e perceber que a estrada vai além do que se vê”.

Los Hermanos.

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado é matéria multidisciplinar, abrangendo questões relativas aos mais diversos ramos do direito. No que se refere à responsabilidade civil do Estado nas ocorrências de morte de detentos, tem-se, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 841.526, diante da interpretação subjetiva do raso artigo 37§ 6ª, da Constituição Federal de 1988 que o fato gera responsabilidade para o Estado, independentemente de comprovação de culpa. Destarte, este trabalho tem como objetivo geral analisar a responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de detentos nas dependências do sistema prisional, diante da divergência doutrinária que perdurava acerca do fundamento da responsabilidade civil do ente estatal pelos fatos decorrentes de omissão. Para atingir o objetivo dessa monografia, inicialmente foi estudada a evolução histórica da Responsabilidade Civil do Estado, desde a teoria da irresponsabilidade, superada pela teoria da responsabilidade subjetiva, até a responsabilidade objetiva, regra atual; em seguida, examinou-se a sistemática pertinente; após as divergências quanto à teoria que deve ser aplicada nos casos de Responsabilidade Civil do Estado por omissão, para finalmente expor como a doutrina e jurisprudência brasileiras abordam o tema da responsabilidade civil do Estado nos casos de morte, tanto por homicídio como suicídio, de detentos nas dependências do sistema prisional diante da divergência doutrinária que perdurava acerca do fundamento da responsabilidade civil do ente estatal pelos fatos decorrentes de omissão. No decorrer do estudo notou-se que as divergências sobre se o Estado deve ser responsabilizado através da teoria subjetiva ou objetiva, tanto nos casos de omissão em geral, como naqueles específicos de morte de presos, em que não foi cumprido o dever de zelar pela integridade física do detento, originam-se na interpretação do artigo 37§ 6ª, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, conclui-se que o Estado responde, objetivamente, pela morte de detento sucedida enquanto da condição de recluso, sendo cabível a indenização por danos morais ou materiais aos familiares do preso falecido, bastando, para tal, a comprovação do nexo causal entre o evento morte e a conduta omissiva do Estado, independentemente, portanto, da aferição de culpa, ou de gradação de envolvimento, do agente causador do dano.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Estado; Omissão; Morte; Preso; Sistema Prisional Brasileiro.

ABSTRACT

The civil responsibility of the State is a multidisciplinary subject, embracing issues related to the most diverse branches of law. Regarding the civil responsibility of the State in cases of death of detainees, it has, from the decision of the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal 841.526, in face of the subjective interpretation of the shallow article 37§ 6, of the Federal Constitution of 1988, that the fact generates responsibility for the State, regardless of proof of guilt. Thus, this work has the general objective of analyzing the civil liability of the State in cases of death of detainees on the premises of the prison system, given the doctrinal divergence that persisted about the foundation of civil liability of the state entity by facts arising from omission. To achieve the objective of this monograph, initially the historical evolution of Civil Liability of the State was studied, from the theory of irresponsibility, superseded by the theory of subjective liability, until the objective liability, the current rule; then, the relevant system was examined; After the divergence as to the theory that should be applied in cases of State Civil Liability by omission, to finally expose how the Brazilian doctrine and jurisprudence approach the issue of State civil liability in cases of death, both by homicide and suicide, of detainees on the premises of the prison system before the doctrinal divergence that persisted about the foundation of civil liability of the state entity for facts arising from omission. During the study it was noted that the divergences about whether the State should be held responsible through the subjective or objective theory, both in cases of omission in general, and in those specific cases of death of prisoners, in which the duty to care for the physical integrity of the detainee was not fulfilled, originated in the interpretation of article 37§ 6, of the Federal Constitution of 1988. In this sense, it is concluded that the State responds, objectively, for the death of a prisoner succeeded while the condition of prisoner, being applicable the compensation for moral or material damage to the relatives of the deceased prisoner, being enough for such, the proof of the causal link between the death event and the omissive conduct of the State, independent, therefore, of the assessment of guilt, or of the gradation of involvement, of the agent that caused the damage.

Keywords: Civil Responsibility; State; Omission; Death; Prisoner; Brazilian Prison System.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
Des.	desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1	CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.2	FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.3	DA REPARAÇÃO DO DANO	17
2.4	DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
2.4.1	A Irresponsabilidade do Estado	19
2.4.2	Responsabilidade Civil Subjetiva	20
2.4.3	Teoria da Culpa Administrativa	22
2.4.4	Responsabilidade Civil Objetiva	23
2.4.4.1	Teoria do Risco Administrativo	24
2.4.4.2	Teoria do Risco Integral	25
3	RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO	27
3.1	TRATAMENTO DADO PELA DOCTRINA PÁTRIA	27
3.2	DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	29
3.2.1	Ação e Omissão	29
3.2.2	Dano	31
3.2.3	Nexo Causal	33
3.3	EXCLUDENTES OU ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	35
3.3.1	Fato de terceiro	36
3.3.2	Fato exclusivo da vítima	37
3.3.3	Caso fortuito e força maior	38
3.3.4	Legítima defesa	38
3.3.5	Exercício regular de um direito	39
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	40
4.1	AS CORRENTES E A SÍNTESE DO ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO	44
4.2	A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO	48
4.2.1	Prescrição da ação regressiva do estado contra o agente público	50
4.3	A TESE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO ESPECÍFICA E DA	

RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO GENÉRICA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	51
---	----

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO PARONAMA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	57
5.1 PANORAMA GERAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	58
5.2 ANÁLISE DE DADOS ESTÁTICOS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO .	60
5.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO PRESO	61
5.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE MORTES DE PRESOS DENTRO DE PRESÍDIOS BRASILEIROS	64
5.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO TOCANTE À SUÍCIDIO DE DETENTOS.....	67
5.6 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526	73
5.7 A RECEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS À FAMÍLIA DO PRESO VITIMADO	80
6 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS.....	86

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é uma ciência de notável importância no Direito contemporâneo, a matéria pode ser considerada de seara multidisciplinar, à medida que abrange questões de vários ramos do direito, tais como direito civil, constitucional, administrativo e, também, ainda que laconicamente, o direito penal, no que concerne ao sistema prisional.

A medida que o Estado se torna alvo de questionamentos quando da divulgação midiática de notícias dando conta da morte de detentos das mais maneiras abruptas enquanto o mesmo deveria zelar pela segurança desses nos seus respectivos processos de reintegração social dentro do sistema prisional, é imprescindível que referidos acontecimentos estão se tornando cada vez mais comuns nos estabelecimentos prisionais, ocasionados, principalmente, pelos diversos problemas que o sistema carcerário brasileiro vem enfrentando.

Tal questão pode embasar diversos debates jurídicos e sociais, provocando discussões sobre a possibilidade de responsabilização civil do Estado pela morte de um detento e de condenação do órgão estatal à indenização pecuniária à família do preso, pelo evento ocorrido nas dependências carcerárias que estão sob sua guarda.

Diante desse embate, no que se refere à responsabilidade civil do Estado nas ocorrências de morte de detentos, sob a ótica das previsões constitucionais acerca da matéria, constantes no artigo 5º, que assegura ao preso que o Estado preservará sua integridade física e moral, bem como a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 841.526, diante da interpretação subjetiva do raso artigo 37§ 6ª, da Constituição Federal de 1988, que o Estado responderá objetivamente pelos atos e omissões de seus agentes quando no exercício de suas funções.

O presente artigo visa analisar a responsabilidade do Estado pela morte de presos ocorridos dentro de estabelecimentos prisionais, com foco tanto pelo viés da prática do homicídio praticado por outros detentos, como pela possibilidade de suicídio praticado pelo próprio preso, à luz das controvérsias doutrinárias acerca do fundamento da responsabilidade do Estado por suas condutas omissivas e comissivas. O estudo propõe como problema se o Estado pode ser responsabilizado pela morte de um detento no sistema prisional e ser condenado a indenizar a sua família pelo descumprimento do dever constitucional de proteção pela integridade física do segregado.

No tocante à apresentação do tema, faz-se necessário, no primeiro capítulo, a apresentação de noções gerais sobre a responsabilidade civil. Inicialmente, serão abordados os princípios básicos que norteiam a matéria, fazendo um paralelo à luz de sua evolução histórica, desde o momento em que o Estado em nada se responsabilizava civil e penalmente até o entendimento pátrio atual, adotado pelos legisladores e doutrinadores.

Em seguida, serão aludidas as espécies de responsabilidade civil, relativas ao tema do presente trabalho, para, serem identificados os elementos que formalizam a matéria, parafraseando os pressupostos e as atenuantes e excludentes, assim como seus institutos, respectivamente, para que sobre o tema, seja possível compreendê-lo em sua amplitude, sendo imprescindível a análise sob a ótica das previsões constitucionais acerca da matéria, constantes no artigo 5º, que assegura ao preso que o Estado preservará sua integridade física e moral, bem como no artigo 37, ambos da CF/88, que dispõe que o Estado responderá objetivamente pelos atos e omissões de seus agentes quando no exercício de suas funções.

Ato contínuo, abordaremos a responsabilidade civil por omissão, de suma importância para o ápice do trabalho, explicando e trazendo elementos que a caracterizam. Se discutirá também, as modalidades de responsabilidade que temos no Brasil, diante de atos lesivos omissivos, comissivos e atos praticados por agentes públicos, estes que tem como dever proteger a sociedade, atingindo a finalidade o bem estar de todos.

No último capítulo, far-se-á uma breve exposição sobre o sistema carcerário brasileiro, para melhor compreensão do problema que dá ensejo a pedidos de indenização; em seguida, serão vistas as teorias sobre a Responsabilidade Civil do Estado aplicáveis tanto nos casos de crimes praticados por terceiros contra presos, como no caso de suicídio; e por fim, será exposta a visão da jurisprudência, com ênfase no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, adotando-se a metodologia de estudo de caso para atingir os objetivos propostos, vislumbrando, em seguida, a relevante decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 841.526, quando firmou tese de repercussão geral quanto ao tema.

Enfim, investigar-se-á o cabimento da indenização por danos morais e materiais aos familiares do detento falecido enquanto encontrava-se na guarda do Estado.

A responsabilidade civil do Estado perante a morte de detentos ocorridas nas dependências do sistema prisional é um tema significativo para ser desenvolvido nesse trabalho, por tratar-se de problema social que atinge a toda coletividade, em consubstancia a problemática da morte de detentos diante da crise enfrentada pelo sistema prisional brasileiro.

O método hipotético-dedutivo será utilizado para a produção desse roteiro e posteriormente para o artigo, tendo em vista os seus passos e como os problemas e soluções são confirmados e falseados durante o processo, atestando, dessa forma, se o conflito do problema de pesquisa realmente é um empecilho ou não.

O tipo de pesquisa utilizado será o qualitativo logo, a solução final, se dará a partir da identificação do problema, que é o conflito entre o direito dos presidiários e a responsabilidade estatal perante eles, junto com as soluções a partir de hipóteses que serão criadas e da reunião de fundamentações. Ainda, a pesquisa para a conclusão e fundamentação do questionamento principal será baseada em artigos, jurisprudências, livros e legislações, que são considerados instrumentos de pesquisa. Será utilizado, ainda, o elemento temporal da pesquisa, uma vez que os aspectos sociais precisam ser analisados de forma histórica para maior compreensão de como se deu o processo de responsabilidade civil do estado e o porquê desse modelo atual.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil conquistou inegável importância no Direito moderno. Hoje sua seara é das mais abrangentes, expandindo-se pelo Direito Público e Privado, contratual e extracontratual. Atualmente, o assunto é de tanta relevância que diversos princípios desta matéria ganharam *status* de norma constitucional com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Busca-se por meio desta ciência regular as condutas humanas, norteadas o comportamento dos indivíduos no âmbito social, no intuito de ver-se alcançada a reparação de todo e qualquer dano suportado por qualquer pessoa em virtude de atitude lesiva de outrem.

Desse modo, para a doutrinadora Maria Helena Diniz¹, a responsabilidade civil se conceitua como uma Aplicação das medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Para a melhor compreensão da referida matéria é necessário o estudo das principais espécies da responsabilidade civil classificadas pela doutrina, tais como a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, bem como a responsabilidade civil contratual e extracontratual do Estado, o que será feito em tempo oportuno. Isto posto, um tema de grande relevo diz respeito aos efeitos da conduta do Estado que cause danos a terceiros, por atos comissivos ou omissivos. Aduz Marçal Justen Filho que:

A responsabilidade jurídica do Estado traduz uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal. O Estado é responsável na acepção de que está obrigado perante a sociedade e os órgãos de controle a arcar com as consequências de suas ações e omissões e de adotar todas as providências destinadas a corrigir as imperfeições verificadas (grifos meus).²

Nesta monografia, pretende-se analisar e discutir a responsabilidade civil do Estado por omissão. Evidentemente que o campo de condutas omissivas por

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.1216.

parte do Estado que pode ensejar alguma espécie de responsabilização é vasto, razão pela qual se optou por restringir a análise dessas omissões em relação ao Sistema Prisional Brasileiro.

A responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito. Assim, a ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar outro, podendo ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

2.1 CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O conceito Da ciência da responsabilidade civil está em eterna renovação, acompanhando o progresso e o desenvolvimento da sociedade. Farias, Netto e Rosenvald³ a comparam como:

A responsabilidade civil dos nossos dias pode ser comparada a um edifício em construção. Se já temos, de um lado, conceitos e categorias assentados, temos, de outro, espantosa dinâmica social, muita velocidade na transmissão das informações, novos valores sendo incorporados pela sociedade civil, ou pelo menos por parte dela. Nesse sentido, o direito de danos dos nossos dias exige um intérprete mais atento, mais dedicado ao que mora além das aparências.

Solícito com a constante dinâmica do desenvolvimento da sociedade, no Código Civil de 2002 o legislador dispôs o instituto no livro I da parte especial, que versa sobre as obrigações. Especificamente, a responsabilidade civil está regrada no título IX, capítulos I e II – “Da obrigação de indenizar” e “Da indenização” –, iniciando no art. 927 e com término no art. 954.⁴

No que corresponde na responsabilidade de indenizar, Cavalieri Filho esclarece que “a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano”⁵. Ou seja, trata-se de um dever jurídico sucessório, que decorre de um dever jurídico primário.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: SaraivaJur, 2019a, p. 886.

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Introdução ao direito e parte geral do Código civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 13.

É oportuno trazer à reflexão as ponderações de Caio Mário Da Silva Pereira: "para a determinação da existência do dano, como elemento objetivo da responsabilidade civil, é indispensável que haja ofensa a um bem jurídico".⁶

Nesse âmbito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho complementam:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.⁷

Em paralelo, segundo Venosa⁸, toda atividade que acarrete algum prejuízo deve gerar responsabilidade ou dever de indenizar para o seu causador. Sendo assim, nas palavras do mesmo autor, entende-se que “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”

Desse modo, responsabilidade civil pode ser definida como “a reparação de danos injustos resultantes da violação de um dever geral de cuidado”.⁹

Em termos gerais, verifica-se que a responsabilidade civil surge a partir de um ato ilícito, que cause um dano, do qual nasce a obrigação de indenizar. Um de seus objetivos é possibilitar que a vítima volte ao “status quo ante”⁹ (Expressão empregada para significar o estado, ou a situação em que se achava anteriormente algum acontecimento), ou seja, estado o qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa”.¹⁰

É intrínseco concluir que busca-se por meio desta matéria regular as condutas humanas, norteando o comportamento dos indivíduos no âmbito social, no intuito de ver-se alcançada a reparação de todo e qualquer dano suportado por qualquer pessoa em virtude de atitude lesiva de outrem.

A responsabilidade, assim sendo, está intrinsecamente ligada à noção de um desvio de conduta, vez que surge a partir de atos praticados de forma contrária ao

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 2. ed. Saraiva jur, 2018, p. 894.

⁸ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 437.

⁹ FARIAS; NETTO; ROSENVALD. *Op. Cit.* 2019b, p. 906.

¹⁰ *Idem*.

direito e danosos a outrem¹¹.

Essa ideia é corroborada por Nader¹², ao definir que a responsabilidade civil decorre do descumprimento de um dever jurídico básico, que pode estar definido e imposto em lei ou em convenção, sendo que, ao violar este dever, o agente está praticando ato ilícito, extracontratual ou contratual.

Nesse contexto, para que se possa compreender de maneira mais clara a responsabilidade civil, é de suma importância uma explanação sobre suas espécies, seus pressupostos, suas causas excludentes de ilicitude e de nexos causal, assuntos que serão amplamente abordados posteriormente nesse trabalho.

2.2 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na responsabilidade civil temos como pressupostos básicos a existência de um dever jurídico preexistente e o descumprimento de uma obrigação que acarreta em um dano, originando o direito de reparação.

Busca-se por meio desta regular as condutas humanas, norteadas o comportamento dos indivíduos no âmbito social, no intuito de ver-se alcançada a reparação de todo e qualquer dano suportado por qualquer pessoa em virtude de atitude lesiva de outrem. Desse desequilíbrio surge o mais elementar sentimento de justiça e daí há a necessidade de procurar recolocar o prejudicado no *status quo ante*, prevalecendo o princípio da *restitutio in integrum*. Diante disso, dentro da margem do possível, repõe-se a vítima do dano à situação anterior à lesão. Isso ocorre, na maioria das vezes, por meio de uma indenização, que deve ser fixada em proporção ao dano.

No que concerne sobre as funções da responsabilidade civil, de suma importância são as lições de Farias, Netto e Rosenvald, as quais sobre o tema, dissertam que há na responsabilidade civil uma multifuncionalidade, onde não há uma hierarquia entre as funções. Para eles existem três tipos de funções. A primeira é chamada de função reparatória; a segunda de função punitiva e por fim, a função precaucional.¹³

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.

¹² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 8.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 3**. Responsabilidade Civil, 2. ed, rev. ampl. e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015, pp. 37 – 56.

Conceituando o esboçado, a responsabilidade civil assume, segundo Nelson Rosenthal¹⁴, multifuncionalidade, sendo:

1. Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial;
2. Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis;
3. Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.

Há autores, a exemplo de Flávio Tartuce¹⁵ que também concebem a divisão tripartida de funções da responsabilidade, no entanto, com outras denominações, a saber: função compensatória, função sancionatória e função preventiva. De qualquer forma, parece consenso na doutrina que a responsabilidade civil possui essencialmente essas três finalidades básicas, as quais, a despeito das diferenças nominativas, buscam alcançar a efetiva reparação e a inibição de novas condutas danosas.

Assim sendo, afirma Sérgio Cavalieri Filho¹⁶ que a composição do dano busca restaurar o inicial equilíbrio jurídico-econômico existente entre o agente e a vítima, retornando esta ao status quo ante. Essa restituição da vítima ao seu status inicial deve observar a proporção do dano, de acordo com o princípio da reparação integral, cumprindo, assim, a função primordial da responsabilidade civil.

É de essencial importância trazer a tona, que os professores Farias, Netto e Rosenthal¹⁷ ainda relatam sobre uma função implícita às três funções inatas da responsabilidade civil do estado: a função preventiva. De acordo com os autores, consideram essa função preventiva como uma função associada ao dano, no sentido de inibir este ou reduzir os seus efeitos, do que propriamente uma nova função. Efetivamente, sua importância é tamanha que pode ser considerada como uma consequência, ou resultado, da convergência das três funções ou pode ter uma concepção autônoma. Até mesmo, chegam ao ponto de concluir que as três funções podem ser resumidas a ideia de prevenção, ou seja, a prevenção de danos (função reparatória), de ilícitos (função punitiva) e por fim a prevenção de riscos (função precaucional).

¹⁴ ROSENTHAL, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 23.

¹⁶ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2015.

¹⁷ FARIAS; NETTO; ROSENTHAL. *Op. Cit.* 2015, pp. 37 – 56.

Dito isso, para que a responsabilidade civil cumpra sua função de restabelecer equilíbrio das suas funções, faz-se necessário que a indenização seja realizada proporcionalmente ao dano sofrido, não devendo ser indenizado a mais, sob pena de obrigar o ofensor a reparar por um dano não provocado (quando se leva em conta o *quantum* ressarcido a maior), ou ainda de permitir que a vítima se responsabilize pelo remanescente não indenizado (nas situações em que a indenização é realizada a menor em relação ao dano sofrido). Desta forma, a obrigação de reparar deve-se derivar do dano suscitado.

2.3 DA REPARAÇÃO DO DANO

A reparação do dano, de acordo com a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves¹⁸, é norteada pelo Princípio da *restitutio in integrum*, segundo o qual, o quantum indenizatório deve ser fixado conforme a extensão do dano.

O direito pátrio, no Código Civil, de 2002, prevê que a indenização por perdas e danos abrangem, além do que o ofendido efetivamente perdeu, o que ele também deixou de lucrar. Ainda, seguindo a linha de seu antecessor estabelece em seu art. 944 que a indenização mede-se pela extensão do dano¹⁹.

Conforme discutido anteriormente, a indenização será fixada proporcionalmente ao dano experimentado pela vítima, valendo mencionar, neste ponto, a considerável observação dos autores Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel Melo²⁰. Olhemos:

Em que pese o princípio da reparação integral (...) o Código Civil traz, de forma expressa, a possibilidade de se aplicar entendimento de equidade quando houver desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do prejuízo. Com efeito, embora o art. 944, caput, preveja que a indenização mede-se pela extensão do dano, o parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe que, se houver expressa desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente a indenização.

Ainda no que se refere, cumpre salientar que caso a vítima concorra para a ocorrência do evento danoso, se não elidida totalmente a responsabilidade civil,

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁹ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.

²⁰ ASSIS NETO, Sebastião de. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel. **Manual de direito civil** – volume único. 6. ed., 2017, p. 877.

a indenização será fixada levando em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.²¹

Da premissa do mencionado autor, é certo que pelo Princípio da Responsabilidade Patrimonial o dever de indenizar recai sobre os bens do agente causador do dano. Nessa toada, aplica-se a disposição do artigo 789 do Código de Processo Civil de 2015, o qual estabelece que “o devedor responde para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”²².

Via regra, todo aquele que, por ação ou omissão, causa prejuízo a outrem é responsável pelo pagamento da indenização. Assim, dessume-se que a responsabilidade é individual. Contudo, há casos em que outras pessoas serão responsáveis pelos atos de outras, conforme discorre Carlos Roberto Gonçalves²³:

(...) as pessoas designadas no art. 932, isto é, os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições; o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Depois de todo o dito, ato contínuo, é de suma importância tecer comentários acerca da liquidação do dano. Asseveram Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo²⁴ que o responsável deve restituir a coisa subtraída ou o status anterior, podendo ocorrer a restituição da coisa, em si, ou a modificação do estado atual da pessoa atingida para o estado anterior ao dano.

Há ainda, conforme os mencionados autores, mais uma modalidade de indenização, que é o ressarcimento. Este constitui no pagamento monetário que possibilite ao ofendido a recomposição da coisa, nos casos de dano material, ou que compense o sofrimento decorrente da lesão aos direitos da personalidade.

Em todo caso, é necessária a apuração do dano para que a vítima possa ser efetivamente indenizada. Nesse tocante, pode-se aplicar as regras de liquidação

²¹ GONÇALVES. *Op. Cit.* 2018.

²² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

²³ GONÇALVES. *Op. Cit.* 2018, p. 497.

²⁴ ASSIS NETO; JESUS; MELO. *Op. Cit.* 2017, p. 877.

determinadas no Código de Processo Civil.

Em relação à fixação do quantum indenizatório, quando houver cumulação de danos, o Superior Tribunal de Justiça definiu o chamado método bifásico para a sua determinação, conforme se vislumbra da decisão proferida no bojo do Recurso Especial 959.780/ES, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito.morte. Dano moral. Quantum indenizatório. Dissídio jurisprudencial. Critérios de arbitramento equitativo pelo juiz. Método bifásico.valorização do interesse jurídico lesado e das circunstâncias do caso. (...) 4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz (...)

Nessa toada, sendo o dano material ou moral cabe ao juiz fixar, mediante as circunstâncias do caso concreto, o quantum indenizatório, atendendo sempre aos Princípios da Restituição Integral e da Responsabilidade Patrimonial. Imperioso salientar, por fim, que a responsabilidade civil busca, além da reparação da vítima, o reequilíbrio social, restituindo o status quo ante das relações pré-existentes. Tal objetivo se coaduna perfeitamente com a responsabilidade estatal, tema que será abordado nos próximos capítulos desta monografia

2.4 DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O tratamento dado ao tema evoluiu ao longo do tempo e do espaço e inúmeras têm sido as teorias elaboradas acerca da responsabilidade civil. De fato, houve um lento processo de maturação até que a responsabilidade civil chegasse ao estágio atual. É importante compreender como essa evolução ocorreu para que se possa entender o estágio presente.

2.4.1 A Irresponsabilidade do Estado

Como o próprio nome sugere, a teoria da irresponsabilidade apregoa que o Estado não é responsável pelos seus atos, possuindo por fundamento a soberania, tendo sido adotada na época dos Estados Absolutistas.

Esta teoria, baseia-se em dois princípios: o primeiro deles é o *“the king can*

do *no wrong*'' ou ''*le roi ne peut mal faire*'', que significa que o Estado, na época representado pelo rei, não erra, não podendo, portanto, ser questionado por seus súditos; e o segundo princípio: ''*quod principi placuit habet legis vigorem*'' que significa que a responsabilidade atribuída ao Estado lhe provocaria um nivelamento com o súdito, contrariando sua soberania.

Por mais que não se reconheça que o Brasil tenha passado pela fase da irresponsabilidade do Estado, as Constituições de 1824 e de 1891 não previam a responsabilidade da Administração Pública, mas somente a possibilidade de ser responsabilizado o agente que praticou o ato lesivo, com ressalva do Imperador, que era considerado inviolável e sagrado, como se infere da leitura dos artigos 99 e 179 da Carta de 1824, e artigo 82 da Constituição de 1891:

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. [...]

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...]

XXIX – Os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigará-se por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

Conforme ensina Di Pietro²⁵, a irresponsabilidade estatal não perduraria por muito tempo “ [...] por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”.

Ou seja, a ideia da irresponsabilidade estatal tornou-se insustentável num dado momento. No Brasil, isso começou a ocorrer no início da República, graças à contribuição da doutrina e jurisprudência, culminando, de fato, com a previsão da responsabilidade civil do Estado no Código Civil de 1916.

2.4.2 Responsabilidade Civil Subjetiva

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 537

Na responsabilidade subjetiva o Estado tornara-se responsável sempre que seus agentes agissem com dolo ou culpa, ficando obrigado a indenizar.

Sistematizando, com a Constituição de 1934 promulgada, houve o acolhimento do princípio da solidariedade entre o funcionário e o Estado, no artigo 171, através do qual, tornava-se a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, responsável solidariamente pelos danos decorrentes de negligência, omissão ou abuso praticados por seus funcionários no exercício de seus cargos. O mesmo dispositivo foi reproduzido na Constituição de 1937, no artigo 158.²⁶

A teoria da responsabilidade subjetiva exigia a presença de quatro requisitos para a configuração da responsabilidade civil: ação, dano, nexo causal e culpa ou dolo.

Nesta concepção, a responsabilidade estatal justificava-se na culpa do funcionário, ou seja, a responsabilidade estatal era a mesma atribuída à do patrão, por exemplo, pelos atos de seus empregados ou prepostos.

Como um caráter evolutivo, a teoria da responsabilidade subjetiva minimizou consideravelmente os atos de despostismo do império e da gestão, conseqüentemente abalando o poder soberano e inatingível do Estado. A partir de então, o Estado passaria a ser responsabilizado, porém, somente se efetivamente comprovado pelo lesado que houve culpa nos ato de gestão, pois o ato de império advinha do poder súpero do Estado.

A teoria subjetiva persistiu no direito brasileiro até o advento da Constituição de 1946. Foi a partir daí, que a legislação pátria recepcionou a teoria objetiva, revogando uma parcela do artigo 15 do antigo Código Civil.²⁷

Inegavelmente, a teoria da responsabilidade subjetiva contribuiu valorosamente na história da evolução da responsabilidade civil, e a sua aplicação, em comparação com a teoria da irresponsabilidade, se mostrou mais justa. Contudo, ela não se revelou completa na prática, uma vez que constituía verdadeira dificuldade não só para configurar o dano, mas fundamentalmente na comprovação da culpa ou dolo do agente, que deveria ser demonstrada pelo particular. Também provocou insatisfação entre muitas vítimas, pela dificuldade em distinguir efetivamente os atos de império dos atos de gestão.

²⁶ *Ibidem*, p 539.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 242.

2.4.3 Teoria da Culpa Administrativa

Antes de ser de fato instaurada a teoria da responsabilidade civil objetiva, se materializou a chamada Teoria da Culpa Administrativa, na qual foram superadas as necessidades de distinção entre os atos de império e atos de gestão, bem como a identificação do agente estatal que provocou o dano. Bastava comprovar o mau funcionamento do serviço público. Passando assim a centrar-se na *faute du service* que podia ocorrer de três formas: inexistência do serviço; mau funcionamento do serviço; retardamento do Serviço.

Esta teoria mantinha-se bastante desfavorável à vítima que, além de sofrer com os danos que lhe foram causados, incide sobre si o ônus probatório, que em incontáveis casos torna-se de difícil demonstração. Nesses casos, a não comprovação de culpa da Administração ocasionava na isenção de qualquer responsabilidade, o que foi sendo superado ao longo do tempo, por ser uma forma de reparação totalmente injusta na relação Estado-particular.

Respalhando-se, a teoria da culpa administrativa, também chamada de teoria da culpa anônima, parte da premissa na qual não se analisa mais a culpabilidade do agente público, mas sim a ausência ou má prestação do serviço por parte do Estado. Sobre tema, Meirelles²⁸ ensina:

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 inferir 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.

É evidente, portanto, que a ocorrência de qualquer dessas três possibilidades enseja o reconhecimento de culpa estatal. Assim, para o que o lesado tivesse o seu direito à reparação indenizatória pelos prejuízos suportados reconhecido, lhe

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 561.

incumbia o ônus de prova a culpa. Conforme se extrai de Carvalho Filho²⁹, era necessário comprovar que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente.

2.4.4 Responsabilidade Civil Objetiva

Foi neste momento que ocorreu a notável modificação legislativa quanto à responsabilidade do Estado. Passando a existir a possibilidade de o Estado ter que ressarcir prejuízos ocasionados por atos lesivos até mesmo na inexistência de qualquer comportamento irregular de seu funcionário ou agente, ficando à margem de qualquer falta de serviço ou culpa³⁰. Conforme extrai-se do artigo 194, da Constituição de 1946:

Art. 194 As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

§ único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Como se observa, a teoria da responsabilidade subjetiva evoluiu para a teoria da responsabilidade objetiva, tendo como mola propulsora, como observado antes, a chamada teoria da culpa administrativa, com cerne no mau funcionamento do serviço, requisito para o nascimento da obrigação de indenizar.

Segundo a doutrina de Bandeira de Mello³¹, a responsabilidade civil objetiva é a *obrigação* de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem, independentemente de dolo ou culpa, exigindo como requisitos apenas o nexos causal entre o fato e o dano.

Para chegar à teoria da responsabilidade objetiva do Estado tal como na atualidade formulada, foi necessária a sensibilidade de que o Estado é um sujeito jurídico mais poderoso política e economicamente do que o administrado, que ocupa sempre posição inferior, por maiores que sejam as proteções que lhe atribui o ordenamento. Desse modo, instituiu-se que por mais poderoso que fosse, teria de

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 509.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 993.

³¹ *Ibidem*, p. 995.

arcar com o risco que gera para seus administrados.

Tal risco, como assevera Sérgio Cavalieri Filho³² é a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Cabe rememorar, neste momento, a ideia de justiça distributiva e partilha de encargos, na qual o Estado é visto da seguinte forma: como representante de todos, exerce sua atividade em prol de todos, deste modo, não só os benefícios de sua atividade como também os encargos são partilhados por todos.

Na teoria da responsabilidade objetiva, não se questiona se o serviço público funcionou mal ou bem, dispensa-se a análise dos elementos culpa ou dolo. Nesta teoria, o que se busca é tão somente o nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano suportado pelo Administrado.

Como fundamento da responsabilidade objetiva, surgiu, então, a teoria do risco, que a doutrina majoritária divide em duas modalidades: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, que serão estudadas com mais zelo nos próximos itens.

2.4.4.1 Teoria do Risco Administrativo

A teoria do Risco Administrativo foi criada por Léon Duguit e aperfeiçoada pelo direito administrativo. Esta teoria, segundo Hely Lopes Meirelles³³, admite as excludentes da responsabilidade do Estado, quais sejam: culpa da vítima, culpa de terceiros e força maior.

Observa-se que, embora prescindível de culpa, a teoria do risco administrativo, em contrapartida, admite casos de exclusão do nexo causal que possibilitam o afastamento da responsabilidade civil do Estado.

Existem limites na teoria do risco administrativo, pois que a responsabilidade aqui não é genérica e indiscriminada, assim, quando a vítima concorre total ou parcialmente para a ocorrência do dano, a obrigação do Estado em indenizar poderá ser atenuada.

Portanto, o bem juridicamente tutelado, cuja violação faz com que o Estado tenha o dever de indenizar, esclarece Sérgio Cavalieri Filho³⁴, que se tratado dever

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 597.

³³ DI PIETRO. *Op. Cit.* 2014, p. 544.

³⁴ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2007, p. 223.

de incolumidade, o que significa dizer que *mesmo quando a atividade do Estado é perigosa, deve ser executada de forma que não cause dano a ninguém*. O estado deve zelar pela segurança de todos os administrados. Então, uma vez violado esse dever, independentemente de culpa, há obrigação de indenizar. Neste sentido, ensina o referido autor:

O risco administrativo [...] torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade.

Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder público não poderá ser responsabilizado.³⁵

Observa-se que essa teoria atualmente é a regra geral da Responsabilidade Civil do Estado no sistema jurídico brasileiro, conforme se verá quando do estudo dos dispositivos que tratam do tema na Constituição Federal e no Código Civil.

2.4.4.2 Teoria do Risco Integral

A teoria do risco integral é considerada pela maioria dos doutrinadores extremada, uma vez que para configuração da responsabilidade civil do estado não se depende da comprovação do nexo de causalidade entre o fato e o dano, sendo certo que as excludentes de responsabilidade – culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior – não são consideradas para fins de exclusão da responsabilidade civil.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho³⁶ exemplifica dizendo que o Estado teria o dever de indenizar *o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública*. Teria o Estado, portanto, dever de indenizar mesmo nas hipóteses de acontecimentos que não se vinculam à sua atividade, já que não poderia clamar pelas causas de excludente de nexo causal.

Como demonstrado através do exemplo acima, a utilização da teoria do risco integral como regra em nosso ordenamento jurídico, além de agredir o erário público,

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 223.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 597.

poderia acarretar abusos e injustiças. Deste modo, a aplicação da teoria do risco integral só se justifica *em situações raríssimas e excepcionais*³⁷.

Em nosso ordenamento, aplica-se a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco integral nos casos de danos ambientais (Art. 225, § 3º da Constituição Federal), cuja reparação civil está disciplinada no art. 14, §1º da Lei nº 6938/81. Abaixo segue ementa de um acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça, o qual confirma ser aplicável a responsabilidade civil com base na teoria do risco integral em casos de danos ambientais:

Civil e processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Valor da condenação em danos materiais. Súmula n. 7/stj. Honorários sucumbenciais. Responsabilidade civil. Petrobrás. Rompimento do poliduto "olapa" e vazamento de óleo combustível. Dano ambiental. **Teoria do risco integral.** Responsabilidade objetiva. Precedente da segunda seção, em sede de recurso repetitivo. Art. 543- c do cpc. Termo inicial. Juros moratórios. Súmula n. 54/stj. Decisão mantida. 1. [...] 4. A tese contemplada no julgamento do resp n. 1.114.398/PR (Relator Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 8/2/2012, DJe 16/2/2012), sob o rito do art.543-C do CPC, no tocante à **teoria do risco integral** e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (arts.225 , § 3º , da CF e 14, § 1º, da Lei n. 6.938 /1981), aplica-se perfeitamente à espécie, sendo irrelevante o questionamento sobre a diferença entre as excludentes de responsabilidade civil suscitadas na defesa de cada caso. Precedentes. 5. "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (Súmula n. 54/STJ). 6. Agravo regimental desprovido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AgRg no AREsp 258263 PR 2012/0243528-8 (STJ) - Data de publicação: 20/03/2013)

³⁷ *Idem.*

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO

3.1 TRATAMENTO DADO PELA DOUTRINA PÁTRIA

Há divergência na doutrina quando se fala em responsabilidade civil por omissão. Alguns doutrinadores defendem a aplicação da responsabilidade subjetiva, já outros defendem a aplicação da responsabilidade objetiva. Cavalieri Filho afirma que, para definir a modalidade a ser aplicada, deve ser verificado se se trata de omissão específica ou genérica.

Inicialmente, para ilustrar a diferença entre a aplicação da teoria subjetiva e da objetiva, traz-se exemplo simples e bastante esclarecedor do doutrinador português Fausto de Quadros:

O exemplo que o autor cita é de um buraco em uma estrada, provocado pelas intempéries. Se o buraco é recente e vem a provocar um acidente, o Estado só será responsabilizado se for adotada a teoria do risco. Não importa se [...] tomou ou não conhecimento do defeito na estrada. Afinal, o Estado assume o risco de manter suas estradas sempre em boas condições de utilização. Caso se adote a teoria subjetiva, o Estado só será responsabilizado se o buraco for de conhecimento da Administração, que não vem a tomar providências ³⁸

O insigne Celso Antônio Bandeira de Mello defende a aplicação da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão estatal. Justifica sua afirmando que essa modalidade “visa atender os ditames do Estado Democrático de Direito, independentemente da disposição constitucional”. Segue sua posição:

Parece-nos que a solução correta do problema, à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito – prescindindo-se pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos Constitucionais – exige o discrimen de três situações distintas, a saber:

- a) Casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer, comissiva, do Estado.
- b) Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar. É a hipótese da “falta de serviço”, nas modalidades em que o “serviço não funcionou” ou “funcionou tardiamente”, ou ainda, funcionou de modo incapaz de obstar a lesão. Excluiu-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se aqui apenas de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) de dano.

³⁸ QUADROS, Fausto de. *apud* TAVARES, Flávia Oliveira. **Responsabilidade do Estado por omissão no âmbito administrativo**. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público. Ano 11, Edição Especial. Brasília, 2003, p. 111-149.

c) Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano, porque expõe alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses, pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação.(grifo nosso)³⁹

Inicialmente, cumpre ressaltar que o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello é baseado nos princípios gerais de direito, já que no nosso ordenamento, como dito no capítulo anterior, não existe previsão da responsabilidade do Estado subjetiva.

Deste modo, para o referido autor, apenas a ação poderia causar um dano. Nesse sentido, causa é definida como o fator que positivamente gera um resultado. A omissão poderia ensejar, ser condição do dano. Assim, condição é o evento que não ocorreu, mas que se houvera ocorrido, teria impedido o resultado⁴⁰.

Segundo essa concepção, se o Estado não causou o dano, logicamente não poderá ser responsabilizado por ele, a menos que estivesse juridicamente obrigado a impedi-lo. Dessa forma, há necessidade de averiguação da obrigação do Estado em atuar. Isto é, só será responsabilizado caso em sua conduta – inércia – tiver incorrido em dolo ou culpa, de modo que a responsabilidade será subjetiva, devido à falta do serviço.

Já em sentido contrário, Aparecida Vendramel defende que nos casos de omissão, a responsabilidade do Estado é objetiva. Fundamenta-se no argumento de que a omissão do Estado constitui caráter ilícito, com base no dever de agir. Desta forma, argumenta a professora que:

Também se posiciona pela responsabilidade objetiva nos casos de omissão do Estado o insigne doutrinador Yussef Said Cahali.⁴¹ O autor destaca a elasticidade do conceito de exigibilidade do ato estatal e que a corrente subjetivista induziu alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquirição necessária do elemento culpa ou dolo.

Já Sérgio Cavalieri Filho, entende ser possível uma divisão da Omissão em duas espécies: a genérica e a específica, sendo certo que a distinção será verificada no ponto em seguida. Por fim, vale dizer que a posição de Sérgio Cavalieri Filho foi

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *apud* TAVARES. *Op. Cit.* 2003, p. 129.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p 978.

⁴¹ CAHALI, Yussef Said. *apud* TAVARES. *Op. Cit.* 2003, p. 136.

adotada em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e ainda tem sido adotada em Tribunais de Justiça.⁴²

Grande parte da doutrina administrativista, no entanto, segue os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual nos casos de ação a responsabilidade é objetiva; casos de omissão, responsabilidade subjetiva com verificação de culpa ou dolo.

3.2 DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme se pôde perceber, a responsabilidade civil passou por considerável transformação no decorrer dos séculos, afastando-se do aspecto vingativo que predominava na sua origem para, então, ganhar novos traços e características, que permanecem na sua essência até os dias atuais.

Houve uma época em que subsistia a responsabilidade do agente ainda que inexistente conduta culposa de sua parte. Viu-se, também, a integração do elemento subjetivo à responsabilidade civil, decorrente da promulgação da *Lex Aquilia*.

Séculos mais tarde, percebeu-se que tal regramento não era suficiente para abarcar as mais variadas situações do cotidiano, as quais acarretavam danos a terceiros em virtude do exercício de atividades industriais e similares, geradoras de risco por natureza, motivo pelo qual dispensou-se a comprovação da culpa para a reparação do prejuízo.

Feita esta síntese, passar-se-á, em seguida, à análise dos elementos configuradores da responsabilidade civil no atual direito brasileiro.

3.2.1 Ação e Omissão

Em sua acepção mais simples, a ação pode ser definida como o fazer humano. Consiste numa conduta corpórea comissiva, num comportamento positivo capaz de alterar o mundo exterior⁴³.

A omissão, por sua vez, traduz-se num não fazer. Mas para ser juridicamente relevante, a omissão deve estar atrelada a um dever jurídico de agir ou de praticar

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁴³ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 24.

determinado ato para impedir o resultado⁴⁴. Tratando do conceito de ação no sentido amplo, ou seja, também incluindo a omissão, Maria Helena Diniz afirma que tal ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁴⁵

Impende salientar que tanto a ação quanto a omissão constituirão a responsabilidade civil quando advierem da conduta humana voluntária, ou seja, quando se originarem da vontade interna do agente de querer praticar o ato ou de não o fazer.

Frise-se que não se trata da intenção de causar o dano, mas sim da consciência do ofensor acerca de sua conduta⁴⁶. Ainda, podemos extrair da doutrina o seguinte ensinamento:

E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação.⁴⁷

Assim, estariam excluídos da incidência da responsabilidade civil os chamados atos reflexos, os quais são praticados de forma instintiva, sequer ensejando ao agente tempo suficiente de ponderar sobre sua conduta.

Ademais, destaca-se que para haver a responsabilidade civil, tanto a ação quanto a omissão não precisam ser, necessariamente, antijurídicas, isto é, há responsabilidade civil que decorre da prática de atos lícitos.

Aduz Cahali:

No plano da responsabilidade objetiva do direito brasileiro, o dano ressarcível também resulta de um ato doloso ou culposos do agente público como também, de ato que, embora não culposos ou revelador de falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como injusto para o particular, como o lesivo ao seu direito subjetivo⁴⁸.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.56.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 7. ed. v. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

Desta maneira, na seara administrativa, por exemplo, é perfeitamente possível a existência da responsabilidade civil que se origine da prática de ato lícito, uma vez que o seu fundamento, no âmbito do direito público, difere daquele que serve de base para o direito privado, porque pautado pela distribuição equânime dos encargos sociais, razão pela qual aquele que suportar um ônus maior, em relação aos demais membros da coletividade, deverá ser ressarcido por tal prejuízo⁴⁹.

Como exemplo, pode-se citar o caso em que a Administração executa determinada obra pública, a qual diminui o fluxo de pessoas nos seus arredores e, por conseguinte, reduz sensivelmente os ganhos de comerciante ali instalado. Nesta situação é cabível o ressarcimento do prejuízo ao lesado, desde que, é claro, reste demonstrada a presença dos pressupostos da responsabilidade civil e que o dano seja anormal e específico.

Dano anormal é aquele que excede os inconvenientes naturais e admissíveis da vida em sociedade, ou seja, ultrapassa o mero incômodo. A especificidade, por sua vez, está vinculada ao fato de que o prejuízo precisa ser individualizado, e não dispersado por toda a coletividade. O dano deve ser passível de individualização em determinado sujeito para que possamos falar em sua reparação.

Portanto, ainda que a Administração atue dentro dos limites da legalidade, ela pode vir a ser responsabilizada se da sua conduta provier dano a terceiro e este revestir-se de anormalidade e especificidade.

3.2.2 Dano

Como a responsabilidade civil se funda na ideia de reparação, logicamente não há que se falar nesta se dano não existir.

Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que "a responsabilidade civil somente se caracteriza, obrigando o infrator à reparação, no caso de seu comportamento injurídico infligir a outrem um prejuízo"⁵⁰.

Desta forma, o dano é elemento essencial da responsabilidade civil, podendo ser conceituado como a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem

⁴⁹ MEIRELLES. Op. Cit. 2011, p. 699.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.38.

integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral⁵¹.

Na mesma linha, Gagliano e Pamplona definem o dano "como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator." ⁵²

Cumprido salientar que não é todo dano que deve ser reparado. Para nascer a obrigação de indenizar o prejuízo causado, é necessário que o dano se revista de certos requisitos.

De acordo com Maria Helena Diniz, o dano será indenizável quando presentes os seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) efetividade ou certeza do dano; c) causalidade; d) subsistência do dano; e) legitimidade; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade.⁵³

Todavia, em relação à causalidade, não se mostra adequado caracterizá-la como requisito independente, porque se encontra dentro de outro pressuposto, que é a ausência de causas excludentes de responsabilidade, haja vista o nexo causal ser elemento da responsabilidade civil, sendo que quando aquele não se configurar, por óbvio será uma das excludentes de responsabilidade.

Assim, consideram-se requisitos do dano indenizável os seguintes:

- a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa: é a lesão a interesse jurídico tutelado, seja de pessoa física ou jurídica, excluindo-se, portanto, *a res nullius*⁵⁴;
- b) efetividade ou certeza do dano: o dano, para ser reparado, deve ser certo, isto é, não pode ser hipotético ou eventual;
- c) subsistência do dano: se no momento do pedido de reparação do dano, esta já houver sido feita pelo ofensor, inexistirá o que indenizar;
- d) legitimidade: impende que a vítima, para que possa ser ressarcida, necessite ser a titular do bem jurídico lesado⁵⁵;
- e) ausência de causas excludentes de responsabilidade: ainda que

⁵¹ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 71.

⁵² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 36.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 82.

ocorradano, este só será indenizável se estas não se fizerem presente.

Isto posto, fazendo-se presentes os requisitos mencionados, o dano passa a ser indenizável; por outro lado, ausente algum de seus elementos, não haverá que se falar em ressarcimento.

3.2.3 Nexo Causal

O nexu causal é o liame entre a ação ou omissão e o dano causado. É requisito da responsabilidade civil cuja ausência pressupõe a inexistência desta, qualquer que seja a sua modalidade.

Cavaliere assevera:

Pode-se ainda afirmar que o nexu de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade civil sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexu causal.⁵⁶

Tal condição se deve ao fato de que o nexu causal é a situação fática que vincula a conduta ao dano, ou seja, traduz-se no elemento que transforma determinado evento na verdadeira causa do prejuízo, propiciando a configuração da responsabilidade civil.

Ocorre que nem sempre a situação sob análise se apresenta de maneira simples de se resolver, de sorte que a relação de causalidade não é facilmente identificável. Assim, ao longo da construção jurídica surgiram três teorias para explicar quais condutas poderiam ser enquadradas como causas do evento danoso.

A primeira delas é a teoria da equivalência das condições, elaborada por Maximilian von Buri, a qual considera causa todo ato que tenha sido necessário para produzir o resultado, independentemente de sua localização na cadeia de eventos que desembocaram na causação do dano.

Assim, para se saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas, se persistir, não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a

⁵⁶ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 46.

ausentar-se o efeito.⁵⁷

Porém, referida teoria apresenta falhas, porquanto qualquer evento anterior ao resultado danoso que tenha contribuído para a sua configuração, ainda que remotamente, é considerado causa. Logo, se, por exemplo, houvesse a prática de homicídio mediante o uso de arma de fogo, a venda da arma, ainda que legal, seria causa, bem como sua fabricação e daí por diante, motivo pelo qual foi abandonada.

Outra teoria desenvolvida é a da causalidade adequada, cujo mentor é Johannes von Kries, para a qual causa “é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado.”⁵⁸ Causa seria, portanto, o evento apto a produzir o dano, mediante análise detida do caso concreto para a sua averiguação.

Desta maneira, caberia ao magistrado apreciar as situações anteriores que ensejaram a produção do resultado danoso, a fim de verificar qual – ou quais – seria a causa que proporcionou a efetivação do prejuízo.

Ensina Cavalieri:

Deverá o julgador, retrocedendo ao momento da conduta, colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da Natureza, bem como nas condições particulares em que se encontrava o agente, emitir o seu juízo sobre a idoneidade de cada condição.⁵⁹

Para determinar se o evento em questão pode ser enquadrado como causa, à luz da teoria da causalidade adequada, deve o julgador perguntar a si se a conduta era capaz de provocar o prejuízo mediante uma análise de probabilidade⁶⁰. Em caso positivo, ter-se-á a causa do dano.

Por último, há a teoria da causalidade direta e imediata, também denominada de teoria da interrupção do nexos causal ou teoria da causalidadenecessária, que defende como causa o evento fático vinculado ao resultado danoso, o qual seria decorrência direta e imediata daquela.

Seria causa, portanto, aquela que fosse necessária para produzir o dano, sendo este consequência direta e imediata daquela. Registre-se que o fato do dano precisar ser consequência direta e imediata não se confunde com a proximidade temporal, isto é, nem sempre a causa será a cronologicamente mais próxima do

⁵⁷ CAVALIERI FILHO. *Op Cit.* 2009, p. 48.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 50.

dano, mas sim aquela que determinar a sua ocorrência⁶¹. Logo, infere-se que inexistente qualquer óbice à reparação dos danos remotos e indiretos com base nesta teoria, conquanto eles estejam direta e necessariamente vinculados à causa e que não haja outros fatores que influam na causação do dano⁶².

A respeito de qual teoria o nosso Código Civil adotou, entende-se que seria a teoria da causalidade direta e imediata, conforme se pode perceber da leitura do art. 403 do referido diploma: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Não diferente é a orientação da jurisprudência consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] Além do mais, somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento. Nesse passo, vigora no direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da necessidade, a teoria do dano direto e imediato, também conhecida como teoria do nexo causal direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal.³⁸ (REsp 1113804/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010).

Desta forma, foi a teoria do dano direto e imediato positivada no direito brasileiro, aplicando-se tanto na esfera do direito civil quanto na do direito administrativo.

3.3 EXCLUDENTES OU ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Analizados os pressupostos da responsabilidade civil, estudaremos agora as causas que a excluem, ou seja, os elementos que, quando presentes, ilidem a configuração daquela e o consequente dever de indenizar, ou a atenuam, ou seja, as deixam menos espessas.

A doutrina, neste ponto, elenca as seguintes: a) fato de terceiro; b) fato exclusivo da vítima; c) caso fortuito e força maior; d) legítima defesa; e) exercício regular de um direito.

⁶¹ *Idem.*

⁶² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 91-92.

Cabe ressaltar que não se considera o estado de necessidade como causa excludente de responsabilidade civil, eis que, apesar de não constituir ato ilícito, persiste o dever de indenizar o dano causado, por força do que preceitua o artigo 929 do Código Civil: “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.”

Assim, entende-se que o dever de reparar o prejuízo provocado em estado de necessidade configura verdadeiro caso de responsabilidade civil por ato lícito.

No mais, destaca-se que, a despeito da doutrina tradicional utilizar o termo “culpa exclusiva da vítima”, aqui se alinha ao ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, o qual afirma categoricamente que o problema está no terreno do nexo causal e não na culpabilidade, motivo pelo qual se apresenta mais adequado fazer uso da terminologia “fato exclusivo da vítima”.⁶³

O objetivo das excludentes é, a toda evidência, quebrar o vínculo de necessariedade entre causa e efeito, ou, ao menos, diminuir o valor a indenizar (o que ocorre com o fato concorrente da vítima), por meio da alegação de que a conduta do demandado não é a causa exclusiva do dano.

Por trás das excludentes, parece alojar-se a necessidade de recurso ao acaso, bem como a recusa humana em verificar grandes danos como provenientes exclusivamente de sua conduta – especialmente se considerarmos que parte das tragédias causadas por caso fortuito, força maior e fato de terceiro poderiam ser evitadas por medidas preventivas dos demandado.

De suma importância se faz trazer à tela tal instituto, já que via de regra, o Estado é objetivamente responsável pela morte de detento, respaldado que nessa baila, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal. O STF fixou este entendimento por meio da seguinte tese: Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento.⁶⁴

3.3.1 Fato de terceiro

Segundo Maria Sílvia Zanella Di Pietro, a culpa de terceiro também tem sido

⁶³ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 64.

⁶⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 841526/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016.

apontada como excludente de responsabilidade. No entanto, nem sempre é essa a solução diante de inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002.⁶⁵ Isso porque não é todo e qualquer fato de terceiro suficiente para elidir a responsabilidade do Estado, pois, em matéria de responsabilidade civil, predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano. O fato de terceiro não exonera o dever de indenizar, mas permite a ação de regresso em face do terceiro, conforme os ditames do artigo 930 do CC/2002.

O fato ou culpa de terceiro apenas irá isentar o dever de indenizar quando realmente constitua causa estranha ao causador aparente do dano, ou seja, quando eliminar totalmente a relação de causalidade entre o dano e o desempenho da Administração Pública. Havendo culpa concorrente do terceiro e do agente causador direto do dano, será solidária a responsabilidade, sendo que nesse caso a vítima poderá acionar qualquer um deles pela totalidade do prejuízo.

3.3.2 Fato exclusivo da vítima

No que se refere à culpa da vítima, duas são as possíveis situações, a saber, a culpa exclusiva da vítima e a culpa concorrente da vítima. No caso de culpa exclusiva da vítima não haverá responsabilidade civil do Estado, já que este não atuou para a situação que provocou a lesão; já no caso de culpa concorrente entre vítima e Estado, deverá haver o compartilhamento da responsabilidade civil de forma proporcional. Segundo Marçal Justen Filho⁶⁶, a culpa da vítima afasta a responsabilidade civil do Estado na medida em que o dano tiver resultado não da infração pelo agente estatal ao seu dever de diligência. Se tiver havido infração ao dever de diligência, ainda que concorrente com a culpa do particular, existirá responsabilização (parcial, se for o caso) do Estado.

Assim, o evento lesivo pode ter como única causa a culpabilidade da vítima, sendo que nesse caso será excluída a responsabilidade da Administração Pública. Em outro caso, em se tratando de contribuição parcial da vítima, exige-se, que o Estado seja responsabilizado na exata proporção em que participou para a ocorrência do dano.⁶⁷

⁶⁵ DI PIETRO. *Op. Cit.* 2014, p. 762.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 818.

⁶⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 243.

3.3.3 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito ou força maior envolve hipóteses em que o dano é causado por causas alheias à vontade ou ao controle de alguém, sendo, pois, insuscetíveis de impedimento.

Para Maria Sylvia Di Pietro⁶⁸, a diferença entre o caso fortuito e a força maior está no fato de que enquanto esta última é um acontecimento geralmente imprevisível, mas sempre inevitável e estranho à vontade das partes, o caso fortuito é uma situação em que o dano decorre de um ato humano ou de falha da Administração. Para referida autora, apenas a força maior é hipótese que elide a responsabilidade civil, pois rompe o nexo causal entre o dano e a conduta.

Nesse âmbito, de acordo com o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho, a distinção não oferece nenhuma dificuldade. Em se tratando de caso fortuito, o traço marcante é a imprevisibilidade. Se o acontecimento pudesse ser previsto, certamente poderia ser evitado. Já em se tratando de força maior, o que transcende é a irresistibilidade. O evento, em muitos casos, embora previsível, afigura-se inevitável por sua força maior.⁶⁹

Em síntese, pode-se auferir que ambos não podem ser evitados, mas provocam consequências ou efeitos para outras pessoas, porém, não geram responsabilidade nem direito de indenização.

3.3.4 Legítima defesa

Ocorre a legítima defesa quando alguém, usando moderadamente dos meios necessários, afasta agressão injusta, atual ou iminente, a fim de evitar lesão adireito seu ou de outrem. Feita essa definição, denota-se que três são os seus requisitos: a) a iniciativa da agressão por parte de terceiro, ou seja, que o agente não a tenha ensejado; b) que a ameaça de dano seja atual ou iminente; c) que a reação seja proporcional ao ataque. Logo, não se encontra contemplado pelo Direito o agente que desfere um soco em outro, alegando ter se protegido de agressão, mas que provocou a briga ao dar-lhe um murro na face, ou, ainda, aquele que leva um

⁶⁸ DI PIETRO. *Op. Cit.* 2014, p. 803.

⁶⁹ BACELLAR FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 243.

empurrão e reage a este atirando contra o ofensor. Por fim, também não será hipótese de legítima defesa a resposta a mera promessa de lesão, porque não será atual ou iminente. Ausentes quaisquer desses requisitos, não estaremos falando de legítima defesa, ocasião em que não haverá a exclusão do nexo causal.

3.3.5 Exercício regular de um direito

O exercício regular do direito pelo agente estatal significa que não haverá responsabilidade civil do Estado se tiverem sido observados todos os limites e deveres pertinentes ao dever de diligência. Neste sentido vê-se que aquele que atua respaldado pelo direito não poderá por este ser atacado ou repreendido⁷⁰. Não gera, pois, pretensão indenizatória, dano causado por indivíduos exercitando regularmente seus direitos. Presume-se que o caso derivou ou de culpa exclusiva de terceiro ou de caso fortuito ou força maior, conforme analisado anteriormente.

Aqui não será diferente, é o nexo causal que determinará as causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil, devendo o Poder Público, nessas situações, comprovar sua aplicação no caso concreto, uma vez que a prova é ônus de quem alega, e não do ofendido. Desse modo, se na relação de causalidade não existir a participação do Estado na produção do dano, não deverá haver reparação pelo Poder Público.

⁷⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 148.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

O Poder Público, enquanto responsável pela administração e manutenção do Sistema Prisional, deve assegurar que os indivíduos encarcerados estejam cumprindo pena em local adequado, com as condições necessárias para tanto. Contudo, conforme elucidado, essa não é a realidade no atual cenário brasileiro. Tendo em vista a grave situação em que se encontra o Sistema Prisional Brasileiro, importante a averiguação da Responsabilidade Civil da Administração Pública, especialmente no que se refere ao campo das condutas omissivas geradoras de dano.

A responsabilidade civil do Estado encontra guarida constitucional, em especial, na disposição do artigo 37, § 6º, da CRFB/1988. Nesse sentido, há expressa previsão constitucional acerca da responsabilidade civil objetiva do Estado, *in verbis*:

§ 6º 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.⁷¹

Entretanto, reina grande controvérsia na doutrina e tribunais pátrios acerca de qual responsabilidade civil seria aplicável nos casos de omissão do Estado, porquanto, para uns, teria o artigo 37, §6º, da Constituição de 1988 consagrado a responsabilidade objetiva tanto para atos comissivos quanto omissivos; para outros, esta modalidade só incidiria para casos em que a lesão proviesse de ação estatal, posto que a ideia de omissão estaria necessariamente vinculada à culpa, seja por negligência, imprudência ou imperícia⁷², razão pela qual dever-se-ia utilizar a responsabilidade subjetiva.

Ainda, destaca-se que pela redação do artigo 37, §6º, da Constituição, há quem entenda que por ter sido utilizado o verbo “causar”, o legislador queria dizer que o Estado só deveria responder por danos causados diretamente por seus agentes, não havendo que lhe imputar a obrigação de reparar nos casos de

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.

⁷² MELLO. *Op. Cit.* 2011, p. 1029.

prejuízos derivados de atos estranhos à atividade administrativa, isto é, provocados por terceiros. Com efeito, tendo sido o dano ocasionado por ato não vinculado diretamente à atividade estatal, seria hipótese de responsabilidade civil subjetiva⁷³.

Para os seus defensores, a responsabilidade subjetiva do Estado, então, teria lugar quando este tiver incorrido no dano por omissão. Seriam os casos de culpa anônima do serviço, ou seja, quando ela não pudesse ser individualizada na pessoa de determinado agente público.

Assim, na culpa anônima estariam incluídas as hipóteses em que o serviço público funcionasse mal, funcionasse atrasado ou não funcionasse. É a chamada *faute du service*.

Leciona Aguiar Dias⁷⁴, que três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos consequentes à inação administrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as consequências da lentidão administrativa.

Nessa mesma toada, para Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁵, a responsabilidade nos casos de conduta omissiva é subjetiva, pois tratar-se-ia de responsabilidade por ato ilícito, alegando que o Estado não agiu, não sendo, portanto, o causador do dano. Assim, defende a teoria da responsabilidade civil subjetiva, com base legal no artigo 43, do atual Código Civil, o qual não inclui em seu conteúdo a conduta omissiva do estado, *in verbis*:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.⁷⁶

Em que pese existir posição doutrinária, capitaneada por Celso Antônio

⁷³ MEIRELLES. *Op. Cit.* 2011, p. 765.

⁷⁴ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 566.

⁷⁵ MELLO. *Op. Cit.* 2011, p. 1030.

⁷⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.

Bandeira de Melo, no sentido de que a responsabilidade civil estatal decorrente dos atos omissivos será verificada apenas se houver incidência de culpa ou dolo na atuação do agente administrativo, por se tratar, essa hipótese, de responsabilidade subjetiva, o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho⁷⁷ sustenta que é necessário que se faça distinção entre omissão específica e genérica.

Sérgio Cavalieri Filho⁷⁸ entende que o referido artigo constitucional não se refere apenas à atividade comissiva do Estado, abrangendo tanto a conduta comissiva quanto a omissiva. Ressalta que o ato ilícito, na contemporânea configuração da responsabilidade civil não se apresenta apenas através do elemento culpa, mas também pela simples contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma.

A responsabilidade da Administração Pública cresceu com a própria evolução da concepção de regime jurídico administrativo e do próprio direito. Desse modo, o Estado pode ser responsabilizado civilmente por suas condutas comissivas ou omissivas, desde que presentes os requisitos para tanto e ausentes as hipóteses de exclusão de responsabilidade⁷⁹.

Para fins do presente estudo, de modo a restringir a matéria, a análise dessas condutas omissivas tem como pano de fundo o Sistema Prisional Brasileiro.

O Sistema Prisional Brasileiro é atualmente calamitoso, tendo em vista as deficiências e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo Poder Público. Nesse diapasão interessantes ponderações de Sande Nascimento de Arruda para o qual:

A desestruturação do sistema prisional traz à baila o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado. Nesse sentido, a sociedade brasileira encontra-se em momento de extrema perplexidade em face do paradoxo que é o atual sistema carcerário brasileiro, de um lado o acentuado avanço da violência, o clamor pelo recrudescimento de pena e, do outro lado, a superpopulação prisional e as nefastas mazelas carcerárias (grifos nossos).⁸⁰

O abandono, o descaso e a falta de investimento do Poder Público ao

⁷⁷ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2012, p. 292.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ BACELLAR FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 199.

⁸⁰ ARRUDA, Sande Nascimento de. Sistema carcerário brasileiro. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerariobrasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>> Acessoem: 20 mai. 2021.

longo dos anos vieram agravar ainda mais o caos em que se encontra o Sistema Prisional Brasileiro. Além disso, a prisão tornou-se um ambiente degradante e pernicioso, tornado improvável ou quase impossível a ressocialização dos presos. A realidade prisional demonstra que os serviços de assistência, como o serviço médico, odontológico, psicológico, dentre outros, não são oferecidos na maior parte dos presídios brasileiros. Como denota Renato Marcão⁸¹, é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela coexistir.

Assim, raros são os locais dentro do Sistema Prisional que atendam o mínimo de higiene e saúde, ferindo a dignidade do indivíduo que se encontra encarcerado. Dentre alguns dos vários problemas encontrados estão as celas imundas, propensas a qualquer tipo de doenças; os presos vítimas de agressão de funcionários, bem como por companheiros de cela, em alguns casos levando à morte; os suicídios; a má alimentação; além do número inadequado de indivíduos por celas.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é infringida diante do atual contexto prisional brasileiro, e diante dessa mácula no Sistema Prisional questiona-se acerca da responsabilidade civil do Estado tanto no que concerne às omissões referentes à privação das condições dignas aos presos, quanto nos casos em que ocorrem assassinatos e suicídios nos estabelecimentos prisionais, conforme será objeto de análise oportunamente. Nesse diapasão, eventuais danos, de ordem física, moral ou psíquica, suportados pelos detentos que se encontram sob vigilância do Estado autorizam, *a priori*, o indivíduo a requerer a responsabilização do Poder Público.

Insta salientar, contudo, que a matéria de responsabilidade civil decorrente de ato omissivo do Estado, ao privar o preso de condições dignas,

⁸¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94.

alimenta controvérsias. No Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 580.252 em que se discute a responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, demonstra tal realidade:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que condenou o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização por danos morais a presidiário, sob o fundamento de responsabilidade do ente federativo pela superlotação carcerária. Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa aos arts. 2º, 5º, II, e 37, § 6º, da mesma Carta. O Plenário desta Corte, em 20/8/2008, ao apreciar Questão de Ordem suscitada no RE 540.410/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, decidiu estender a aplicação do art. 543-B do Código de Processo Civil aos recursos cujo tema constitucional apresente repercussão geral reconhecida pelo Plenário, ainda que interpostos contra acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007. No caso, o recurso extraordinário versa sobre matéria cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 580.252-RG/MS, Rel. Min. Ayres Britto). Isso posto, determino, com fundamento no art. 328, parágrafo único, do RISTF, a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no presente extraordinário discute-se questão que será apreciada no RE 580.252-RG/MS. Publique-se. Brasília, 22 de fevereiro de 2011. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator (grifos nossos).⁸²

O relator do referido julgado, o Ministro Teori Zavascki, votou pela procedência do pedido, por considerar que o Estado tem responsabilidade civil ao deixar oferecer e garantir as condições mínimas de cumprimento das penas nos estabelecimentos prisionais. A matéria é polêmica, e existem entendimentos diferentes sobre o assunto no próprio Supremo Tribunal

Federal. A Primeira Turma, até pouco tempo atrás, aplicava de forma irrestrita a responsabilidade objetiva, mesmo em decorrência de atos omissivos estatais, já Segunda Turma se inclinava pela responsabilidade subjetiva nesses casos.

Assim, importante a análise da distinção feita quanto à responsabilidade objetiva nos casos de omissão específica, e de responsabilidade subjetiva quanto aos casos de omissão genérica, em especial em relação aos atos omissivos no Sistema Prisional.

4.1 AS CORRENTES E A SÍNTESE DO ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO

⁸² BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580427 MS**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em: 22/02/2011, Diário Judicial Eletrônico-041 PUBLIC 02/03/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18314008/recurso-extraordinario-re-580427-ms-stf>>. Acesso em: 23 mai. 2021.

Em relação à responsabilidade do Estado resultante da não realização de alguma atividade ou instrução que lhe é exigida, é controversa, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, nos deparamos com decisões do STF e do STJ que dispõem que a responsabilidade deve ser objetiva e outras que pensam que a responsabilidade deverá ser subjetiva. Vejamos:

A primeira corrente apoia que a responsabilidade do Estado pela omissão é sempre objetiva, independente se o caso se tratar de omissão ou comissão. É a tese adotada pelo professor Hely Lopes Meireles. Para ele, o art. 37, § 6º CF não faz diferença entre ação ou omissão. Deste modo, não cabe ao intérprete fazê-lo. É o que se observa nesse julgado:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado onexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juizes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro. 4. Agravo regimental não provido. (ARE 897890 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 16-10-2015 PUBLIC 19-10-2015) Agravo regimental em recurso extraordinário. **2. Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes.** 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 677283 AgR, segunda turma, Relator(a) Ministro(a): Gilmar Mendes, Julgado em 17/04/2012, Publicado no DJe em 08/05/2012)" (grifos meus)

Diante disso, o Estado não deverá ser responsabilizado por danos que decorrem de fenômenos da natureza ou atos predatórios de terceiros, tendo em vista que responsabilidade objetiva que dispõe o artigo 37, §6º, da Constituição Federal trata apenas dos danos causados a terceiros pelos agentes públicos. Já para a segunda corrente, a responsabilidade pela omissão do Estado seria subjetiva. Esta posição era defendida por Osvaldo Antônio Bandeira de Melo e Celso Antônio Bandeira de Melo, pois o artigo 37, §6 da Constituição Federal envolve apenas ações

estatais, não abrangendo as omissões

Assim, em caso de danos causados por omissão, o particular, para ser indenizado, deveria provar:

- a) a omissão estatal;
- b) o dano;
- c) o nexa causal;
- d) a culpa administrativa (o serviço público não funcionou, funcionou de forma tardia ou ineficiente)⁸³

Para eles, somente a ação pode causar um dano, a omissão não tem essa capacidade, tendo em vista que se o Estado não agiu, não á como ser denominado autor de referido dano, sob pena de caracterização do Estado como garantidor universal. Esta é a posição que mais nos deparamos na doutrina.

O STJ ainda possui entendimento majoritário no sentido de que a responsabilidade seria subjetiva, vejamos o julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CULPA OU NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexa causal entre ambos (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013. III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, "analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora", entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1345620/RS, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): ASSUETE MAGALHÃES, Julgado em 24/11/2015, Publicado no DJe em 02/12/2015)

Em casos de omissão, temos que o Estado não agiu, por este motivo não foi o gerador do dano, inexistindo o dever de reparar os prejuízos objetivamente, de forma

⁸³ LOPES CAVALCANTE, Márcio André. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em; 24 de set. 2021

que será possível responder somente subjetivamente, com fundamento na falta de serviço ou culpa anônima.

Por fim, a terceira corrente, trata sobre omissão genérica e omissão específica. Na omissão específica temos a responsabilidade objetiva, porém, na omissão genérica não há nenhuma responsabilidade. É o que Guilherme Couto de Castro e Sérgio Cavalieri Filho defendem.

Na omissão genérica, o Estado é omissor, tendo em vista que não fora cumprido um dever genérico que foi determinado, o que é muito comum na segurança pública. Tendo em vista que o Estado não tem total condição de assegurar a total segurança em todos os lugares, então, não há como culpar eventual responsabilidade ao Estado neste caso. Por isso estará no princípio da reserva do possível, isto é, o serviço de segurança pública deve ser realizado nos parâmetros em que é possível o Estado prestar.

O nexo de causalidade entre os danos sofridos pelos particulares e essas omissões só ficará caracterizado quando o Poder Público possuía o dever legal específico de atuar para evitar o evento danoso e mesmo com a obrigação não cumpriu o dever legal.

Nessa seada, assim o STF já se proferiu:

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. (RE 677139 AgR-EDv-AgR, TRIBUNAL PLENO, Relator(a) Ministro(a): GILMAR MENDES, Julgado em 22/10/2015, Publicado no DJe em 09/12/2015)

Em razão disso, o Estado somente responderá objetivamente em razão de suas omissões, desde que ele tenha obrigação legal específica de atuar para impossibilitar que o resultado danoso acontecesse. É muito comum isto acontecer com suicídio de detento ou morte provocada por outros detentos. Sendo uma decisão pacífica no STF e no STJ, vejamos:

[...] Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento[...] (STF, RE 841526/RS, TRIBUNAL PLENO, Relator(a) Ministro(a):

LUIZ FUX, Julgado em 30/03/2016, Publicado no DJ em 30/03/2016 [...] A responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio no qual foram inseridos pelo próprio Estado [...] (STJ, AgRg no REsp 1.305.259-SC, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): MAURO CAMPBELL MARQUES, Julgado em Julgado em 02/4/2013, Publicado no DJ em 09/04/2013).

Temos então, que quando a Administração Pública não executa a atividade que era obrigada e diante desta omissão decorre o dano, responderá objetivamente, porém, se não era obrigada a evitar o evento que causou dano e este derivar indiretamente da omissão estatal, teremos a responsabilidade subjetiva.

4.2 A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

O servidor Público, como pilar da organização administrativa, está sujeito à responsabilidade Civil, Penal e administrativa resultante do exercício do cargo, emprego ou função. Igual encargo se explica por as atribuições que lhes são concedidas, estas que devem total atenção e zelo por parte do Estado, já que são a sua mola propulsora, sendo um legítimo pivô da maquina administrativa.

No tocante à responsabilidade Civil, esta é de ordem patrimonial e decorre do art. 186 do CC, o qual estabelece que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Desse modo, torna-se imprescindível estabelecer e salientar a conexão do agente público ao seu múnus, visto que, após severar à obrigação de indenizar do Estado para o ente particular, este deve apurar o grau de comprometimento do agente público e exigirá a reposição dos valores.

Conforme já salientado no presente trabalho, em seu capítulo anterior, o artigo 37, §6º da Constituição Federal, prevê o direito de regresso da Administração Pública para com o agente estatal causador do dano.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles, explana:

A ação regressiva da administração contra o causador direto do dano está instituída pelo § 6º do art. 37 da CF como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade independe da culpa, para o servidor a responsabilidade depende da culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil.⁸⁴

⁸⁴ MEIRELLES. *Op. Cit.* 2010, p. 669.

Substanciando a posição de que a vítima deve ser indenizada tanto pelo Estado quanto pelo agente causador direto do dano, Celso Antônio de Mello informa:

A norma visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar delas conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano⁸⁵.

Há uma porção da doutrina que defende ser possível entrar com ação de indenização contra o agente público causador do dano, analisando o artigo 37, 6º da Constituição Federal, Hely Lopes Meirelles, é claro ao afirmar que “O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente”⁸⁶.

Existe também a possibilidade de existir a denunciação à lide, havendo então uma problemática no que diz respeito ao tema exposto entre alguns autores, vejamos o que Doutrinador Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, diz a respeito:

Sobre a matéria, a rigor, podem-se conceber três entendimentos possíveis: que a denunciação à lide é obrigatória, sob pena de perda do direito de regresso; que ela é facultativa, de toda forma resguardado o eventual direito de regresso; ou que é vedada, devendo o eventual direito de regresso ser buscado em processo autônomo.⁸⁷

Pois bem, Odete Medauar, em *Direito Administrativo Moderno*, argui com clareza os assuntos favoráveis e contrários do uso da denunciação à lide em processo indenizatório contra o Estado:

Reina dissenso na doutrina e na jurisprudência a respeito da questão. Em sentido contrário à denunciação salientam-se as seguintes justificativas, dentre outras: a) a CF, art. 37, § 6º, responsabiliza o Estado pelo ressarcimento à vítima do dano, com base na prova do nexu causal; aqui se trata de relação de responsabilidade entre poder público e vítima [...], descabida a interferência de outra relação obrigacional; portanto, o art. 70, III, do Código de Processo Civil deixa de prevalecer ante a regra constitucional; b) necessidade de priorizar o direito da vítima, evitando demora no andamento do processo pelo ingresso de mais um sujeito; c) ingerência de um fundamento novo na demanda principal. Esta parece ser a orientação a que mais se inclina a jurisprudência. Em sentido favorável à denunciação

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p 958.

⁸⁶ MEIRELLES. *Op. Cit.* 2010, p. 58.

⁸⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 56.

existe também farta jurisprudência, argumentando-se o seguinte: a) o art. 70,III, do Código de Processo Civil alcança todos os casos de ação regressiva; b) por economia processual e para evitar decisões conflitantes, a responsabilidade do agente pode ser apurada nos autos da ação de reparação de dano; c) recusar a denúncia à lide do agente cerceia um direito da Administração.⁸⁸

Torna-se nítido que o agente tem responsabilidade subjetiva pelo dano que fora cometido, já o Estado responde de forma objetiva, isso acontece pelo fato da Administração Pública assumir o risco, como é o caso dos presídios e seus agentes penitenciários.

4.2.1 Prescrição da ação regressiva do estado contra o agente público

Diante de todo o trazido à bojo no tocante às responsabilidades dos agentes públicos em face de suas respectivas condutas, levantou-se grande dúvida a respeito de qual seria o prazo prescricional que se empregaria ao Estado para tal.

Em que pese as discussões doutrinárias acerca da matéria, em primeira categoria, é saliente trazer à tona a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil, a qual é prescritível em 5 anos (STF.RE.669069/MG). Tendo aplicação analógica do Decreto Federal nº 20.910/32. Neste prisma é o posicionamento do STJ em suas decisões dessa seara.

No tocante a ação de ressarcimento decorrente de ato de improbidade administrativa praticado com culpa, isto é, quando o agente não quer praticar o crime, mas acaba agindo com imprudência, negligência ou imperícia, em quebra do dever objetivo de cuidado, está resta prescritível em 5 anos. (Art. 23 da LIA).

Por fim, o plenário do STF decidiu no Recurso Extraordinário 852475, em 08 de agosto de 2018, que trata de um tema de repercussão geral 897 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa. O Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, se é prescritível, ou não, a ação de ressarcimento ao erário fundada em ato tipificado como ilícito de improbidade administrativa. A tese estabelecida pelo STF foi de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao

⁸⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 371.

erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. (Art. 37, §5º da CF/88).

Discorridos os tópicos intrínsecos à responsabilidade civil do Estado, passar-se-á à apreciação da temática responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de detentos no sistema prisional.

4.3 A TESE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO ESPECÍFICA E DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO GENÉRICA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

De suma, para melhor entendimento acerca do tema, é mister instaurar o entendimento adotado por Sérgio Cavaliere Filho⁸⁹, onde, segundo o mesmo, haveria responsabilidade objetiva no caso de omissão específica, sendo atribuída ao Estado quando este estiver na condição de garante, e, por sua omissão cria situação propícia para a ocorrência do evento danoso, pois tinha o dever de agir para impedir a ocorrência do mesmo. Essa visão decorre da teoria do risco administrativo, teoria adota em nosso país, como esclarecido outrora. Em contrapartida, haveria responsabilidade subjetiva nos casos de omissão genérica, onde não se exige do Estado um dever específico de agir. Em todo caso, insta salientar que tais teorias somente se aplicam na ausência de alguma hipótese excludente da responsabilidade civil, conforme já assentado.

Desse modo, a responsabilidade específica advém do dever do Estado de salvaguardar a proteção de determinado bem jurídico que se encontra diretamente sob sua tutela. Ocorrerá sempre que o agente público – com o encargo de proteger a integridade física, psíquica ou moral do indivíduo sob sua guarda – age com negligência, propiciando, por sua inatividade, a ocorrência do dano. Em outras palavras, conforme ensinamentos do autor, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, e, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado.⁹⁰

É o caso, por exemplo, do diretor de presídio que coloca membros de gangs rivais na mesma cela; do diretor de escola pública que deixa os portões abertos possibilitando a fuga de alunos (crianças) no horário de aula; do

⁸⁹ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2012, p 267.

⁹⁰ *Idem.*

responsável pelo serviço de atendimento de urgência que, injustificadamente, demora em determinar a ambulância que transporte paciente em estado grave. Em todos esses casos há uma relação direta em a omissão do agente responsável direto pela prática de atos de ofício e o dano causado a terceiros (adaptado).⁹¹

No tocante à responsabilidade do Estado no Sistema Prisional importam algumas situações elucidadas em sua obra:

Exemplos de omissão específica: morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58.957/2008, TJRJ); omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio [...]; com a prisão do indivíduo, assume o Estado o dever de cuidar de sua incolumidade física, quer por ato do próprio preso (suicídio), quer por ato de terceiro (agressão perpetrada por outro preso); assim, ante a rebelião que eclodiu no Pavilhão 9, da Casa de Detenção, tinha o Estado o dever de proteger a incolumidade física dos presos e dos próprios revoltosos, uns dos atos dos outros; sua intervenção no episódio era, portanto, de rigor; e ocorrendo ofensa à integridade física e morte do detento, é seu dever arcar com a indenização correspondente (AI 299.125, Rel. Min. Celso de Mello) [...] (grifos meus).⁹²

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal vem apresentando entendimentos divergentes quanto à responsabilidade civil do Estado, no que se refere às pessoas sob guarda deste, como no caso da custódia no Sistema Prisional. Referida Corte vem compreendendo que haveria responsabilidade objetiva do Poder Público, mesmo que o dano não tivesse decorrido de um agente do Estado. Ou seja, o Estado, em relação a pessoas sob sua tutela, assume posição de garantidor e, portanto, responde objetivamente. Essa foi a posição do STF no

Agravo de Instrumento 706025/RR, tendo como relator o Ministro Joaquim Barbosa:

Decisão: [...] A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em caso de morte de detento sob custódia do estado, é devida a condenação imposta. A responsabilidade de reparar os danos decorre da violação do dever de guarda, dado que o estado não teria tomado todas as medidas necessárias para impedir o homicídio. Nesse sentido, confirmam-se: “Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º,

⁹¹ *Ibidem*, p. 268.

⁹² *Idem*.

XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 272.839, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08.04.2005) “Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença.” [...] Do exposto, nego seguimento ao presente agravo. Publique-se. Brasília, 13 de abril de 2012. Ministro Joaquim Barbosa- Relator (grifos meus).⁹³

Desta forma, o óbito de um detento no interior de qualquer unidade integrante do Sistema Prisional é, nesses casos, de responsabilidade do Poder Público, que deve responder objetivamente por sua omissão, que ocasionou a morte do condenado. O fato de a morte ter sido praticado por um terceiro, mas no interior da unidade prisional, não elimina a responsabilidade civil do Estado, que deve cumprir com o dever de guarda disposto na Lei de Execução Penal.

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.⁹⁴ Nesse sentido também caminha o STJ, como se vislumbra no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 729565/PE:

Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil do estado. Morte de detento nas dependências de presídio. Nexo Causal e revisão do quantum fixado a título de danos Morais. Impossibilidade. Necessidade de revolvimento Fático probatório. Súmula 7/stj. Danos materiais. Falta de prequestionamento. Súmula 211/stj. Pensão. Ausência de comando normativo. Súmula 284/stf. 1. A jurisprudência desta corte é no sentido de que a responsabilidade civil. Do ente público é objetiva, no que se refere a morte de detento sob custodiado estado. [...].⁹⁵

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo de Instrumento: 706025 RR, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, julgado em: 13/04/2012, Diário Jurídico Eletrônico em: 26/04/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155571190/agravo-em-recurso-especial-aresp-614930-pe-2014-0296950-0>>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2012, p. 269.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1481823 PE 2014/0239777, Julgado em: 20/10/2015, Diário Jurídico Eletrônico em: 05/11/2015. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1:acordao;aresp:2015-09-22;729565-1470446>>. Acesso em: 11 out de 2021.

Para que não possam vir a ocorrer abusos ou para que o Estado não seja responsabilizado por toda sorte de omissão existente, torna-se necessário limitar os casos da imputação da lesão ao mesmo, já que não é possível evitar a ocorrência de todo dano. Em suma, no caso de omissão específica, o Estado deverá se responsabilizado de acordo com a teoria objetiva, ou seja, sem análise do elemento culpa, tendo em vista a omissão estatal ser causa direta e imediata do evento danoso, sendo o nexo causal imprescindível para analisar o dever estatal de ressarcir. Obviamente, que essa reparação pode ser excluída ou atenuada se comprovada a existência de caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima, ou ainda, culpa de terceiro.

Todavia, em determinadas hipóteses, não se é possível a exigência dessa conduta específica, e atribuição da responsabilidade objetiva, por se tratarem de omissões genéricas, o que poderia acarretar não a responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política dos dirigentes responsáveis.⁹⁶

Assim sendo, no caso de omissão genérica não se pode exigir do Estado uma atuação específica, onde há apenas o dever legal de fiscalização, em decorrência do poder de polícia, por exemplo, e que por sua omissão apenas concorre para o resultado. Nesses casos, emerge a responsabilidade subjetiva da Administração Pública, com base da teoria da culpa administrativa, derivada esta da teoria de origem francesa do *faute du service*, traduzida para o vernáculo por *falha no serviço*. Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro:

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.⁹⁷

A responsabilidade genérica está relacionada com a prestação de serviços adequados à coletividade e não a determinado usuário. A ausência ou prestação deficiente de tais serviços, ou seja, das prestações positivas a que está obrigado, faz nascer a responsabilidade civil do Estado, que só se configura diante da prova da negligência do agente público como causa determinante do dano.

⁹⁶ CAMPANELLA, Luciano Magno Campos. Jus Navigandi. Responsabilidade civil do Estado por omissão. 2014, p. 163.

⁹⁷ DI PIETRO. *Op. Cit.* 2014, p. 719.

Como se nota, na omissão genérica, que faz emergir a responsabilidade subjetiva da Administração Pública, a inação do Estado, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, concorre para ele, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço concorreu para o dano, pois se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido.

Tratando-se de omissão no Sistema Prisional, é possível vislumbrar algumas situações em que não é pertinente a aplicação da responsabilidade objetiva, por se tratar de hipóteses genéricas, em que o Estado, embora guardião do indivíduo que está encarcerado, não se torna guardião universal, sendo cabível, nesses casos, a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade civil. Por exemplo, seria o caso de um presidiário que venha a morrer devido a uma alergia alimentar até então não constatada ou desconhecida em exames médicos; do indivíduo, que visitando algum presidiário, venha a sofrer um ataque epilético, resultando em óbito; do presidiário que sofre um acidente dentro do sistema prisional, e morre; ou ainda no caso de detento que sofre ataque do coração decorrente de partida de futebol no pátio do presídio. Nas situações descritas, é cabível a responsabilidade através da análise de culpa ou dolo por parte dos responsáveis estatais, conforme preceitua a responsabilidade civil subjetiva.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri cita como exemplo de omissão genérica:

São exemplos de omissão genérica: [...] estupro cometido por residiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei – *faute du service public* caracterizada; a omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão (REsp. 409203/RS); [...] ⁹⁸

Por fim, de igual modo, importa ressaltar que no tocante a fuga de presidiário a jurisprudência tem atribuído espécies de responsabilidade civil distintas nos casos em que o crime é cometido logo após a fuga e nos casos em que o lapso temporal é maior.

Em síntese, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá

⁹⁸ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2012, p. 268-269.

omissão específica e a responsabilidade será objetiva, sendo suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão; do contrário, tratando-se de omissão genérica, será a responsabilidade subjetiva, aferida concretamente diante da situação apresentada.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO PARONAMA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

As problematizações no tocante aos presidiários e suas condutas dentro dos presídios levantam, certamente, muitas questões problemáticas e duvidosas acerca de quem seria o eventual responsável a esses problemas. Duvidosas, pois até mesmo a doutrina diverge e vem se adaptando a esse tema delicado ainda nos dias atuais. O posicionamento é distinto no sentido de se discutir se esse tipo de conduta seria de fato uma responsabilização administrativa, e dentro dessa égide, se seria uma responsabilidade comissiva ou omissiva do Estado. É importantesalientar que, segundo a posição majoritária da jurisprudência, quando a conduta estatal é comissiva, trata-se de responsabilidade objetiva; quando omissiva, trata-se de responsabilidade subjetiva, na modalidade de culpa administrativa ou anônima, ou seja, a vítima deve provar a culpa na falta, no atraso, ou na má prestação do serviço.

Conforme leciona Di Pietro⁹⁹, a capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária.

Sobre a responsabilidade civil, também denominada responsabilidade extracontratual, esta consubstancia-se na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano. É modalidade de obrigação extracontratual no direito privado, e, como regra geral, orientada pela assim chamada teoria da causalidade direta e imediata, segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo que não tiver dado causa, e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.

[...] obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.¹⁰⁰

Não se confunde a responsabilidade civil com as responsabilidades administrativa e penal, sendo essas três esferas de responsabilização, em regra,

⁹⁹ DI PIETRO. *Op. Cit.* 2014, p. 523.

¹⁰⁰ MELLO. *Op. Cit.* 2010, p. 983.

independentes entre si, podendo as sanções correspondentes serem aplicadas separada ou cumulativamente, conforme as circunstâncias de cada caso específico. A responsabilidade penal resulta da prática de crimes ou contravenções tipificadas pelo seu próprio código, feitas previamente ao ato ou conduta, respeitando o princípio da anterioridade. Já a responsabilidade administrativa decorre de infração, pelos agentes da administração pública ou por particulares que com ela possuam vinculação jurídica específica, sujeitando o Estado à obrigação de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, portanto, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais¹⁰¹.

Aqui, nesse trabalho, se adentrará nas questões de tal responsabilidade estatal devida somente para com os presidiários, de modo que este ao se por como ser garantidor e zelador desses, inegavelmente cumpre com a obrigação de se responsabilizar pelos mesmos.

5.1 PANORAMA GERAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A violência urbana é uma triste realidade social, e o sistema de segurança pública mostra-se cada vez mais deficiente, marcado por falta de investimentos por parte do Poder Público, morosidade, greves, rebeliões em presídios, etc. Assim, diversos são os problemas associados ao Sistema Prisional, problemas estes relacionados à saúde, segurança e integridade física dos encarcerados. A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade, aliados ainda à má alimentação, sedentarismo, uso de drogas, falta de higiene, tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças.

Além disso, não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões.¹⁰² O Estado é detentor do “*ius puniendi*” que lhe foi atribuído por toda a sociedade, em detrimento da vingança privada. Assim, é dotado do poder de impor penas privativas de liberdade a pessoas cujas condutas tenham violado normas jurídicas que tutelam bens de grande relevância para todos.

¹⁰¹ ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. ed. Forense Ltda, 2016, p. 914.

Direito Administrativo Descomplicado. 24.

¹⁰² ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro.** Direitonet, maio 2016. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciariobrasileiro>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

Em contrapartida, os detentos têm seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, Lei de Execução Penal e convenções/ tratados internacionais, sendo importante frisar que o cerceamento da liberdade não deve ser acompanhado da perda de direitos inerentes ao ser humano, como a dignidade. Entretanto, a realidade vivida nos presídios não está em consonância com as normas garantidoras de direitos fundamentais, pois violências são cometidas contra presos diariamente, tanto por agentes públicos como por outros detentos, e algumas delas ceifam vidas.

O estatuto executivo-penal brasileiro, apesar de avançado em termos legislativos, falha em termos práticos. O que tem ocorrido na realidade é a constante violação dos direitos e a inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade, num processo em que não são oferecidas quaisquer condições de preparar o retorno útil do preso à sociedade.

A violência e a impunidade são ainda maiores entres os próprios apenados, sendo comum a ocorrência de homicídios, agressões, abusos sexuais, espancamentos e extorsões. Os presos que detém esse “poder paralelo” dentro da prisão, grande parte das vezes não são denunciados, permanecendo impunes em relação a suas condutas¹⁰³. Contribui ainda para esse quadro o fato de não existir uma separação entre os condenados contumazes e sentenciados a longas penas, dos condenados primários. Acrescenta-se ainda o problema dos presos que estão cumprindo pena em estabelecimentos inadequados para essa finalidade, devido à falta de vagas nas penitenciárias, e que, por isso, acabam sendo tolhidos de vários de seus direitos, dentre eles o de trabalhar, a fim de que possam ter sua pena remida¹⁰⁴.

Além disso, outra violação corriqueira no Sistema Prisional, que decorre da negligência dos órgãos responsáveis pela execução da pena, é a demora na concessão dos benefícios àqueles que já fazem jus à progressão de regime ou de serem colocados em liberdade por já terem saldado o cômputo da pena. Tal situação constitui constrangimento ilegal por parte dessas autoridades, e pode, inclusive, ocasionar responsabilidade civil do Estado pelo fato de manter o indivíduo encarcerado de forma excessiva e ilegal.

Todos os problemas mencionados, aliados ainda à falta de segurança das

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

prisões, levam à deflagração de outro grave problema do Sistema Carcerário Brasileiro: as rebeliões e as fugas de presos. As rebeliões, geralmente organizadas pelos presos de forma violenta, na verdade representam um protesto reivindicando destes por seus direitos, para chamar a atenção das autoridades para a realidade por eles vivenciadas. Quanto às fugas:

[...] sua ocorrência basicamente pode ser associada à falta de segurança dos estabelecimentos prisionais aliada à atuação das organizações criminosas, e infelizmente, também pela corrupção praticada por parte de policiais e de agentes da administração prisional.¹⁰⁵

Desse modo, resta evidenciado que o Sistema Prisional Brasileiro encontra-se em estado preocupante, devido aos vários problemas tratados, o que repercute em toda a sociedade, merecendo, portanto, um estudo mais acurado. Assim, diversas situações podem vir a ensejar a responsabilização civil do Estado, não só por ação, mas também pela omissão do Poder Público.

5.2 ANÁLISE DE DADOS ESTÁTICOS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Após o vislumbre do panorama do sistema prisional brasileiro, se vê necessário firmá-los, apresentando os dados estatísticos do mesmo afim de concretização do dito. Em 2016, segundo o estudo “Sistema Prisional em Números”¹⁰⁶ a população carcerária do país era de 666.532, sendo que a capacidade era de apenas 411.697, resultando num superávit superior a 60%, ou seja, a taxa de ocupação dos presídios brasileiros nessa época era de 161,90%, havendo, 1.574 mortes nos estabelecimentos penitenciários, segundo este estudo.

Como se não bastasse, esses números ficam ainda maiores se compararmos com os dados disponibilizados pelo Infopen¹⁰⁷. A título de conhecimento, Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro disponibilizado pelo governo federal.

¹⁰⁵ RESENDE, Carla de Jesus; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A privatização do sistema penitenciário brasileiro**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=9822&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 18 mai. 2021.

¹⁰⁶ TJRS. **Apelação Cível 70069660512, 2016**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 26 out. 2021.

¹⁰⁷ CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema Prisional em números**. 2019. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. 22 out. 2021.

Se somarmos as mortes do ano todo de 2016, segundo este, teremos 1.841 mortos nas penitenciárias. No ano seguinte, em 2017, temos 2.063 mortos, um aumento de mais de 200 em um ano. Felizmente, o estudo mostra que em 2018 o número volta a baixar e temos então 1.895 mortos. Já no ano de 2019 não possui os dados completos, apenas de janeiro a junho, que totalizam 1.069 mortos.

Outro aspecto a ser destacado nesse estudo comparativo é o motivo que levou o preso a óbito. Em primeiro lugar, com uma média de aproximadamente 605 mortos é por motivos naturais ou de saúde, mostrando-se nítido que o sistema carcerário brasileiro é precário quando se trata da saúde do detento. Após temos os óbitos criminais, com uma média aproximada de 227 mortos, seguido por suicídios que totalizam uma média de 82, óbitos por causas desconhecidas 80 e por último são os óbitos acidentais, com uma média aproximada de 5.

Segundo dados do Sistema Prisional em Números do CNMP, em 2019 o Brasil tem uma capacidade em suas penitenciárias para 441.147 mil presos, porém, o número de presidiários é de 733.460, uma taxa de ocupação de mais de 166%. A região sul tem a menor taxa de ocupação quando comparado a capacidade e a ocupação, com mais de 140%, já a região centro-oeste os números chegam à uma taxa de ocupação de mais de 200%.

Os números ficam ainda maiores quando analisamos os dados do Infopen de dezembro de 2019, nele conseguimos perceber um total de 748.009 mil presos, com 36 um déficit total de 312.925.

Com a chegada da pandemia do Corona Vírus (COVID-19) e a precariedade do sistema carcerário brasileiro já visto anteriormente pela alta média de mortos decorrente de problemas de saúde, é nítido que também ocorreria mortes em decorrência do vírus nas penitenciárias.

Dados do Depen, atualizados em 10 de junho de 2020, mostram que, no Brasil, há 1.867 presos infectados pelo COVID-19 e 664 casos suspeitos. Os dados ainda mostram, que, desses 1.867 infectados, 47 vieram a óbito por conta do vírus.

Portanto, pode-se concluir que o sistema carcerário brasileiro está em um verdadeiro caos, com taxas de ocupações a 160%. Como se não bastasse essa alta taxa, ainda há o problema de que os presídios brasileiros são, em sua maioria, precários, onde morrem, em média mais de 50% dos presos por culpa de problema.

5.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO PRESO

Entende-se como princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, segundo Vasconcelos¹⁰⁸, o conjunto de diversos direitos fundamentais indeterminados; por exemplo, [...] a proteção do Estado a sofrimentos evitáveis.

Trata-se de um fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana¹⁰⁹

Com base em tal redação, afe-se que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, sendo um direito intrínseco ao ser humano.

Trazendo para a hipótese ora estudada, pode-se dizer que o fato de a pessoa estar presa não faz com que ela deixe de merecer respeito e proteção da mesma forma que é conferido aos demais cidadãos.

Não obstante, é certo que “a privação de liberdade impossibilita ao preso o exercício de alguns de seus direitos constitucionalmente assegurados, enquanto perdurar sua prisão”¹¹⁰

É fato que qualquer sentenciado sofre a natural redução da sua liberdade em geral, pois o Estado, detentor do poder punitivo, fará valer a sanção aplicada pelo juiz. Logo, em especial no tocante ao preso, não há como evitar as obrigações legais inerentes ao seu estado, como aceitar a privação da liberdade de ir, vir e ficar; a estreiteza do seu direito à intimidade, em particular pelo permanente acompanhamento e pela constante vigilância; a diminuição do seu direito de se associar, de se comunicar com terceiros, de ter um domicílio como asilo inviolável (a cela, embora seja seu lugar de permanência, não pode ser considerada sua casa); a imposição de horários para se alimentar e para dormir, entre outros fatores.

Mesmo com esta impossibilidade do exercício de alguns direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana é plenamente aplicável aos condenados, de modo que o

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63.

¹⁰⁹ BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹¹⁰ VASCONCELOS. *Op. Cit.* 2017, p. 245.

Estado deve se prevenir para que não venham a ocorrer inconvenientes, como a morte de um detento, que está sob a sua guarda.

Nesta perspectiva, pode-se mencionar o artigo 5º, XLIX, da Carta Magna, que determina:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral¹¹¹

Diante dessa disposição, entende-se, segundo Vasconcelos, que “todos os direitos fundamentais compatíveis com sua condição de presidiário deverão ser respeitados, dentre eles, sua integridade física e moral”¹¹².

Também nesse âmbito, são os artigos 38, do Código Penal, e 40, da Lei de Execução Penal, que estabelecem, respectivamente: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”¹¹³ e “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”¹¹⁴

Nesta perspectiva, afirma Cahali:

A partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja da parte de outros detentos, seja igualmente da parte de estranhos.¹¹⁵

Os indivíduos recolhidos a estabelecimentos prisionais ou a qualquer espaço sob guarda do Estado dispõem do direito subjetivo público da proteção dos órgãos públicos, do qual o poder de polícia atuará para defendê-los de qualquer espécie de agressão, quer seja de seus companheiros, dos policiais ou até mesmo, de pessoas que se encontram fora do estabelecimento, que podem, burlando a vigilância estatal, causar danos aos encarcerados.

¹¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹¹² VASCONCELOS. *Op. Cit.* 2017, p. 245.

¹¹³ BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1991]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#art361.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

¹¹⁵ CAHALI. *Op. Cit.* 2014, p. 1124.

Na mesma linha, é o ensinamento de Stoco:

O preso, a partir da sua prisão ou detenção é submetido à guarda, vigilância e responsabilidade da autoridade policial, ou da administração penitenciária, que assume o dever de guarda e vigilância e se obriga a tomar medidas tendentes à preservação da integridade física daquele, protegendo-o de violências contra ele praticadas, seja por parte de seus próprios agentes, seja da parte de companheiros de cela ou outros reclusos com os quais mantém contato, ainda que esporádico.¹¹⁶

Nesse panorama esbojado, requer-se do Estado, um comportamento mais operante de proteção. Essa nova maneira de voltar-se à responsabilidade civil do Estado a peculiariza no século XXI, permitindo que na falha do Estado no seu posto de garantidor de determinado bem jurídico fundamental, seja este condenado a indenizar o lesado, como resposta proporcional e adequada à sua avaria.

Contudo, em que pese a positivação do dever jurídico de proteção aos presos em nossa legislação e o zelo doutrinário na abordagem do assunto, comumente deparamos com notícias midiáticas de mortes de detentos nas dependências do sistema prisional brasileiro, pelos mais variados motivos.

Indispensável salientar, portanto, que, mesmo que o desrespeito à integridade física e moral do preso, que tem como hipótese mais grave, indiscutivelmente, a morte do condenado, não decorra de uma ação de um agente público estatal, o Estado, em se tratando de um acontecimento evitável, terá responsabilidade, por ser ele o encarregado de assegurar essa garantia aos presos.

5.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE MORTES DE PRESOS DENTRO DE PRESÍDIOS BRASILEIROS

A partir de todo o dito, levando em consideração que o tema esbojado traz à tona muita polêmica e discussões, tanto em viés jurídico quanto na sociedade em si, o Supremo Tribunal Federal, em 30 de março de 2016, por unanimidade, tentou por fim às controvérsias, quando decidiu nos autos no Recurso Extraordinário 841.526, que a morte de um detento em estabelecimento prisional gera responsabilidade civil do Estado, se houver inobservância do seu dever específico de proteção.

¹¹⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p 1166.

A possibilidade de gerar danos resulta, para a Administração, o dever de indenizar, decorrente do ato lesivo causado à vítima, independentemente da demonstração de culpa pela falta do serviço. Para que se configure a responsabilidade, é necessária apenas a demonstração da conduta, do dano e donexo causal entre eles. Embora a responsabilidade objetiva do Poder Público prescindida do elemento subjetivo da culpa, esta Turma entende que, nos casos de omissão do serviço ou 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. (MINISTRO GILMAR MENDES, Recurso Extraordinário 677.139, Paraná, 2015. DJe-247, publicado em 09/12/2015).

Portanto, em apertada síntese, pois trarei mais a frente a discussão sobre o RE em epígrafe, cabe ao Poder Público, o dever de garantir os direitos fundamentais garantidos aos apenados, zelando para que a execução da pena se dê de forma humanizada. Em caso de inobservância quanto à esse dever, caracteriza-se a responsabilidade civil estatal por ato comissivo ou omissivo.

Pois bem, como mencionado no capítulo anterior, a Constituição dispõe que estão asseguradas a integridade física e moral dos detentos. Portanto, o senso comum é de que encarceramento tem como propósito a proteção da sociedade, frente aos indivíduos que, pela prática de seus crimes, possam pôr em risco a segurança da vida em comunidade. Por esses crimes cometidos, a sociedade impõe ao preso o isolamento como uma punição de natureza moral.

Porém, o verdadeiro objetivo por trás do encarceramento vai além de uma mera imposição de um castigo, refere-se à ressocialização e reeducação do criminoso, além da prevenção da criminalidade, que cabe somente ao Estado.

Diante disso, a fragilidade do sistema prisional brasileiro é de conhecimento de toda sociedade. Incontáveis são os problemas enfrentados nas unidades prisionais de todo o país, estando entre eles a superlotação, a corrupção e a desorganização do sistema e o domínio de grande parte dos presídios pelas facções criminosas e por suas lideranças, que regem as penitenciárias¹¹⁷

Certamente a situação de superlotação é a motivação da grande maioria dos distúrbios encontrados atualmente nos presídios brasileiros, e diante dessa superlotação que, por exemplo, o efetivo de servidores celeremente passa a ser insuficiente, o que facilita a união dos reclusos, gerando facções e gangues.¹¹⁸

¹¹⁷ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

¹¹⁸ *Idem*.

As problemáticas consequentes da superlotação das prisões, cumulado com as deficiências da alimentação oferecida aos encarcerados, com o estado precário das instalações físicas do estabelecimento, bem como com o despreparo técnico dos agentes penitenciários e com a restrição orçamentária, transformam a prisão em uma punição desumana.

É a partir dessa premissa, que surge uma das questões mais relevantes do sistema prisional brasileiro: a morte de detentos em resultado da falha do Estado no seu dever de proteção do indivíduo preso.

À frente deste cenário de omissão estatal, várias eram as discussões jurídicas a respeito do fundamento apropriado para o enquadramento da conduta do Estado nos casos de morte de detentos no sistema prisional, conforme já retratado no subcapítulo que versa sobre o debate acerca da responsabilidade do Estado por omissão.

Alguns autores se posicionavam a favor da aplicabilidade da teoria subjetiva nos casos de omissão do Estado, entre eles Yussef Said Cahali, José Cretella Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Outros, como Stoco defendiam a aplicabilidade da teoria objetiva nas ocorrências de morte de detentos no ambiente prisional:

[...]se um detento fere, mutila ou mata outro detento, o Estado responde *objetivamente*, pois cada detento está sempre sujeito e exposto a situações agudas de risco, inerente e próprio do ambiente das prisões onde convivem pessoas de alta periculosidade e, porque no ócio e confinados, estão sempre exacerbados e inquietos.

Tais comportamentos dos reclusos, porque objeto de ciência própria e amplamente estudados e identificados, são do perfeito conhecimento das autoridades, que, por isso, têm todos os meios de se precatar.

[...]

Desse modo, qualquer lesão que esses presos sofram por ação dos agentes públicos, por ação de outros reclusos ou de terceiros, leva à presunção absoluta (*jure et de jure*) da responsabilidade do Estado, não admitindo a alegação de ausência de culpa¹¹⁹.

Em virtude dessa controvérsia jurídica, o Supremo Tribunal Federal, na decisão do Recurso Extraordinário 841.526, a qual será comentada mais detalhadamente no subcapítulo posterior, firmou entendimento no tocante ao tema, encerrando, de vez, a divergência existente.

¹¹⁹ STOCO. *Op. Cit.* 2007, p. 1167.

5.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO TOCANTE À SUÍCIDIO DE DETENTOS

Atualmente a doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que a responsabilidade civil do Estado no caso de suicídio é objetiva. Ao fazer tal afirmação significa dizer que resta configurada responsabilização estatal independente de comprovação da existência de dolo ou culpa por parte do Poder Público, bastando tão somente a presença dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado.

Como já assentado, a legislação nacional brasileira teve preocupação em tutelar direitos aos presos, tais como: o direito à dignidade da pessoa humana, direito à vida, bem como, direito à saúde, à segurança, à integridade física e moral do detento, dentre outros. Aquela o fez mediante tratados de direitos humanos, como por exemplo, as Regras de Mandela. Já esta, por sua vez, o fez através da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional como é o caso da Lei de Execução Penal.

Nesse enfoque, o Poder Público, por certo, possui o dever legal de guarda e vigilância para com os presidiários, devendo aquele primar pela vida, integridade física e moral destes, de modo a resguardá-los de qualquer tipo de agressão, ainda que a agressão seja cometida pelo próprio presidiário, como ocorre no suicídio, pois caso contrário, deverá o Estado ser responsabilizado pelas violações perpetradas aos detentos mediante pagamento de indenização às vítimas.

Acerca do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello tece lição:

Se o poder público despoja os internos em certo presídio de qualquer recurso que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum dos detentos, dos quais omitiu-se na adoção de igual cautela.¹²⁰

Ademais, há de se convir que diante da situação vigente no sistema penitenciário brasileiro, caracterizado pelas mínimas condições de vida, superlotação de celas, bem como, ausência de adequada assistência à saúde, ou seja, uma situação generalizada de precariedade e insalubridade, são estes, sem dúvida, fatores que contribuem para ocorrência de suicídios nos presídios. Assim, nota-se no caso de suicídio de preso, o Estado não apenas se omite no dever de guarda e vigilância do custodiado, mas também, cria situação de risco para a ocorrência do dano, nesse

¹²⁰ MELLO. *Op. Cit.* 2011.

caso, o suicídio.

A respeito da teoria de criação do risco para ocorrência do dano, leciona Sérgio Cavaliere Filho:

Com muita frequência o comportamento do Estado, embora não seja a causa direta ou imediata do dano, concorre, todavia, para ele de forma decisiva. A atuação do Estado cria a situação propícia do dano, de modo a justificar a sua responsabilização. Ocorre tal situação quando o Estado tem o dever de guarda de pessoas ou coisas perigosas, expondo a coletividade a risco incomuns. Servem de exemplo os depósitos de explosivos, usinas nucleares, presídios e manicômios judiciais, recintos para guarda de animais etc. 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.¹²¹

No que se refere a jurisprudência nacional, esta tem firmado o posicionamento no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por suicídio de detentos é objetiva, uma vez que se trata de uma omissão específica e além disso a proteção do Estado aos presos deve se estender, até, a proteção contra eles mesmos. Assim o Tribunal do Estado Minas Gerais decidiu em sede de Apelação:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. MORTE DE DETENTO EM CADEIA PÚBLICA. SUICÍDIO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL AOS FILHOS MENORES. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. 1. A norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição da República, consagra a teoria da responsabilidade objetiva, também denominada de teoria do risco, em que a obrigação de indenizar prescinde da comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa. 2. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, no caso de morte de detento em estabelecimento prisional, ainda que em caso de suicídio, a responsabilidade do Estado é objetiva, devendo indenizar os danos causados. 3. É devida indenização por danos materiais, na forma de pensão mensal, aos filhos menores do falecido, a teor do disposto no art. 948, inciso II, do Código Civil. 4. Os danos morais são aqueles ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana, ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua. 5. A vítima de lesões a direitos de natureza não patrimonial deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, arbitrada segundo as circunstâncias, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (TJMG - AC: 10422100009519001 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 30/01/2014, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/02/2014).

Igualmente, o Tribunal do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 0000970-53.2012.8.26.0204, posicionou-se pela adoção da responsabilidade

¹²¹ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2009, p. 251.

civil do objetiva do Estado no caso de suicídio de detentos:

APELAÇÃO CÍVEL – Indenização Por Danos Material e Moral – Óbito de Detento que se suicidou – Sentença de improcedência pronunciada em primeiro grau – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – Suicídio em delegacia de polícia – Detido para averiguação de posse de veículo – alegação de suicídio por enforcamento – Falha no dever do Estado de garantir a integridade de pessoa sob a sua custódia, inclusive quanto à possibilidade de autolesão – INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – Cabimento, com atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fixando a pensão mensal em 1/3 do salário mínimo e danos morais em R\$ 250.000,00 – Inversão do ônus de sucumbência em 10% do valor da condenação – Sentença reformada – Recurso da 61 autora parcialmente provido (TJ-SP - APL: 00009705320128260204 SP 0000970-53.2012.8.26.0204, Relator: Maurício Fiorito, Data de Julgamento: 19/05/2015, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/05/2015). Não obstante a existência predominante do entendimento acima demonstrado, cabe ressaltar que parcela da doutrina entende que na hipótese de suicídio de detentos, incide a causa excludente da responsabilidade civil do Estado, denominada culpa exclusiva da vítima, sob justificativa de que o suicídio é resultado de ato unilateral da vítima, onde o detento voluntariamente decide ceifar sua própria vida. Ademais alegam a impossibilidade de o Estado prever todas as vezes em que um custodiado for tirar sua própria vida, de forma a romper o nexo de causalidade. Seguindo essa linha, em 2010, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à Apelação nº 994.08.090601-5, decidindo pela inexistência do nexo causal em virtude da presença da excludente da responsabilidade civil do Estado, culpa exclusiva da vítima: RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por danos morais e materiais - Morte de detento em estabelecimento prisional - Suicídio - Culpa exclusiva da vítima - Ausência de nexo causal com a atividade estatal - Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido. É responsabilidade do Estado assegurar a integridade física das pessoas postas sob sua custódia, respondendo pela falha no serviço sempre que não se verificar a ocorrência de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima (TJ-SP - APL: 994080906015 SP, Relator: Aliende Ribeiro, Data de Julgamento: 13/09/2010, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/09/2010).

Em 2013, de forma similar, a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador Leonel Costa, exclusão da responsabilidade civil do Estado por culpa exclusiva da vítima:

Conclui-se que a morte do preso ocorreu por sua culpa exclusiva, pois tomou a decisão de cometer o suicídio e assim procedeu, utilizando-se de um cordão por ele próprio confeccionado para o enforcamento, durante os poucos dias em que permaneceu encarcerado naquela unidade (deu entrada dia 16/12/11 e cometeu suicídio dia 18/12/11). Em tais circunstâncias, não há como responsabilizar o ente público pela morte de preso, porque o suicídio deste equipara-se a caso fortuito, evento cuja inevitabilidade exime de responsabilidade o devedor (art. 393/CC). Assim, o pleito indenizatório se mostra improcedente, merecendo reconhecimento da culpa exclusiva da vítima no evento danoso.106 (TJ-SP - REEX: 00207814420128260577 SP 0020781-44.2012.8.26.0577, Relator: Leonel Costa, Data de Julgamento: 29/07/2013, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/08/2013).

Há, ainda, parcela da doutrina e da jurisprudência que se filia ao

enquadramento da responsabilidade civil do Estado no caso de suicídio de detentos na modalidade subjetiva, ou seja, para que se configure o dever de indenizar do Estado é necessário a comprovação de culpa do Poder Público ou falha no serviço. Segundo os que compartilham desta tese, adotar a responsabilidade objetiva para hipótese de suicídio de detentos seria uma atitude fora da realidade, já que conforme enuncia o princípio da reserva do possível, é imprescindível se utilizar a proporcionalidade e razoabilidade no implemento dos direitos fundamentais do cidadão, e, acreditar que o Estado possui condição de guardar e vigiar diuturna e ininterruptamente cada detento, seria afrontar o princípio da reserva do possível.

Para Yussef Said Cahali:

O Estado deve ressarcir o dano resultante do suicídio de preso recolhido ao xadrez de delegacia de polícia cujo estado físico e mental inspirava cuidados com assistência médico-hospitalar. Pois, em tais situações, as condições pessoais do detento fariam presumir a necessidade de uma vigilância efetiva sobre o mesmo, a fim de prevenir a prática do ato trespouco. Entretanto, como ressalva o civilista 'se o preso agiu contra ele próprio, enforcando-se, sem que o preposto do Estado tivesse concorrido, sequer por negligência, para o resultado letal, não há cogitar-se de responsabilidade civil do Poder Público'. Assim, em caso de suicídio de presidiário no interior da cela, 'a obrigação de indenizar só acontece quando fica caracterizada a culpa dos funcionários do presídio, e não decorrente de atos de terceiros, quando o Poder Público não podia evitar o sinistro'. Portanto, 'para a definição da responsabilidade civil do Estado (no caso), é necessário que se indique, de maneira clara, a culpa com que se houve seu preposto, seu representante. Entrever essa culpa no ato trespouco do preso, decididamente, é ir muito longe. O suicida tem meios fáceis e impossíveis de se prevenir à obtenção do resultado. A impedi-lo, somente a manutenção permanente de um funcionário a seu lado. Dir-se-ia que deveria ter sido encaminhado a tratamento. Não havia elementos, porém, a curto prazo, que sugerissem o gesto extremo (CAHALI, 2007, p. 508-510)

Embora seja atualmente posição minoritária, a Responsabilidade Subjetiva por suicídio de detento encontra precedentes na jurisprudência pátria. Assim, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal prolatou a seguinte decisão:

Responsabilidade civil do estado. Omissão. Morte de preso. Necessidade de prova da culpa. Responsabilidade subjetiva. 1. Adotou o direito brasileiro a responsabilidade objetiva do estado, por atos comissivos de seus agentes que nessa qualidade causarem danos injustos a terceiros. Significa dizer que basta a ocorrência do dano injusto e a comprovação do nexo causal para gerar a obrigação de reparar a lesão sofrida pelo particular. 2. Em relação aos atos omissivos, a responsabilidade do estado é subjetiva. Com isso, deve ser demonstrado o dever de evitar a ocorrência do dano advindo de dolo ou culpa dos agentes públicos, para assim fazer emergir a obrigação de reparar o prejuízo experimentado. 3. Recurso conhecido e provido (tj-df - apc: 20050110364727 df, relator: carlos rodrigues, data de julgamento: 04/06/2008, 1ª turma cível, data de publicação: dju 30/06/2008 pág. 29)

Apesar do atual posicionamento dominante ser no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado no caso de suicídio de presos, como demonstrado, durante muitos anos havia grande divergência jurisprudencial acerca da temática supracitada, onde ora se decidia pela responsabilidade subjetiva ou pela irresponsabilidade estatal devido a incidência excludente da culpa exclusiva da vítima, ora se julgava pela adoção da responsabilidade objetiva do Estado em caso de suicídio de detentos, fato que ocasionava grande insegurança jurídica.

Portanto, diante de tal cenário, a matéria foi submetida ao Supremo Tribunal Federal. A discussão na Corte Suprema teve início em virtude de um caso de enforcamento/estrangulamento de Vandrey Jardim de Quevedo, presidiário custodiado na Penitenciária Estadual de Jacuí localizada no Rio Grande do Sul.

O suicídio ocorrido, deu, então, ensejo a propositura de uma ação de indenização por danos materiais e morais por parte da esposa e do filho do falecido, contra o Estado do Rio Grande do Sul, resultando no processo nº 70029820529. Na referida ação foi alegada a responsabilidade extracontratual do Estado com base no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

No caso em epígrafe, as provas acostadas aos autos do processo, não foram suficientes a demonstrar se o fato tratava-se de suicídio ou homicídio dentro do estabelecimento prisional. Entretanto, independentemente da dúvida quanto à forma da morte (suicídio ou homicídio), as decisões prolatadas tanto em primeira quanto em segunda instância declararam a responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista o dever do Estado de zelar pela integridade física e moral do preso, disposto no art. 5º, XLIX da Carta Magna brasileira.

O relator do processo, desembargador Luís Augusto Coelho Braga, em consonância ao parecer ministerial julgou que a relação entre Estado e os custodiados dos estabelecimentos prisionais é específica, com fundamento no dever individualizado de agir, e a sua inobservância configura, por si só, o dever de indenizar por parte do Estado.

Outrossim, os desembargadores Artur Arnildo Ludwig (revisor) e Ney Wiedemann Neto, em acordo com o relator, assentaram entendimento que por se tratar de uma omissão específica, a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul é objetiva. Assim, a relação entre Estado e preso, amplia as possibilidades de responsabilização estatal, de modo a intensificar o seu dever de agir e de proteger a

integridade física dos detentos.

Ademais, foi apontado que ainda que não fosse admitida a responsabilidade objetiva do Estado naquele caso, o mesmo não se eximiria a obrigação de pagamento da indenização, tendo em vista que a ausência do cumprimento do dever de proteção e vigilância para com os presos, resulta, no mínima em responsabilidade subjetiva do Estado pela negligência e falha na prestação do serviço.

Com efeito, o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul por unanimidade proferiu o seguinte acórdão:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. ASFIXIA MECÂNICA. EVIDÊNCIA TANTO DE HOMICÍDIO QUANTO DE SUICÍDIO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL REDIMENSIONADA. Conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, responde o Estado objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa. Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica. No caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse íterim. O quantum indenizatório arbitrado pelo juiz singular para fins reparatórios por danos deve ser reduzido tendo em vista os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, portanto, vai fixado em R\$ 38.000,00 para cada autor, acrescidos de correção monetária na forma estabelecida em sentença e juros moratórios de 6% ao ano até a entrada em vigor do CC/2002 e, após, de 12% ao ano, conforme art. 406 do CC/2002 art. 161, § 1º do CTN. O pensionamento é proporcional e razoável, merecendo ser mantido, considerandose a remuneração auferida pelo detento como pintor de paredes, atividade que exercia antes de ser detido em presídio. A verba honorária merece reforma, pois não devem ser arbitrados em valor que avilte a profissão de advogado, devendo ser fixada em 10% sobre o valor da condenação. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário Nº 70029820529, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 13/05/2010). De outro giro, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 638467 perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que para a configuração da responsabilidade extracontratual do Estado é imprescindível a existência donexo de causalidade, elemento este que não restou demonstrado no caso tema, posto que o 65 suicídio teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima. Além disso, o referido Estado argumentou que “não há como impor ao Estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos presos” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Reexame Necessário Nº 70029820529. Rel. Luís Augusto Coelho Braga. Sexta Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Porto Alegre, 13 de maio de 2010). Em seguida, o Ministro-relator Luiz Fux, reconheceu que a matéria tratada nos autos era de grande relevância tanto no aspecto econômico-social quanto nos aspectos políticos e jurídicos. Diante disso, no dia 21 de setembro de 2012, o STF declarou a repercussão geral da matéria, sendo o ministro Dias Toffoli vencido e os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia não se manifestaram acerca da matéria. O

acórdão restou assim emendado: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL.¹²²

Ato contínuo, como será posteriormente demonstrado, no dia 30 de março de 2016 foi julgado o mérito do tema com repercussão geral, sendo unânime o julgamento pelo não provimento do Recurso Extraordinário e declarada a responsabilidade civil do Estado pela inobservância do dever específico de zelar pela integridade física e moral do detento, previsto no art. 5º, XLIX da Constituição, a qual foi o ponto de mudança efetiva no entendimento jurisprudencial pátrio.

Voltando ao tema, certamente, o sistema prisional brasileiro encontra-se diante de um cenário caótico com claras violações de direitos fundamentais, tal fato é perceptível pelas celas superlotadas, ausência de assistência médica e dentária, alimentação e vestimentas precárias, constantes rebeliões entre facções, ou seja, as penitenciárias vivem uma crise generalizada e sem dúvidas tais fatores oferecem riscos à existência de suicídios. Portanto, o Estado não pode se abster de responsabilização perante às famílias das vítimas de suicídio no interior dos estabelecimentos prisionais. Nesse sentido, como firmado na jurisprudência pátria por meio do STF e STJ, a responsabilidade do Poder Público dá-se na modalidade objetiva, posto que o Estado como garantidor de direitos fundamentais deve primar pela observância da garantia prevista no art. 5º, XLIX da Constituição Federal, que impõe ao Estado um dever de agir de modo a garantir a integridade física e moral do detento.

5.6 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526

Em 30 de março de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que a morte do apenado em estabelecimento prisional brasileiro gera responsabilidade civil do Estado, se houver inobservância quanto ao seu dever específico. Na sessão em questão, os ministros negaram provimento ao Recurso

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 638467 – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Com Agravo**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 20/09/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4057135>. Acesso em: 22 out. 2021.

Extraordinário 841.526, que foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul.

O presente recurso extraordinário tratava da morte de um preso, no interior de uma unidade prisional localizada no Estado do Rio Grande do Sul, na Penitenciária Estadual de Jacuí, Charqueadas/RS.

A necropsia determinou que a morte foi causada por asfixia mecânica, o enforcamento, embora não fosse precisa quanto em se deu em razão de homicídio ou suicídio. No caso concreto, o Estado recorreu do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 70029820529, em 13/05/2010, onde este foi condenado ao pagamento de indenização aos familiares do preso.

É nesse sentido a ementa colacionada:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. ASFIXIA MECÂNICA. EVIDÊNCIAS TANTO DE HOMICÍDIO QUANTO DE SUICÍDIO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL REDIMENSIONADA. -Conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, responde o Estado objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa. Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica. No caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse íterim. -O quantum indenizatório arbitrado pelo juiz singular para fins reparatórios por danos deve ser reduzido tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, portanto, vai fixado em R\$ 38.000,00 para cada autor, acrescidos de correção monetária na forma estabelecida em sentença e juros moratórios de 6% ao ano até a entrada em vigor do CC/2002 e, após, de 12% ao ano, conforme art. 406 do CC/2002 art. 161, § 1º, do CTN. -O pensionamento é proporcional e razoável, merecendo ser mantida, considerando-se a remuneração auferida pelo detento como pintor de paredes, atividade que exercia antes de ser detido em presídio. -A verba honorária merece reforma, pois não devem ser arbitrados em valor que avilte a profissão de advogado, devendo ser fixada em 10% sobre o valor da condenação. À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70029820529, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 13/05/2010)

Em primeira instância, o Estado do Rio Grande do Sul foi condenado a indenizar a família da vítima, houve a interposição de recurso ao TJ-RS que, também entendeu que no caso houve a responsabilidade civil do Estado pela morte do detento no interior da unidade prisional e então manteve a sentença a qual foi novamente recorrida para o STF.

No presente caso, foram discutidas diversas teses, entre elas o que dispõe o artigo 37 §6º da Constituição Federal, que impõe ao Estado a sua responsabilidade objetiva nos casos de omissão pelos danos que seus agentes causarem, sendo desnecessário que seja comprovada dolo ou culpa da administração.

Nesse sentido dispõe o artigo 37 §6º da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º 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 responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como já observado nos tópicos anteriores, a omissão estatal pode se dar de duas formas, a primeira é a omissão genérica, que ocorre quando o dano que foi causado não resultou da inércia do Estado, a segunda é referente à omissão específica que, ao contrário da genérica, a inércia do Estado é a causa direta do dano.

No caso julgado, havia indícios que o detento poderia ter se suicidado e também havia a possibilidade de homicídio. No caso em que o preso tenha se suicidado há de se destacar um ponto específico para determinar qual a responsabilidade o Estado irá se encaixar.

Se o detento em algum momento mostrou qualquer sinal que ele pudesse se suicidar e o Estado nada fez, então ele é responsável por omitir ajuda psiquiátrica e psicológica ao preso, porém, se este não demonstrou nenhum sinal, e nem havia nenhum histórico de qualquer distúrbio mental ou comportamental que pudesse ensejar sua morte é impossível impor ao Estado que este tenha se omitido, pois não há como comprovar o nexo de causalidade entre a ação do agente e a omissão estatal.

A tese imposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, feita pelo procurador da justiça do Estado Victor Herzer da Silva, foi a de que teria sido comprovado que o caso dos autos era uma questão de suicídio e que o detento não tinha nenhum histórico que pudesse praticar tal ato, portanto não tem como haver o nexo de causalidade entre o suicídio deste com a omissão estatal, visto a falta de comprovação de que a morte do detento decorreu de homicídio e aos robustos indícios de ocorrência de

suicídio praticado pelo próprio preso. Finalizando o argumento que, diante disso, não há como condenar o Estado a pagar indenização.

Prosseguindo a sua sustentação, disse o recorrente que não haveria como impor ao Estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos detentos, mormente quando o evento danoso decorre de fato exclusivo da vítima. Por fim, arguiu que, tratando-se de responsabilidade civil do Estado por omissão, não seria aplicável o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo indispensável a prova da culpa ou dolo.

O recorrido, por sua parte, em sede de contrarrazões, requereu a manutenção da decisão recorrida e apontou a falha do Estado na prática de seu dever de zelar pelo apenado, alegando a existência de nexos causal entre a omissão do Estado e a morte do presidiário.

Ato contínuo, prolatado o acórdão, este não concluiu ter havido suicídio. Segundo o exame de necropsia a causa da morte teria sido asfixia mecânica, ou seja, enforcamento. Porém, a grande questão foi que o laudo não foi conclusivo se teria ocorrido um suicídio ou um homicídio.

O Estado então argumentou, que as provas não conseguiram caracterizar como homicídio e nem como suicídio, porém a hipótese mais plausível seria a de suicídio. O preso não tinha nenhum sinal de distúrbio mental a fim de necessitar algum cuidado especial do Estado.

Portanto, para este, a morte do detento naquele caso, foi uma infelicidade, causada inesperadamente pelo próprio preso, rompendo o nexo de causalidade pela culpa exclusiva da vítima e como não há o nexo de causalidade então não há o dever de indenizar. Pedindo então o provimento do recurso.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, posicionou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário.

A União foi acolhida no feito, na qualidade de *amicus curiae* (amigo da corte), defendendo o provimento do recurso, haja vista a existência de causa excludente do nexo de causalidade, qual seja, fato exclusivo da vítima. Em seu pronunciamento, o defensor público da união discorreu: O só fato de um cidadão estar sob a custódia do Estado num presídio, é suficiente a responsabilizar objetivamente o Estado. O Estado é responsável objetivamente por cada cidadão que está preso.

Em seu voto, o relator do recurso, ministro Luiz Fux, entendeu que a responsabilidade civil do Estado ocorre mesmo que detento tenha se suicidado.

Posicionando-se então, pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Para o ministro Luiz Fux, se o Estado tem o dever de custódia, o Estado tem o dever de zelar pela integridade física do preso, ou seja, mesmo em ocorrências de suicídio de presos incide a responsabilidade do Estado. Portanto, em apertada síntese do dito, tanto no homicídio, quanto no suicídio há a responsabilidade civil do Estado.

Para corroborar referido entendimento, o qual foi acolhido de forma unânime pelos demais ministros, mencionou diversos julgados da Supremo Corte no mesmo sentido.

Ato contínuo, ressaltou que em nenhum momento o recorrente conseguiu comprovar a ocorrência de suicídio por parte do detento, nem qualquer outra excludente que rompesse o nexos causal entre a morte e sua responsabilidade de custódia.

Em seu pronunciamento, brilhantemente, o ministro Luiz Fux, discorreu:

O Poder Público, no desempenho das suas mais variadas atividades, pode causar danos a terceiros, gerando a sua obrigação de recompor os prejuízos daí decorrentes. É imperioso, no entanto, reconhecer a posição diferenciada do Estado em relação aos particulares, de modo que a responsabilização estatal deve ser implementada com a devida consideração às características peculiares dos seus poderes, deveres e atribuições.

No tocante ao dever específico de proteção do Estado aos seus custodiados, o ministro referiu que a norma contida no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988, assegura aos presos, irrefutavelmente, o respeito à sua integridade física e moral, tendo o Estado o dever nato de zelar pela integridade física do preso.

Sobre o tópico, assim se expressou:

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, conquanto deva ser exercitada plenamente, deve respeitar os direitos que os acusados ou apenados, como qualquer ser humano, têm assegurados pela ordem jurídica.

É imprescindível ao entendimento do presente recurso o voto da Ministra Cármen Lucia que brilhantemente dispôs:

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 dos presos, conforme dispõe o art. 5º, inc. XLIX, da Constituição (resguardo da integridade física e moral dos presos) e inúmeros dispositivos da Lei de Execuções Penais.

Ao final do julgamento, foi fixada a tese de repercussão geral anteriormente mencionada, culminando na marcante decisão da Suprema Corte, que, cumprindo com sua estimável função, pôs fim a um dos entraves mais notáveis no direito constitucional moderno enfrentado pelos juristas de todo país, estabelecendo a aplicabilidade da teoria objetivista nos casos de morte de detentos no sistema prisional.

Assim ficou a ementa do julgado:

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, subsuma-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 nexos 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 arripio 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.

No excerto verifica-se que a jurisprudência dominante do Supremo entende que o Estado deve responder objetivamente em casos de morte de presos em geral, tanto homicídio quanto suicídio.

Assim, pode-se dizer que apenas há alguns anos a jurisprudência da Suprema Corte se firmou nesse sentido, apesar de a responsabilidade objetiva estar prevista em nosso ordenamento constitucional desde 1946.

E esta é de fato a postura correta a ser tomada, exatamente por se mostrar mais justa e possibilitar, com mais facilidade, a compensação pelos danos suportados. Pelos precedentes do STF, acredita-se que a decisão do mérito da repercussão geral seja neste sentido.

Outrossim, compartilha-se do entendimento de que o legislador constitucional, no artigo 37, § 6º, não restringiu a aplicação da responsabilidade objetiva às condutas comissivas, logo, não compete ao intérprete da norma fazer essa restrição.

Por fim, conclui-se que nos casos de responsabilidade civil por morte de presos, deve-se considerar a realidade do sistema prisional brasileiro, que retrata claramente a falência do Estado em proteger a integridade física e moral de seus custodiados, direitos fundamentais constantes na Constituição.

No excerto verifica-se que a jurisprudência dominante do Supremo entende que o Estado deve responder objetivamente em casos de morte de presos em geral, tanto homicídio quanto suicídio.

Assim, pode-se dizer que apenas há alguns anos a jurisprudência da Suprema Corte se firmou nesse sentido, apesar de a responsabilidade objetiva estar prevista em nosso ordenamento constitucional desde 1946.

E esta é de fato a postura correta a ser tomada, exatamente por se mostrar mais justa e possibilitar, com mais facilidade, a compensação pelos danos suportados. Pelos precedentes do STF, acredita-se que a decisão do mérito da repercussão geral seja neste sentido.

Outrossim, compartilha-se do entendimento de que o legislador constitucional, no artigo 37, § 6º, não restringiu a aplicação da responsabilidade objetiva às condutas comissivas, logo, não compete ao intérprete da norma fazer essa restrição.

Por fim, conclui-se que nos casos de responsabilidade civil por morte de presos, deve-se considerar a realidade do sistema prisional brasileiro, que retrata claramente a falência do Estado em proteger a integridade física e moral de seus custodiados, direitos fundamentais constantes na Constituição.

5.7 A RECEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS À FAMÍLIA DO PRESO VITIMADO

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem tido em suas decisões como parte legítima da demanda reparatória qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau, conforme destacado no voto proferido pelo desembargador convocado Lázaro Guimarães no AREsp 1.290.597.

Caso análogo, foi o julgamento do REsp 239.009, de relatoria do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em que fora reconhecida a legitimidade dos sobrinhos para requerer indenização por danos morais pela morte do tio que vivia sob o mesmo teto.

“A vítima era o filho mais velho e residia em companhia dos pais, irmãos e sobrinhos. Tais fatos, a meu ver, seriam suficientes por si só para caracterizar a dor sofrida pelos autores”, disse o relator.

É importante salientar que ao passo que algum terceiro sofra qualquer tipo de prejuízo em função da ação estatal, nasce uma pretensão à indenização. Tal reivindicação poderá ser suscitada em detrimento do Estado, de duas maneiras: pela via judicial ou pela via administrativa.

Conforme decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no caso de morte de detentos no sistema prisional, o dever de indenizar é específico, eis que possui previsão legal. Desta feita, sendo a responsabilidade de natureza objetiva, é perfeitamente cabível a condenação do órgão estatal ao pagamento de indenização à família do preso, em decorrência de seu ato omissivo¹²³

Conforme Diniz, a reparação se dará por equivalência, considerando a impossibilidade de se restabelecer a situação anterior. “Tal reparação jurídica se traduz por pagamento do equivalente em dinheiro. Pela indenização, não se repõe na forma específica o bem lesado, mas se compensa o menoscabo patrimonial sofrido em razão do dano [...]”¹²⁴.

Diante dessas situações, comprovado o nexo causal entre a conduta do Estado e a morte do detento, a configuração do dano moral se torna incontroverso, na

¹²³ TJRS. **Apelação Cível 70069660512, 2016.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 26 out. 2021.

¹²⁴ DINIZ. *Op. Cit.* 2012, p. 155.

medida em que a dor da perda de um ente familiar é totalmente presumida em qualquer possibilidade.

Neste sentido, Nader afirma que “a admissão do dano presumido deve estar condicionada à presença de elementos indutores da convicção de que o requerente efetivamente sofreu lesão patrimonial ou extrapatrimonial”¹²⁵.

Trata-se, neste caso, do dano moral objetivo ou presumido¹²⁶, também conhecido como dano *in re ipsa*, expressão em latim, que traduzida para o português, significa na coisa em si.

Ainda que pela regra geral o dano moral deva ser demonstrado, como forma de evitar o enriquecimento sem causa, nos casos de dano moral objetivo ou presumido, referida comprovação se mostra dispensada, diante do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana.¹²⁷

Nessa seada, Cavalieri Filho versa sobre o assunto, aduzindo que:

Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. [...] provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum¹²⁸;

Outrossim, nas ocorrências de morte de detentos, o dano moral conferido aos seus familiares, classifica-se como dano moral indireto ou por ricochete, que “é aquele que atinge a pessoa de forma reflexa, conforme concretiza Cavalieri Filho.

Quanto ao tópico, Cahali, pontua:

Embora o dano deva ser direto, tendo como titulares da ação aqueles que sofrem, de frente, os reflexos danosos, acolhe-se também o dano derivado ou reflexo, “*le dommage par ricochet*”, de que são os titulares que sofrem, por consequência, aqueles efeitos, como no caso do dano moral sofrido pelo filho diante da morte de seus genitores e vice-versa¹²⁹.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 80.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 81.

¹²⁸ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2012, p. 127.

¹²⁹ CAHALI. *Op. Cit.* 2014, p. 116.

De maneira geral, infere-se que é indenizável o dano reflexo ou em ricochete, contanto que seja convicta a repercussão do dano principal, “por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada”¹³⁰.

Nessa mesma seara do dano reflexo, de outro lado, no REsp 1.076.160, o ministro Luis Felipe Salomão reiterou que esse tipo de reparação deve sofrer limitações tanto em relação ao número de ações relacionadas a um mesmo evento quanto em relação ao valor cobrado do responsável pelo dano.

“Conceder legitimidade ampla e irrestrita a todos aqueles que, de alguma forma, suportaram a dor da perda de alguém — como um sem-número de pessoas que se encontram fora do núcleo familiar da vítima — significa impor ao obrigado um dever também ilimitado de reparar um dano cuja extensão será sempre desproporcional ao ato causador. Ao reverso, quando se limitam os legitimados a pleitear a indenização por dano moral (limitação subjetiva), há também uma limitação na indenização global a ser paga pelo ofensor”, afirmou.

No bojo ao arbitramento do dano moral, considerando que a quantificação da perda material é plenamente impossível, o critério do arbitramento judicial é o único que se apresenta adequado¹³¹.

A partir da premissa de um sistema tarifado ausente para a definição do montante indenizatório ao dano moral, este encargo fica adstrito ao sensato veredito do juiz, o qual deve observar a razoabilidade e a equidade na fixação do valor, moderação, a condição da parte ré de arcar com a incumbência, de modo a não aceitar o dano fonte de riqueza, bem como, ainda, atentar ao princípio da proporcionalidade (TJRS, Apelação Cível 70073737033, 2017).

Já no que tange à indenização por dano patrimonial ou material, há de se constatar que há a necessidade de prova judicial acerca da matéria, à proporção que se faz necessária a real comprovação do prejuízo sofrido em virtude da morte do preso.

Estritamente nos casos de homicídio, o Código Civil, no artigo 948, determina que a indenização abrangerá os valores despendidos com o tratamento da vítima, com o funeral desta e o luto da família, assim como a prestação de alimentos às pessoas as quais o falecido deveria colaborar para a manutenção.

In verbis:

¹³⁰ PEREIRA. *Op. Cit.* 1995, p. 60.

¹³¹ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2012, p. 128.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

- I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
- II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Por todo o exposto, torna-se claro que as famílias dos presos falecidos sob a custódia do Estado no sistema prisional brasileiro, fazem jus a indenização pecuniária em razão do infeliz acontecimento, à medida do abalo que a morte de seu ente familiar lhe causou.

O dano material é devido quando comprovado de que de alguma forma o preso vitimado concorria para a subsistência do requerente, na intenção de não causar significativa instabilidade material para o dependente do segregado.

Destarte, a concessão de dano moral, é cabida, visto que a morte sempre causa dor e sofrimento, independente das condições da pessoa morta, ainda mais quando motivada pela desídia do Estado.

Sem dúvidas, acertada é a condenação do Poder Público ao reparo de sua conduta, ainda que de modo pecuniário, considerando que nestes casos nenhuma outra forma de compensação é possível, além dessa.

E não poderíamos olhar de outra maneira para essa situação, sob pena de estarmos, tacitamente, abrindo mão de nossas garantias e de nossos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

A realidade do Sistema Carcerário brasileiro é alarmante, insalubridade, incidência de doenças, pragas, ausência de auxílio médico, superlotação, falta de alojamentos e presídios que suportem o grande número de detentos. Essa dura veracidade denota a negligência do órgão em assegurar os direitos fundamentais a esses indivíduos.

Conclui-se então que o ressarcimento decorre dos danos morais causados ao homem privado de liberdade, este vivente de um sistema prisional com superlotação, ausentes de estruturas e espaços físicos, insalubridade e incidência de doenças e etc. O Estado como mantenedor de condições mínimas aos que estão sob sua tutela, é responsabilizado quando tais direitos não são assegurados.

6 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil sempre causou diversas polêmicas, com inúmeras divergências doutrinárias que se perpassam, e no caso do Estado não é diferente.

Pelo fato da tema em questão ser alvo de controvérsias e debates, além de possuir natureza multidisciplinar, exigiu-se grande aprofundamento. Embora não se tenha abordado o tema em sua totalidade e amplitude, houve uma priorização quanto aos pontos principais referentes a esse tipo de responsabilidade civil.

Para dar início à abordagem do tema, analisamos, no primeiro capítulo do desenvolvimento, as noções gerais acerca da responsabilidade civil, apresentando como se deu a sua evolução histórica, passando a analisar quais as teorias que perpassaram a respeito da responsabilidade civil, quais causas de excludentes e atenuantes podem ser levantadas no caso concreto, além de explicitar seus pressupostos, necessários à sua caracterização, que abrangem a conduta, seja ela omissiva ou comissiva, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

Também foram abordadas as suas espécies, que se manifestam a partir da perspectiva da análise, seja pelo fundamento ou pelo fato gerador. Os princípios da responsabilidade civil também foram alvo da pesquisa, visto que norteiam e conduzem os entendimentos acerca do tema.

Através dessa análise, em consonância com a evolução histórica, percebeu-se que a teoria do risco administrativo, também conhecida como teoria da responsabilidade objetiva, foi a acolhida pelo direito brasileiro.

Como consequência da aceitação da teoria do risco administrativo, reconheceu-se as causas excludentes e atenuantes por parte do próprio Estado e tratou-se das causas de ruptura do nexo de causalidade entre a conduta do Poder Público e do dano sofrido pelo particular.

Adentrando no foco principal do estudo em questão, a responsabilidade civil do Estado em caso de morte do detento, foram analisados os deveres jurídicos que o ente público tem para com o apenado, sendo a proteção pela integridade física e moral dos reclusos um dever constitucional específico do Estado, consubstanciado com os dados e números exorbitantes de mortes por ano de detentos no interior das unidades prisional.

Diante disso, este trabalho tratou-se de analisar o panorama geral do Sistema Prisional Brasileiro, percebendo-se o estado preocupante em que este se encontra.

Vários são os problemas enfrentados, dentre eles a superlotação, insalubridade e precariedade das celas, a má alimentação, o sedentarismo, o uso de drogas e a falta de higiene. Assim, diversas situações dentro do Sistema Prisional podem vir a ensejar a responsabilização civil do Estado, não só por ação, mas também pela omissão do Poder Público.

Ato contínuo, para firmar os direitos e garantias e o zelo de proteção estatal para com os presos, foi trazido à baila o Recurso Extraordinário 841.526, que fixou tese de repercussão geral relacionado ao tema, encerrando as polêmicas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais que o cercam, concluiu-se que, a responsabilidade civil do Estado existe em caso de morte do preso no sistema prisional brasileiro, resultando em condenação a indenização em pecúnia à família da vítima, já que trata-se de dever constitucional do Poder Público garantir a integridade física e moral dos indivíduos sob sua custódia.

Em termos críticos, este trabalho concluiu, considerando-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 841.526, que sucedeu na fixação da tese de repercussão geral, esta, ainda que não aceita por grande parte da sociedade, que entende que é injusto utilizar-se de dinheiro público para indenizar a família de uma pessoa que somente encontrava-se segregado por ter praticado algum ato contrário à lei, deve ser vista à luz da efetivação de nossas garantias e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

As questões pessoais e subjetivas do indivíduo preso até podem ser objeto de análise em algum momento que tenha relevância. Mas nos casos de responsabilidade civil do Estado por sua morte, o que deve prevalecer é o direito, os preceitos legais arduamente constituídos, caso contrário, estaríamos renunciando a nossos direitos, abrindo brecha para que o Estado aja da forma que lhe mostrar mais conveniente, em qualquer oportunidade, sem comportar qualquer questionamento.

Frisa-se que com a aplicação da repercussão geral do acórdão, inúmeros processos irão se beneficiar da solução que foi adotada. Aplicando-se então o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal em que é aplicável a teoria da responsabilidade civil objetiva nos casos de morte de detento no interior da unidade prisional, inclusive nos casos de omissão, em razão ser dever específico do Estado proteger a integridade física e moral dos presos que estão sob sua guarda, em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24. ed. Forense Ltda, 2016.
- ARRUDA, Sande Nascimento de. Sistema carcerário brasileiro. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerariobrasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>> Acesso em: 20mai. 2021.
- ASSIS NETO, Sebastião de. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel. **Manual de direito civil** – volume único. 6. ed., 2017.
- ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Direitonet, maio 2016. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciariobrasileiro>>. Acesso em: 18 mai. 2021.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1991]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#art361. Acesso em: 26 mai: 2021
- BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Institui da Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 12 mai. 2021
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 26 mai: 2021
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1481823 PE 2014/0239777**, Julgado em: 20/10/2015, Diário Jurídico Eletrônico em:

05/11/2015. Disponível em:
<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1:acordao;aresp:2015-09-22;729565-1470446>>. Acesso em: 11 out de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento: 706025 RR**, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, julgado em: 13/04/2012, Diário Jurídico Eletrônico em: 26/04/2012. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155571190/agravo-em-recurso-especial-aresp-614930-pe-2014-0296950-0>>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580427 MS**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em: 22/02/2011, Diário Judicial Eletrônico-041 PUBLIC 02/03/2011. Disponível em:
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18314008/recurso-extraordinario-re-580427-ms-stf>>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 638467 – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Com Agravo**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 20/09/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4057135>. Acesso em: 22 out. 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPANELLA, Luciano Magno Campos. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Jus Navigandi, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**, 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema Prisional em números**. 2019. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. 22 out. 2021.

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

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 3. **Responsabilidade Civil**, 2. ed, rev. ampl. e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015, pp. 37 – 56.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 2. ed. Saraiva jur, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 7. ed. v. III. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LOPES CAVALCANTE, Márcio André. **Responsabilidade Civil do Estado**. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html> >. Acesso em; 24 de set. 2021

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Problemas de responsabilidade civil do Estado**. In: FREITAS, Juarez (org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RESENDE, Carla de Jesus; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A privatização do sistema penitenciário brasileiro**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=9822&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 18 mai. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do Código civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STF. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 841526/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: Método, 2018.

TAVARES, Flávia Oliveira. **Responsabilidade do Estado por omissão no âmbito administrativo**. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público. Ano 11, Edição Especial. Brasília, 2003, p. 111-149.

TJRS. **Apelação Cível 70069660512, 2016**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 26 out. 2021.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.