

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

AFONSO ARCEGO

**O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O HOMICÍDIO DE DETENTO E A
ATIVIDADE ESTATAL: UMA ANÁLISE DO DEVER DE CUSTÓDIA DO ESTADO E
REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2018

AFONSO ARCEGO

**O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O HOMICÍDIO DE DETENTO E A
ATIVIDADE ESTATAL: UMA ANÁLISE DO DEVER DE CUSTÓDIA DO ESTADO E
REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini

Porto Alegre

2018

AFONSO ARCEGO

**O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O HOMICÍDIO DE DETENTO E A
ATIVIDADE ESTATAL: UMA ANÁLISE DO DEVER DE CUSTÓDIA DO ESTADO E
REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: 11 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini
Orientador

Prof. Me. Gustavo Fontana Pedrollo

Prof. Rodrigo Führ de Oliveira

AGRADECIMENTOS

Principalmente, agradeço aos meus pais e meu irmão, pessoas que sempre acreditaram em mim e empregaram grande esforço e amor para que eu pudesse percorrer esta jornada. Vocês são meus exemplos de vida e caráter.

Agradeço, também, aos meus amigos, amigas e demais familiares por todo o apoio e parceria durante toda a minha vida.

Agradeço, especialmente, aos meus colegas de trabalho, pela compreensão e suporte durante a elaboração deste trabalho. Sem o apoio de vocês, isto não seria possível.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Professor Rafael Da Cás Maffini, pela aceitação do convite de orientação do meu primeiro trabalho de pesquisa, com toda a paciência e compreensão que possibilitaram a sua conclusão. Muito obrigado!

RESUMO

O presente estudo tem por escopo a análise do nexo de causalidade entre a conduta estatal e o homicídio de detento ocorrido dentro do sistema prisional, para fins da responsabilidade civil do Estado, considerando o dever específico de custódia, principalmente insculpido no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal e a realidade do encarceramento no Brasil. Para tanto, o trabalho inicia com o estudo do dever de zelo pela integridade física do detento consubstanciado na ideia de dignidade humana e limite do *jus puniendi* estatal. Em seguida, analisa-se o instituto da responsabilidade civil do Estado, a partir da sua evolução doutrinária e chegando à moderna teoria publicista objetiva. Posteriormente, adentrando para a responsabilização do Estado em casos de morte de detento, faz-se especial menção ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526, que consolidou o entendimento acerca do regime objetivo de responsabilidade por inobservância do dever de zelo pela vida e integridade física do custodiado. Por fim, discute-se a aferição do nexo de causalidade entre a referida omissão do Estado e os casos homicídio dentro do sistema prisional, considerando a possibilidade de oposição das ditas excludentes de responsabilidade pela defesa estatal e as precárias condições de encarceramento no Brasil. A pesquisa, todavia, não pretende esgotar e nem resolver o tema, mas faz um convite a maiores reflexões acerca das questões levantadas, principalmente no que tange à responsabilização do Estado diante das precárias condições em que são mantidas as casas de detenção brasileiras.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil do Estado. Morte de Detento. Homicídio. Nexos de Causalidade. Responsabilidade Objetiva.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the causal link between state conduct and the homicide of inmate occurred within the prison system, for the purpose of civil liability of the State, considering the specific duty of custody, mainly inscribed in the art. 5th, XLIX, of the Federal Constitution and the reality of imprisonment in Brazil. Therefore, the work begins with the study of the duty of zeal for the physical integrity of the inmate embodied in the idea of human dignity and the limit of the state *jus puniendi*. Next, it is analyzed the institute of civil liability of the state, from its doctrinal evolution and arriving at the modern objective publicist theory. Subsequently, entering into the State responsibility for cases involving the death of an inmate, special mention is made of the judgment of Extraordinary Appeal No. 841,526, which consolidated the understanding of the objective regime of liability for non-compliance of the duty of zeal for life and physical integrity of the person in custody. Finally, it is discussed the measurement of the causal link between the State's omission and the homicide cases within the prison system, considering the possibility of the opposition of said responsibility exclusionary for state defense and the precarious conditions of incarceration in Brazil. The research, however, does not intend to exhaust or resolve the topic but rather invites further reflections about the questions raised, especially in terms of the State's responsibility in face of the precarious conditions in which are maintained the Brazilian detention houses.

Keywords: State Civil Liability. Death of the Inmate. Murder. Causality Nexus. Objective Responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DEVER DE CUSTÓDIA ESTATAL	10
2.1 DO PODER DE PUNIR E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
2.2 DO DEVER CONSTITUCIONAL DE ZELO PELA VIDA E INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO DETENTO.....	14
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	23
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	23
3.2 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	27
3.2.1 A Irresponsabilidade do Estado	27
3.2.2 Teoria Civilista	29
3.2.3 Teoria Publicista da Responsabilidade do Estado	30
3.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO	33
3.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	40
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE MORTE DE DETENTO	46
4.1 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 841.526 PELO STF E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO	47
4.2 O PROBLEMA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE CONDUTA OMISSA DO ESTADO E O HOMICÍDIO DE DETENTO	50
4.3 A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E HOMICÍDIOS DE DETENTOS.....	53
4.4 CASOS CONCRETOS DE HOMICÍDIOS DE DETENTOS APRECIADOS PELOS TRIBUNAIS DO RIO GRANDE DO SUL E SÃO PAULO	55
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 841526 pelo Plenário do Supremo Tribunal, firmando tese de repercussão geral, solidificou o entendimento da Corte no sentido de que a morte de detento em estabelecimento penitenciário gera responsabilidade civil do Estado quando houver inobservância do seu dever específico de proteção da sua incolumidade física, ressalvando que, para o Estado é possível a oposição de excludentes de nexo causal para eximir-se do dever de indenizar.

Oportuno, portanto, para a aferição da responsabilidade civil estatal, torna-se o estudo das condições que constroem o nexo de causalidade entre a conduta considerada omissa com o homicídio de detento dentro sistema prisional, analisando a amplitude do dever de custódia do Estado, o regime de responsabilidade civil aplicável e a realidade de estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Para tanto, serão inicialmente abordados os aspectos relacionados ao dever de custódia do preso pelo Estado, insculpido, principalmente no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Analisar-se-á a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso ordenamento jurídico e a sua atuação como limitadora e também tarefa do *jus puniendi* estatal, perpassando pelas normas constitucionais, tratados internacionais e legislação ordinária que instituem o dever específico de garantia da vida e integridade física dos presos.

Em seguida, será feito um panorama acerca do instituto da responsabilidade civil do Estado, como corolário fundamental da noção de Estado democrático de Direito. A partir da evolução doutrinária do instituto ao longo dos anos, chegar-se-á análise do seu regime objetivo no ornamento brasileiro, as teorias que podem lhe consubstanciar e a sua aplicabilidade também para os comportamentos omissivos do poder público, como o caso de inobservância da norma do art. 5º, inciso XLIX, da CF/88.

Posteriormente, adentraremos propriamente na questão da responsabilização do Estado em caso de morte de detento dentro do sistema penitenciário, dando atenção especial ao julgado paradigmático da Corte Suprema.

A partir daí, assentado o regime de responsabilidade objetiva consubstanciada na teoria do risco administrativo para os casos de morte de

detento, será discutido problema da aferição do nexo de causalidade entre a omissão do Estado em zelar pela vida e integridade física do custodiado e os casos de homicídio dentro do sistema prisional, considerada a possibilidade de oposição das causas excludentes de responsabilidade pela defesa estatal e as precárias condições de encarceramento no Brasil.

Por fim, após breve descrição acerca da realidade do nosso sistema carcerário, serão apresentados alguns casos submetidos à apreciação do judiciário que apontam o problema da possibilidade ou não de afastamento do nexo de causalidade entre a atividade estatal de encarceramento e a ocorrência de homicídio dentro do sistema prisional, dado o seu dever específico de respeito à integridade física do detento.

Destarte, de modo geral, a presente pesquisa tem o condão de analisar as particularidades da responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de detentos mantidos sob sua custódia, considerando o dever constitucional de zelo pela sua vida e integridade física e as ações e omissões sistemáticas dos poderes públicos quanto à questão carcerária do país, reconhecida, inclusive, em diversos julgados da nossa Suprema Corte.

2 DEVER DE CUSTÓDIA ESTATAL

2.1 DO PODER DE PUNIR E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Salutar para falarmos em responsabilidade civil do Poder Público e direito dos presos, inicialmente, é indagarmos acerca da razão pela qual o Estado está legitimado a restringir a liberdade das pessoas, isolando-as da sociedade e mantendo-as sob a sua custódia.

Com efeito, ao Estado compete a tutela dos mais variados bens jurídicos em face das condutas individuais que os violem, promovendo, assim, a segurança jurídica e defesa social¹.

Dessa sorte, como manifestação de sua soberania, para o Estado, de forma exclusiva, nasce o direito de punição ao autor da infração penal. Isto é, como uma justa reação, submete aquele que age em desrespeito aos bens jurídicos e paz social vigentes a uma proporcional punição, com necessária previsão em lei².

Por sua vez, tais bens jurídicos podem ser entendidos como aqueles valores que efetivamente gozam de proteção constitucional, também tidos como cruciais para a realização da vida humana civilizada, assegurando princípios como o da liberdade, participação social e igualdade³.

Diante desses valores, devidamente descritos na Constituição, o direito de punir por parte do Estado, em razão da inevitável colisão com a autonomia privada dos seus cidadãos, somente é exercido quando único meio de manutenção ou restauração da ordem e convivência harmônica da sociedade, o que nos remete à ideia de *ultima ratio* do Direito Penal.

Mesmo que só aplicado quando nenhum outro meio seja eficaz para a proteção dos bens jurídicos da sociedade, pelo menos em nossa ordem jurídica, o direito de punir do Estado não pode ser arbitrário e ilimitado, à vista do princípio constitucional penal da reserva legal, que se apresenta na exata dicção do inciso

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 87.

² CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007. p. 16.

³ BARROS, Carmem Sílvia de Moraes. **Dicionário de Direitos Humanos**: direitos do preso. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

XXXIX do art. 5º da Constitucional Federal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁴.

Daí porque o *jus puniendi* estatal surge como um dos problemas de mais significativa importância nos ordenamentos jurídicos e respectivos sistemas políticos em que se encontra presente.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli, em 1989, referiu que o direito penal evidencia, na sua mais pura e conflitante forma, a relação entre o Estado e o indivíduo, o interesse coletivo e as garantias individuais. Para ele, o poder de punição do Estado em face do cidadão, necessariamente, é a sua manifestação mais violenta e repressora às garantias fundamentais individuais, de modo que se acha estritamente ligada à própria questão da legitimidade e soberania estatais⁵.

Inclusive, acerca do histórico de penas impostas ao longo de toda a humanidade, o jurista italiano diz ser mais perverso e cruel que a própria história dos delitos praticados, tendo em vista especialmente que, enquanto o crime, por vezes, advinha de questões circunstanciais ou impulsivas, a pena, em suas mais variadas formas, era violência desproporcional imposta de forma premeditada e sistemática por uma coletividade em face do indivíduo. Assim, refere:

Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.⁶

Assim, justamente como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal⁷, tendo qualidade de princípio fundamental, surge como um limitador do direito de punir, eis que tem o condão de assegurar ao homem-cidadão

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral - artigos 1 a 120. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 90.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 196.

⁶ Ibid. p. 355.

⁷ De acordo com o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal: “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 humana” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017).

um mínimo de direitos a serem respeitados, sobretudo, pelo Poder Público, valorizando o homem como princípio matriz e norteador da Constituição⁸.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da Pessoa Humana pode ser conceituada da seguinte forma:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integrem a rede da vida.⁹

Discorrendo acerca do cunho de intangibilidade da dignidade da pessoa humana como direito fundamental e questionando sobre a possibilidade de sua limitação em favor de outros bens da vida, Ingo Wolfgang Sarlet, a título ilustrativo, apresenta justamente o problema do encarceramento de condenado em prisão com problemas de superlotação, apontando que, ainda que a prisão seja legitimada pelo sistema jurídico-positivo, a violação à dignidade da pessoa humana seria latente.

Por outro lado, salienta que a prisão do indivíduo justificada pela proteção da vida, liberdade, dignidade e outros direitos fundamentais dos demais cidadãos, desde que realmente atida à restrição da liberdade e sem ofensa aos demais direitos fundamentais, não apresenta o mesmo resultado da situação anteriormente exposta¹⁰.

Mesmo assim, ressalta imperiosa a observação da dignidade pessoa em sua interação com o Estado e demais particulares:

[...] a dignidade, naquilo que guarda relação com a pretensão de respeito e consideração da pessoa na sua relação com o Estado e com outros indivíduos e no que traduz a noção de aptidão da pessoa (de toda e qualquer pessoa) a ser sujeito de direitos e obrigações, não pode ser objeto de supressão e desconsideração pelo Estado e pela sociedade.¹¹

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 72.

¹⁰ Ibid. p. 151-152

¹¹ Ibid. p. 160.

Nesta mesma senda, para sustentar a necessidade de humanização das penas, o jurista italiano Ferrajoli, com menção a Beccaria e a Kant, refere que cada homem, sem exceção daquele que viola a ordem constitucional vigente, deve ser observado como um fim em si mesmo, e não como um meio ou coisa. Exalta a ideia da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, tratando-a, assim, como uma limitação fundamental do direito de punir, que deve influir não apenas na quantidade, mas também na qualidade da pena¹².

Em semelhante asserção, Zaffaroni argumenta que essa limitação do direito punir vem justamente da obrigatoriedade de reconhecimento do caráter de “pessoa” de qualquer ser humano, bem como da sua inerente capacidade de autodeterminação pela sua própria consciência, referenciando a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que preconiza, em seu 1º artigo, que “os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão em consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”¹³.

Ainda, na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, a ideia de homem-objeto, juntamente com todos os seus consectários, é propriamente a antítese do que se tem por dignidade da pessoa humana, acrescentando que, indubitavelmente, o respeito à integridade física e moral é englobado nesta última noção¹⁴. Ou seja, sempre que o indivíduo seja descaracterizado da sua condição de sujeito de direitos, reduzido a mero objeto ou coisa, com a violação da sua integridade física, haverá também a violação da sua dignidade como pessoa humana, sendo esta um limite e também tarefa dos poderes estatais:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹⁵

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 364.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 88.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 58.

¹⁵ Ibid. p. 71.

Daí porque, tendo a dignidade da pessoa humana qualidade de valor norteador e também limitador da atuação do Poder Público, se entende como imprescindível que se ofereça condições de vida minimamente humanas aos cidadãos mantidos sob custódia do Estado, mesmo que pela também nobre justificativa da defesa social.

2.2 DO DEVER CONSTITUCIONAL DE ZELO PELA VIDA E INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO DETENTO

Justamente porque insculpida no princípio da dignidade da pessoa humana, que para Luís Roberto Barroso deve ser tratado como um conjunto de valores civilizatórios inerentes ao patrimônio da humanidade¹⁶, é que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XLVII e XLIX, da CRFB/88¹⁷, de forma expressa, impõe ao Estado, no exercício do seu poder de punir, a proibição da imposição de pena de morte e o dever de respeito pela integridade física e moral do presidiário.

A preocupação da Constituição Federal de 1988 pela vida e integridade física e moral dos detentos tem clara influência da tendência da comunidade internacional do período pós-guerra, que, após presenciar as atrocidades praticadas pelos regimes totalitários contra humanidade durante as duas grandes guerras, sentiu a necessidade de conferir, pelo menos no plano teórico, máxima proteção ao que se entende por dignidade da pessoa humana e pelos demais direitos fundamentais, positivando-os e buscando a remodelação das estruturais estatais:

[...] Em função das catástrofes da Segunda Guerra, inaugurou-se um período de reflexão global, um repensar das estruturas estatais as quais encontravam-se demasiadamente cerradas. Aos poucos, foi possível vislumbrar a progressiva aderência dos Estados aos preceitos

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 38.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017.

¹⁷ “Art. 5º 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: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral [...]”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017).

internacionais protetores dos direitos humanos, elaborados essencialmente pela Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945. Tal postura estatal significa coadunar-se a ordem global, repensar os resquícios da dita autoridade absoluta estatal sobre seus súditos.¹⁸

Tem-se, portanto, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1948, foi um marco para a afirmação dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional, o que contribuiu com a formação de um sistema integrado de proteção destes direitos, constituído com base no princípio da dignidade humana, que abriu caminho para a firmação de vários outros tratados internacionais sobre o tema.

O chamado Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, assinado em 1969, trata em seu artigo 5º acerca do *Direito à integridade pessoal*¹⁹, com claro conteúdo pertinente à relação entre o Estado e o apenado:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos²⁰, de 1966, e a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis²¹, Desumanos ou Degradantes, de 1984, estabeleceram, em seus artigos 10 e 16, respectivamente:

¹⁸ MOREIRA, Nelson Camatta; TAROCO, Lara Santos Zangerolame. O pontencial integrador dos tratados internacionais de direitos humanos ou como (re)pensar o mito da autointegração do direito: a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 22, n. 88, p. 239-271, jul./set. 2014. p. 254.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos**. 1966. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

²¹ Id. **Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis**. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

Art. 10 - 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

Art. 16 - 1. Cada Estado Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no Artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações mencionadas nos Artigos 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências a tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Certo, assim, de acordo com a Constituição Federal e pactos internacionais incorporados por nosso ordenamento e, por conseguinte, dotados de força de norma constitucional, é que a existência na prisão não pode privar o cidadão daqueles direitos não abrangidos pela sentença penal condenatória, de modo que o simples fato de o Poder Público, em prol da coletividade, proceder com o seu encarceramento impõe-lhe a observância do dever de guarda e zelo pela vida humana sob sua custódia²².

Já no plano infraconstitucional, os limites do poder de punir e os direitos dos presos encontram-se especialmente presentes na Lei nº 7.210 de 1984, que, em significativa harmonia com as disposições constitucionais, trata da execução penal, esta definida por Fernando Capez como a “fase da persecução penal que tem por fim propiciar a satisfação efetiva e concreta da pretensão de punir do Estado”²³.

A despeito da discussão acerca das teorias da natureza jurídica da execução penal, pode-se afirmar, com segurança, que se trata de uma atividade que envolve tanto o poder Judiciário quanto o Executivo, sendo que a este é que incumbe a administração das casas prisionais. Nesse sentido, é a lição de Ada Pellegrini Grinover:

²² FERREIRA, Ana Cláudia de Sousa; ARAGÃO, Guilherme Rodrigues. **A responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em estabelecimentos prisionais brasileiros**. Jus.com.br, 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/58115/a-responsabilidade-civil-do-estado-pela-morte-de-detento-em-estabelecimentos-prisionais-brasileiros/2>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

²³ CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007. p. 16.

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.²⁴

Portanto, é ao Poder Executivo dos entes federativos, que exercem a administração penitenciária, que recai o dever de assegurar os direitos dos presos não afetados pela decisão judicial, sempre visando à sua reintegração na sociedade. Por outro lado, ao mesmo tempo, em última instância, ao Poder Judiciário cabe o controle externo dos atos da administração na execução penal, de modo que também é sua obrigação a observância dos direitos dos presos e fazê-los serem cumpridos pelo sistema penal e penitenciário, eis que exerce a jurisdição durante todo o cumprimento da pena²⁵.

Nesse contexto, a Lei de Execução Penal aparece como considerável instrumento jurídico-normativo para a garantia do direito à vida e integridade do apenado. Em seu artigo 1º²⁶, expõe a sua dupla de finalidade, no sentido de corretamente cumprir com o disposto na decisão judicial criminal e, ao mesmo tempo, condicionar a reinserção social do apenado.

Isto é, além da restringir a liberdade observando a condenação criminal, a execução penal deve oferecer os meios capazes de permitir o retorno do condenado à sociedade em condições favoráveis à sua integração, com devida proteção aos seus direitos fundamentais individuais. Assim é a exposição de motivos da Lei:

20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos crimínogenos que propícia.²⁷

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal. In: **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas**. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 7.

²⁵ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **Dicionário de Direitos Humanos: direitos do preso**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

²⁶ De acordo com o art. 1º da Lei de Execução Penal: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017).

²⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de Motivos Nº 213, de 9 de Maio de 1983**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-de-motivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

Por consequência, para Guilherme de Souza Nucci, a execução da pena sempre deve ser pautada pela ideia da humanização. Nucci, em análise da legislação ordinária pertinente à aplicação da pena e à sua execução, explica que há uma reprodução fiel de algumas das referidas garantias conferidas pela Constituição Federal ao detento²⁸.

O artigo 3º da Lei de Execução Penal²⁹ dispõe que serão garantidos aos detentos todos aqueles direitos não abrangidos pela pena de restrição de liberdade aplicada, sendo assegurado ao preso o respeito à sua integridade física e moral, como nos termos da norma constitucional anteriormente citada.

Da exegese desses dispositivos, entre os direitos não abrangidos pela sentença criminal, obviamente, inserem-se todas as demais garantias fundamentais individuais, como o direito a preservação à vida, até porque nossa constituição veda expressamente a imposição de pena de morte ou pena cruel e degradante (artigo 5º, inciso XLVII, da CF)³⁰. Nesse sentido, leciona Fernando Capez:

É o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável (SILVA, 1990, p. 177). A Constituição tutela a vida como o mais importante bem do homem, proibindo a pena de morte, salvo em casos de guerra declarada. A proibição à pena capital constitui limitação material explícita ao poder de emenda (cláusula pétrea – núcleo constitucional intangível), nos termos do art. 60, §4.º, IV, da CF. Se a Constituição proíbe a imposição de pena de morte ao condenado, mesmo após o devido processo legal, o Estado deve garantir a vida do preso durante a execução da pena.³¹

Já o artigo 40 da LEP³², assim como o artigo 38 do Código Penal³³, direciona o comando constitucional de respeito à integridade física e moral dos detentos a todas as autoridades estatais³⁴.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 960.

²⁹ De acordo com o art. 3º da LEP: “Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017).

³⁰ “Art. 5º. 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: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017).

³¹ CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007. p. 27.

³² De acordo com o art. 40 da LEP: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (BRASIL. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**.

Também, cumpre citar os artigos 85 e 88 da Lei³⁵, que tratam propriamente das condições de alojamento do preso:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados).

Além disso, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária edita normas regulamentares acerca do tema, em vista, principalmente, dos princípios da individualização da pena e respeito aos direitos fundamentais individuais dos detentos³⁶.

Pertinente, portanto, torna-se a conclusão de Antonio Celso Campos de Oliveira Faria, acerca do plano legal infraconstitucional do Brasil acerca da matéria:

A legislação ordinária mencionada revela que o Brasil, ao menos formalmente, apresenta instrumental jurídico moderno e com certa harmonia em relação aos tratados internacionais que cuidam dos direitos à integridade física, psíquica e moral.³⁷

Com efeito, mesmo se não encontrassem a devida correspondência com a legislação infraconstitucional, parece sólido o entendimento jurisprudencial brasileiro de que os direitos constitucionais dos presos são preceitos dotados de plena eficácia jurídico-normativa, conforme a dicção do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição

Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017).

³³ Conforme o Código Penal de 1940: “Art. 38 - 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 1 jan. 2018.).

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 960.

³⁵ BRASIL. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017.

³⁶ FARIA, Antonio Celso Campos de Oliveira. O Direito à Integridade Física, Psíquica e Moral e a Pena Privativa de Liberdade. **Revista Jurídica Instituição Toledo de Ensino**, 2011. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20175/direito_integridade.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

³⁷ Loc. cit.

Federal no sentido de que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Por norma constitucional de eficácia plena, podemos entender como aquela cuja positivação permita, de forma imediata, o reconhecimento do direito subjetivo do titular do direito fundamental, de modo que a sua aplicabilidade direta e operacionalidade não dependem da atuação do legislador ordinário³⁸.

Neste sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, que reformou acórdão que entendia não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sustentando o caráter programático da norma constitucional que institui o respeito à integridade física e moral dos detentos, firmou, à unanimidade, a seguinte tese de repercussão geral:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais **para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal**, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (grifo nosso)³⁹

Em seu voto condutor, o relator Ministro Ricardo Lewandowski, fazendo menção ao jurista português José Gomes Canotilho, apontou a “positivação vinculante” dos princípios constitucionais:

Sabe-se hoje, que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e “positivamente vinculantes”, como ensina Gomes Canotilho. **A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram.** (grifo nosso)⁴⁰

Ainda neste contexto, cumpre fazer menção ao julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 248-260.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 592.581**. Disponível em: <<http://re.dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁴⁰ Loc. cit.

relatoria do Ministro Marco Aurélio, por meio da qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) postulava providências para a crise do sistema prisional brasileiro. Na ocasião, o Ministro Edson Fachin, acerca da eficácia do direito fundamental constitucional de respeito à integridade física e moral dos presos e o dever de observância pelo Estado, sustentou:

A ADPF 347 trata dos direitos mais fundamentais da pessoa humana. Não me refiro apenas à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CRFB/88), mas ao direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados (art. 5, XLIX, CRFB). É um direito fundamental expressamente previsto que contém, assim, uma faceta objetiva (integra a base do ordenamento jurídico e é um vetor de eficácia irradiante a ser seguido pelo Poder Público e pelos particulares) e outra subjetiva (correspondente à exigência de uma prestação positiva ou negativa por parte do Estado ou dos particulares).⁴¹

Comum tese de defesa utilizada pelo Poder Público nestas ações judiciais que visam à adoção de providências administrativas e apresentação de previsão orçamentária para a solução da crise do sistema penitenciário brasileiro tem sido a invocação da “teoria da reserva do possível”.

Conforme ensina Mário Soares Caymmi Gomes, a reserva do possível é uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão, posteriormente difundida pelo mundo, no sentido de que a concretização de direitos sociais pelo Estado estaria sujeita àquilo que se tem como razoável seja exigido pela sociedade, observando fatores econômicos e disponibilidade de recursos⁴².

No caso do dever do Poder Público em zelar pela integridade física e moral dos encarcerados, a tese exarada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, aqui anteriormente colacionada, acabou por vedar oposição da reserva do possível como um argumento que obstaría a intervenção do Judiciário na determinação de adoção de medidas para o devido cumprimento do referido preceito fundamental. Entendeu o STF que deve ser reconhecida a sua inaplicabilidade quando puder comprometer o núcleo básico de direitos que qualificam o mínimo existencial. Na mesma linha, foi o parecer da Procuradoria-Geral da República:

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF nº 347**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁴² GOMES, Mário Soares Caymmi. Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais. **Entre Aspas**: Revista da UNICORP, Salvador, v. 3, p. 80-98, mar. 2013.

7. Não cabe aplicação da cláusula da reserva do possível que resulte em negativa de vigência de núcleo essencial de direito fundamental. O Estado deve garantir proteção do mínimo existencial do direito fundamental de respeito à integridade física e moral dos presos. Núcleo essencial intangível a ser assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direitos fundamentais.⁴³

Bastante didática e precisa acerca da questão é a ponderação feita pelo Ministro do Superior Tribunal Federal Herman Benjamin, em sede do Recurso Especial nº 1.389.952-MT, entendendo que a construção jurisprudencial alemã da reserva do possível não pode ser importada para nosso sistema jurídico-normativo sem a devida atenção às diferentes realidades vividas pelos dois Estados:

Na Alemanha, p. ex., onde o tema da reserva do possível se coloca de maneira proeminente, os cidadãos já dispõem do mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Situação completamente diversa é a que se observa nos países pobres ou em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Aqui, ainda não foram asseguradas, à maioria dos cidadãos, condições básicas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar existência minimamente decente não pode ser encarado como sem-razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro.⁴⁴

Conclui, então, discorrendo acerca da impossibilidade de a cláusula da reserva do possível ser oposta ao princípio do mínimo existencial, de modo que somente após este seja assegurado é que se poderá decidir sobre o emprego dos recursos remanescentes pelo Estado.

Dessa sorte, como já dito, a garantia constitucional de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inciso XLIV, CF), também presente nos tratados internacionais incorporados por nosso ordenamento, norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, regra matriz dos direitos fundamentais, é norma de eficácia plena, a despeito de toda a legislação infraconstitucional existente, de modo que deve ser levada a efeito pelo Estado quando exercita o seu poder de punir.

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 592.581**. Disponível em: <<http://re.dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁴⁴ Id. **Recurso Especial nº 1.389.952/MT**, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 3 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Conforme preconiza Celso Antônio Bandeira de Melo, um dos pilares do Direito Constitucional Contemporâneo, sem espaço para dúvidas, é justamente a submissão de toda e qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado, ao império do Direito, de modo que a todas elas recai a obrigação de reparação dos danos que causarem a terceiros⁴⁵.

A partir daí, a possibilidade de responsabilização do Estado pelos seus atos e omissões causadores de prejuízos aos administrados aparece como corolário lógico da própria noção de Estado Democrático de Direito, uma vez que indica o reconhecimento da supremacia da sociedade e evidencia o caráter eminentemente instrumental do aparato estatal⁴⁶.

Poder-se-ia, por esta razão, entender pela prescindibilidade de norma expressa que instituísse a responsabilidade do Estado e de socorro às regras de Direito Privado, considerando também que, ante o princípio da igualdade, não é aceitável que a atuação estatal, sempre norteadada pelo interesse comum, agrave de forma desigual o direito de alguém ou determinado grupo⁴⁷.

Com efeito, a responsabilidade civil do Estado propriamente dita é tida como a obrigação imposta por Lei de recompor os danos causados a terceiros em razão de suas atividades.⁴⁸ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, que adota a expressão *responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado*, pode ser da seguinte forma conceituada:

[...] a obrigação que lhe incumbe (Estado) de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 996.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 228.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 999.

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11.

imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.⁴⁹

Mesmo admitindo que tradicionalmente a noção de responsabilidade civil do Estado abrangia os danos decorrentes da sua atuação ilícita, em conformidade com a conceituação acima colacionada, Yussef Said Cahali explica que, atualmente, foi-lhe conferida maior amplitude, para compreender também o que chama de danos injustos causados por atividade lícita do Poder Público⁵⁰.

Nesse sentido, excluídos aqueles casos em que a ordem jurídica confere à Administração a faculdade de sacrificar um interesse privado em prol de um interesse público da mesma forma tutelado e impõe-lhe respectivo dever de indenizar, pode-se falar na responsabilização civil do Estado quando o poder que lhe foi conferido não preordenava o sacrifício do direito de alguém, mas, mesmo exercido de forma legítima, assim o fez⁵¹.

Em que pese com outro enfoque, entendendo pela imprescindibilidade de uma antijuridicidade para a caracterização da responsabilidade civil Estatal, Marçal Justen Filho refere que esta, de qualquer forma, advém de uma conduta própria, mais precisamente das condutas próprias dos agentes públicos, incumbidos articular e manifestar a vontade estatal⁵².

Isto porque o Estado, como construção cultural, necessariamente desenvolve suas atividades próprias para a consecução dos fins através de seus agentes, pessoas físicas. Mesmo que se desdobrando em organismos e órgãos, imprescindível é a atuação dos servidores, funcionários, prepostos e agentes estatais para a execução da atividade administrativa, de modo que os atos por eles praticados podem ser concebidos como os atos da própria Administração Pública⁵³.

Assim, torna-se pertinente a asserção de Yussef, no sentido de que:

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 994.

⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 994.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 228.

⁵³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13.

por uma contingência natural, as pessoas assim investidas da função de tornar concreta a atividade do Estado podem eventualmente provocar dano no patrimônio de terceiros.⁵⁴

Muito em virtude da enormidade do Estado contemporâneo, que tem ampla e intensa atuação na vida dos administrados, por meio dos mais diversos serviços públicos prestados, sejam essenciais ou não, é que há grande suscetibilidade da ocorrência desses danos em maior intensidade e em circunstâncias bastante diversas daqueles provocados pelos particulares. Daí porque a responsabilidade civil estatal vem regida por princípios peculiares à posição impar ocupada pelo Estado no ordenamento jurídico, sendo proporcional a essa dita maior suscetibilidade de danos. Assim, melhor explica Celso Antonio Bandeira de Mello:

[...] seja porque os deveres públicos do Estado o colocam o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifacetárias das quais não pode se furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo dos seus interesses e bens jurídicos.⁵⁵

Tal capacidade lesiva da atuação Estatal em virtude da sua posição jurídica única pôde ser percebida aqui quando das considerações antes feitas acerca da relação entre o *jus puniendi* estatal, concretizado pelo Direito Penal e sistema penitenciário, e o princípio da dignidade da pessoa humana, matriz para os mais diversos direitos fundamentais, individuais ou sociais, como o dever de respeito à integridade física e moral do detento.

Por conseguinte, a responsabilização do Estado pelos danos decorrentes de sua atuação é processo de evolução e adaptação contínuas às suas próprias singularidades, estas também em desenvolvimento constante. Bandeira de Mello refere que tal evolução parece progredir na direção de uma dilatação dos casos a

⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 994.

ensejar a responsabilização, de modo a confortar cada vez mais o interesse dos privados em face da atuação Estatal⁵⁶.

No panorama atual, destaca-se, assim, o regime de responsabilidade objetiva para os danos causados pelo Estado, o qual dispensa a perquirição de culpa ou ato contrário ao Direito, bastando a existência denexo de causalidade com a conduta comissiva ou omissa estatal. É o que se extrai do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal⁵⁷ e que, para Almiro do Couto e Silva, constitui importante ferramenta de defesa dos interesses individuais. Nesse sentido, ensina:

A responsabilidade objetiva extracontratual do Poder Público, notadamente com a largueza como foi recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, destina-se a ser instrumento poderoso de proteção dos indivíduos contra o gigantismo do Estado contemporâneo. Apesar da dieta neoliberal que lhe vem sendo prescrita quase que em toda a parte, o Estado de nossos dias é – e creio que continuará a ser – um imenso feixe de serviços públicos, dos quais o administrado depende a cada minuto. Tão vasta e intensa atuação, ou pela forma de administração coercitiva, ou pelo modo da administração prestadora de benefícios, faz com que o Estado cause danos aos particulares com grande frequência, por comportamentos comissivos e omissivos que lhe são imputáveis, lícitos ou ilícitos.⁵⁸

Entretanto, para a dita responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, embora pacífico na doutrina que a regra é a modalidade objetiva, não se estabeleceram parâmetros bem definidos para sua determinação, eis que várias têm sido as tentativas de sua fundamentação, dentre as quais merecem destaque a teoria da falta do serviço, do risco administrativo e do risco integral⁵⁹.

De qualquer sorte, parece-nos que a responsabilidade civil do Estado é instituição inextirpável da ciência jurídica, eis que, como já dito, aparece como consectário e até mesmo essência do Estado Democrático de Direito.

Contudo, não muito tempo atrás, já após o aparecimento do Estado Constitucional, vigia ainda a ideia da irresponsabilidade do Estado em muitos

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 998.

⁵⁷ De acordo com a Constituição Federal, artigo 37, §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” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017).

⁵⁸ SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 318.

⁵⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.

ordenamentos, sendo apropriada uma análise do desenvolvimento instituto até a sua conjectura atual, para sua melhor compreensão⁶⁰.

3.2 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Reportando-se ao esquema do clássico francês Duez, Yussef sintetiza os três estágios evolutivos da responsabilidade civil do Estado.

Em um primeiro momento, como já visto, a possibilidade de responsabilização do Poder Público aparecia como um grave inconveniente para a consecução dos fins do Estado, de modo que aos particulares só restava a via de responsabilização civil direta do agente identificado como causador do dano. Na segunda fase, admitindo-se a responsabilidade civil do Estado, esta se punha de forma parcial, com forte invocação aos princípios de Direito Civil de responsabilidade por atos de prepostos e mandatários. Já a dita terceira fase apresenta a evolução do instituto para uma concepção eminentemente publicista, desapegada das normas direito civil, destacando-se o desenvolvimento dos quadros jurídicos da *faute du service* e do risco administrativo⁶¹.

3.2.1 A Irresponsabilidade do Estado

Na origem do Direito Público, contemporânea aos Governos despóticos e absolutistas, principalmente no período setecentista, vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado. Faz-se menção à ideia de que o Estado, uma vez que absoluto, era infalível. Daí as tão citadas expressões: O Rei não erra (*The king do not wrong*), o Estado sou eu (*l'État c'est moi*), o que agradou ao príncipe tem força de lei (*quo principi placuit habet legis vigorem*)⁶².

Dentro da acepção de Estado absoluto, era inconcebível a possibilidade de impor-lhe a obrigação de reparação de danos, eis que dele emanava o Direito e dele era a sua tutela, sendo contraditório aventar a hipótese de sua própria violação. Assim, leciona Yussef:

⁶⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 17.

⁶¹ Ibid. p. 17-18.

⁶² Ibid. p. 18.

Resguardava-se, assim, o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: O Estado é o órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças.⁶³

Completa o autor que, ante a legitimidade irrefutável da irresponsabilidade do Estado na época, noção contrária no sentido de admitir reparação patrimonial a cargo do erário era vista como grave obstáculo à prestação dos serviços públicos.

Ainda, no contexto econômico da época, principalmente no século XIX, o liberalismo limitava a atuação do Poder Público, que pouco na relação entre os particulares⁶⁴. A irresponsabilidade do Estado, então, parecia mero consectário da sua figuração político-econômica de afastamento e isenção à época.

Entretanto, Bandeira de Mello faz a ressalva de que os particulares não estavam completamente desprotegidos em face da atuação estatal, uma vez que se admitia a responsabilização quando existente lei específica que a definisse expressamente, citando como exemplo uma lei do Ano VIII do calendário republicano instaurado pela revolução francesa que previa responsabilização em hipótese de danos decorrentes de obras públicas⁶⁵.

De qualquer modo, o que restava aos administrados era a ação ressarcitória em face da pessoa do agente estatal identificado como causador do dano. Isto porque se entendia que Estado e funcionário eram sujeitos diferentes, de modo que as ações deste fora dos limites de seus poderes não poderia obrigar o Poder Público⁶⁶.

Tal separação muito se devia também à ideia civilista de que o dever de indenizar tinha necessariamente a sua razão de ser na existência de uma culpa subjetiva, de modo que não poderia ser derivada do caráter representativo que o funcionário detinha em relação ao Estado⁶⁷.

Por outro lado, no caso da França, conforme lembra Bandeira de Mello, a ação de reparação do dano em face da pessoa do agente, além de muitas vezes

⁶³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 18.

⁶⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1001.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 239.

⁶⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 18.

esbarrar na pequena expressão do seu patrimônio particular, raramente era possível, eis que era necessária autorização do Conselho de Estado Francês para a propositura da ação própria nos Tribunais Cíveis, em uma espécie de garantia administrativa do agente⁶⁸.

Aos poucos a doutrina da irresponsabilidade do Estado foi sendo vencida, ao perceberem os Juristas e Tribunais que sua defesa consistia na própria negação do Direito, como aqui já visto.

3.2.2 Teoria Civilista

Na fase usualmente chamada de Civilista, passou-se a fazer distinção da atividade estatal em atos de gestão e atos de império. Estes seriam os que realizados no exercício da soberania do Estado, tidos como necessários e essenciais para assegurar a sua própria existência (manutenção da ordem constitucional e jurídica) e, por conseguinte, em relação aos quais, não haveria possibilidade de responsabilização do Estado. Ao revés, nos atos de gestão, o Poder Público se assemelharia aos particulares, pessoas de direito privado, podendo assim ser responsabilizado⁶⁹.

Daí porque teoria ou fase da evolução doutrinária dita civilista, eis que, configurados os atos de gestão que causassem danos aos particulares, para responsabilização pecuniária do Estado, fazia-se remissão às normas de responsabilidade civil por fato de terceiro. Em outras palavras, identificado o agente estatal causador do dano, aplicavam-se, analogicamente, aqueles princípios de direito privado pertinentes às relações de patrão/empregado, mandante/mandatário, preponente/preposto, representado/representante⁷⁰.

Mais tarde, a partir da doutrina alemã, mais influenciada por elementos de direito público, formulou-se a teoria do órgão, a qual pressupunha a existência de uma só pessoa, o Estado, a despeito da noção anterior análoga à relação de

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1002.

⁶⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

⁷⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 21.

mandante e mandatário, que indicava a existência de duas pessoas e suas respectivas vontades, por exemplo⁷¹.

Portanto, passou a preponderar a ideia de que o funcionário público, em exercício das atribuições que lhe foram conferidas, age para a formação e concretização da vontade estatal, e não em nome próprio. Nesse sentido, didático é o ensinamento de Sergio Cavaliere Filho:

Tal como o ser humano, o Estado é dotado de órgão de comando (políticos) que manifesta a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumprem as ordens dos primeiros. A vontade e as ações desses órgãos, todavia, não são dos agentes humanos que neles atuam, mas sim do próprio Estado.⁷²

Contudo, em que pese ainda vigesse a noção da *culpa civilística* como pressuposto da responsabilidade civil do Estado, a teoria do órgão foi construção importante à transição doutrinária para uma concepção de *culpa publicística*, visando a melhor explicar aqueles danos decorrentes de culpa anônima da administração ou falha da máquina pública⁷³.

3.2.3 Teoria Publicista da Responsabilidade do Estado

Neste estágio, pretende-se a total permeabilização do instituto com os princípios de direito público, de modo que se desprenda do suporte tomado às normas e conceitos de direito civil.

Com efeito, reconheceu-se a necessidade da formulação e desenvolvimento de regras próprias para a obrigação do Estado em reparar os danos causados aos particulares quando do exercício de suas atividades, dando uma atenção maior ao enfrentamento do mau funcionamento da máquina pública⁷⁴.

Conforme refere Daniel Wunder Hachen, emblemático para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado como autônoma às regras de direito privado foi a

⁷¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 22.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 240.

⁷³ CAHALI, loc. cit.

⁷⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Uma Proposta de Releitura da Teoria da Faute du Service. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 38, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.direitoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

decisão do Tribunal de Conflitos Francês no caso *Blanco*, em 8 de fevereiro de 1873. O então Conselheiro David, ao decidir no sentido da competência da autoridade administrativa para o julgamento do caso, manifestou-se no sentido da inaplicabilidade das regras de direito civil às situações de responsabilidade do Estado, salientando, entretanto, que esta não é geral e nem absoluta, mas sim regida por regras específicas em conformidade com as particularidades dos serviços e visando à conciliação dos interesses públicos e privados⁷⁵.

Essa conjuntura foi terreno fértil para o surgimento da teoria francesa da *faute du service public*, a qual prega, além da possibilidade da identificação de um agente em específico causador do dano, a constatação de responsabilidade imputada diretamente ao serviço prestado, sem necessidade de perquirição da falta de um servidor em específico. Nesse sentido, explica Yussef:

[...] absorvida a pessoa física do funcionário pelo ente administrativo; a falta do serviço público não é mais necessariamente ligada a ideia de falta de um agente determinado, bastando, para a responsabilidade, um mau funcionamento geral, anônimo, uma falha do serviço, à qual o dano possa ser imputado.⁷⁶

Portanto, o avanço do instituto se consistiu, basicamente, em abarcar também aqueles casos em que se mostrava impossível ou sem utilidade a individualização do autor do dano, ao passo que a própria atividade administrativa defeituosa, ineficiente ou má organizada aparecia como a causa efetiva do prejuízo ao administrado⁷⁷.

No mesmo sentido, Cavalieri Filho, utilizando-se da expressão *culpa anônima*, refere que o dano é imputado ao que chama de mau agenciador geral, ou defeituosa condução do serviço. Bastava, assim, para o administrado a comprovação de que a prestação do serviço não ocorreu ou ocorreu de forma defeituosa ou retardada⁷⁸.

Com efeito, no Brasil, a despeito das significativas divergências na doutrina, à teoria da *faute du service*, aqui genericamente considerada, foi conferido *status* de

⁷⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Uma Proposta de Releitura da Teoria da *Faute du Service*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 38, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.direi.toestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

⁷⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

⁷⁷ HACHEM, loc. cit.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 241.

responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa em seu sentido amplo. Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que, diante dessa teoria, não seria suficiente a mera objetividade da conduta, mas também a presença do elemento subjetivo da culpa ou dolo, o que achou suficiente classificar como um “algo a mais”⁷⁹.

Por outro lado, importante a ponderação de Pedro Lessa, citado por Yussef Cahali, no sentido de que, embora possa se sentir a presença do conceito de culpa no estudo dessa teoria, esta culpa tem caráter objetivo, impessoal, da própria *irregularidade do serviço público*. Nesse sentido, completa:

Em todos os casos em que o dano resulta de um ato de um dos órgãos, ou de um dos prepostos, da Administração, e se descobre que o procedimento desse agente administrativo foi culposos, o particular prejudicado tem direito à indenização; mas, além desses casos, sempre que o prejuízo emanou de um fato material, do funcionamento passivo do serviço público, sem nenhuma culpa pessoal, basta um acidente administrativo, uma irregularidade de qualquer providência, um insignificante e involuntário desvio do bom funcionamento do serviço público, para justificar a indenização do dano causado aos particulares.⁸⁰

Mesmo com a vigência do art. 37, § 6º na Constituição Federal, que se propôs a instituir o regime de responsabilidade objetiva para a reparação de danos pelo Estado, vê-se ainda a adoção por grande parte da doutrina da teoria da falta do serviço fundada na existência do elemento subjetivo da culpa naqueles casos em que os danos resultam de conduta omissiva do Estado.

Para Hachen, isso muito se deve pela forte conexão entre a teoria e os casos de ineficiência da máquina administrativa passíveis de causar prejuízos aos particulares, embora refute também o caráter subjetivo que lhe é empregado, o que veremos mais além⁸¹.

De qualquer maneira, postergada a discussão acerca do regime de responsabilidade do Estado por conduta omissiva, certo é que a teoria da falta do

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1004.

⁸⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31.

⁸¹ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Uma Proposta de Releitura da Teoria da Faute du Service. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 38, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.direi todoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

serviço, de forma geral, se fez como importante porta de entrada para a hoje predominante teoria publicista objetiva da responsabilidade civil estatal⁸².

Como antes dito, a responsabilidade objetiva, consubstanciada nas teorias do risco, dispensando a perquirição da culpa, seja qual for a sua acepção, exigindo apenas a existência do dano e nexos causal com a atuação administrativa, é o que se tem de mais moderno na doutrina em matéria de responsabilidade civil do Estado, uma vez que aqui o instituto passou a situar-se totalmente no plano do direito público, regido por suas próprias normas e princípios.

3.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

No Estado brasileiro nunca foi aceita a tese da sua irresponsabilidade, ao passo em que a possibilidade de responsabilização civil do Poder Público sempre foi concebida como consectário da sua submissão ao Direito, mesmo quando não havia regra específica a respeito⁸³.

A partir da Constituição Imperial de 1824 e da primeira Constituição Republicana, de 1891, que dispunham de previsão expressa acerca da responsabilização dos *empregados públicos*⁸⁴, passando pelo Código Civil de 1916, primeiro diploma legal a amplamente instituir a responsabilidade extracontratual do Estado⁸⁵, até a chegada da Constituição Federal de 1946, a ideia da culpa estava

⁸² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 307.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 244.

⁸⁴ Conforme art. 179, inciso 29, da Constituição Imperial: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos infratores”. (BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018). E art. 82 da Constituição Republicana de 1891: “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício dos seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos” (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018).

⁸⁵ De acordo com o art. 15 do Código Civil de 1916: “As pessoas jurídicas de direito público são civicamente responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano” (BRASIL. **Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 1 jan. 2018).

impregnada no instituto⁸⁶. Em 1946, a Constituição Federal deixou de fazer menção à culpa do funcionário como condição à responsabilização do Estado⁸⁷. Por fim, a Constituição cidadã de 1988, agora vigente, no seu art. 37, §6º, manteve a ideia da responsabilidade do Estado sem o elemento subjetivo da culpa, importando este apenas em eventual ação regressiva em face da pessoa causadora do dano:

§ 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.

A presença de previsão do elemento da culpa somente para garantir o direito de regresso em face dos agentes causadores dos prejuízos fez a doutrina crer que as entidades mencionadas no dispositivo constitucional devem reparar os danos em qualquer caso, mesmo sem culpa. Ou seja, a ausência de previsão expressa da culpa e dolo na norma fez presumir serem prescindíveis para estabelecer o dever de reparação ao Poder Público⁸⁸. Assim, bem sintetiza Almiro Couto e Silva o esquema da responsabilidade objetiva no nosso ordenamento jurídico:

Verificado o dano, a vítima terá apenas de demonstrar que é indenizável (que não é, por exemplo, incerto ou eventual) e a existência de nexo de causalidade entre ele e ação ou omissão da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica da administração pública indireta prestadora de serviço público, para que fique caracterizada a responsabilidade. Dispensável, pois, será que comprove ou até mesmo alegue, por exemplo, a culpa do agente do Poder Público. O Estado é que, para eximir-se da responsabilidade ou atenuá-la, terá de provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, ou a ocorrência exclusiva ou concorrente de força maior, conforme o caso. Sendo objetiva a responsabilidade, de nada lhe adiantará provar que não teve culpa. A discussão sobre a culpa do agente só é pertinente na ação de regresso que o Estado contra ele propuser.⁸⁹

⁸⁶ SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 312-315.

⁸⁷ Conforme *caput* do art. 194 da Constituição Federal de 1946: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros” (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018).

⁸⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 30.

⁸⁹ SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 316.

Com efeito, chega-se ao final de uma linha evolutiva que inicia da antes vista teoria da irresponsabilidade do Estado pelas suas ações e omissões causadoras de prejuízos.

Para o autor anteriormente mencionado, o regime objetivo de responsabilidade do Estado assim como estabelecido na Constituição, traz uma dupla vantagem: a primeira no sentido de que confere tratamento único para o tema da responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, uma vez que, em sua interpretação, extingue a diferenciação entre os atos lícitos e ilícitos a ensejar responsabilização; a segunda vantagem seria a superação ou diminuição da importância de todas as modalidades de responsabilidade conhecidas, como a da culpa individual, falta do serviço e por risco, ao efeito de ampliar a proteção à vítima da atuação estatal⁹⁰.

Quanto à primeira vantagem mencionada, cumpre trazer à análise o contraponto feito por Marçal Justen Filho, que prega a imprescindibilidade de uma antijuridicidade da conduta estatal para caracterizar o dever de indenizar por parte do Poder Público. Defende ser mais apropriada a alusão a uma *objetivação da culpa*, onde o Estado tem o objetivo de tomar as providências e precauções necessárias a não causar danos aos administrados e, quando não o alcança, incorre em antijuridicidade⁹¹.

Assim, reputando como insuficiente o que chama de teoria objetiva causalista, refere o autor que não bastaria a mera relação de causalidade objetiva entre a conduta estatal e o dano, sendo necessário um comportamento contrário ao Direito. A título ilustrativo, reporta-se à hipotética situação na qual um policial, no exercício de sua função, age em legítima defesa e causa a morte de um delinquente. No caso, conclui que a ação estatal e o nexo de causalidade com o dano estão caracterizados, mas em razão de ser lícita a conduta do agente, ou melhor, de ser compatível com o sistema jurídico, não há dever de indenizar⁹².

Já em relação à segunda vantagem, como preconiza Yussef, embora haja consenso acerca da instituição pela Constituição Federal do regime de responsabilidade objetiva para os danos causados pelo Estado, há importante

⁹⁰ SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 316.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230-232.

⁹² JUSTEN FILHO, loc. cit.

dissonância na doutrina em relação à extensão do conceito, na escolha da teoria que melhor lhe serve de fundamento, estando longe de uma definição precisa e uniforme⁹³.

Certo é que para a responsabilidade objetiva do Estado passou-se a discutir a teoria do risco administrativo, fundamentada no risco que a Administração Pública necessariamente assume para a consecução das suas atividades.

A construção doutrinária é basicamente baseada no princípio da equidade e isonomia, aduzindo a possibilidade de que a atividade estatal confira de forma injusta os seus encargos a alguns administrados, os quais não serão suportados pelos demais e, assim, devem ser reparados pelo próprio Poder Público, por uma questão de equilíbrio social e até mesmo de vedação ao enriquecimento ilícito.⁹⁴ Nesse sentido, explica o sempre didático Sérgio Cavalieri Filho:

[...] a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública.⁹⁵

Até agora, parece ser a teoria mais próxima da ideia Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais, onde os ônus e encargos públicos são partilhados por toda a sociedade através do Estado, em vista da noção de justiça distributiva. Em outras palavras, compensa-se a desigualdade individual entre o Poder Público e o administrado em particular, eis que todos os demais passam a concorrer para o reparo do dano. O fundamento do dever de indenizar passa da falta do serviço para o fato do serviço⁹⁶.

⁹³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 30.

⁹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 310.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 243.

⁹⁶ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 310-311.

É dizer, como desdobramento o princípio da isonomia, da mesma forma que os benefícios advindos da atuação estatal repartem-se por todos, também os encargos suportados somente por alguns indivíduos devem ser compartilhados⁹⁷.

Por outro lado, em que pese seja prescindível a prova da culpa da Administração, o regime de responsabilidade objetiva consubstanciado na teoria do risco administrativo permite que o Estado se exima do dever de indenizar ou o atenuar quando lograr comprovar alguma das excludentes denexo causal, quais sejam, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Daí porque a parte mais abastada da doutrina e jurisprudência faz distinção entre as teorias do risco administrativo e do risco integral. Hely Lopes Meirelles afirma que, ao contrário do que prega a teoria do risco integral, o risco administrativo não impõe o dever do Poder Público em indenizar todo e qualquer caso de dano aferido pelo particular, de modo que se permite a prova de alguma excludente de responsabilidade⁹⁸.

Já a teoria do risco integral é concebida como a forma extremada da doutrina do risco, em que não há possibilidade de o Estado esquivar-se do dever de indenizar comprovando a presença de quaisquer das tradicionais excludentes de responsabilidade⁹⁹.

Dispensa-se a análise da atuação da vítima ou de fatores externos para a concorrência do evento danoso, bastando a causalidade da conduta, de modo que o Estado encontrar-se-ia sempre obrigado a assumir de forma integral os riscos da sua atividade, como uma espécie de segurador universal.

Entretanto, há parcela da doutrina que entende não haver distinção entre as teorias do risco integral e administrativo, em razão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, nunca se teria admitido a impossibilidade de comprovação de quebra do nexode causalidade pelo Estado, tratando-se, assim, de mera questão semântica¹⁰⁰.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória do Estado e Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 254.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 556.

⁹⁹ MEIRELLES, loc. cit.

¹⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 313.

Nesse sentido, em crítica à distinção realizada por Hely Lopes Meirelles, Yussef Cahali Said refere que, da análise de obras de autores adeptos à modalidade do risco integral, como Pedro Lessa e Mazagão, percebe-se que jamais admitiram a responsabilização do Estado nos casos de culpa exclusiva da vítima ou e força maior, reputando-a carente de fundamentação científica. Completa o autor:

Com efeito, a distinção entre *risco administrativo* e *risco integral* não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades pretendidas de risco, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova *excludente de responsabilidade*, efeito que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.¹⁰¹

Tratar-se-ia de um campo verdadeiramente volátil, e a tentativa de se delimitar os contornos das teorias do risco administrativo e integral quedaria em puro artificialismo, ante a ausência de base legal, doutrinária e jurisprudencial para a impossibilidade de se comprovar excludente de responsabilidade por parte do Estado.

Ao fim e ao cabo, parece concluir Yussef na mesma linha de Almiro Couto e Silva, no sentido de que a responsabilidade objetiva da regra constitucional, deslocando a questão para o plano da causalidade, é bastante para resolver a questão, permitindo aos tribunais:

a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto.¹⁰²

Contudo, há certa pertinência na distinção quando em análise conjunta de outros campos da ciência jurídica. Isto porque o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.374.284, consagrou entendimento que vinha sendo reiterado na Corte de que a responsabilidade civil por dano ambiental é fundada na teoria do risco integral, não admitindo qualquer excludente de responsabilidade, requerendo apenas a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente proveniente

¹⁰¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

¹⁰² Idem. p. 39.

de uma ação ou omissão do responsável. Nesse sentido foi o voto condutor do relator Ministro Luís Felipe Salomão:

Com efeito, em relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art.14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável.¹⁰³

Na mesma esteira, cumpre fazer referência também a Lei nº 10.744 de 2003, que dispõe acerca da assunção pelo Estado brasileiro da responsabilidade civil perante as vítimas de atentados terroristas, atos de guerra ou correlatos, contra aeronaves brasileiras de transporte aéreo público. Acerca do diploma legal, conclui Bartira Pereira Dantas:

A assunção da responsabilidade do Estado Brasileiro em casos como tais, vê-se, não se faz em virtude da cautela genérica decorrente de atos de seus prepostos, mas de um aporte ainda mais amplo, como efetivo garantidor “universal” da paz e segurança jurídica reinantes em todo o território nacional, incluindo-se, portanto, o espaço de aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte público.¹⁰⁴

No caso, em razão da lei específica, parece ter havido a adoção da teoria do risco integral, eis que o Estado assume a responsabilidade até mesmo sem a caracterização do nexa causal. Entretanto, cumpre trazer o contraponto feito pelo Professor Juarez Freitas no sentido de que se trataria mais de assunção do que propriamente de dano injusto a ser reparado pelo Estado, fazendo menção ao art. 4º¹⁰⁵ da referida lei, que prevê o cancelamento desta assunção¹⁰⁶.

¹⁰³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.374.284/MG**, da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Luís Felipe Salomão, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁰⁴ DANTAS, Bartira Pereira. **A caracterização do atentado terrorista em aeronaves e a incidência da responsabilidade do Estado brasileiro**. Jus.com.br, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22583/a-caracterizacao-do-atentado-terrorista-em-aeronaves-e-a-incidencia-da-responsabilidade-do-estado-brasileiro/2>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁰⁵ De acordo com o art. 4º da Lei 10.744/2003: “Fica o Poder Executivo autorizado a fixar critérios de suspensão e cancelamento da assunção a que se refere esta Lei” (BRASIL. **Lei Nº 10.744, de 9 de outubro de 2003**. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 1 jan. 2018).

¹⁰⁶ FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e Inoperância. In: **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178.

3.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

No Brasil, como já ventilado, tem sido sustentado que a responsabilidade civil do Estado por comportamento omissivo enseja a modalidade subjetiva, fundada na teoria da falta do serviço público. Assim, para caracterizar o dever de indenizar o dano suportado pelo particular em razão de conduta omissiva, segundo esta teoria, é necessária a demonstração de que o serviço público não funcionou ou funcionou tardiamente¹⁰⁷.

Reputando ser a teoria francesa da falta do serviço eminentemente modalidade de responsabilidade subjetiva, porque baseada na culpa ou dolo, Bandeira de Mello refere que a conduta lesiva omissa do Estado, nos casos de não funcionamento ou funcionamento tardio do serviço público, apenas “enseja” o dano e não propriamente a causa, de modo que não poderia ser o ente responsabilizado objetivamente. Nesse sentido:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.¹⁰⁸

Assim, conclui que não bastaria a mera existência da causalidade objetiva entre o dano e a omissão estatal para a caracterização do dever de indenizar, de modo que necessário que o Poder Público tenha incorrido em negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ou, ainda, em dolo, ao omitir-se diante de dever legal de agir, na observância de certo padrão de eficiência a impedir o evento danoso¹⁰⁹.

Esclareça-se que, no caso, a culpa, em seu amplo sentido, mostra-se mitigada, ao passo em que não necessita de personificação na pessoa de agente ou

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 827.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1010-1013.

¹⁰⁹ Ibid. p. 1013.

grupo de agentes específicos, sendo suficiente a demonstração da ausência ou insuficiência ou culposa da prestação do serviço de modo geral¹¹⁰.

Como bem lembrado por Monteiro Filho, este posicionamento foi construído por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello quando da vigência da Constituição de 1946 e do Código Civil de 1916, com seu artigo 15¹¹¹¹¹², sendo que ainda hoje concentra número expressivo de adeptos, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Isto muito se deve em razão de que pode servir de respaldo ao persuasivo e eloquente argumento de que o Estado não pode ser responsável irrestritamente por tudo o que acontece¹¹³.

Nessa mesma corrente, cumpre fazer menção ao entendimento de Maria Sylvia Di Pietro Zanella, no sentido de que a culpa estaria embutida no conceito de omissão, eis que, em regra, não são os agentes públicos quem causam o dano, mas sim fatos de terceiros ou da natureza, de modo que não há se falar em responsabilização objetiva nos casos em que o Poder Público tinha o dever de agir e não agiu sem razão aceitável¹¹⁴.

Nesses casos, ainda, entende a autora que há a aplicação da teoria da reserva do possível, consubstanciada no princípio da razoabilidade, ao passo em que só se poderia exigir do Estado o que fosse razoável para impedir o dano¹¹⁵.

Entretanto, merece destaque a proposta de releitura da teoria da *faute du service* feita por Daniel Wunder Hachen, a qual, segundo ele, foi importada pela doutrina brasileira de forma equivocada para sustentar a modalidade de responsabilidade subjetiva para as condutas ditas omissivas do Estado. Para isso, elenca quatro motivos:

¹¹⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

¹¹¹ De acordo com o art. 15 do Código Civil de 1916: "As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano" (BRASIL. **Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 1 jan. 2018).

¹¹² Conforme ensina Monteiro Filho, o Código Civil de 2002 acabou por enfraquecer a tese da responsabilidade subjetiva do Estado por abstenção, ao passo em que, revogando a regra do art. 15 do CC/1916, o seu art. 43 reproduz o comando constitucional do art. 37§6º. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 55).

¹¹³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 828.

¹¹⁵ DI PIETRO, loc. cit.

[...] (a) a teoria da *faute du service* não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva; (b) o critério para distinguir a responsabilidade *pour faute* (por falta) da responsabilidade *sans faute* (sem falta) no direito francês não é a natureza omissiva da conduta; (c) na França admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão; (d) os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico administrativo de cada ordenamento, e a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva.¹¹⁶

Quanto ao primeiro motivo, consubstanciado na bibliografia francesa sobre o tema, o autor refere que a noção de *faute*, no Direito Francês, emprega significado de *descumprimento de uma obrigação preexistente*, e não propriamente de culpa, forma que foi traduzida para o nosso Direito. Isto é, para explicar a locução *faute du service*, os franceses não fazem menção às tradicionais modalidades de culpa, mas, sim, reportam-se à ideia de descumprimento objetivo de um dever previsto legalmente¹¹⁷.

Já em relação à última razão, sustenta Hachen que o ordenamento jurídico brasileiro só poderia pretender a recepção de teorias de direito alienígena que compatíveis com nossa realidade normativa, reputando ser a responsabilidade *sans faute* do Direito francês a mais adequada para o regime geral de responsabilidade objetiva imposto pela regra constitucional do art. 37, §6º, o qual não faz qualquer distinção entre condutas comissivas ou omissivas¹¹⁸.

Por outro lado, sustentando também a ausência de tratamento distinto despendido pela norma constitucional entre as ações e abstenções do Estado, Marçal Justen Filho, faz alusão ao que chama de *objetivação da culpa*, onde será presumida a existência do elemento subjetivo, em quaisquer das condutas do Estado que violarem um *dever específico de diligência*. Explica:

Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou da omissão causadora do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização da vontade defeituosa desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a evoluir um elemento

¹¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Uma Proposta de Releitura da Teoria da Faute du Service. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 38, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

¹¹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Uma Proposta de Releitura da Teoria da Faute du Service. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 38, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

¹¹⁸ HACHEM, loc. cit.

subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir.¹¹⁹

Propriamente para os casos de responsabilização por omissão, o autor faz classificação entre *ilícitos omissivos próprios*, estes equiparados aos atos comissivos, em que há violação direta a um dever jurídico expresso e, portanto, resta presumida a presença do elemento subjetivo defeituoso, e *ilícitos omissivos impróprios*, em que se revela imperiosa a verificação concreta da violação do dever de diligência especial, ante a ausência de determinação específica do agir estatal¹²⁰.

Em outras palavras, apenas nos casos em que inexistente regra determinando a atuação do Estado será necessária a perquirição da presença de elemento subjetivo reprovável para a responsabilização, no sentido de verificar se o dano era previsível, se havia o dever de adotar as precauções necessárias para sua não ocorrência e se efetivamente adotou, ao contrário dos casos de omissão própria, em que sua presença será presumida¹²¹.

Marçal Justen Filho conclui, enfim, no sentido de que não haveria responsabilidade civil objetiva do Estado, mas sim a objetivação do elemento subjetivo, com o efeito ser presumida a culpabilidade decorrente da presença de um dever de diligência especial. Acerca da sua pertinência prática, sustenta que a avaliação do elemento subjetivo, muitas vezes, faz-se necessária para a fixação do montante indenizatório, principalmente nos casos de danos morais, em que o grau de reprovabilidade da conduta estatal é condicionante importante¹²².

Já para o Professor Juarez Freitas, a ideia da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, insculpida no §1º, do art. 5º, da CF/88, serve como barreira para as teorias que pregam a impossibilidade de responsabilização do Estado por conduta omissa. Refere que a forte tendência de alargamento das funções constitucionais do Estado não suporta mais sua responsabilização presa à lógica subjetivista¹²³.

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 232.

¹²⁰ Ibid. p. 234.

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 237.

¹²² JUSTEN FILHO, loc. cit.

¹²³ FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e Inoperância. In: **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 180.

Isto porque, neste contexto de ampliação das funções constitucionais estatais, a omissão não poderia ser enquadrada como simples condição para a ocorrência do dano injusto, mas, sim, como a sua efetiva causa, de modo que, quando do não cumprimento das suas obrigações constitucionalmente impostas, ao Estado surge o dever de indenizar. Reporta-se o jurista ao princípio da proporcionalidade, que, além de vedar os excessos da Administração Pública, de forma igual, não permite a sua inoperância¹²⁴.

Todavia, isto não quer dizer que se está reconhecendo a imposição cega do dever de indenizar ao Poder Público, uma vez que é perfeitamente possível a demonstração das excludentes de responsabilidade, até porque, ante o mesmo princípio da proporcionalidade, a figura do Estado como segurador universal deve ser rechaçada.

No caso, diferentemente de Marçal Justen Filho¹²⁵, que prega a ideia de objetivação do elemento subjetivo em decorrência do descumprimento de dever específico, o que se defende é a existência da presunção do nexo de causalidade direta entre o dano injusto ou anômalo e a conduta estatal omissiva, que fica submetida às excludentes de responsabilidade, dentre as quais Juarez Freitas, como desdobramento do princípio da proporcionalidade, admite também a reserva do possível. Por fim, ante a presunção de vulnerabilidade da vítima e do nexo de causalidade, o ônus de comprovação destas excludentes recai inteiramente sobre o Estado¹²⁶.

Em relação à insistência de parcela da jurisprudência em admitir a modalidade subjetiva de responsabilidade para casos de omissão, propriamente naqueles que envolvem guarda de pessoas ou coisas pelo Estado, em que perfeitamente se encaixam os detidos no sistema carcerário, Juarez Freitas refere:

Com o devido respeito, no entanto, perante a omissão do Poder Público, o correto é reputar irrelevante a consideração sobre culpa ou dolo. A argumentação baseada em “culpa anônima” oculta a superação indecisa dos parâmetros subjetivistas. Em qualquer caso (ação ou omissão), mister

¹²⁴ Ibid. p. 182.

¹²⁵ Além disso, parece divergir também no que tange à separação dos ilícitos omissivos em próprios e impróprios, sustentando a aplicação da responsabilidade objetiva temperada pelo princípio da proporcionalidade para qualquer caso de omissão danosa.

¹²⁶ FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e Inoperância. In: **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 180-181.

transcender a abordagem subjetivista acerca da prova da imperícia, da imprudência, da negligência ou da intencionalidade.¹²⁷

Em que pese haver certa resistência na comunidade jurídica, parece certa a tendência de ampliação das hipóteses de responsabilização do poder público pelos danos injustos que causar aos administrados, de modo que, diante deste panorama, o regime objetivo de responsabilidade para quaisquer que sejam as condutas estatais torna-se o mais adequado e coerente.

¹²⁷ FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e Inoperância. In: **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 184-185.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE MORTE DE DETENTO

Com efeito, como analisado preliminarmente, o artigo 5º, inciso XLIX, da nossa Constituição Federal, dispõe que o Estado sempre deverá garantir o respeito à integridade física e moral do preso, de modo que a experiência no cárcere não decorra na privação ou violação daqueles direitos que não forem atingidos pela sentença criminal condenatória.

Concluiu-se que, ao passo em que o Estado realiza o encarceramento do indivíduo, restringindo sua liberdade, assume o dever constitucional – e que também encontra correspondência na legislação ordinária – de sua guarda, incumbindo-se da vigilância e proteção de todos os direitos fundamentais do detento.

Por óbvio, o descumprimento deste dever, imposto constitucionalmente e dotado de eficácia direta, acarretando danos aos detentos, obriga à reparação o ente público custodiante, em virtude da norma do art. 37, §6º, da CF.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252, que discutia, como tema de repercussão geral, a possibilidade de indenizar o detento em razão de danos morais suportados pelas condições degradantes ou desumanas de encarceramento, fixou-se a tese elaborada pelo saudoso Ministro Teori Zavaski, nos seguintes termos:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.¹²⁸

Neste julgamento, em seu inovador voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, além de apresentar a tese alternativa de reparação *in natura* do dano moral, considerou que, no caso, a despeito do que referiam as próprias partes no processo, a responsabilização do Estado se daria propriamente por conduta comissiva, e não

¹²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

por conduta omissiva, simplesmente porque “o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres”¹²⁹.

Assim, para o Ministro, o encarceramento do indivíduo sob notadas condições em que inviável que se assegure o respeito à sua integridade física e moral pode configurar hipótese de responsabilização por ação do Poder Público.

Também, discorrendo acerca da caracterização das condutas lesivas ensejadoras de responsabilidade estatal, C. A. Bandeira de Mello, para explicar aqueles casos em que o Estado produz a situação da qual o dano depende, não sendo a ação danosa propriamente produzida por ato comissivo de um agente, porém equivalente, cita como exemplo justamente o assassinato de um presidiário por outro presidiário.

Tal distinção poderia ter sido importante, em razão de que, a partir do entendimento quase uníssono dos Tribunais de que a morte de detendo dentro do sistema prisional acarretaria responsabilidade do Estado por conduta omissiva, discutia-se, até pouco tempo, se tinha cunho subjetivo ou objetivo¹³⁰.

Isto porque, como já visto, parece ainda pender certa controvérsia acerca da aplicação do §6º, do art. 37, da Constituição Federal, às hipóteses de atos omissivos do Poder Público. Para alguns, aplicar-se-ia para as omissões do Estado o regime de responsabilidade subjetiva, fundada na teoria da falta do serviço, ao passo que, para outros, a regra constitucional instaurou o regime objetivo para todas as condutas do Poder Público, uma vez que não fez distinção expressa¹³¹.

4.1 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 841.526 PELO STF E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO

Com efeito, acerca do tema, cumpre fazer especial referência ao recente e paradigmático acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede do julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526¹³², sob relatoria do

¹²⁹ MAFFINI, Rafael Da Cás. Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 274, p. 209-234, jan./abr. 2017.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1018.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 827.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 841.526**. Disponível em: <<http://re.dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

Ministro Luiz Fux, cuja questão constitucional da responsabilidade objetiva do Estado por morte de detento teve repercussão geral reconhecida¹³³.

Nas razões do recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, além da inaplicabilidade do artigo 37, §6º, da Constituição Federal para os casos de omissão, foi sustentada a não verificação do nexo de causalidade entre eventual conduta ilícita administrativa e o dano, uma vez que não havia sido confirmada a hipótese de homicídio no caso concreto. Nesse sentido, alegou-se que o dever de zelo pela integridade física dos detentos não é absoluto, de modo que nos casos de suicídio, caracterizando culpa exclusiva da vítima, haveria o rompimento do nexo de causalidade.

No voto condutor do ministro relator, de início, assentou-se que a teoria que funda a responsabilidade civil do Estado no ordenamento brasileiro é a do risco administrativo, a qual admite a oposição das excludentes de responsabilidade, ao contrário do que pregaria a teoria do risco integral, em que não seria possível a comprovação de quebra do nexo de causalidade pelo Estado, tendo este responsabilidade total e irrestrita.

Após, quanto ao regime de responsabilidade, afirmou que o §6º do art. 37 da Constituição, de fato, não é expreso quanto aos casos de omissão do Poder Público. Entretanto, diante de tal indefinição, sustentou que o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que a norma constitucional não restringe a responsabilização objetiva às hipóteses de conduta comissiva do Poder Público.

Ponderou, contudo, que, para sua incidência, é necessário o descumprimento de um dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, como é o caso do art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Nesse sentido, apontou a semelhança entre a figura do Poder Público obrigado por Lei a agir para a não ocorrência do dano com a do agente garantidor do Código Penal¹³⁴, nos casos de crimes comissivos por omissão.

¹³³ No caso específico dos autos, o Estado do Rio grande do Sul havia sido condenado ao pagamento de indenização por danos morais em razão da morte de um detento dentro da Penitenciária Estadual do Jacuí. De acordo com a necropsia, a morte foi decorrente de asfixia mecânica (enforcamento), porém, não houve conclusão se ocorrido homicídio ou suicídio. Em primeiro grau, o Estado foi condenado a indenizar a família do detento por danos morais. Ao julgar recurso do Estado, o Tribunal de Justiça também entendeu haver responsabilidade do ente estatal pela morte e confirmou a sentença.

¹³⁴ De acordo com o art. 13, §2º, alínea “a”: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância” (BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.**

Propriamente quanto ao evento morte, salientou que pode se manifestar das mais variadas formas (homicídio, suicídio, acidente ou morte natural), de modo que nem sempre poderá ser imputada à responsabilidade ao Estado, eis que, também na esteira do que já vinha decidindo a Suprema Corte, há a possibilidade de demonstração de excludente de responsabilidade pelo Poder Público. Nesse sentido, completou o relator:

[...] inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano. Entendimento em sentido contrário implicaria a adoção da teoria do risco integral, não acolhida pelo texto constitucional, como já anotado anteriormente.

[...] Adota-se aqui, portanto, a teoria do risco administrativo, que permite a oposição de causas excludentes do nexo causal – as quais devem ser comprovadas pela Administração –, rejeitando-se, por consequência, a incidência da teoria do risco integral, não recepcionada pela ordem constitucional brasileira, que implicaria a imposição de responsabilidade civil ao Estado por toda e qualquer morte de detento.

Desse entendimento, extrai-se que a comprovação da quebra do nexo de causalidade e a omissão do Estado com o evento morte é ônus próprio deste, ao passo em que é presumida a sua existência ante o descumprimento de dever legal e específico de agir para zelar pela integridade física e a vida do detento sob sua custódia.

Nos limites subjetivos da lide, pelo voto condutor, entendeu-se que, nas instâncias ordinárias, não foi comprovada a tese da defesa no sentido de que teria ocorrido suicídio do preso ou outra causa que ensejasse a exclusão do nexo de causalidade entre a sua omissão e a morte daquele apenado, de modo que restou caracterizada a responsabilidade estatal e o respectivo dever de indenizar.

Interessante, também, foi a contribuição feita pelo do voto do Ministro Edson Fachin, fazendo menção às ideias aqui antes vistas de Marçal Justen Filho, no sentido de que a o dever de custodiar equivaleria a um dever específico de diligência estatal, ao efeito de que sua infração constituiria *ilícito omissivo próprio*, que, por conseguinte, transferiria o ônus probatório da inexistência do nexo de causalidade ao detentor desse dever. Assim, acompanhando a solução do caso concreto, sugeriu tese alternativa àquela do Ministro Luiz Fux, nos seguintes termos:

a morte de detento gera responsabilidade civil do Estado por inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, cujo não atendimento constitui ilícito omissivo próprio, admitindo-se a comprovação pelo Poder Público de causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-o do dever de reparação.¹³⁵

Todavia, os Ministros preferiram prestigiar a tese elaborada pelo relator Luiz Fux, em razão de ser mais “minimalista”, nos seguintes termos: “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.

Com efeito, em que pese os ministros tenham admitido a responsabilidade objetiva para os casos de morte de detento, a opção pela tese de repercussão geral mais “minimalista” apontou um receio quanto aos efeitos que a decisão pode gerar, considerando a realidade caótica do sistema prisional brasileiro.

4.2 O PROBLEMA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE CONDUTA OMISSA DO ESTADO E O HOMICÍDIO DE DETENTO

Com efeito, assentado que o Estado tem, de fato, responsabilidade pela morte de detendo mantido sob sua custódia quando descumprindo o dever constitucional e específico de zelo pela sua vida e integridade física, sendo-lhe, contudo, permitida a oposição de eventual excludente do nexo de causalidade para eximir-se do dever de indenizar, parece nascer uma dificuldade prática no sentido da perquirição da amplitude e alcance desse dever imposto e sua relação com a realidade do sistema carcerário brasileiro.

Isso reflete, conseqüentemente, na aceitação ou não da excludente de responsabilidade eventualmente oposta pela defesa do Estado nos casos de homicídio dentro das prisões.

Cumprir esclarecer, contudo, que, acerca do problema, destacam-se aqui os casos de homicídio em razão de nos parecer o evento em que mais evidente fica o descumprimento do dever de custódia, ou circunstância de exposição da integridade física do detento, ao passo em que outros eventos, como os de morte natural ou suicídio, a inviabilidade do controle por parte do Estado, por vezes, pode parecer

¹³⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

mais nítida, como se vê daquelas obrigações ditas de meio no âmbito do Direito Civil¹³⁶.

Ainda no transcurso do julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526, em discussão aberta quanto à firmação da tese da repercussão geral, já foi possível perceber a preocupação dos Ministros quanto às hipóteses em que efetivamente poderia se reconhecer a quebra de nexos causal e conseguinte exclusão da responsabilidade.

O debate se deu muito em virtude das notórias condições precárias e ausência de controle estatal do que acontece nas penitenciárias por todo o Brasil, o que, para eles, parecia gerar um sistema de risco integral para a responsabilidade civil do Estado. Nesse sentido, cabe a transcrição de trechos de algumas ponderações realizadas pelos ministros na sessão plenária do dia 30.03.2016:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – [...] Penso que a cláusula final, viabilizando ao Estado provar a ausência de culpa, gerará, em vez de pacificação da jurisprudência, inúmeras controvérsias. [...] **ante as precárias condições das penitenciárias – situação atual que espero que haja uma evolução –, o Estado responde por morte de custodiado**, ainda que verificado o suicídio. E se potencializarmos a possibilidade de atribuir à pessoa a culpa pelo sinistro, que é a morte, estaremos desconhecendo o contexto;

[...] O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Senhor Presidente, **no corpo do voto, eu trato de diversas hipóteses e, mesmo nessas hipóteses, há uma fresta em que nós podemos enxergar uma omissão do Estado**, como essa, por exemplo, do homicídio em que o Estado recebeu o prontuário do preso, não fez os exames usuais e ele teve um ataque cardíaco e faleceu por omissão do Estado. **Essas decapitações que nós assistimos, lamentavelmente, são realizadas por omissão das penitenciárias, que assistem uma suposta limpeza étnica.**

[...] O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – **Eu acho que a exceção é indispensável, porque senão você vai criar um sistema de responsabilidade pelo risco integral**, o que eu acho que não é o sistema brasileiro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não chegamos a ele se aludirmos à situação atual das penitenciárias.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E não acho que seja justo. Quer dizer, vamos imaginar que o preso esteja engendrando um artefato para matar o adversário, aí explode na mão dele. O Estado é responsável?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sob o ângulo da vigilância, sim. Há inspeções rotineiras.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Como é que esse artefato ingressou na penitenciária?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – **É, mas aí nós vamos ter que responsabilizar o poder público por todos os homicídios, porque não fiscaliza o contrabando de armas.**

¹³⁶ SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 317.

[...] O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O que eu acho interessante é que o Ministro Marco Aurélio, salvo melhor juízo, até de forma consentânea com aquilo que afirmou na cautelar sob sua relatoria, **o sistema prisional brasileiro está num estado inconstitucional de coisas. Enquanto isto assim permanecer, me parece que a responsabilidade é integral.** (grifos nossos)¹³⁷

Parece evidente que o evento de homicídio, por sua própria natureza, sempre estará atrelado a fato de terceiro ou, ainda, de culpa da própria vítima, como no exemplo dado pelo Ministro Luiz Fux, quando um preso assassina outro em legítima defesa.

Todavia, em que pese a morte por homicídio dentro da penitenciária possa não ser provocada diretamente por agente do Estado, é por atividade positiva deste, conforme a lição de Bandeira de Mello¹³⁸, que se cria a situação decisiva para a ocorrência do evento danoso. Trata-se do encarceramento da vítima em ambiente de alto risco e posterior omissão no dever específico de zelar pela sua vida e integridade física.

A questão, necessariamente, passa pela análise do nexo de causalidade, que, de fato, torna-se o ponto crucial para aferição da responsabilização estatal em nosso sistema da teoria publicista objetiva, tendo agora a sua aplicabilidade para os casos de morte de detento reconhecida definitivamente pelo STF. Isto é, o prejuízo reclamado pelo particular deve decorrer necessariamente da atividade ou omissão do Poder Público¹³⁹.

Ainda, conforme ensina Rodrigo Valgas dos Santos e na mesma esteira do julgado pela Suprema Corte, seria certa a possibilidade de elisão ou mesmo de mitigação da responsabilidade por alguma das excludentes de nexo, como nos casos em que a vítima concorre para a sua ocorrência. Assim, completa:

[...] não se trata de aceitar a responsabilidade estatal em toda e qualquer hipótese, pois precisamente a análise do nexo causal, ou ainda das excludentes, é que de modo razoável e proporcional possibilitam a plena

¹³⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1010.

¹³⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

aplicação de tal sistema de responsabilização, sem o receio de que o Estado seja espécie de segurador universal.¹⁴⁰

Pergunta-se, assim, se e quão aceitável seria a limitação ou inércia do Poder Público no controle individual e coletivo de seus custodiados, a ponto de excluir por completo seu dever de indenizar, entendendo-se pela possibilidade de haver culpa exclusiva da vítima ou de terceiros em casos de homicídio dentro das casas de detenção.

A referida questão merece ser analisada à luz da real situação das casas de detenção, das obrigações constitucionais de respeito à vida e integridade física dos detentos e das decisões que apreciam as mais diversas hipóteses de morte intencional dentro nos presídios brasileiros.

4.3 A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E HOMICÍDIOS DE DETENTOS

De acordo com os dados do Relatório de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (INFOPEN) de 2014¹⁴¹, o Brasil já alcançava o número de 607.000 encarcerados, sendo que, desse contingente, 41% era de presos provisórios, sem condenação. O relatório referiu que, à época, todas as Unidades da Federação exibiam índices de superlotação, alcançando uma média nacional de 161% de taxa de ocupação.

Ainda conforme o relatório, no primeiro semestre de 2014, excluídos dados dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, foram registradas 565 mortes nas unidades prisionais, sendo que cerca da metade dessas mortes foram classificadas como violentas intencionais, no que se incluíram os óbitos por homicídio e suicídio.

No ano de 2015, quando do julgamento da antes citada Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347¹⁴², ainda que em cognição sumária, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal o chamado

¹⁴⁰ SANTOS, Rodrigo Vargas dos. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e Inoperância. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 272.

¹⁴¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2004**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2004. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depenver-sao-web.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF nº 347**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

“estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, que resulta em violação massiva e reiterada de direitos fundamentais dos detentos, decorrente de ações e omissões sistemáticas dos poderes públicos.

No mesmo ano, o Ministro Luiz Roberto Barros, apreciando a questão do RE nº 580.252¹⁴³, no voto em que propôs a tese alternativa de reparação dos danos morais suportados por detento mantido em situação degradante com a detração da pena, fez também uma análise da situação carcerária brasileira. Constatou que, para além do problema da superlotação dos presídios, condições precárias de higiene e saúde e demais violações da Lei de Execução Penal, a violência e domínio do crime organizado dentro das prisões são nítidas:

A situação da população prisional é ainda mais dramática. Em razão da má gestão dos presídios e do deficiente controle do Estado dentro das unidades, registram-se rotineiramente casos de violência física e sexual, homicídios, maus tratos, tortura e corrupção, praticados tanto pelos detentos, quanto pelos próprios agentes estatais. A inoperância do Estado também abre caminho para o crescimento do poder das facções criminosas, que passam a dominar os cárceres, a arregimentar novos integrantes e a comandar, do interior dos presídios, a prática de diversos crimes, contribuindo para o agravamento da violência urbana e da insegurança social.

Na ocasião, Barroso constatou que o quadro geral da situação carcerária do Brasil constitui em grave afronta aos princípios constitucionais que envolvem os direitos fundamentais dos presos, a Lei de Execução Penal e os diversos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos, como aqui já foram analisados. Nesse sentido, referiu que o simples encarceramento, na ampla maioria dos casos, submete o indivíduo a uma pena mais grave em relação a que foi imposta pela sentença, importando na violação da sua integridade e de aspectos essenciais de sua dignidade.

Importante, ainda, foi o apontamento no sentido de que o dever de custódia do Estado confere uma definição especial a sua possibilidade de responsabilização civil. Isto porque, ao passo em que o detento fica inserido em uma instituição total e, assim, submetido inteiramente ao controle do poder público, a este incumbe os especiais deveres de vigilância e de proteção de todos aqueles direitos alheios à privação da liberdade.

¹⁴³ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

Diante disso, parece que o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, decorrente de problemas estruturais e falta de políticas públicas adequadas e suficientes, surge como importante e principal fator da violação de direitos fundamentais dentro das prisões brasileiras.

4.4 CASOS CONCRETOS DE HOMICÍDIOS DE DETENTOS APRECIADOS PELOS TRIBUNAIS DO RIO GRANDE DO SUL E SÃO PAULO

Após o julgamento do RE 841.526, firmada a tese de Repercussão Geral no sentido de que quando não observando o dever específico de proteção da integridade física o Estado é responsável pela morte do detento, parece ter havido o reconhecimento da aplicação da modalidade objetiva, em que pese ainda subsistam decisões que se pautam pela teoria da *faute du service* nesses casos, para firmar a responsabilidade subjetiva¹⁴⁴.

Contudo, sem prejuízo, aqui serão analisados alguns julgados acerca da responsabilização do Estado em razão de homicídio de detentos que evidenciam a complexidade que gira em torno da questão do nexo de causalidade e possibilidade ou não de sua exclusão, ante o dever de custódia imposto constitucionalmente.

Conforme se depreende do Julgamento da Apelação Cível nº 70077305821, em que se discutia o assassinato de um detento esfaqueado enquanto cumpria prisão preventiva no presídio estadual de Cruz Alta/RS, foi reconhecida pelo colegiado a omissão específica do Estado quanto à sua condição de garante de ambos os presos envolvidos, ao permitir que um deles tivesse acesso a uma faca industrializada no interior do presídio e provocasse o evento, de modo que inoponível quaisquer das excludentes, conforme explicitou o relator:

Com efeito, o fato do homicídio não ter sido causado por agente estatal, mas sim por outro preso, não isenta o Estado da responsabilidade pelos danos, na medida em que ambos os presos estavam sob a custódia do ente público, o qual tem o dever de zelar pela integridade física destes.

Portanto, não incide no caso em exame a excludente de responsabilidade de culpa exclusiva de terceiro, diante do evidente

¹⁴⁴ Nesse sentido é o julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 1001618-17.2016.8.26.0223, de 04/09/2017, da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria de Nogueira Diefenthaler: “Pode-se notar, portanto, que houve por parte do Estado, em função do funesto resultado, lapso no dever de vigilância daquele que se encontrava sob sua custódia. Lapso este que é o suficiente para caracterizar a *faute du service* e, assim, afastar a tese de culpa exclusiva da vítima como excludente do nexo de causalidade”.

dever de vigilância contra agressões físicas de terceiros, mormente quando as agressões advêm de quem também deveria estar sob a guarda e vigilância do Estado, a fim de que não continuasse na prática delituosa. (grifo nosso)¹⁴⁵

Em outro caso de morte por arma branca no interior de casa de detenção, cuja sentença de primeiro grau julgou a demanda indenizatória proposta pelos pais da vítima improcedente, sob o fundamento de que o evento se deu em razão de sua culpa exclusiva ao se envolver em briga com outro detento, o relator da Apelação, Desembargador Eugênio Facchini Neto, ponderou sobre as várias circunstâncias em torno do evento, entendendo pela configuração do nexos causal com a omissão estatal.

Primeiro, na mesma esteira do julgado anterior, entendeu pela omissão ou falha na fiscalização e vigilância dos detentos, ao ser permitida a entrada ou fabricação do instrumento perfuro-cortante utilizado como arma, o que poderia ser evitado com vistoria efetiva no interior das celas. Apontou, também, a falta de supervisão dos agentes em não interverem de forma imediata na briga, permitindo que a vítima fosse atingida por diversas vezes e falecido.

O caso concreto, contudo, tinha a particularidade de que o outro detento envolvido na briga havia sido absolvido pelo Tribunal do Júri por legítima defesa. Diante disso, para afastar de vez a excludente da culpa exclusiva da vítima, evidenciando o caráter especial a responsabilidade civil estatal por inobservância do seu dever de custódia, o relator fundamentou:

Oportuno salientar que, caso a ação indenizatória tivesse sido direcionada contra o detento causador da morte do filho dos autores, por certo seria julgada improcedente, tendo em vista a sua absolvição na esfera criminal pelo reconhecimento de uma excludente de criminalidade, que faz coisa julgada também na esfera cível. **Contudo, aqui se trata de averiguar a responsabilidade do Estado que, como referido, restou configurada ao permitir o uso de arma de faca no interior do presídio, o que veio a causar a morte do filho dos demandantes. (grifo nosso)¹⁴⁶**

Outras situações recorrentes nos Tribunais são os homicídios ocorridos em rebeliões nas casas de detenção, em que a ausência de controle estatal fica mais

¹⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70077305821**. 5ª Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Porto Alegre, 30 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70075245126**. 9ª Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto, Porto Alegre, 13 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

evidente e a necessidade de restabelecimento da ordem, por vezes, serve de anteparo para a responsabilidade estatal.

Em um caso ocorrido no Presídio Estadual de São Borja/RS, um detento foi morto a tiros por um agente penitenciário, em meio a uma briga generalizada entre os presos e princípio de rebelião. Na seara criminal, foi reconhecida a excludente de ilicitude da legítima defesa e a inexigibilidade de conduta diversa do agente penitenciário que realizou os disparos.

Proposta a demanda indenizatória, todavia, a sentença cível reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado por omissão do dever específico de guarda dos detentos, a despeito da legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa do agente.

Além da inexistência de provas no sentido de que a vítima ameaçasse a vida do agente ou de terceiros, fundamentou o Juiz Frederico Menegaz Conrado que, dadas as circunstâncias ofertadas pelo sistema carcerário brasileiro, em que a superlotação e falta de controle estatal trazem a previsibilidade da ocorrência de eventos dessa natureza, fica configurada a violação do dever específico do art. 5º, XLIX, da CF. Completou o Magistrado, nas suas palavras:

Nessa perspectiva, entendo que o Estado do Rio Grande do Sul falhou em seu dever de vigilância, pois era sua obrigação prevenir a ocorrência de episódios dessa natureza, mormente considerando tratar-se de estabelecimento em que a presença do Estado é – ou, ao menos, deveria ser – massiva e estrênuo em sua eficácia.

Denota-se, portanto, a falha na prestação do serviço pelo Estado, pois os agentes penitenciários deixaram de prestar a segurança necessária no local, cabendo ao Ente Público disponibilizar efetivo em número suficiente para resguardar a integridade física de todos os presos.¹⁴⁷

Entretanto, em sede da apelação, também reconhecendo a modalidade objetiva de responsabilização estatal consubstanciada na doutrina do risco administrativo, o Desembargador Carlos Eduardo Richinitti considerou ter restado demonstrada a quebra do nexos causal, em razão de que, nas suas palavras:

¹⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Sentença n° 030/1.10.000456 2-6**. Julgador: Frederico Menegaz Conrado. São Borja, 25 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

os agentes penitenciários tiveram de agir de forma enérgica para contornar uma situação de briga generalizada entre os detentos, armados com pedras e estoques (facas artesanais) sob pena de eclodir uma rebelião.¹⁴⁸

Ao contrário do Magistrado de primeiro grau, entendeu que as circunstâncias de desordem no Presídio Estadual de São Borja que levaram à morte da vítima tornaram inviável que o Estado levasse a efeito a garantia de sua incolumidade de física e não propriamente essas circunstâncias foram decorrentes da omissão específica desse dever.

Nesse mesmo sentido, há recente julgado da 10ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que, durante uma rebelião no Centro de Detenção Provisória de Ribeirão Preto, o detento apontado como líder da rebelião foi assassinado, sem indicação de autoria.

No julgamento, o relator do apelo reportou-se a análise do conjunto probatório feito pela sentença, no sentido de que o falecido foi identificado pelo outros presos como membro da facção criminosa “PCC” e grande organizador da rebelião, para entender pela sua culpa exclusiva no evento danoso, e impossibilidade do cumprimento do dever de custódia pelo Estado: “Ficou, assim, obstada a prestação do serviço de vigilância Estatal pela desordem que o próprio detento, marido e pai das autoras, provocou”¹⁴⁹.

Anos antes, no ano de 2014, no julgamento da Apelação/Reexame necessário nº 0308655-73.2009.8.26.0000, da 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, também em caso de um homicídio de detento praticado por companheiros de cela durante a ocorrência de uma rebelião, na Casa Detenção do Carandiru, no ano de 2001, sobreveio entendimento oposto.

O relator do recurso iniciou seu voto reputando ser irrelevante para a responsabilização estatal o fato de a vítima ser integrante de facção criminosa, uma vez que o Poder Público tem a obrigação da tomada das medidas necessárias para assegurar a integridade do custodiado, evitando que seja alvo de qualquer violência, até mesmo daquela proveniente de si próprio. Assim, acerca da responsabilidade objetiva nesses casos, referiu:

¹⁴⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 700714979 86**. 9ª Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 19 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

¹⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação cível nº 0010487-43.2011.8.26.0196**. 10ª Câmara Extraordinária de Direito Público. Relator: Leme de Campos. São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

Ressalte-se que, se um preso se fere, agride, mutila ou mata outro detento, o Estado deve responder objetivamente pelo dano, já que cada detento está sujeito a situações de risco, inerentes e próprias do ambiente carcerário.¹⁵⁰

Com efeito, das circunstâncias dos casos concretos levados a apreciação dos Tribunais e as respectivas decisões, por vezes conflitantes, percebe-se a dificuldade que gira em torno das definições do dever específico de respeito à integridade física do detento, inculpido, principalmente, no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, e da sua relação com a realidade inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, o que necessariamente influi na perquirição do nexo de causalidade das omissões estatais principalmente com os homicídios em seu interior.

¹⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação/Reexame Necessário nº 0308655-73.2009.8.26.0000**. 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público. Relator: Rodrigues de Aguiar. São Paulo, 28 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

5 CONCLUSÃO

Assentou-se que a garantia constitucional de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inciso XLIV, CF), sempre norteada pelo princípio da dignidade da pessoa humana como regra matriz dos direitos fundamentais, trata-se de norma de eficácia plena, de modo que deve ser devidamente concretizada pelo Estado ao exercitar o seu poder de punir.

Todavia, diante do panorama atual de desinteresse dos poderes públicos e da comunidade em geral acerca da questão, o cárcere no Brasil é situação de risco iminente de violação desses direitos fundamentais individuais, portanto, causadora de danos aos particulares, o que é evidenciado pelos altos índices de morte dentro do sistema carcerário.

A norma do art. 37, §6º, da Constituição, segundo a melhor doutrina e a agora consolidada posição do Supremo Tribunal Federal, institui o regime de responsabilidade objetiva para esses casos, o que significa a prescindibilidade de perquirição de culpa ou dolo para o dever de reparação do pelo Estado, o que leva a questão puramente para a análise do nexo de causalidade entre a conduta e a morte do custodiado.

Deste panorama, conforme o estudo aqui realizado, percebeu-se o quão pode ser difícil encontrar fundamentos que afastem o nexo de causalidade entre a atividade penitenciária e as mortes por assassinato dentro das prisões, eis que, além do dever de proteção e vigilância imposto constitucionalmente, o caos do sistema penitenciário, conforme se vê das decisões do Supremo Federal, é sempre imputado à ineficiência do poder público, sendo-lhe vedada, inclusive, a oposição da cláusula da reserva do possível para eximir-se da responsabilidade, eis que se trata de violação daqueles direitos fundamentais mais básicos do homem.

Espera-se, assim, que as considerações tecidas neste trabalho acerca da responsabilidade civil do Estado e o nexo causal em caso de morte de detento dentro do sistema prisional, tema muitas vezes timidamente contemplado pela doutrina, apresente-se como incentivo para maior aquilatação do assunto, que é de extrema importância na vida de milhares de pessoas hoje mantidas em cárcere pelo Estado e, da mesma forma, de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **Dicionário de Direitos Humanos:** direitos do preso. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos%20do%20preso>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017.

_____. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.** Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 1 jan. 2018.

_____. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31 dez. 2017.

_____. **Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 1 jan. 2018.

_____. **Lei Nº 10.744, de 9 de outubro de 2003.** Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 1 jan. 2018.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de Março de 1824.** Rio de Janeiro: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891.** Rio de Janeiro: Presidência da República, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946.** Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018).

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

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de Motivos nº 213, de 9 de Maio de 1983.** Brasília: Câmara dos Deputados, 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-de-motivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DANTAS, Bartira Pereira. **A caracterização do atentado terrorista em aeronaves e a incidência da responsabilidade do Estado brasileiro**. Jus.com.br, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22583/acaracterizacao-do-atentado-terrorista-em-aeronaves-e-a-incidencia-da-responsabilidade-do-estado-brasileiro/2>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIA, Antonio Celso Campos de Oliveira. O Direito à Integridade Física, Psíquica e Moral e a Pena Privativa de Liberdade. **Revista Jurídica Instituição Toledo de Ensino**, 2011. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20175/direito_integridade.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Ana Cláudia de Sousa; ARAGÃO, Guilherme Rodrigues. **A responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em estabelecimentos prisionais brasileiros**. Jus.com.br, 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/58115/a-responsabilidade-civil-do-estado-pela-morte-de-detento-em-estabelecimentos-prisionais-brasileiros/2>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

FREITAZ, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais. **Entre Aspas**: Revista da UNICORP, Salvador, v. 3, p. 80-98, mar. 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral - artigos 1 a 120**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Uma Proposta de Releitura da Teoria da Faute du Service. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 38, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 274, p. 209-234, jan./abr. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN - Junho de 2004**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2004. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

MOREIRA, Nelson Camatta; TAROCO, Lara Santos Zangerolame. O potencial integrador dos tratados internacionais de direitos humanos ou como (re)pensar o mito da autointegração do direito: a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 22, n. 88, p. 239-271, jul./set. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. **Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis**. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 0010487-43.2011.8.26.0196**. 10ª Câmara Extraordinária de Direito Público. Relator: Leme de Campos. São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. **Apelação/Reexame Necessário nº 0308655-73.2009.8.26.0000**. 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público. Relator: Rodrigues de Aguiar. São Paulo, 28 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70077305821**. 5ª Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Porto Alegre, 30 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. **Apelação Cível nº 70075245126**. 9ª Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto, Porto Alegre, 13 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. **Sentença nº 030/1.10.000456 2-6**. Julgador: Frederico Menegaz Conrado. São Borja, 25 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. **Apelação Cível nº 70071497986**. 9ª Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 19 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF nº 347**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. **Recurso Extraordinário nº 592.581**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. **Recurso Especial nº 1.389.952/MT**, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 3 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. **Recurso Especial nº 1.374.284/MG**, da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Luís Felipe Salomão, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Recurso Extraordinário nº 841.526**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.