



Universidade de Brasília

Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

ANDRÉ BERNARDES DIAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA GARANTIA DA
INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DE DETENTOS**

BRASÍLIA
2013

Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

ANDRÉ BERNARDES DIAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA GARANTIA DA
INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DE DETENTOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção de título de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Msc. Mamede Said Maia Filho.

BRASÍLIA

2013

ANDRÉ BERNARDES DIAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA GARANTIA DA
INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DE DETENTOS**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção de título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

Prof. Msc. Mamede Said Maia Filho (Orientador)
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Lucas Rocha Furtado (Examinador Titular)
Universidade de Brasília – UnB

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (Examinadora Titular)
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Msc. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (Examinador Suplente)
Universidade de Brasília - UnB

A meus pais, de forma incondicional!

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela proteção e apoio.

A meus pais, pelo amor e amparo desde a concepção.

Aos amigos e professores, que propiciaram a troca de conhecimento necessária a meu crescer.

A meu orientador, Professor Mamede Said, e aos demais examinadores da banca, indiscutivelmente modelos de qualidade de docência na Faculdade de Direito da UnB.

A todos os companheiros de lida diária que diuturnamente debruçam-se sobre a dissolução dos casos que o Direito impõe-nos.

“O afeto ou o ódio mudam a face da justiça”.

Blaise Pascal

RESUMO

A recorrência de danos àqueles custodiados em estabelecimentos prisionais pelo Brasil afora, seja de ordem moral ou material, deflagrou postura rígida da doutrina e da jurisprudência em responsabilizar o Estado pelo prejuízo que provoca na vida de detentos e seus familiares, ao envolvê-los no nosso caótico sistema de execução penal. Nessa senda, preocupou-se o presente trabalho em averiguar a extensão e qualidade da responsabilidade estatal pela garantia física e moral de seus encarcerados, procurando atacar a pertinência ou importunidade de certos incidentes, bem como avaliar os pressupostos balizadores dessa obrigação e seus limites.

Palavras-chave: responsabilidade civil objetiva do Estado; dever de guarda de presos; danos materiais e morais – possibilidade e parâmetros de fixação.

ABSTRACT

The recurrence of damage to those held in custody in prisons in Brazil the outside, either moral or material, sparked rigid posture of doctrine and jurisprudence in the State liable for the damage it causes in the lives of inmates and their families, to involve them in our chaotic system of criminal enforcement. In this vein, worried this study to ascertain the extent and quality of state responsibility for ensuring their physical and moral incarcerated, trying to attack the relevance or intrusiveness of certain incidents, as well as a guide for evaluating the assumptions that obligation and its limits.

Keywords: objective liability of the State; duty to guard prisoners; damage; moral damages; possibility; fixation parameters.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – Responsabilidade extracontratual do Estado	15
1.1 Conceito	15
1.2 Evolução.....	18
1.2.1 Irresponsabilidade do Estado.....	19
1.2.2 Responsabilidade com culpa civil comum do Estado.....	21
1.2.3 Teoria da culpa administrativa	24
1.2.4 Teoria do risco administrativo	26
1.2.5 Teoria do risco integral.....	27
CAPÍTULO 2 – O §6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.....	29
2.1 Fundamentos justificadores da responsabilidade objetiva	29
2.2 Acolhimento da Teoria do risco administrativo	34
2.3 Danos por omissão: responsabilidade objetiva ou subjetiva?	39
2.4 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade	45
2.4.1 Força maior	47
2.4.2 Caso fortuito	49
2.4.3 Culpa da vítima.....	51
2.4.4 Culpa de terceiros	53
2.5 Denúnciação da lide ao agente causador do dano	55
2.6 Prazo de prescrição para pleitear reparação em juízo	62
CAPÍTULO 3 – Responsabilidade estatal no cuidado de encarcerados	66
3.1 Direito fundamental à integridade física e moral do detento: art. 5º, XLIX, da Constituição Federal	66
3.2 Dever de guarda (poder de garante) do Estado	71

3.3 A responsabilidade estatal no novo modelo de gestão dos presídios: a gestão privada nos contratos de PPP	77
3.4 Responsabilidade por ato judiciário: erro na execução penal	82
3.5 Superlotação carcerária: possibilidade de dano moral?	88
3.6 Morte de detento nas dependências de estabelecimento prisional	98
3.6.1 Responsabilidade subjetiva ou objetiva?.....	98
3.6.2 Suicídio: rompimento do nexo causal?.....	103
3.6.3 Danos materiais	111
3.6.3.1 Legitimados para ação de indenização	112
3.6.3.2 Parâmetros de fixação	112
3.6.4 Danos morais.....	117
3.6.4.1 Legitimados para ação de indenização	119
3.6.4.2 Dano presumido: dano <i>in re ipsa</i>	121
3.6.4.3 Parâmetros de fixação	122
3.6.4.4 Releitura da presunção: o afastamento afetivo entre vítima e familiar.....	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
BIBLIOGRAFIA	132

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil da Administração Pública, como forma de imputar ao ente estatal a obrigação de indenizar os danos causados por seus agentes, evoluiu do período absolutista, em que se imperava a máxima *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) - o que implicava a total irresponsabilidade do Estado por quaisquer de seus atos -, ao modelo atual de responsabilidade estatal, consubstanciado no *risco administrativo*, no qual, em razão do serviço público prestado pelo Estado, apurou-se ser mister que eventuais danos advindos de seu agir ou não agir engendrem a obrigação de indenizar como forma de socializar os custos da atuação estatal, a fim de não onerar demasiadamente aquele que teve seu patrimônio jurídico diminuído.

A corrente matriz de responsabilidade estatal, fulcrada no risco administrativo, teve berço, no cenário jurídico brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1946, a qual, em seu art. 194, apregoava que “as *peças jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros*”. No parágrafo único do mesmo artigo, rezava: “*Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes*”. Consoante se nota, adotou referida norma constitucional a responsabilidade objetiva da Administração Pública, quer dizer, passou-se a relevar a culpa dos agentes como pressupostos da deflagração da responsabilidade civil. Uma vez provado o dano e o nexa causal, estaria a Administração Pública obrigada a indenizar.

Destarte, seguindo tendência mundial de se optar pela responsabilidade objetiva para reger a atuação estatal, o legislador constituinte originário manteve o dever indenizatório a despeito de culpa na Constituição Federal de 1988, traçando no art. 37, §6º, que as “*As peças jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviço público 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*”.

Nessa senda, o presente trabalho monográfico cuidou de apurar o desenvolvimento dessa responsabilidade do tipo objetiva no âmbito dos danos procedentes dos estabelecimentos prisionais brasileiros, onde corriqueiramente detentos são submetidos a condições degradantes de sobrevivência e os prejuízos suportados, não raras as vezes, passam ao largo da recomposição patrimonial ou reparação cível.

Particionado o trabalho em três capítulos, na primeira parte procuraremos fazer incursão histórica do instituto da responsabilidade civil do Estado, com todas as suas nuances para cada período social regente, na qual se destacará pontos positivos e negativos de cada tese, e como se deu a transição ao novo paradigma de responsabilização estatal atualmente vigente – do tipo objetiva.

No segundo capítulo, a fim de se examinar a extensão do art. 37, §6º, da atual Carta Política, justificaremos, com lastro em balizada doutrina, a adoção da teoria do risco administrativo pelo legislador constituinte originário e em quais hipóteses pode-se cogitar a responsabilidade do ente estatal, seara em que abordaremos as dirimentes gerais de responsabilidade, como culpa da vítima e de terceiros, e o modo com que influem na sucessão do evento danoso imputado, *prima facie*, ao Estado. Debateremos, ainda, a celeuma jurisprudencial, mediante análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, acerca da viabilidade da denunciação da lide ao agente público causador do dano, assim como, adentrando o campo processual da pretensão ressarcitória, o prazo prescricional para pleitear em juízo a reparação do dano, oportunidade em que se mostrará a divergência jurisprudencial e a nova orientação firmada pelo STJ de aplicar-se aos casos desse jaez o prazo prescricional quinquenal disposto no Decreto 20.910/32.

No terceiro e último capítulo, procurar-se-á demonstrar o afloramento da responsabilidade estatal no âmbito estrito da garantia da integridade física e moral de detentos, como forma de se conferir eficácia ao comando constitucional insculpido no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal: “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”.

Nas subdivisões do capítulo 3, faremos, preliminarmente, esboço quanto ao dever de guarda do Estado por seus encarcerados. Na medida em que o Estado, no exercício de seu *ius puniendi*, custodia a um estabelecimento prisional pessoa à qual se atribui a prática de infração penal, arca com o ônus de lhe garantir a incolumidade física e moral. Inesperada infringência a essa segurança implica, obrigatoriamente, consoante veremos, a responsabilidade estatal pela reparação do dano.

Em seguida, em abordagem do novo conceito de gestão de presídios, ora em voga, concretizado mediante o instituto das parcerias público-privadas, nas quais se atribui ao parceiro privado o risco do empreendimento, a despeito de caracterizar esta empreitada atividade eminente do Estado, procurar-se-á estabelecer marco preciso entre a responsabilidade única e exclusiva do parceiro privado ou a incidência de responsabilidade subsidiária do poder concedente na superveniência de danos oriundos da execução do objeto do contrato da PPP.

Nas páginas subsequentes, faremos breve incursão na responsabilidade estatal por atos judiciais no âmbito restrito do erro judiciário, isto é, aquele compreendido como falho na aplicação da lei penal.

A seguir, por constituir ponto que reclama atenção de toda a sociedade brasileira, esmiuçaremos o julgamento do REsp 962.934/MS, em que o colendo Superior Tribunal de Justiça negou indenização por danos morais individuais a preso do estado do Mato Grosso do Sul submetido a condições inumanas de sobrevivência, escorado na inexecutabilidade lógica de o Estado fazer frente a essas reparações. Pedindo vênua ao entendimento esposado pelo egrégio Tribunal, será que negar a responsabilidade do Estado pela situação degradante dos presídios coaduna-se com os princípios da dignidade humana e de equidade presentes no ordenamento jurídico brasileiro? O segregado brasileiro pode insurgir-se judicialmente contra o Estado a fim de ser reparado pelo ataque a seus direitos de personalidade? Com a colação de excertos do julgado, far-se-á estudo sobre a viabilidade ou não dessa espécie de compensação patrimonial.

Por derradeiro, entraremos na senda da morte de detentos em estabelecimentos prisionais, com especial atenção à predileção dos Tribunais

Superiores pela tese objetiva da responsabilidade estatal, inclusive na hipótese de suicídio. Ao final, arremataremos o subcapítulo com apresentação de questões de direito processual e material, com farto estudo da jurisprudência do STJ, mediante pesquisa em seu acervo digital de julgados, surgidas pelo despontamento de lucros cessantes do detento falecido e as idiosincrasias da reparação de ordem moral aos parentes ou amigos supérstites.

Estabelecido o panorama geral da presente monografia, mister dar início a seus capítulos.

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

1.1 Conceito

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a *administrativa*, a *jurisdicional* e a *legislativa*. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública aqui entendida como poder de execução, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

Exsurto dano resultante de comportamento do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso, alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ que é um equívoco falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. Vale dizer, nesse diapasão, que a responsabilidade estatal é sempre de ordem civil, jamais penal, visto que o direito de punir está exclusivamente em suas mãos (*ius puniendi*). Não se pode cogitar, a toda evidência, punir a si mesmo.

O Estado, como se sabe, é ente abstrato, criado pelo direito. É realidade jurídica, não fática². Então, *a quem deve ser imputado o fato danoso?* Quando o Direito trata da responsabilidade, induz de imediato à circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente. E essa responsabilidade decorre da alteração do mundo fático mediante uma lesão, que constitui o fato danoso.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 606.

² Confira-se, a respeito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 61): “Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica próprias”.

Aponta o administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

Esses dois pontos – o fato e sua imputabilidade a alguém – constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato³.

Oportuno salientar, nessa seara, que a responsabilidade estatal não está atrelada ao aspecto da *licitude* ou *ilicitude*. Como regra, segundo lições de direito privado, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas, em ocasiões especiais, previu o legislador, há a possibilidade de nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. Destarte, a caracterização do fato como gerador da responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito. Isso se deve, principalmente, à verificação de que os comportamentos dos entes estatais, via de regra, conforme se verá adiante, causam a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Então, retomando o questionamento precedente, *a quem se deve a conduta que engendra a responsabilidade?* Em decorrência da própria natureza jurídica do Estado, por constituir pessoa pública e política (pessoa moral), ele é incapaz de agir; apenas manifesta ação ou omissão por intermédio de pessoas físicas; são seus agentes que, concretamente, incorrem nos danos imputáveis à ação administrativa⁴. A Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias por meio de agentes ou órgãos vivos (servidores), de tal modo que a ação da Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 519.

⁴ Quanto ao tema, cumpre observar a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 477), no seguinte excerto de sua obra: “*não obstante a distinção das duas pessoas, o fenômeno jurídico da imputação à pessoa jurídica, do ato da pessoa natural, que integra o órgão, como parte do seu organismo moral, há de considerar-se como da própria pessoa jurídica. A pessoa natural, na verdade, age em nome e por conta da pessoa jurídica, na consecução de suas atividades, portanto, em causando dano à terceiro, mediante ato ilícito, a pessoa jurídica responde por ele*”.

Assim, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “o Estado, por si só, não pode causar danos a ninguém. Somente se faz presente no mundo jurídico por meio de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta a ele é imputada”⁵.

Na mesma linha de raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja, o Estado e órgãos que compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado⁶.

Traçado esse panorama, podemos afirmar que, em outras palavras, no âmbito do Direito Público, a responsabilidade civil do Estado evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, e com tal reparação se exaure.

Cabe aqui um adendo para notificar a não confusão da responsabilidade civil com as responsabilidades administrativa e penal, sendo essas três esferas de responsabilização, em regra⁷, independentes entre si, podendo as sanções correspondentes ser aplicadas separada ou cumulativamente conforme as circunstâncias de cada caso⁸. Necessário, ainda, apartar a responsabilidade civil

⁵ CARVALHO FILHO, op. Cit., p. 521.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106.

⁷ Dentre outras causas de interdependência, podemos citar a regra disposta no art. 126 da Lei nº 8112/90, de seguinte redação: “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”. Quer dizer, uma provada a ausência de autoria ou de materialidade do fato danoso no juízo penal, o juízo civil, acaso já provocado, deve obrigatoriamente arquivar o processo por ausência da própria possibilidade jurídica do pedido condenatório cível.

⁸ A responsabilidade penal resulta da prática de crimes ou contravenções tipificadas em lei prévia ao ato ou conduta. Já a responsabilidade administrativa decorre de infração pelos agentes da Administração

contratual da extracontratual. A primeira decorre de um negócio jurídico celebrado entre duas pessoas, em que há constituição de direitos e deveres, e a segunda, por seu turno, decorre da lei.

Sobre as diferenças mais marcantes, colha-se a lição de Marçal Justen Filho:

A distinção é essencial porque o regime próprio dos contratos administrativos protege o particular contra certos eventos imprevisíveis, gerando garantias que não se verificam no restante das hipóteses. É assegurado ao particular o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, do que deriva a proteção jurídica em face de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe⁹. Tutela similar não se verifica no âmbito da atividade administrativa extracontratual. [...] Abrange apenas os efeitos danosos de ações e omissões imputáveis a pessoas jurídicas de direito público (ou particulares prestadores de serviços públicos), relativas a condutas que configurem infração a um dever jurídico de origem não contratual¹⁰.

Neste trabalho monográfico, trataremos da responsabilidade extracontratual, haja vista que o dano a encarcerados/detentos não se encontra resguardado por nenhum contrato ou qualquer outro negócio jurídico genérico. Incide, na hipótese, a responsabilização *ex lege* (decorrente da lei).

1.2 Evolução

No estudo da responsabilidade civil do Estado, é prudente que façamos uma incursão histórica na evolução de sua responsabilidade para melhor noção da matéria. O tema tem recebido tratamento diferenciado no tempo e no espaço; inúmeras teorias têm sido elaboradas, inexistindo dentro de um mesmo Direito uniformidade de regime que abranja todas as hipóteses. Em alguns sistemas, como o anglo-saxão, prevalecem os princípios de direito privado; em outros, como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico.

Pública – ou por particulares que com ela possuam vinculação jurídica específica, sujeitos, portanto, ao poder disciplinar -, das leis e regulamentos administrativos que regem seus atos e condutas.

⁹ O *fato do príncipe* consiste em determinação estatal de ordem geral, que repercute reflexamente na execução do contrato, ao contrário do instituto do *fato da administração*, o qual incide especificamente sobre o contrato.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 950.

Houve uma longa e lenta evolução até chegar ao estágio atual, o qual, conforme veremos, encontra-se no campo do *risco administrativo*.

Para sintetizar o abordado nos tópicos seguintes, podemos anotar o esboço de Yussef Said Cahali, em citação ao mestre francês Paul Duez, *in verbis*:

Numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários; c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo¹¹.

Em linhas gerais, esse é o panorama histórico. Vamos estudar individualmente cada fase nos pontos a seguir.

1.2.1 Irresponsabilidade do Estado

A teoria da não responsabilização do Estado ante os atos de seus agentes que fossem lesivos aos particulares assumiu sua maior notoriedade sob os regimes absolutistas. Baseava-se esta teoria na ideia de que não era possível ao Estado, literalmente personificado na figura do rei, lesar seus súditos, uma vez que o rei não cometia erros¹², tese consubstanciada na parêmia “*the king¹³ can do no wrong*” (O rei

¹¹ DUEZ, Paul *apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 20.

¹² “Nos Estados absolutistas, onde prevaleciam preceitos como ‘*The king can do no wrong*’, vigente nas monarquias inglesas, ou ‘*L’Etat, c’est moi*’, afirmado no regime monárquico francês, seria fácil concluir pela irresponsabilidade civil do Estado. Ora, se o Estado e o monarca são a mesma pessoa, e se o monarca não erra, como seria possível construir uma teoria que condene o Estado a ressarcir prejuízos sofridos pelos súditos?” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1002).

¹³ “Na realidade, a expressão *the King* [...] não se refere tão somente ao rei, mas a todos os altos funcionários (*servants of the crown*), principalmente aos diretamente dependentes do soberano. Cumpre, porém, não tomar como absoluta essa máxima, porque o resultado que proporcionaria uma ação específica é geralmente alcançado pela *petition of rights*. É certo que a Coroa tem a faculdade de impedir

não pode errar), conforme os ingleses, ou “*le roi ne peut mal faire*”, segundo os franceses. O cidadão, à mercê dos atos estatais - imunes de responsabilidade -, apenas *possuía ação contra o próprio funcionário causador do dano*, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. E referida empreitada quase sempre era frustrada, dada a recorrência de insolvabilidade dos agentes públicos.

Os argumentos que emolduraram a teoria são os citados por CAHALI:

[...] a) quando o Estado exige a obediência de seus súditos, não o faz para fins próprios, mas, justamente, para o bem dos mesmos; logo, de semelhante ato não lhe pode advir qualquer responsabilidade; b) não se justifica a fixação de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado e que, em consequência, os atos destes devam ser tidos como atos do Estado; este só é representado pelo chefe do governo; c) as relações jurídicas do mandato não podem ser aplicadas por analogia aos servidores do Estado, como se tem pretendido; d) a obrigação de indenizar tira, em regra, a sua razão de ser de uma culpa; ora, da escolha do funcionário só pode caber culpa ao Estado quando a pessoa nomeada for, sabidamente, indigna ou incapaz; semelhante culpa não pode ser absolutamente derivada do caráter representativo que tem o funcionário em relação ao Estado; Estado e funcionário são sujeitos diferentes, e por isso a culpa do funcionário não é culpa do Estado; e) o funcionário, seja agindo fora dos limites de seus poderes, ou sem a forma legal imposta à sua ação, ou mesmo abusando dela, não obriga com seu ato o Estado, porque não o representa; f) o Estado não pode prestar contra a sua própria autoridade¹⁴.

Podemos balizar a teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública, portanto, em três pilares: (i) na soberania do Estado, que, por natureza irredutível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; (ii) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; (iii) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles como praticados *nomine proprio*.

essa iniciativa, mas quase nunca se prevalece dela” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 556).

¹⁴ CAHALI, op. cit., p. 21.

Os agentes públicos, como representantes do próprio rei, não poderiam, por conseguinte, ser responsabilizados por seus atos, ou melhor, *seus atos, na qualidade de atos do rei, não poderiam ser considerados lesivos aos súditos.*

Desnecessário comentar que esta doutrina somente possui valor histórico, encontrando-se atualmente inteiramente superada, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, últimos países a abandoná-la¹⁵, haja vista que adotá-la é privilegiar clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do direito. A razão de ser é simples: se o Estado se constituiu para a tutela do direito, não havia sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade.

1.2.2 Responsabilidade com culpa civil comum do Estado

Esta doutrina, influenciada pelo individualismo característico do liberalismo, pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, sendo, portanto, obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses em que existe tal obrigação aos particulares.

Assim, como o Estado atua por meio de seus agentes, somente existia obrigação de indenizar quando estes, os agentes, tivessem agido com culpa ou dolo, cabendo, evidentemente, ao particular prejudicado o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos. Passou-se a fundar a responsabilidade na culpa do funcionário e nos *princípios da responsabilidade por fato de terceiro* (patrão, preponente, mandante ou representante).

¹⁵ Os Estados Unidos e a Inglaterra abandonaram a teoria da irresponsabilidade por meio do *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e *Crown Proceeding Act*, de 1947, respectivamente.

Quanto à responsabilidade estatal nesses países, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 21ª Ed.. São Paulo: Atlas, 2008, p. 608) professora: “*Nos Estados Unidos, em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja culpa, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias. Trata-se de responsabilidade subjetiva. [...] Na Inglaterra, a partir do Crown Proceeding Act, a Coroa passou a responder por danos causados por seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e também daqueles deveres que toda pessoa comum tem em relação à propriedade [...]*”.

A princípio, distinguia-se, nessa seara, para fins de responsabilidade, os *atos de império* e os *atos de gestão*. Acerca da diferenciação dos dois provimentos administrativos, confira-se o magistério de DI PIETRO:

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum¹⁶.

Em condições tais, agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supraindividual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.

Todavia, na prática de atos *jure gestionis* (atos de gestão), o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme houvesse ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano.

Essa dicotomia teve a pretensão de abrandar a tese de irresponsabilidade estatal, pois com a afirmação dos dois polos passou-se a distinguir a pessoa do rei (insuscetível de errar – “*the king can do no wrong*”), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, por meio de seus prepostos.¹⁷

¹⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 179.

¹⁷ “Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem-número de dúvidas e confusões” (CARVALHO FILHO, op. Cit., p. 523).

A teoria em tela serviu de inspiração ao artigo 15¹⁸ do antigo Código Civil Brasileiro, de 1916, que possuía a seguinte redação:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano¹⁹.

Conforme se extrai da leitura do dispositivo, o trecho “*procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*” atrai inequivocadamente o posicionamento da *teoria da culpa civil comum do Estado*, ao passo que condiciona a responsabilidade estatal à verificação de culpa *lato sensu* (culpa ou dolo). Revela, no entanto, certo atraso em relação à norma constitucional, conforme veremos no capítulo seguinte, porquanto não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público – erro já solvido no Código Civil de 2002.

Para arrematar o tópico, cite-se ensinamento de Hely Lopes Meirelles, em crítica à teoria civilista:

[...] não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de direito público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade²⁰.

O mestre administrativista tinha razão ao sustentar a fraqueza da tese de culpa civil comum na responsabilidade do Estado. O constituinte originário de 1988 adotou o seu posicionamento (art. 37, §6º, da CF), conforme se verá adiante.

¹⁸ O Código Civil em vigor, de 2002, alterou o art. 15 e dispôs no art. 43: “*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo*”. Conforme veremos no capítulo II deste trabalho, referida redação encontra-se em consonância com o posicionamento adotado na Constituição Federal de 1988.

¹⁹ Comentário de CAVALIERI FILHO (2010, p. 245) acerca do artigo: “Não obstante a redação ambígua desse dispositivo, o que ensejou alguma controvérsia inicial, a melhor doutrina acabou firmando entendimento no sentido de ter sido, nele, consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tanto é assim que fala em representante, ainda ligado à ideia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões ‘procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei’ não teriam sentido se não se referissem à culpa do funcionário”.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 556.

1.2.3 Teoria da culpa administrativa

A teoria da *culpa administrativa* ou *culpa anônima* representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva atualmente adotada pela maioria dos países ocidentais.

De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à ideia de falta (desvio de conduta) de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa²¹. *Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.*

Nessa trilha, a culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta do serviço: *inexistência do serviço*, *mau fornecimento do serviço* ou *retardamento do serviço*. Cabe sempre ao particular prejudicado pela falta comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização.

Em sua célebre obra “*Programa de Responsabilidade Civil*”, Sérgio Cavalieri Filho, em referência a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, pontua:

Alguns autores não fazem distinção entre a culpa anônima e a responsabilidade objetiva, chegando, mesmo, a afirmar que são a mesma coisa. Estamos, neste ponto, com o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao advertir que a responsabilidade por *falta de serviço*, *falha do serviço* ou *culpa do serviço*, seja qual for a tradução que se dê à fórmula francesa *faute du service*, não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, mas subjetiva, porque baseada na culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima ou impessoal. Responsabilidade com base na culpa, enfatiza o Mestre, é culpa do próprio Estado, do serviço que lhe incumbe prestar, não individualizável em determinado agente público, insuscetível de ser atribuída a certo agente público, porém no funcionamento ou não

²¹ Acerca do tema, merece nota o escólio de José de Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*, vol. II, p. 566) no seguinte trecho: “Na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando de culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente do poder público, essa distinção é necessária, porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função”.

funcionamento do serviço, por falta na sua organização. Cabe, neste caso, concluir o professor, à vítima comprovar a não prestação do serviço ou sua prestação retardada ou má prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado, a quem incumbe prestá-lo²².

Em suma, segundo o entendimento lançado por essa teoria, a responsabilidade estatal aflorar-se-ia quando houvesse culpa no serviço público, culpa aqui interpretada quando: (i) o serviço não funcionou (omissão), (ii) funcionou atrasado ou (iii) funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação de culpa do funcionário, residindo a perquirição unicamente de conduta falha do Estado, sob a ótica de suas atividades próprias.

É mister consignar, por oportuno, que a responsabilidade por *falta do serviço*, *falha do serviço* ou *culpa do serviço* (*faute du service*, ou seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que se propaga entre boa parte da doutrina. É responsabilidade subjetiva, porque baseada na culpa ou dolo²³, elementos da conduta na teoria geral da responsabilidade, embora seja esse *animus* genérico.

1.2.4 Teoria do risco administrativo

Chegamos à fase em que se descarta qualquer indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou mesmo sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. *Responde o Estado porque causou dano ao seu*

²² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 241.

²³ Interessante o posicionamento de Jacinto de Arruda Câmara (*A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado*. In: *Revista Gênese*, n. 12, p. 41, jan./mar. 1997), o qual anota que “a responsabilidade por ‘culpa do serviço’, ao contrário do que muitos autores defendem, não constitui modalidade diversa de responsabilidade do Estado – responsabilidade objetiva -, mas sim da mesma responsabilidade subjetiva, aperfeiçoada de modo a abranger, além das condutas culposas cuja titularidade possa ser individualizada na figura de um agente público, aquelas cuja culpa não se individualiza e que passa a ser imputável ao aparato administrativo como um todo”.

administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

A teoria em destaque pode ser resumida da seguinte maneira: a Administração Pública gera riscos para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. *Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não por alguns.* Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus de sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.

Sintetiza 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. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado²⁴.

Ratificando o postulado acima, leciona a Professora Maria Sylvia Di Pietro:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual 'para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades'. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público²⁵.

²⁴ CAVALIERI FILHO, op. Cit., p. 243.

²⁵ DI PIETRO, op. Cit., p. 610.

Em resumo, existindo o fato do serviço e o nexo direto de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, presume-se a culpa da Administração. Compete a esta, para se eximir da obrigação de indenizar, comprovar, se for o caso, existência de culpa exclusiva do particular ou, se comprovar culpa concorrente, terá atenuada sua obrigação. O que importa, em qualquer caso, é que o *ônus da prova da culpa do particular, se existente, cabe sempre à Administração*²⁶.

Conforme veremos no capítulo II do presente trabalho, é lastreada nesta teoria que se encontra a responsabilidade civil estatal prevista no ordenamento jurídico brasileiro (art. 37, §6º, da Constituição Federal).

1.2.5 Teoria do risco integral

Esta teoria nada mais é que a *versão extremada da teoria do risco administrativo*. Aqui, há responsabilidade do ente estatal mesmo nas hipóteses de excludentes da responsabilidade civil comum, como na existência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Aqui, não se cogita sequer do nexo causal da conduta estatal, podendo subsistir responsabilidade até na situação em que a culpa é inteiramente da vítima. Citemos, por exemplo, a hipótese em que um indivíduo se atira deliberadamente à frente de uma viatura da polícia militar. Nos moldes dessa teoria, o Estado seria responsável por eventuais danos físicos ou psicológicos causados à vítima, ou, no caso de óbito, ser obrigado ao pagamento de danos materiais e morais à família. A persistir a possibilidade de indenização nesses moldes, é adotar teoria “injusta, absurda e inadmissível no direito moderno²⁷”.

Semelhante à teoria do risco integral, tem-se cogitado, em tempos atuais, a chamada *teoria do risco social*, segundo a qual o foco da responsabilidade civil é a

²⁶ Vide, em igual tom, nota de José dos Santos Carvalho Filho (op cit., p. 525): “*Além do risco decorrente das atividades estatais em geral, constituiu também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais*”.

²⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 524.

vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina *socialização dos riscos*²⁸ – sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido.

Sobre essa tendência, observa Saulo Bahia:

Do dano entendemos que dificilmente qualquer teoria da responsabilidade civil do Estado poderá um dia prescindir. Só se repara um dano. Não se repara o irreparável. Contudo, a necessidade de este dano ser causado por conduta ou risco relacionado diretamente à atividade desenvolvida pelo Estado passou a ser entendida como não absolutamente necessária para que sua responsabilidade se fizesse observar. Ou seja, haveria casos em que a responsabilidade civil do Poder Público deveria ocorrer por ação ou omissão não relacionados diretamente ao Estado [...]. Esta é, talvez, a última fase da responsabilização. Seu advento ainda é mais anunciativo e previsto do que acontecido. Mas, de qualquer modo, caminha até nosso mundo concreto a grandes passos²⁹.

Com a leitura sempre crítica do mundo fenomênico, José dos Santos Carvalho Filho repudia com veemência o desenvolvimento de referida teoria, sob o argumento de que *o caráter genérico da responsabilidade poderia provocar grande insegurança jurídica e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os próprios contribuintes*³⁰.

²⁸ “Acredita-se que essa teoria está fora de um contexto real, social, efetivo. Não há maneira de se evoluir para tal teoria como uma possibilidade de concretização para o futuro. Seria uma espécie de ‘porto inseguro’, apenas para usar a metáfora habermasiana”. (BUHRING, Márcia Andrea. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 112).

²⁹ BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 91-92.

³⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 524.

CAPÍTULO 2

O §6º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Fundamentos justificadores da responsabilidade objetiva

Como dito, a fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma *repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração*. Evita-se, com a repartição entre todos os cidadãos, o ônus financeiro integral da indenização, obstando que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos do exercício de uma atividade desempenhada pelo Estado no interesse de todos.

É a ideia fundamental: *se todos seriam beneficiários pelos fins visados pela Administração Pública, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que o exercício dessa atividade tenha sido praticado de forma irregular, porém em nome do Poder Público*. É, em última análise, mais uma face do *princípio basilar da igualdade*.

E a elevação do direito ao ressarcimento do lesado por atos da Administração à condição de garantia constitucional apenas buscou reafirmar o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos resultantes de sua atividade, sufragando, agora, a teoria da responsabilidade objetiva, mais conforme a natureza e a atividade do ente público, responsabilidade objetiva esta que se vinha projetando intensamente em consideráveis setores da atividade privada (estradas de ferro, acidentes de trânsito etc.).

Ainda sob esse enfoque, observa-se que a responsabilidade objetiva reconhece a desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado, decorrente das prerrogativas advindas do regime de direito público a este inerente, prerrogativas estas que, por visarem à tutela do interesse da coletividade, sempre assegurarão a prevalência jurídica destes interesses ante os do particular.

Seria, portanto, injusto que aqueles que sofrem danos patrimoniais ou morais decorrentes da atividade da Administração precisassem comprovar a existência

de culpa do ente estatal ou de seus agentes para que vissem assegurado seu direito à reparação.

Perfilhado esse entendimento, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno encontra-se hoje inteiramente fora do conceito civilista da culpa, situando-se decisivamente no campo do direito público. Efetivamente, é nesse direito, não no direito privado, que vamos localizar o fundamento da responsabilidade, que se *baseia em vários princípios (equidade, política jurídica), sendo, porém, o mais importante o da igualdade de ônus e dos encargos sociais*. A responsabilidade do Poder Público não mais se baseia, portanto, nos critérios preconizados pelo direito civil.

Reza o artigo 37, §6º, da Carta Magna:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores 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 culpa³¹.

Extrai-se do preceito, de forma inequívoca, a opção pelo legislador originário da **teoria da responsabilidade objetiva**. Os autores são unânimes em reconhecê-la, havendo, mesmo, certa uniformidade na argumentação deduzida: se o elemento *culpa* é previsto³² apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano, quando houver dolo ou culpa deles, daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo a referir-se ao elemento subjetivo, terá estabelecido que essas entidades devem reparar o dano

³¹ A adoção de referido critério lastreou-se no artigo 194 da Constituição Federal de 1946, cujo teor era: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Se comparado esse texto com o do art. 15 do Código Civil revogado, de 1916, não será difícil observar que foram retirados da norma infraconstitucional os pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal, exatamente aqueles que denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva ou com culpa.

³² Art. 194 da CF de 1946: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Já o parágrafo único do mesmo artigo apregoava: “Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, **quando tiver havido culpa destes**”. (grifo nosso)

Art. 105 da CF de 1967: “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, **nos casos de culpa ou dolo**”. (grifo nosso).

Art. 37, §6º, da CF de 1988: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviço público 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**”. (grifo nosso)

mesmo sem culpa; assim, a interpretação que se extrai da ausência de referência ao elemento *culpa do funcionário* na disposição principal só pode ser a de que prescinde desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida; de outra forma não se justificaria tal omissão, se sempre constou esse elemento da legislação anterior³³.

Anota, de forma concisa, e com o intelecto que lhe é habitual, Washington de Barros Monteiro:

A Constituição Federal alargou consideravelmente o conceito da responsabilidade civil, de modo a abranger aspectos concretos que o direito anterior não conhecia, ou não levava em conta para não conceder a indenização³⁴.

Destarte, no dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da *responsabilidade objetiva do Estado* e a da *responsabilidade subjetiva do funcionário*. A regra da responsabilidade objetiva exige, portanto, segundo o artigo 37, §6º, da Constituição Federal que: (i) o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no artigo 41³⁵ do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebem delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público, e apenas neste caso); (ii) que as

³³ A respeito dos polos de responsabilidade do agente público e do Estado, leciona José de Aguiar Dias: “[...] quando é possível a individuação do responsável e o Estado paga a importância do dano causado por ele, paga uma dívida a que estava obrigado, não em razão de culpa, mas em virtude da lei que a impõe, por motivos estranhos a uma figura jurídica, de que, em razão do seu próprio caráter, não pode ser sujeito”. (AGUIAR DIAS, op. Cit., p. 563).

³⁴ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil – Parte geral*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 115.

³⁵ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

- I - a União;
- II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
- III - os Municípios;
- IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;
- V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

entidades de direito privado prestem serviço público³⁶, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente, nos termos do dispositivo constitucional, quando causem dano decorrente da prestação do serviço; (iii) que seja causado *dano a terceiros*, em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o *nexo de causa e efeito*; como o dispositivo constitucional fala em terceiros, é inaceitável o antigo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, exarado no voto do Ministro Carlos Velloso, no sentido de que a responsabilidade só é objetiva se o dano for causado ao usuário do serviço público; se for causado a terceiro, a responsabilidade é subjetiva³⁷. Nesse diapasão, cito, por oportuno, o ensinamento de DI PIETRO: “[...] o

³⁶ “Para que se enquadrem no referido §6º, deve-se verificar se prestam serviços públicos, o que nem sempre se revela fácil. As dificuldades surgem, sobretudo, em virtude da existência de uma concepção ampla e restrita de serviço público e em virtude do contraponto entre serviço público e atividade econômica quanto à atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista. Alguns indicadores podem auxiliar na tarefa: dispositivos constitucionais e de lei que atribuem a certas atividades a condição de serviço público (por exemplo, Constituição Federal, art. 30, V, e Lei nº 9.074/95, art. 1º); o serviço público caracterizado como atividade prestacional de responsabilidade do Poder Público (Constituição Federal, art. 175), tais como: fornecimento de água, coleta de lixo, limpeza e iluminação de ruas, correios, telefones, manutenção de áreas verdes, jardins e praças. Se as entidades acima prestarem serviços públicos, o regime de sua responsabilidade civil por danos a terceiros é o do §6º” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 432-433).

³⁷ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. CF, art. 37, § 6º. I. - **A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da CF II.** - RE conhecido e provido. (grifo nosso)
(RE 262651, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16/11/2005, DJ 06-05-2005 PP-00038 EMENT VOL-02190-03 PP-00428 RTJ VOL-00194-02 PP-00675 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 254-281 RDA n. 240, 2005, p. 273-287)

Referido posicionamento não mais prevalece naquele colendo Sodalício, o qual, em julgamento de matéria idêntica, optou por estender a responsabilidade a terceiros não usuários do serviço público. Confira-se pela ementa do acórdão paradigma:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - **A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.** II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. (grifo nosso)

*dispositivo constitucional, ao falar em danos causados a terceiros, não distingue entre o usuário e o não usuário; em consequência, não pode o intérprete fazê-lo, sob pena, inclusive, de derogar o princípio da repartição dos encargos sociais e a ideia de risco que é inerente a grande parte das atribuições do Estado*³⁸; (iv) que o dano seja causado por agente³⁹ das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço⁴⁰; e, por fim, (v) que o agente causador do dano aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público⁴¹, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Há doutrinadores que sustentam o surgimento da responsabilidade estatal apenas nas hipóteses de cometimento de ato antijurídico por parte dos agentes públicos, contudo, há que se ressaltar, no uso do termo, que ele deve abarcar atos

(RE 591874, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820)

³⁸ DI PIETRO, op. Cit., p. 614.

³⁹ “Considera-se agente público toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19^aed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 124).

⁴⁰ Confira-se, a respeito, a lição de José de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade civil*, vol. II, p. 562): “O que se deve ter em vista, porém, quando enfrentamos o tema da responsabilidade, é que a definição de funcionário deve ser a mais ampla possível, a fim de abranger todos aqueles, qualquer que seja a forma de sua escolha e quaisquer que sejam as suas funções, que colaborem na gestão da coisa pública. Assim, pouco importa a sua categoria. E é sem influência, para o efeito que nos interessa, que seja ou não remunerado. O funcionário é um órgão da administração. Menegale, a propósito, distingue: ‘Órgãos e funcionários, escrevemos, por amor à exatidão. De fato, em acepção genérica, são todos órgãos: como veremos, porém, para o efeito de fixação da responsabilidade civil, é vantajoso discernir órgãos e funcionários, acordemente com o método dos tratadistas, assim, entendendo por órgãos os indivíduos ou corpos, cujos atos não são passíveis de revisão, pois que exercitados por expoentes do poder soberano do Estado, e qualificando de funcionários os sujeitos à hierarquia, delegados indiretos – já lhes chamara – daquela soberania. Em relação ao Estado, o funcionário não é empregado, não vende os serviços, nem aluga o trabalho. Entre a administração e o funcionário não há contrato: o que há é uma incorporação [...]”

⁴¹ De forma condensada, professora Celso Antônio Bandeira de Mello: “Quem são as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes públicos, cujos comportamentos, portanto, ensejam engajamento da responsabilidade do Estado? São todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente em si próprio” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 972).

ilícitos e também lícitos, sob pena de se descaracterizar o sistema de repartição de riscos que rege a responsabilidade decorrente da atividade pública.

Sobre o tema, trazemos lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ato antijurídico não pode ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude ou ilicitude do ato é irrelevante para fins de responsabilidade objetiva; caso contrário, danos decorrentes de obra pública, por exemplo, ainda que licitamente realizada, não seriam indenizados pelo Estado. Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico⁴².

Nessa esteira, para sintetizar os pontos aqui traçados, podemos condensar o tópico em poucas linhas: *fala-se em responsabilidade objetiva estatal quando se descarta qualquer culpa do agente público causador do dano, ou, mesmo sobre a ausência do serviço ou culpa desconhecida da Administração*. Aqui, o Estado é obrigado porque lesou bem jurídico de particular, seu administrado, e é responsável nos estritos limites da extensão do dano, e exsurge o dever de indenizar simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade estatal e o dano sofrido.

Para concluir, por derradeiro, importante frisar que o que legitima, de modo primordial, a adoção da teoria da responsabilidade objetiva é a **repartição dos ônus sociais**, decorrentes da própria atuação estatal, com o escopo de sempre manter a **maior equidade social possível**.

2.2 Acolhimento da Teoria do risco administrativo

Balizados em razões de ordem política e jurídica, como já insinuado nos tópicos acima, os Estados Modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.

⁴² DI PIETRO, op. Cit., p. 614.

A concepção publicística da responsabilidade civil do Estado - em cujo êxito tanto se empenharam os administrativistas -, ao consagrar a responsabilidade objetiva do ente estatal, degenera, desenganadamente e sem paliativos, na adoção da teoria dos riscos, risco criado pelas atividades normais ou anormais da Administração; mostra-se, desse modo, incoadunável com a concepção da *faute du service*, do Direito Francês, com a culpa anônima da Administração, como causa de responsabilidade civil do Estado, no que esta nada mais é que uma transposição e adaptação, no âmbito do direito público, de uma concepção privatística por excelência⁴³.

Consoante já transcrito em linhas antecedentes, a expressão “*seus agentes, nessa qualidade*”, extraída da redação do §6º do art. 37 da Carta Magna, revela a adoção pelo texto constitucional, em campo da responsabilidade objetiva, da teoria do risco administrativo para as suas obrigações surgidas *ex lege*. Nessa seara, há responsabilidade objetiva do Poder Público no dano decorrente de sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem porque responsabilizá-lo.

Muita controvérsia engendra a relação que deve existir entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano. Sempre paira no ar, no pertinente à subsunção da responsabilidade estatal ao caso concreto, a discussão acerca de que se o ato impugnado deve ter sido praticado durante o serviço, ou bastará que seja em razão dele? A jurisprudência pátria tem se orientado na direção de que, para determinar a responsabilidade do Estado, é suficiente que o cargo, a função ou a atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito⁴⁴.

⁴³ A lição de Yussef Said Cahali (*Responsabilidade Civil do Estado*, 2007, p. 35) é precisa: “a responsabilidade implica a assunção de responsabilidade pelo risco criado pelas atividades impostas ao órgão público; ao nível da responsabilidade objetiva – e, conseqüentemente, da teoria do risco criado pela atividade administrativa -, descarta-se qualquer indagação em torno da falha do serviço ou da culpa anônima da Administração”.

⁴⁴ Confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:
Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO PRATICADO POR POLICIAL FARDADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. 1. **O Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, ainda que fora do horário de expediente.** Nesse sentido: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. Responsabilidade civil do estado. CF, art. 37, § 6º. I. - Agressão

Não importará, por conseguinte, para efeitos de responsabilidade estatal, estabelecer se o agente atuou culposa ou dolosamente. Não importará, para tais fins, saber se os poderes que manipulou de modo indevido continham-se ou não, abstratamente, no campo de suas competências específicas. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, em razão de o autor ser funcionário público, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal.

Colha-se o escólio de Hely Lopes Meirelles:

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. *Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público.* Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa. *O abuso do exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.* Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins⁴⁵. (grifo nosso)

praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do estado, **mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial militar que o soldado foi corrigir as pessoas.** O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da CF, **não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público.** II. – (omissis) (grifo nosso) (ARE 644395 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-202 DIVULG 19-10-2011 PUBLIC 20-10-2011 EMENT VOL-02611-02 PP-00212 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 663-667)

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 630-631.

No caso, resta evidente que, além do nexos de causalidade, mostra-se necessário que se demonstre que o referido agente, de fato ou de direito, encontrava-se no exercício da sua atividade profissional, ou que havia uma aparência de que agia nessa qualidade. *A simples circunstância de ser servidor ou agente de fato ou de direito não basta para justificar a responsabilidade civil do Estado, sendo necessário que o evento causador do dano mantenha relação com a função pública exercida pelo agente.*

A lição de Sérgio Cavalieri Filho, nesse espaço, é cristalina:

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionado a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano⁴⁶.

Em linhas menos nobres, podemos resumir que haverá a responsabilidade Estatal sempre que se possa conhecer um *liame de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro.*

Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal -, basta-se com a verificação do nexos de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência; o ato do próprio ofendido ou de terceiro, o caso fortuito ou de força maior, arguidos como causa do fato danoso, impediriam a configuração do nexos de causalidade (assim, então, rompido), elidindo, daí, eventual pretensão indenizatória⁴⁷.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, op. Cit., p. 247.

⁴⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro pronuncia-se: “[...] não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado”. (op. Cit., p. 611).

É prudente salientar que o dano que enseja a responsabilidade civil do Estado é o *dano anormal*, compreendido como aquele que ultrapassa, por sua natureza ou sua importância, os incômodos e sacrifícios correntes exigíveis pela vida em sociedade ou necessários à manutenção tranquila dessa mesma sociedade, deve ser considerado como uma violação da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.

Assim, independentemente de culpa anônima ou falta do serviço, a Administração é responsável, eis que, sendo sua atividade dirigida em benefício da coletividade, é justo que todos suportem os prejuízos que daí advier – não seria equitativo que apenas certos administrados sofressem sozinhos os danos resultantes da atividade, mesmo que lícita, da Administração Pública.

Quanto à distribuição dos encargos, leciona Caio Tácito:

A ação do Estado é juridicamente perfeita, constituindo forma regular de limitação administrativa ao direito individual; a causa determinante da indenização não é a mesma que fundamenta a reparação do dano pelo emprego anormal ou excessivo do poder administrativo; tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atenda ao interesse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito⁴⁸.

Nesses moldes, podemos condensar, em abono ao entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, do tipo objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: *a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa*⁴⁹.

⁴⁸ TÁCITO, Caio. *Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado*. RDA 55/271.

⁴⁹ EMENTA: - Recurso extraordinário. Indenização. Responsabilidade objetiva do Estado. 2. Acórdão que confirmou sentença de improcedência da ação, determinando que somente se admite o direito a indenização se ficar provada a culpa subjetiva do agente, e não a objetiva. 3. Alegação de ofensa ao art. 107, da EC n.º 01/69, atual art. 37, § 6º, da CF/88. 4. Aresto que situou a controvérsia no âmbito da responsabilidade subjetiva, não sendo configurado erro médico ou imperícia do profissional que praticou o ato cirúrgico. 5. Precedentes da Corte ao assentarem que "I - **A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes**

Em suma, podemos sintetizar as balizas do acolhimento da teoria do risco administrativo na noção de que o Estado tem maior poder e possui maiores prerrogativas que o administrado. É indubitável que ele está em posição superior em termos políticos, jurídicos e econômicos. O indivíduo, por sua vez, está em posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos advindos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação de danos. Nem se diga, ainda, quanto à repartição dos encargos sociais, como já esboçado no capítulo anterior.

2.3 Danos por omissão: responsabilidade objetiva ou subjetiva?

O Estado, no exercício de sua atividade, pode causar danos a particular por ação ou omissão. Quando o fato administrativo é comissivo (ação), podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. Aqui, independentemente da intenção do agente, se age com dolo ou não, a responsabilidade do Estado dar-se-á objetivamente, quer seja, a despeito de culpa. Nasce o dever de indenizar tão somente pela presença dos seus pressupostos básicos – o fato administrativo (conduta), o dano e o nexo causal.

Noutro giro, quando a conduta estatal for **omissiva**, entramos no campo da obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deveria assim proceder⁵⁰.

Sobre a omissão, advoga José Cretella Júnior:

requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II – (*omissis*) (grifo nosso) (RE 217389, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 02/04/2002, DJ 24-05-2002 PP-00069 EMENT VOL-02070-03 PP-00606).

⁵⁰ “Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir pode ser imposto por lei ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39).

Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração. A omissão configura a culpa '*in omittend'*' e a culpa '*in vigilando'*'. São casos de 'inércia', casos de 'não-atos'. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por 'inércia' ou 'incúria' do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o '*bonus pater familiae'*', nem como o '*bonus administrador'*'. Foi negligente, às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa ligada à ideia de inação, física ou mental⁵¹.

Preleciona Celso Antônio que:

[...] em face dos princípios publicísticos, não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou 'falta de serviço', quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva⁵².

Estamos, na verdade, em campo nebuloso do Direito Administrativo. A grande dúvida, persistente até os dias atuais na doutrina e na jurisprudência, consiste em saber se, na omissão, a responsabilidade civil do Estado é objetiva ou subjetiva.

Inicialmente, é de se ressaltar a indefinição na jurisprudência ou na doutrina acerca da incidência do art. 37, §6º, da Constituição Federal, para a responsabilidade por atos omissivos, isto é, se há ou não hipótese de responsabilidade objetiva mesmo para atos omissivos.

Trazendo à baila, novamente, o apelo de Celso Antônio, a responsabilidade é tão somente subjetiva quando o dano decorrer de omissão do Estado. Argumenta que, nos casos de omissão, o Estado não agiu, não sendo, portanto, o causador do dano. Desse modo, apenas exurgir-se-ia o dever de indenizar quando houvesse o dever de garantir (poder de garante) da situação em que se consumou o dano. Leciona o eminente doutrinador:

⁵¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 210.

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Atos administrativos e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, n. 28, p. 133.

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)⁵³.

Em ratificação ao posicionamento acima esposado, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que é:

[...] equivocado afirmar que, diante de qualquer situação, a responsabilidade da Administração Pública seja sempre objetiva. Deveras, o art. 37, §6º, da Constituição atribui responsabilidade extracontratual objetiva ao Estado apenas na hipótese de danos que decorram direta e imediatamente de alguma atuação, de alguma conduta comissiva de seus agentes⁵⁴.

É relevante salientar que a Constituição Federal de 1988 não traz qualquer regra expressa relativa à responsabilidade civil por eventuais danos ocasionados por omissões do Poder Público. Entretanto, nossa jurisprudência, com amplo respaldo da doutrina administrativista, construiu o entendimento de que é possível, sim, resultar configurada responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos ensejados por omissão do Poder Público, a despeito da imprecisão - se objetiva ou subjetiva. Nessas hipóteses, segundo a citada jurisprudência, responde o Estado com base na teoria da culpa administrativa. Trata-se, portanto, de modalidade de responsabilidade civil subjetiva, *mas à pessoa que sofreu o dano basta provar (o ônus da prova é dela) que houve falta na prestação de um serviço que deveria ter sido prestado pelo Estado, provando, também, que existe nexa causal entre o dano e essa omissão estatal.*

Filia-se José dos Santos Carvalho Filho à tese da responsabilidade subjetiva. Confira-se o seu ensinamento:

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilidade do Estado por condutas omissivas. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que 'Haverá obrigação de

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 871-872.

⁵⁴ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente, op. Cit., p. 760.

reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei⁵⁵, o que indica que a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, pressupõe menção expressa em norma legal. Não obstante, o art. 43 do Código Civil [...] o qual se dirige às pessoas jurídicas de direito público, não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, §6º, da CF. Desse modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade estatal se houve culpa⁵⁶.

Em posição diametralmente oposta, está o escólio de Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra mestra “*Programa de Responsabilidade Civil*”. Cite-se, por oportuno, trecho de seu manual, *in litteris*:

Em nosso entender, o art. 37, §6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. Por outro lado, o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 186 do Código Civil. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva⁵⁷.

Em regra, a doutrina que entende englobar o dispositivo constitucional também a atos omissivos está preocupada com a dificuldade do terceiro prejudicado em obter ressarcimento, consubstanciada na dificuldade em discutir o elemento subjetivo da responsabilidade. Ao admitir a tese da responsabilidade objetiva, facilita ao prejudicado a prova necessária a ensejar o dever de indenizar estatal. Basta demonstrar que o prejuízo sofrido teve um nexo de causa e efeito com o ato comissivo ou com a omissão. Não haveria que se cogitar de culpa ou dolo, mesmo em se tratando de ato omissivo.

Quanto à convivência da tese subjetivista, por atos omissivos, face ao art. 43 do Código Civil, que abertamente acolheu a responsabilidade objetiva – “[...]”

⁵⁵ O dispositivo em epígrafe também se refere às hipóteses de risco do empreendimento, em especial encontradas no Código Consumerista (Lei 8.078/90).

⁵⁶ CARVALHO FILHO, op. Cit., p. 539.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, op. Cit., p. 251-252.

ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”-, advoga Rui Stoco:

Embora o art. 43 do atual Código Civil tenha se apartado da teoria abraçada no art. 15 do revogado Código de 1916, pois este adotava a responsabilidade subjetiva do Estado e aquele preceito do Código atual – na linha do princípio estabelecido pela Constituição Federal – tenha acolhido a responsabilidade objetiva do Estado, a situação não muda, segundo nos parece. [...] nos atos omissivos, pelas razões expostas por Celso Antônio e o saudoso Hely Lopes Meirelles, essa responsabilidade depende da apuração de culpa, ou seja, a negligência da Administração. Esse entendimento é afirmado mesmo após o advento do Código Civil de 2002, pois se é certo que o seu art. 43 responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público interno objetivamente, não menos certo que o faz desde que *por atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros*, ou seja, através de um agir, de uma ação, ou seja, de um *facere*. O verbo “agir” é verbo de movimento, significando “ação” (grifos do autor)⁵⁸.

Acaso optemos pela tese subjetivista (com comprovação da culpa *lato sensu*), o ponto nodal da questão posta, a fim de evitar disparidades gritantes, como permitir ao Estado ser segurador universal, é distinguir *omissão genérica* do Estado e *omissão específica*. Haverá *omissão específica* quando o Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Sérgio Cavalieri Filho, de forma didática, cita o seguinte exemplo:

[...] se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado^{59 60}.

⁵⁸ STOCO, Rui. A responsabilidade subjetiva do Estado por comportamentos omissivos. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Grandes temas de direito administrativo*. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009, p. 792.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 252.

⁶⁰ Outro caso hipotético: determinado veículo é furtado em via pública. Na hipótese, a Administração Pública não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ter sido subtraído de seu proprietário por ausência de policiamento nas ruas. Nesse caso, haveria mera *omissão genérica*. Mas se esse veículo está estacionado dentro do pátio do Departamento de Trânsito e ainda assim é furtado, aflorar-se-ia a responsabilidade estatal, visto que há omissão específica no dever de guarda do bem. Confira-se ementa de acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios acerca do tema:

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão do específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; *in casu*, será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão⁶¹.

Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente a responsabilidade objetiva; daí não nos afigura inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria, em qualquer caso, a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é um *plus* em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além

INDENIZAÇÃO. DEPÓSITO DO DETRAN/DF. VEÍCULO RETIRADO POR TERCEIRO. DOCUMENTAÇÃO FALSA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VALORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - O fato de obter uma ordem judicial e não conseguir recuperar seu veículo, uma vez que já havia sido retirado do depósito do DETRAN/DF por terceiro, mediante a apresentação de documentos falsos, acarretou ao autor grande frustração e estresse, aptos a caracterizar o dano moral, abalando, inequivocamente, seu estado psíquico e emocional.

II - A valoração da compensação moral deve observar o princípio da razoabilidade, a gravidade e a repercussão dos fatos, a intensidade e os efeitos da lesão. A sanção, por sua vez, deve observar a finalidade didático-pedagógica, evitar valor excessivo ou ínfimo, e objetivar sempre o desestímulo à conduta lesiva. Mantido o valor fixado pela r. sentença.

III - A indenização por danos materiais deve ser fixada com base no valor equivalente às prestações vincendas do financiamento bancário, uma vez que o autor não mais utilizará o bem dado em garantia.

IV – (*omissis*)

V - Apelação e remessa oficial desprovidas. (Acórdão n. 585500, 20090110883337APO, Relator VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, julgado em 02/05/2012, DJ 17/05/2012 p. 198)

⁶¹ Acerca da responsabilidade estatal por omissão genérica, José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito administrativo*, p. 540) refuta de forma cabal a sua incidência: “Ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais à medida que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de *passionalismo*, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há dúvida de que o Estado é omisso no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carência nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais (previstos, aliás, no art. 6º, da CF. Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes. É que tantas artimanhas comete o Poder Público na administração do interesse público, que a sociedade começa a indignar-se e a impacientar-se com as referidas lacunas. É compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita. Deve, pois, separar-se o sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o Direito contempla”.

do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico⁶².

Na verdade, nenhuma novidade existe nesse tipo de responsabilidade. Quer-nos parecer, assim, que o Estado se sujeita à responsabilidade objetiva, mas, quando se tratar de conduta omissiva, estará ele na posição comum de todos, vale dizer, sua responsabilização dar-se-á por culpa.

Acresce notar, por fim, que, mesmo quando presentes os elementos da responsabilidade subjetiva, estarão fatalmente presentes os elementos da responsabilidade objetiva, por ser aquela mais abrangente que esta. De fato, sempre estarão presentes a conduta - ou falta dela -, o dano e o nexo de causalidade. A única peculiaridade é que, nas condutas omissivas, exigir-se-á, além do fato administrativo (conduta) em si, que seja ele calcado na culpa, ou do agente público ou da falha anônima da Administração.

2.4 Causas excludentes e atenuantes de responsabilidade

Não obstante ser a responsabilidade estatal, via de regra, como visto, objetiva, como previu o nosso legislador constituinte (art. 37, §6º), tem-se inclinado boa parte da nossa doutrina, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em admitir a exclusão da responsabilidade extracontratual objetiva da Administração Pública e de suas delegatárias, na modalidade risco administrativo, mediante certos eventos que **rompem o nexo causal e com a condicionante de que o dano decorra única e exclusivamente da ocorrência de referida situação.**

Nos próximos tópicos, iremos estudar cada causa com suas especificidades, procurando demonstrar como cada uma se manifesta. Nesse ponto, relevante demonstrar, no pertinente à força maior e caso fortuito, que há grande controvérsia quanto à definição dos institutos, sendo certo que sequer o nosso legislador cuidou de fazê-lo. Embora o vigente Código Civil não trate de forma

⁶² Art. 186, do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

indiscriminada os dois institutos, a redação do parágrafo único do art. 393⁶³ reza que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Em outras palavras, o Código Civil define “*caso fortuito* ou de *força maior*”, sem distinguir um do outro, como qualquer evento, seja de origem humana, seja da natureza, cuja ocorrência não poderia ser evitada (“fato necessário”, isto é, de ocorrência necessária, obrigatória, inescapável) e cujos efeitos são inevitáveis ou irresistíveis (não podem ser evitados ou impedidos).

A própria jurisprudência titubeia em não estabelecer marco teórico preciso entre a força maior e o caso fortuito. Tampouco, a doutrina o faz.

Só para efeito de demonstração da divergência, podemos citar, *v.g.*, os conceitos dados a essas excludentes de responsabilidade por DI PIETRO⁶⁴, que associa a força maior a um fato da natureza e o caso fortuito ao evento imprevisível causado por ato humano e por FURTADO, que inverte os conceitos, atribuindo a força maior a um evento humano e o caso fortuito a evento da natureza, imprevisível ou, ainda que previsível, insuperável⁶⁵.

É certo, no entanto, à míngua da divergência, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.

Conforme veremos nos tópicos adiante, a grande questão está em saber que, em determinadas condições, o afastamento da responsabilidade estatal é inevitável, visto que há **inteiro rompimento do nexo de causalidade**. Passemos a demonstrá-las⁶⁶.

⁶³ “Art. 393, do Código Civil: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Parágrafo único. “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

⁶⁴ DI PIETRO, *op. Cit.*, p. 648.

⁶⁵ FURTADO, *op. Cit.*, p. 1010.

⁶⁶ Não se trata de listagem exaustiva de cláusulas excludentes de responsabilidades, pois, além das enumeradas neste trabalho, podemos citar, por exemplo, as hipóteses de *atos danosos provocados por agentes fora de suas atividades funcionais, bem como quando o Estado pratica o dano em estado de*

2.4.1 Força maior

Sem maiores delongas quanto ao tema posto, podemos conceituar força maior, segundo entendimento predominante, como o *acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes*, como uma tempestade, um terremoto, um raio; que, em razão da própria natureza do evento, não pode incidir responsabilidade do Estado, visto a inexistência de nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Como dito em linhas passadas, o Código Civil, no parágrafo único do art. 393, praticamente considerou como sinônimos a força maior e o caso fortuito, na medida em que os caracterizou como fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entretanto, doutrina do porte de Sérgio Cavalieri Filho traça a exata distinção entre os dois institutos. Vejamos, *in verbis*:

[...] estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível⁶⁷.

Contudo, ressalta o Desembargador que a inevitabilidade deve ser lida com certa relatividade, tendo-se o acontecimento como *inevitável em função do que seria razoável exigir-se*. Para clarear o tema, traz o seguinte exemplo:

[...] tratando-se de roubo de cofres mantidos por um banco, é de presumir-se sejam tomadas especiais providências visando à segurança, pois a garanti-la se destinam seus serviços. O mesmo não sucede se o roubo foi praticado em um simples estacionamento (RSTJ 132/313, Min. Eduardo Ribeiro). É preciso, destarte, apreciar caso por caso as condições em que o evento ocorreu, verificando se nessas

necessidade (guerra, revolução, estado de sítio etc.). Nesses casos, não se cogita da responsabilidade estatal, em regra. Optou-se por sua ausência neste trabalho monográfico, dada a raridade de suas ocorrências, assim como a inviabilidade de esgotamento da matéria ventilada em trabalho acadêmico de conclusão de graduação, naturalmente exíguo.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, op. Cit., p. 68.

condições o fato era *imprevisível* ou *inevitável* em função do que seria razoável exigir-se⁶⁸.

O civilista Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra *Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*, dissertando acerca do inadimplemento fortuito da obrigação, aparta os dois institutos sob o fundamento de que:

A expressão caso fortuito é empregada para designar fato ou ato alheio à vontade das partes, ligado ao comportamento humano ou ao funcionamento de máquinas ou ao risco da atividade ou da empresa, como greve, motim, guerra, queda de viaduto ou ponte, defeito oculto em mercadoria produzida etc. E força maior para os acontecimentos externos ou fenômenos naturais, como raio, tempestade, terremoto, fato do príncipe (*fait du Prince*) etc.⁶⁹.

Trazendo a questão da força maior para a responsabilidade civil do Estado, que é o foco deste trabalho, é deveras importante frisar que, mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá subsistir, se, aliada à força maior, houver omissão do Poder Público na realização de um serviço. Citemos, dentre inúmeros casos, a hipótese de uma imensa chuva castigar uma cidade, inundando casas e causando a morte de pessoas, o Estado responderá se ficar demonstrado omissão na realização dos serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais, obviamente, condicionado à demonstração de que a inexistência da falha do serviço seria suficiente para evitar a catástrofe⁷⁰.

Dentro desse raciocínio, reconhece-se, no caso, a responsabilidade da Administração Pública, apurada em seu conjunto, em razão de sua inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença, falhando na conservação do córrego e de

⁶⁸ Ibid., p. 68

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume II: teoria geral das obrigações*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

⁷⁰ DI PIETRO (*Direito Administrativo*, 2008, p. 616) expõe exemplo semelhante: “a mesma regra se aplica quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese, é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado”.

canalização, para evitar o seu transbordamento, pondo em risco as margens e o seus habitantes⁷¹.

Em suma, incumbe-nos perquirir a extensão da omissão estatal, na sua regular atividade administrativa, capaz de, na sua ausência, minorar ou extirpar o dano advindo de evento incerto e imprevisível (chuva torrencial, por exemplo). Sendo possível a prova de que o dano era evitável, mediante simples atuação estatal, a responsabilidade subsiste, à míngua de constituir força maior. Ao revés, não demonstrado qualquer nexo de pertinência entre o dano e a conduta - ou falta dela -, impõe-se o afastamento da responsabilidade.

2.4.2 Caso fortuito

Em linhas menos nobres, podemos conceituar o caso fortuito como o dano provocado por ato humano ou falha da Administração⁷², segundo ampla doutrina.

Os modernos civilistas, todavia, têm dividido o caso fortuito em fortuito interno e externo. O *fortuito interno* estaria ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente e o *fortuito externo* estaria ligado à força maior, ou *Act of God* dos ingleses. Somente o *fortuito externo*, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco. O fortuito interno não. A teoria do exercício de atividade perigosa, adotada no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, não aceita o fortuito como excludente da responsabilidade. Quem assume o risco do uso da máquina ou da empresa, desfrutando os cômodos, deve suportar também os incômodos⁷³.

⁷¹ (STF, 2ª Turma, 29/05/1968, RTJ 47/378).

⁷² Na verdade, é uma imprecisão técnica dizer que o dano pode advir de ato humano ou de ato da Administração Pública. Ora, sabe-se que o Estado age mediante ação de seus servidores (teoria do órgão), e que o ato desses agentes públicos reputa-se à própria vontade do Estado. Quem pratica o ato é o agente, mas é mera expressão de vontade do Estado.

⁷³ Acerca do fortuito interno, em contraste com a força maior, Carlos Roberto Gonçalves assim pontua: “Essa diferenciação foi ressaltada no novo Código Civil, que consigna somente a força maior como excludente da responsabilidade civil do transportador (art. 734) não mencionando o caso fortuito, ligado ao funcionamento do veículo, acolhendo, assim, o entendimento consagrado na jurisprudência de que não excluem a responsabilidade do transportador defeitos mecânicos, como quebra repentina da barra de direção, estouro de pneus e outros, considerados hipóteses de ‘fortuito interno’. Há várias teorias que procuram distinguir as duas excludentes e realçar seus traços peculiares. O legislador preferiu, no

No âmbito da responsabilidade extracontratual da Administração Pública, por adotar o texto constitucional a **Teoria do Risco Administrativo**, deve-se ponderar que apenas há lugar para a exclusão da responsabilidade o *fortuito externo*, isto é, aquele fato imprevisível, estranho à atividade administrativa. Suponhamos que, em determinada obra pública, o motorista de uma retroescavadeira, de forma desavisada, deixa cair uma pá de terra em um carro de particular. Nesse caso, deve a Administração indenizar o prejuízo sofrido pelo particular. Contudo, se nessa mesma hipótese, ocorra um forte vendaval que seja capaz de desviar o rumo da retroescavadeira e danificar o automóvel do particular, afigura-se o fortuito externo da atividade, em extrema similitude à força maior, rompendo integralmente o nexo de causalidade da ação estatal⁷⁴.

Para concluir, dentro do campo da força maior e do caso fortuito, podemos sintetizar que, nos danos decorrentes de caso fortuito ou de força maior, sem que exista alguma conduta comissiva da Administração Pública (sem que haja atuação administrativa), esta somente poderá ser responsabilizada se tiver concorrido diretamente, com sua omissão, para o surgimento do dano, por haver deixado de prestar adequadamente um serviço de que estivesse incumbida, isto é, caso se comprove que a adequada prestação do serviço estatal obrigatório teria evitado ou reduzido o resultado danoso. Nesses casos, a responsabilidade do Estado, se houver, é subjetiva, baseada na teoria da culpa administrativa. Alguns autores afirmam, ainda, que a responsabilidade do Estado será proporcional à contribuição da sua omissão para o surgimento do resultado danoso.

entanto, não fazer nenhuma distinção no aludido parágrafo único, mencionando as duas expressões como sinônimas. Efetivamente, se a eficácia de ambas é a mesma no campo do não cumprimento das obrigações, os termos precisos da distinção entre elas deixam de ter relevância. Percebe-se que o traço característico das referidas excludentes é a inevitabilidade, é estar o fato acima das forças humanas". (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume II: teoria geral das obrigações*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 358).

⁷⁴ A respeito da culpa do ofensor mesmo na ocorrência de força maior, a ensejar a devida reparação civil, leciona José de Aguiar Dias: "a força maior, como fato de terceiro, atua como excludente porque é elemento gerador estranho ao desempenho do devedor. Se é assim, não pode ter esse efeito senão em benefício do devedor isento de culpa, pois para aquele que nesta incide ele não aparece como causa estranha, mas causa ligada ao mau desempenho da obrigação. [...] a ausência de culpa não compõe a força maior. Ainda que esta se configure de fato, ela só pode ser invocada pelo devedor isento de culpa. Em caso de culpa do devedor, a este se transferem os riscos decorrentes da força maior. *De forma que um mesmo fato da natureza será excludente da responsabilidade conforme esteja ou não o devedor em culpa ou isento dela*". (grifo nosso) (AGUIAR DIAS, op. Cit., p. 692-693).

Nesses lindes, para arrematar a divergência, não se deve distinguir força maior de caso fortuito, porque nem o nosso direito legislado nem a nossa jurisprudência o fazem. Pensamos que *caso fortuito* e *força maior* – sem distinção entre um e outro – devem ser considerados excludentes da responsabilidade civil da Administração Pública. E devem ser considerados excludentes na responsabilidade extracontratual objetiva, na modalidade risco administrativo, como também na responsabilidade civil subjetiva, na modalidade culpa administrativa, *desde que, em qualquer caso, o resultado danoso decorra exclusivamente do evento de força maior ou de caso fortuito*. É preciso ter em mente que o que anima as causas de isenção no seu papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexo causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar.

Passemos, agora, a explanar as excludentes de *culpa da vítima* e *culpa de terceiros*.

2.4.3 Culpa da vítima

Não se qualifica como antijurídico – excluída, desse modo, a responsabilidade civil do Estado – o dano que teve como causa exclusiva o dolo ou a culpa grave (= dolo) do próprio prejudicado, sem que nenhuma falha da Administração ou culpa anônima do serviço possa ser identificada como causa, ainda que indiretamente concorrente na verificação do evento danoso. Trata-se de privilegiar o princípio da razão de que o dano advindo de sua própria culpa não é ressarcível.

Aqui cabe um parêntese para delimitar o espectro de incidência da culpa da vítima. Haverá responsabilização conjunta do ofensor e ofendido se ambos concorreram para a ocorrência do evento danoso, a chamada *culpa concorrente*⁷⁵. Nesse caso, a culpa da vítima forçará a atenuante da responsabilidade estatal, que indenizará na medida da sua culpabilidade (art. 945, do Código Civil)⁷⁶.

⁷⁵ “Mesmo na ação de responsabilidade civil do Estado, fundada em culpa do funcionário, a concorrência de culpa da vítima autoriza seja mitigado o valor da reparação” (STF, 2ª Turma, RTJ 55/50).

⁷⁶ “Em outras palavras, havendo *concorrência de causas*, a responsabilidade do Poder Público deverá ser atenuada ou circunscrita ao dano efetivamente causado pela atividade administrativa. Há quem não admita a atenuação da responsabilidade do Estado por entender que, sendo ela objetiva, inadmissível

Leciona com a didática que lhe é peculiar, Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a da vítima. Essa solução, que já era defendida e aplicada pela jurisprudência, está hoje consagrada no Código Civil, cujo artigo 945 determina que ‘se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano’. E, em matéria de transporte, o artigo 738, parágrafo único, estabelece que ‘se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano’; nesse caso, não ocorre a excludente de culpa da vítima, mas apenas a mitigação da responsabilidade do transportador; o Código Civil tratou dessa hipótese como sendo de culpa concorrente⁷⁷.

Por outro lado, quando ocorre culpa exclusiva da vítima, sendo ausente qualquer causa imputável à Administração, simplesmente deixa de configurar um dano injusto, não se prestando, assim, como causa jurídica da ação ressarcitória.

Yussef Said Cahali assim coloca a questão:

É que, deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito -, aos tribunais se permite 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*. [...] Será, portanto, no exame das *causas do dano injusto* que se determinam os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade pública, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência do nexo de causalidade concorrente na verificação do dano injusto indenizável⁷⁸.

O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez que o outro, que não teria consequências, por si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Relevante

falar em *culpa concorrente*. Atente-se, todavia, que o fenômeno não é de concorrência de culpas, mas de causas [...]” (CAVALIERI FILHO, op. Cit., p. 249).

⁷⁷ DI PIETRO, op. Cit., p. 616.

⁷⁸ CAHALI, op. Cit., p. 41 e 43.

ressaltar que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa. Noutras palavras: *a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpa, isto é, a culpa sem a qual o dano não se teria produzido*⁷⁹.

Se o ato do ofendido repercute, de forma drástica, na linha de sucessão do evento danoso, de modo a lhe dirigir ao próprio dano, deve arcar, individualmente, com sua ação. Doutra banda, se o comportamento serviu-se apenas para “somar forças” à atuação estatal, cabe à vítima a indenização na medida de sua culpabilidade.

2.4.4 Culpa de terceiros

Finalmente, temos a última causa excludente ou atenuante da responsabilidade civil do Estado. Do mesmo modo que opera a culpa da vítima, a *culpa de terceiro* ou *fato de terceiro*, como amplamente adotado pela doutrina, atua no rompimento do nexos de causalidade. Todavia, deve-se ter cautela na aplicação dessa excludente, visto que o fato de terceiro só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato ou do ato legal⁸⁰.

⁷⁹ Nos Estados Unidos, em que se adota a teoria da causa próxima, a chamada *the last clear chance*, a parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano, não obstante a negligência ou imprudência da outra, é responsável pelo evento. Assim, nega-se a indenização reclamada pela vítima que falta ao dever de observar. Trata-se, por evidente, de foco diverso da teoria adotada no Brasil, em que se privilegia a causa adequada do evento danoso, quer seja, torna-se responsável pelo evento danoso aquele que teve a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, tornando o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.

⁸⁰ O renomado civilista José de Aguiar Dias descreve curioso caso ocorrido na justiça italiana: “Decidiu-se em tribunal italiano que a estrada de ferro não é responsável pelo acidente ocorrido a um automobilista que, ao tentar atravessar a via férrea, foi colhido por um trem, sob o fundamento de que a barreira que lhe vedava o acesso havia sido levantada criminosamente por terceiro. Esta intervenção constituía a causa única eficiente do evento. Como se não podia impor à estrada a adoção de um tipo de cancela resistente à intervenção estranha, nem a obrigação de mantê-la fechada, sua responsabilidade se restringia ao momento do fechamento da porteira. Esse aresto foi vivamente criticado em comentário de Giovanni Gisei, que reclamou melhor contemplação pela sorte da vítima (*Sulla sorveglianza dei passaggi a livello custoditi*, nota à sentença da Cassação italiana de 21.06.34, em *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milão, 1934, p. 390). Aos precedentes reparos do comentador acrescentamos que sobre a estrada e não sobre a vítima devem recair as consequências da imperfeição do seu aparelhamento. No caso, aliás, sua responsabilidade se agravava, pois se tratava de passagem de nível guardada. Neste

O fato de terceiro assume especial relevância dentro do campo da responsabilidade civil do Estado quando aplicado às empresas prestadoras de transporte público, mediante autorização, permissão ou concessão do ente estatal. Quanto à matéria, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento exarado na Súmula 187 de que “*a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tenha ação regressiva*”. O escopo do enunciado foi reforçado com a redação do artigo 735⁸¹ do novel diploma civil que também previu a inexistência de exclusão da responsabilidade do transportador por fato de terceiro, contra o qual possui o fornecedor ação regressiva. Na verdade, o legislador previu, um pouco antes, no art. 734⁸² do mesmo código, que apenas a força maior exclui a responsabilidade do transportador, afastando qualquer outra excludente.

Há, por parte do terceiro, uma interferência na relação jurídica do Poder Público com os particulares; **causando este terceiro os danos, não há porque responder o Estado pelo evento, que só responderá se concorreu de alguma forma para que esse fato lesivo exista**⁸³.

É dizer, por fim, que nessa espécie de culpa de terceiro também não há que se falar em responsabilidade para o Estado, pois sequer houve participação de agentes públicos, o que qualificaria o dever de responder.

Dessa forma, fechada a última excludente, podemos arrematar essa seção de causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado

caso, o fato do terceiro interveniente só fora possível em face da evidente negligência dos prepostos da estrada” (AGUIAR DIAS, op. Cit., p. 680).

⁸¹ Art. 735 do Código Civil: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

⁸² Art. 734 do Código Civil: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”. Parágrafo único. “É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”.

⁸³ “Hely Lopes Meirelles, apesar de adotar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado no geral, entende que ela se restringe, nos termos do art. 37, §6º, da CF, aos danos causados pela atuação ou inação **funcional dos servidores**, mas **não** por atos de terceiros ou por fatos da natureza que, por não se enquadrarem nos fundamentos do mencionado artigo, obedecem à **teoria da culpa**, mesmo que genérica, pois segundo entende ‘para situações diversas, fundamentos diversos’. Essa opção pelo uso da teoria da culpa diante de atos de terceiros e fatos da natureza pode ser melhor para o terceiro prejudicado do que afirmar pura e simplesmente a teoria objetiva que, por ser administrativa (e não integral), admite que o Estado se defenda a partir da alegação de excludentes de responsabilização como, por exemplo, força maior ou caso fortuito ou culpa exclusiva de terceiros.” (grifos do autor) NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 793.

sintetizando que, exaurindo-se a responsabilidade objetiva na verificação do nexos de causalidade entre o dano e a atividade administrativa, todas as demais concausas devem ser consideradas com vistas à atenuação daquela responsabilidade – a regra deve ser aplicada ainda que as causas concorrentes na verificação do evento danoso resultem de dolo ou culpa grave do próprio prejudicado, ou mesmo de caso fortuito, força maior, fato da natureza ou de terceiros. Outrossim, aplica-se a concorrência de causas ainda que a responsabilidade estatal esteja sendo demandada com fundamento no risco (em qualquer das modalidades enumeradas na doutrina), como também com fundamento na culpa anônima do serviço ou na falha individualizada do funcionário.

2.5 Denúnciação da lide ao agente causador do dano

Para efeito de estudo da possibilidade ou não do exercício do direito de regresso⁸⁴ do Estado em face do agente responsável pela via processual da denúnciação da lide⁸⁵, impõe-se, antes, estabelecer o entendimento que se tem a respeito de tal instrumento processual, fixar-lhe os contornos processuais, para, após, verificar a viabilidade ou não da utilização do instituto na hipótese do art. 37, §6º, da CF.

Segundo Arruda Alvim:

O instituto da denúnciação da lide é a forma reconhecida pela lei como idônea para trazer terceiro ao processo (litisdenúnciado), a pedido da parte, autor e/ou réu, visando eliminar eventuais posteriores ações regressivas, nas quais o terceiro figuraria, então, como réu. Por isto mesmo é que o denunciado em relação ao denunciante é réu. O direito de regresso, ocorrendo a denúnciação, deverá ser resolvido no mesmo processo⁸⁶.

A denúnciação da lide é modalidade de intervenção de terceiros prevista no Código de Processo Civil, em seus arts. 70 a 76, e, segundo entendimento predominante, comporta sempre uma nova lide nos mesmos autos: uma, a principal,

⁸⁴ Inclina-se a doutrina em apregoar que o direito de regresso constitui poder-dever do Estado. Ou seja, lhe é obrigado exigir de seu agente público, que causou o dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, imputadas estas ao agente.

⁸⁵ Para os processualistas puristas, o correto é denúnciação da lide, e não denúnciação à lide, pois se dá conhecimento da lide a alguém, e não o feito é comunicado da existência de um terceiro.

⁸⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2003, p. 175.

movida pelo autor contra o réu; outra, cuja procedência é eventual, movida pelo litisdenunciante contra o litisdenunciado. Trata-se de duas pretensões distintas e opostas que deverão ser *julgadas na mesma sentença*⁸⁷ – *processo formalmente uno, mas materialmente duplo*.

A hipótese contida no texto constitucional, segundo a qual se assegura ao Poder Público o direito de regresso contra o agente responsável pelo dano, havendo dolo ou culpa⁸⁸, aparentemente não implica maiores discussões à sua aplicabilidade. À primeira vista, seria plenamente possível ao Estado, quando demandado em juízo pela vítima do ilícito administrativo, com base na sua responsabilidade objetiva (art. 37, §6º, da CF), promover a denúncia da lide ao servidor responsável, com base no art. 70, III, do CPC, visando, paralelamente, fazer atuar seu direito de regresso, pois é exatamente isso que prevê o aludido dispositivo legal: *cabimento da denúncia da lide contra aquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato, em ação regressiva, a indenizar o prejuízo do que perder a demanda*.

Todavia, há uma grande celeuma doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade da denúncia da lide ao agente público causador do dano.

Há, basicamente, três correntes doutrinárias que cuidam de estudar a possibilidade ou não desta modalidade de intervenção de terceiros pelo Estado.

⁸⁷ “O legislador brasileiro, de 1973, quis que a denúncia da lide, com o disposto no art. 76 e no art. 70, III, do CPC, implicasse sempre a propositura condicionada da ação de regresso, não havendo lugar para discussão, como no Direito Italiano, em que se admite, em doutrina, se possa pedir ao juiz tão só declare a existência ou inexistência da relação de garantia. Sempre, no Direito brasileiro, a denúncia da lide, em princípio, traz em sim provimento de natureza condenatória. A ação de regresso em que se materializa a denúncia da lide, quer dizer ação condenatória, envolvendo o eventual pedido de pagamento formulado pelo denunciante em face do denunciado. No sistema brasileiro, portanto, a denúncia da lide – chamamento em garantia (ou à autoria) – exprime a propositura antecipada e condicionada de uma ação de provimento condenatório – de regresso – do denunciante em face do denunciado que será decidida na mesma sentença em que o for a ação originária em que, em geral (embora não necessariamente e nem sempre), o denunciante é réu (arts. 70 a 76, do CPC)” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Da denúncia da lide*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 160.

⁸⁸ Art. 70, do CPC: “A denúncia da lide é obrigatória”:

I e II – (*omissis*)

III – *“àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”*.

Art. 37, §6º, da CF: “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 primeira, encampada por doutrinadores de tomo, tais como Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Odete Medauar, José dos Santos Carvalho Filho e Lucas Rocha Furtado⁸⁹, sustenta a inviabilidade do instituto, porquanto, dentre outros argumentos, (i) não há previsão constitucional da obrigatoriedade da vítima em litigar contra o agente⁹⁰; (ii) estaria havendo mesclagem do tema responsabilidade objetiva, do Estado, com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva, do funcionário e injusto retardamento da solução da vítima contra o Estado, em função da inserção de novo conflito de interesses (Estado x servidor), baseado em fundamentos diversos (responsabilidade subjetiva)⁹¹ e (iii) se admiti-la, pode haver enriquecimento ilícito do Estado, pois este estaria recebendo a indenização antes de pagar à vítima do ilícito (faltaria interesse de agir em ventilar a lide de regresso antes da efetiva indenização à vítima)⁹².

A segunda, por sua vez, balizada por Yussef Said Cahali⁹³ e Maria Sylvia Zanella de Pietro⁹⁴, segue posição intermediária. Segundo os doutrinadores, com o fim de prestigiar o princípio processual da economicidade, nos casos em que há a culpa anônima do serviço ou decorrente do risco do serviço, nos quais não há arguição de culpa ou dolo do agente, não cabe a denúncia da lide; contudo, quando se trata de ação fundada em responsabilidade objetiva, com arguição concomitante de culpa (ou dolo) do agente público, é possível a denúncia da lide, assim como o litisconsórcio facultativo ou a propositura de ação diretamente contra o agente público.

Por fim, a terceira corrente, com menor número de adeptos, apregoa a plena possibilidade da denúncia da lide ao agente. Para Adilson Abreu Dallari: “*Até convencimento em contrário entendemos ser obrigatória⁹⁵ a denúncia da lide*”⁹⁶.

⁸⁹ FURTADO, op. Cit., p. 1015.

⁹⁰ MEIRELLES, op. Cit., p. 563.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit., p. 840-841.

⁹² CARVALHO FILHO, op. Cit., p. 436.

⁹³ CAHALI, op. Cit., p. 160.

⁹⁴ DI PIETRO, op. Cit., p. 662.

⁹⁵ Em sentido oposto à obrigatoriedade da denúncia da lide, Érico Andrade disserta: “Não se pode concordar, porém, com o entendimento no ponto em que registra ser obrigatória a denúncia da lide, pois, [...], nas hipóteses do art. 70, III, do CPC, o não oferecimento da denúncia da lide não acarreta a perda do direito de regresso, que poderá, depois, ser exercitado em ação autônoma. Nesse sentido, confira-se, ainda, entendimento do STJ (AgRg-REsp 316.886/RN, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 22.04.2003, p. 197): ‘Admite-se que o Estado promova a denúncia da lide envolvendo agente seu nas

Diógenes Gasparini, por sua vez, pontua que: “*se dirigida contra a Administração Pública, deve o agente causador do dano ser denunciado à lide, nos termos do art. 70, III, do CPC*”⁹⁷.

Na jurisprudência prevalece o entendimento da não aplicação e/ou não obrigatoriedade da denúncia da lide.

O Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de sua competência, pacificou a *não obrigatoriedade*, conforme se extrai dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CARTÓRIO NÃO OFICIALIZADO. ATIVIDADE DELEGADA. ART. 22 DA LEI 8.935/1994. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO E SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. DESNECESSIDADE DE DENÚNCIAÇÃO À LIDE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ.

1 a 6. [...]

7. Não está configurada violação do art. 70 do CPC, na linha do raciocínio que solidificou a jurisprudência na Primeira Seção do STJ, no sentido de que é **desnecessária a denúncia à lide em relação à responsabilidade objetiva do Estado, sem prejuízo do direito de regresso em ação própria**. (grifo nosso)

8 a 10. [...]

(REsp 1.163.652/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 1.7.2010)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DENÚNCIAÇÃO À LIDE DO AGENTE CAUSADOR DO SUPOSTO DANO. FACULTATIVO. AÇÃO DE REGRESSO RESGUARDADA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. **A denúncia à lide na ação de indenização fundada na responsabilidade extracontratual do Estado é facultativa, haja vista o direito de regresso estatal restar resguardado ainda que seu preposto, causador do suposto dano, não seja chamado à integrar o feito**. (grifo nosso)

2. Precedentes: REsp 891.998/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008; REsp 903.949/PI, Rel.

ações de responsabilidade civil, no entanto, tal denúncia não é obrigatória, podendo o Estado, em ação própria, exercer seu direito de regresso em face do agente causador do dano”. ANDRADE, Érico. *Responsabilidade Civil do Estado e o Direito de Regresso*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 126.

⁹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 140.

⁹⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 1137.

Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007 p. 322; AgRg no Ag 731.148/AP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 220; REsp 620.829/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 279; EREsp 313886/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2004, DJ 22/03/2004 p. 188.

3. [...]

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.149.194/AM, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 23.9.2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - DIREITO DE REGRESSO - ART. 70, III, DO CPC.

1. A denúncia da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional.

2. A denúncia da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da CF/88 não é obrigatória, vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária.

3. Não perde o Estado o direito de regresso se não denuncia a lide ao seu preposto (precedentes jurisprudenciais). (grifo nosso)

4. Embargos de divergência rejeitados.

(EResp 313.886/RN, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.3.2004)

O Supremo Tribunal Federal guia-se no mesmo diapasão, com o acréscimo da *impossibilidade de litisconsórcio passivo facultativo* entre o ente estatal e o agente público. No julgamento do RE 344.133/PE⁹⁸, de relatoria do Ministro Marco

⁹⁸ O mesmo entendimento foi adotado no julgamento do RE 327.904. Transcrevemos, por ser útil, a ementa do julgado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que *somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e*

Aurélio, assentou-se que o agente público, na medida em que responde ao ente público ao qual vinculado mediante culpa, é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação indenizatória contra o Estado. Por oportuno, lancemos a *quaestio iuris* ventilada no aresto paradigma, *in resumis*:

[...] a ação por danos causados pelo agente deve ser ajuizada contra a pessoa jurídica de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. A razão de ser da atribuição, ao Estado-gênero ou a quem lhe faça as vezes, de reparar o dano causado é única. Revela responsabilidade, de regra objetiva, com a finalidade de não inibir o servidor ou o agente no desempenho das funções do cargo.

Não se pode, em Direito, confundir princípios, institutos, expressões e vocábulos. Nisso está a essência na arte de proceder em tal campo. Verificado o dano em razão de ato comissivo – responsabilidade objetiva – ou omissivo – subjetiva – em serviço, ao beneficiário da norma constitucional **não cabe escolher contra quem proporá a ação indenizatória – se contra o Estado, ou quem lhe faça o papel, ou o servidor. De legitimação passiva concorrente não se trata.**

[...]

Em síntese, o **recorrido não tinha ação a formalizar contra o recorrente, em razão da qualidade de agente deste último. Os atos praticados o foram personificando a pessoa jurídica de direito público e é esta a parte legítima para responder à ação indenizatória**⁹⁹. (grifos nossos)

Quer dizer, não obstante seja entendimento de Turma, e não de Plenário do STF, é possível asseverar, atualmente, que restou superada a orientação firmada no RE 90.071¹⁰⁰, vale dizer, *a pessoa que sofreu o dano não pode ajuizar a ação de*

civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (grifo nosso)

(RE 327904, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78).

⁹⁹ RE 344133, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-05 PP-00901 RTJ VOL-00207-03 PP-01203.

¹⁰⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA O ENTE PÚBLICO E O FUNCIONÁRIO CAUSADOR DO DANO - POSSIBILIDADE. O FATO DE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVER DIREITO REGRESSIVO AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO CONTRA O FUNCIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO DANO NÃO IMPEDE QUE ESTE ÚLTIMO SEJA ACIONADO CONJUNTAMENTE COM AQUELAS, VEZ QUE A HIPÓTESE CONFIGURA TÍPICO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - VOTO VENCIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

*indenização simultaneamente contra a pessoa jurídica e o agente público, em litisconsórcio*¹⁰¹.

Consoante se nota, com a transcrição dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, a principal motivação pela inviabilidade do instituto é a dualidade de fundamento de responsabilidade entre agente e Estado e a suposta demora na prestação jurisdicional, por processamento de incidente, não incomum, lento.

Neste trabalho, mormente em seu capítulo 3, caminharemos dentro da responsabilidade civil do Estado interna aos presídios, em que o ato causador do dano parte de agentes penitenciários e/ou agentes de polícia. *Data maxima venia* aos entendimentos perfilados pelas instâncias superiores, *entendemos pela possibilidade, e, ainda, utilidade da denúncia da lide ao agente público, tanto nos casos de responsabilidade omissiva quanto objetiva*. Cuida-se de resolver, em um único processo, lides interdependentes, com a inevitável diminuição de processos do já abarrotado Judiciário, a privilegiar os princípios processuais modernos da economia e da celeridade processuais, e, ainda, faculta ao agente público a possibilidade de discutir o montante da indenização pleiteada, para assegurar o seu justo valor, poder este do qual não se pode olvidar. Importante destacar, nesse tocante, que, *acaso seja extremamente difícil identificar a culpa do agente*, a regra deve ser a *impossibilidade de denúncia da lide*, visto que, na hipótese, é inegável o prejuízo processual, face à demora, à vítima que busca reparação patrimonial ou extrapatrimonial. Aqui, adotamos, em parte, o entendimento de Yussef Said Cahali, como anteriormente destacado no texto (referência de nº 93).

De mais a mais, incute nos servidores maior senso de responsabilidade no seu labor diário, visto que não se desconhece que o Estado adimpli a indenização ao

(RE 90071, Relator (a): Min. CUNHA PEIXOTO, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/1980, DJ 26-09-1980 PP-07426 EMENT VOL-01185-01 PP-00359 RTJ VOL-00096-01 PP-00237).

¹⁰¹ Embora muito improvável, haja vista a grande probabilidade de não satisfação da pretensão, é possível que a vítima direcione sua ação apenas contra o agente público, situação na qual a responsabilidade do agente será apurada segundo as regras ordinárias da culpa aquiliana civilista.

qual é condenado e “esquece”¹⁰² ou é extremamente lento, a ponto de se consumir a prescrição, em regressar ao patrimônio do agente público¹⁰³.

2.6 Prazo de prescrição para pleitear reparação em juízo

O Decreto 20.910, de 6/1/1932, dispõe, em seu art. 1º, que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”. O superveniente art. 1º-C, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela MP nº 2.180/01, por sua vez, não só ratificou o prazo previsto no Decreto, como o estendeu às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Reza o dispositivo:

Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Todavia, segundo se entendeu à época, com a promulgação do novo diploma civil, em 2002, passou a ser de três anos¹⁰⁴ o prazo prescricional para a pessoa que tenha sofrido um dano decorrente de atuação de agente da pessoa jurídica

¹⁰² Conquanto seja obrigação do agente incumbido de promover a ação regressiva. A Lei 4.619/65, que regula o procedimento na esfera federal, explicita que o direito de ajuizar a ação regressiva nasce com o trânsito em julgado da decisão que condenar a pessoa jurídica administrativa a indenizar. Nos termos dessa lei, o ajuizamento da ação regressiva é obrigatório, e deve dar-se no prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Administração Pública (esse prazo, se descumprido, poderá acarretar responsabilização disciplinar do agente que esteja obrigado a ajuizar a ação regressiva, mas não ocorre extinção do direito de regresso da Administração Pública, uma vez que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, nos termos da parte final do §5º do art. 37 da Carta Magna).

¹⁰³ Em sentido contrário é o escólio de Márcia Andrea Buhring: “Qual a real importância da denúncia em face da responsabilidade do Estado? *Nossa posição é em defesa da justiça*, pois não é necessário/possível denunciar a lide, seria impor o art. 70, do CPC à Constituição Federal/88”. BUHRING, Márcia Andrea. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson IOB, 2004, p. 183. (grifos da autora)

¹⁰⁴ Art. 206 do CC. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil;

de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (inclusive de delegatárias de serviços públicos) ajuizar a ação de indenização.

Por muito tempo, o colendo Superior Tribunal de Justiça abraçou o prazo trienal previsto no Código Civil, consoante se nota dos julgados abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **PRESO. LESÕES CORPORAIS.** INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. AGRAVO RETIDO. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM. NOVO CÓDIGO CIVIL.

I e II – (*omissis*)

III - A teor do artigo 2.028, do novo *Codex*, a lei anterior continuará a reger os prazos, quando se conjugarem os seguintes requisitos: houver redução pela nova lei, e, na data de vigência do novo Código, já se houver esgotado mais da metade fixado pela lei revogada (Decreto nº 20.910/32, no caso).

IV – (*omissis*)

V - **Prescrição que não se verifica, pois a ação foi ajuizada em 21.03.2005, quando não ultrapassados ainda os 3 anos, considerando a data da vigência do novo Código Civil.** (grifo nosso)

VI e VII – (*omissis*)

(REsp 982.811/RR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 16/10/2008)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA TRÊS ANOS.

1. O legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto nº 20.910/32.

2. **O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil – art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 – prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.**

3. Recurso especial provido.

(REsp 1137354/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009)

No entanto, a egrégia Corte Superior revisou o seu entendimento, e hoje se considera *pacífica a aplicação do prazo quinquenal previsto no Decreto 20.910/32.*

Confira-se o recente julgado:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO. DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. **O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as ações que visam discutir a responsabilidade civil do Estado prescrevem em cinco anos, nos termos do Decreto 20.910/32.** Precedentes. (grifo nosso)

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1244283/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013)

No concernente ao termo inicial da pretensão, elucidativa a doutrina de Lucas Rocha Furtado:

O termo inicial para a propositura da ação de indenização contra o Estado, conforme dispõe o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, é a data do ato ou fato que deu origem à ação de indenização. [...] Caso o evento, fato ou ato danoso resulte em invalidez ou incapacidade para o particular, o termo *a quo* para ajuizamento de ação de indenização contra o Estado não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometida (REsp 673.576/RJ). Na eventualidade de o fato danoso se caracterizar como *ilícito penal*, o termo *a quo* da prescrição quinquenal para a propositura da ação de indenização é o *trânsito em julgado da sentença criminal*¹⁰⁵.

Frise-se, por pertinente, que a ação exercida pelo poder público em face de seu agente, em sede de regresso, é imprescritível¹⁰⁶, por ordem constitucional¹⁰⁷. E, sobreleva notar, nessa seara, que o seu exercício, à evidência, tem como pressuposto lógico a satisfação do pagamento da condenação à vítima do prejuízo, seja pela Administração, seja pela empresa responsabilizada perante o autor da ação.

¹⁰⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1016.

¹⁰⁶ Há quem divirja da imprescritibilidade. Para Érico Andrade, “interpretação que confira à norma do art. 37, §5º, CF como acolhedora de hipótese de imprescritibilidade de ação de ressarcimento do Poder Público para reaver prejuízo ao erário, não se coaduna com o princípio da segurança jurídica e com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não há nenhuma justificativa principiológica para se premiar o Poder Público inerte com a imprescritibilidade das ações de reparação. Muito ao contrário, tal ‘prêmio’ atenta contra a sistemática constitucional”. (ANDRADE, op. Cit., p. 97).

¹⁰⁷ Art. 37, § 5º, da Constituição Federal “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Nesse diapasão, conclui-se que o prazo prescricional aplicável às ações de reparação é o quinquenal previsto no Decreto 20.910/32, com termo inicial, em regra, com o conhecimento da lesão pela vítima (princípio da *actio nata*).

CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDADE ESTATAL NO CUIDADO DE ENCARCERADOS

3.1 Direito fundamental à integridade física e moral do detento: art. 5º, XLIX, da Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerada a Constituição Cidadã, trouxe inúmeras garantias individuais e sociais a todos os seres humanos, ou seja, não cuidou de discriminar nacionais e estrangeiros, salvo questões próprias de nacionalidade.

E dentre os direitos e as garantias elencados no famoso art. 5º da Carta Magna, consta um *rol específico destinado à proteção de detentos*, tais como proibição de penas cruéis, garantia do devido processo legal, princípio da individualização da pena, dentre outros. Destaca-se no âmbito deste trabalho monográfico o comando normativo insculpido em seu inciso XLIX, de seguinte teor: “**é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral**”¹⁰⁸.

Todavia, basta uma simples visita a qualquer estabelecimento prisional no Brasil para se notar a ausência de efetividade dessa norma constitucional. O seu cumprimento encontra-se relegado a segundo plano, muitas vezes negligenciado por falta de vontade política - que, não raras vezes conta com apoio expressivo da população - corriqueiramente avessa a presos -, ou mesmo por questões de ordem econômica.

Não se pode permitir flagrante inadimplência. A norma protetora deve ser garantida em toda a sua plenitude. Não se pode descurar de sua aplicabilidade,

¹⁰⁸ Em legislação especial, consta do art. 125 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “*é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança*”. Por constituir norma benéfica, aplicável se mostra a aplicação a qualquer detento, independentemente de ser criança ou adolescente, em exercício da analogia penal *in bonam partem*.

mormente quando diplomas internacionais preveem similar salvaguarda, autorizada pelo próprio texto constitucional¹⁰⁹.

Garantir condições dignas de sobrevivência àqueles desprovidos de liberdade é, em última razão, efetivar as bases do princípio da dignidade humana.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana constitui-se em:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de 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 à 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 humanos¹¹⁰.

Para Luís Roberto Barroso, a dignidade humana representa:

[...] superar a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente. Tem relação com a liberdade e valores do espírito e com as condições materiais de subsistência da pessoa¹¹¹.

Hoje, muito se fala na simples repressão do crime e na limpeza das ruas, com a indispensável atuação do Estado em garantir o ir e vir da população em um ambiente social tranquilo e saudável. Porém, não obstante a nobreza do objetivo, não

¹⁰⁹ O rol de direitos fundamentais dispostos na CF/88 é do *tipo exemplificativo*, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, forte no §2º de seu art. 5º. Sobreleva notar, nessa seara, *verbi gratia*, que os tratados de direitos humanos, cujo teor, não raras as vezes, garante melhores condições de vida aos presidiários, aprovados pelo Congresso Nacional nos termos do §3º do art. 5º da CF, ostentam natureza de emenda constitucional. Ainda que ratificados antes da EC nº 45/04, que conferiu a redação do dispositivo, possuem natureza supralegal (melhor posição hierárquica que leis ordinárias), consoante ficou assentado no julgamento do RE 349.073. Afigura-se, portanto, gritante a importância dada pelo ordenamento jurídico brasileiro, assim como por diplomas estrangeiros, à proteção das pessoas privadas de sua liberdade, carecendo tão somente de efetividade. Cite-se, por exemplo, a Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir A Tortura (1985), ratificada pelo Brasil e extremamente valiosa na prevenção de tratamentos desumanos a presidiários.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38.

se pode simplesmente encaminhar os infratores à prisão, muitas vezes de forma cautelar, sem qualquer julgamento de mérito definitivo¹¹², mantendo-se as condições carcerárias nos moldes em que se encontram. É preciso, inicialmente, traçar um plano de cuidado e restabelecer a agenda de proteção e cuidados de todos os estabelecimentos prisionais do Brasil, sem exceção, para que se cumpra e que se valorize o comando constitucional.

Infelizmente, a grande maioria da população concebe o preso como um ser humano tolhido de seus direitos¹¹³, que passa a ser tratado como coisa, que vive em um mundo paralelo à realidade, onde a força bruta do Estado anula o ser dotado de razão à medida que passa a intimidá-lo com o pretexto de manter a ordem e a segurança social.

Ao permitir o ingresso de vultosa quantidade de detentos em uma prisão, descuida-se a própria Administração Pública de um dos pilares do regime de execução penal brasileiro, que é o de *ressocializar o infrator*¹¹⁴. Na ausência de condições mínimas de permanência dentro de um presídio, é óbvio que a tão almejada recuperação do indivíduo infrator e o seu retorno à sociedade tornam-se objetivos deveras remotos, quiçá ilusórios. O egresso do sistema prisional, nesse descortino, fatalmente voltará a delinquir.

¹¹² Salvo as hipóteses de necessidade do recolhimento cautelar, consoante arts. 313 e 319 do CPP, a regra geral é a sujeição do réu da ação penal ao acompanhamento processual em liberdade, em vista do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

¹¹³ “Isso ocorre porque muitas vezes o preso deixa de ser visto como cidadão que tem assegurado todas as garantias constitucionais, pelo simples fato de estar privado de sua liberdade, o que não pode mais ser tolerado. O cidadão-presos precisa ser reconhecido como ser dotado de dignidade, entendendo-se esta como qualidade inerente à essência do ser humano, bem jurídico absoluto, portanto, inalienável, irrenunciável e intangível” (SARLET, op. cit., 2002, p. 125).

¹¹⁴ “A partir dessa realidade, outro questionamento é necessário: como garantir a integridade física e moral do cidadão-presos, se o presídio abriga mais do dobro de sua capacidade e, a pretexto de manter a segurança, esquece-se dos direitos mais básicos do ser humano? Que necessidade há em submeter o cidadão-presos a esse tipo de desumanidade? Que controle mantém o poder militar que, para manter a segurança, precisa retirar do indivíduo o que lhe é mais salutar - a própria dignidade? O que se constata é que, na prática, o cidadão-presos perde muito mais do que sua liberdade. Perde sua dignidade. Está submetido à humilhação e acaba se sentindo um nada. E é nesse contexto que, depois de cumprida a sua passagem pela casa prisional, voltará ao convívio social. Estigmatizado. Rotulado. Sem possibilidade de adaptação. Invariavelmente retornará à criminalidade”. (DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão-presos: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-presos-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 19 fev. 2013).

Deve-se procurar inculcar na cabeça de governantes e na população de modo geral que o preso conserva os demais direitos adquiridos enquanto cidadão, que não sejam incompatíveis com a sua "liberdade de ir e vir", *à medida que a perda temporária do direito de liberdade em decorrência dos efeitos de sentença penal refere-se tão somente à locomoção.*

Adverte Cezar Roberto Bittencourt:

A prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade, até porque não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações¹¹⁵.

Na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, cujo relatório final¹¹⁶ foi concluído em 2008, a Câmara dos Deputados apurou a situação caótica do sistema prisional brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios. Na conclusão do relatório, os deputados integrantes da referida comissão requereram toda ordem de expedientes aos Poderes Executivo e Judiciário, como planos de trabalho de ensino e a apuração rigorosa pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de infrações cometidas por juízes na aplicação da lei penal.

Não obstante o valor da iniciativa, à qual se credita boa dose de esperança de transformação, necessária se mostra a atuação diária de todos os envolvidos na recuperação dos encarcerados, ainda que de forma reflexa, indireta.

Cumprir consignar que há resolução¹¹⁷ do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) que prevê regras mínimas para o tratamento de presos no Brasil, em reforço ao direito fundamental previsto na Constituição Federal.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

¹¹⁶ Disponível em:
<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=1>.
Acesso em: 19 fev. 2013.

¹¹⁷ Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, publicada no DOU de 2/12/1994.

Todavia, conquanto haja positivação desses direitos, a prática é dissociada dos valores neles elencados.

Segundo o penalista Luigi Ferrajoli:

Cada vez que um inocente tem razão em temer a um juiz, significa que este se encontra fora da lógica do Estado de Direito: o medo, a desconfiança e a não garantia de inocência indicam a quebra da função própria da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam, por isso a presunção de inocência precisa ser (re) afirmada, para superação da crise de legitimidade do poder judicial e restituição do papel de garantes dos direitos fundamentais aos juízes. Em razão disso, atualmente, muito se tem discutido acerca da problemática dos direitos humanos. Busca-se o (re) conhecimento dos direitos fundamentais, mas que ainda não têm aplicabilidade, por ausência de vontade política, mas também por falta de comprometimento da sociedade, principalmente do operador do Direito¹¹⁸.

Lizandra Pereira Demarchi, em artigo no qual verificou as condições de determinado presídio do estado do Rio Grande do Sul, pondera que:

[...] o Direito evolui de acordo com a sociedade. Hoje, tem-se uma Constituição que deve servir de base para todo o ordenamento e para as ações do corpo social, que prevê a garantia dos direitos fundamentais, proíbe as penas cruéis, garante a integridade física e moral, enfim, o respeito à dignidade do ser humano. E a sociedade? Na contramão da sua própria história, continua exigindo o fuzilamento de qualquer acusado, cujo crime tenha um pouco mais de notoriedade. Isso é um retrocesso no Direito. Vai contra todas as conquistas universais. É preciso ir muito além para ver no preso um ser humano dotado de direitos e garantias, até porque também não é lícito ser julgado por quem não tem a função de julgar, como ainda insistem em fazer as pessoas descomprometidas e despreocupadas com a proteção e eficácia dos direitos fundamentais¹¹⁹.

Como é de fácil percepção, as normas garantistas não conseguem fazer frente à dura realidade social do sistema prisional. Para garantir o valor inserto no art. 5º, XLIX, da Carta Política, assim como outros direitos a ele correlatos, é preciso uma força-tarefa¹²⁰ para conscientizar maciça parcela da população¹²¹, desacreditada da

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Y Razón: teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 2000, p. 557-558 (tradução livre).

¹¹⁹ DEMARCHI, op. Cit., artigo da internet.

¹²⁰ Sobre a relação íntima entre direitos fundamentais e sociais, pondera com acuidade Flávia Piovesan: "Sem a efetividade dos direito econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a

transformação social que pode advir da pena impingida ao infrator e, conforme se verá nos tópicos seguintes deste trabalho, *procurar a judicialização de demandas em face do poder público para satisfação da pretensão de todos os condenados em ver os seus direitos fundamentais respeitados*.

Ora, não se trata de adotar ferrenha posição garantista e promover o endeusamento do réu. Cuida-se apenas de aflorar materialmente a dignidade da pessoa humana como faceta mestra do Estado Democrático de Direito.

3.2 Dever de guarda (poder de garante) do Estado

A partir do momento em que o Estado recolhe um indivíduo à segregação em qualquer estabelecimento prisional¹²², com vistas ao cumprimento de ordem

meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes”. (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 459).

¹²¹ Afirma Alessandro Baratta *apud* DEMARCHI que “se faz necessária a compreensão dos valores e dos comportamentos presentes na sociedade na qual se pretende reinserir o preso, porque não se pode falar em educação e reinserção, ou de modificação de excluídos, sem antes pensar em alterar a sociedade, a fim de que seja atingida a raiz do mecanismo de exclusão. (BARATTA, Alessandro *apud* DEMARCHI, Lizandra Pereira, op. Cit., artigo da internet).

¹²² A Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) define os **diversos tipos de estabelecimentos prisionais** em seus arts. 82 a 104:

TÍTULO IV

Dos Estabelecimentos Penais

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

[...]

CAPÍTULO II

Da Penitenciária

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

[...]

CAPÍTULO III

Da Colônia Agrícola, Industrial ou Similar

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. [...]

CAPÍTULO IV

Da Casa do Albergado

emanada de seu *ius puniendi* (poder de punir), a pessoa passa à sua tutela, momento a partir do qual tem integral responsabilidade sobre sua guarda, devendo, portanto, responder por qualquer ato capaz de provocar danos praticados no interior dessa instalação, ainda que provocado por terceiro.

Exsurge com a sua atuação, o dever (poder de garante¹²³) de assegurar condições de segurança aos que estão sob sua custódia.

A despeito de ter grassado na doutrina e na jurisprudência forte dissenso quanto à responsabilidade nos moldes objetiva ou subjetiva (por omissão), temos que a situação não é propriamente de responsabilidade por ato não realizado pelo Estado, um *non facere*, portanto. Mesmo na hipótese da lesão à integridade física do encarcerado ser causada por terceiros, é forçoso reconhecer especial participação estatal, que por ação positiva concorreu de modo eficiente, embora indireto, para o dano ocasionado, ao trazer a pessoa para uma situação de risco.

É certo que temos de considerar a carência existente no sistema penitenciário, seja por falta de planejamento ou mesmo por desinteresse de nossos governantes. Entretanto, também é correto dizer que tal realidade não deve servir de justificativa para a ineficiência do sistema e muito menos para deixar passar

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. [...]

CAPÍTULO V

Do Centro de Observação

Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação.

[...]

CAPÍTULO VI

Do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

[...]

CAPÍTULO VII

Da Cadeia Pública

Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

[...]

¹²³ O poder de garante (posição de garantidor) recebe especial relevo no campo das ciências criminais, mormente em sede de crimes omissivos impróprios. Acerca do tema, dispõe Rogério Grego: “o que a lei deseja, nessas situações por ela elencadas, é que o agente atue visando, pelo menos, tentar impedir o resultado. É como se ela lhe dissesse: ‘faça alguma coisa, porque você está obrigado a isto; caso contrário, o resultado lesivo será a você atribuído’”. (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal. Parte Geral*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 231).

despercebida a implicação de sequelas para aqueles que regularmente cumprem a pena a eles aplicada pelo Estado.

O confinamento da pessoa a determinado local configura a conduta comissiva do Poder Público que tem o condão de expor o aprisionado a situações sociais, emocionais e físicas peculiares, sendo-lhe retirada a prerrogativa de exercer plenamente o direito de liberdade. Em consequência, o Estado assume a integral responsabilidade pelos danos que possam ser causados em decorrência daquela situação especial em que foi colocado o detento.

*Ao assumir para si o *jus puniendi*, o Estado também recebe o *encargo de estabelecer uma estrutura hábil a preservar os direitos fundamentais das pessoas detidas e custodiadas em estabelecimentos penitenciários.**

Corroborando com essa vertente, como discriminado no tópico anterior, o preceito estabelecido no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, que dispõe ser assegurado ao preso **o respeito à sua integridade física e moral, direito de natureza fundamental**¹²⁴.

A norma estabelece um direito, mas, ao mesmo tempo, uma garantia, assegurando-se ao preso que a sua integridade física e moral serão preservadas enquanto mantido no estabelecimento público. Essa segurança deve ser promovida pelo Estado, que assume o ônus de qualquer lesão causada à pessoa sobre a qual pende sua guarda.

As condições do sistema carcerário são bastante conhecidas e frequentemente noticiadas pela mídia, envolvendo celas superlotadas, parca qualidade de higiene, ocorrência de agressões, por vezes praticadas pelas autoridades, outras entre os próprios detentos, e a ocorrência de rebeliões, motins e incêndios. Dessa forma, ainda que se possam ventilar dirimentes de responsabilidade, como culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiros ou, até mesmo, força maior, trata-se de *arguição despida de qualquer respaldo, porquanto são acontecimentos que se inserem no juízo de previsibilidade e evitabilidade do administrador público.*

¹²⁴ O referido dispositivo é repetido no artigo 38 do Código Penal, e ainda no artigo 41 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984).

Qualquer ente federativo tem o dever de zelar pela incolumidade e integridade física dos administrados que estão sob sua guarda, com o emprego de todas as medidas necessárias ao fiel cumprimento deste ônus, sob pena de responder objetivamente pelos danos experimentados em razão de sua inércia e negligência.

Quando o Estado prende uma pessoa, o faz, como a própria lei penal consagra, em regime de exceção, pois a liberdade é a regra. Assim, quando o Estado aprisiona um cidadão, assume um ônus: *o de zelar pela higidez física e até psíquica do preso, desde sua prisão até a sua soltura, possuindo o dever de vigilância e guarda dos seus detentos, sob pena de responder civilmente caso se omita a esse respeito.*

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

Destarte, se um detento fere, mutila ou mata outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada detento está sempre sujeito e exposto a situações agudas de risco¹²⁵, inerente e próprio do ambiente das prisões onde convivem pessoas de alta periculosidade e, porque no ócio e confinados, estão sempre exacerbados e inquietos¹²⁶.

¹²⁵ Acerca do clima tenso que rege as relações humanas dentro dos presídios, descreve Dráuzio Varella em seu livro “Carcereiros”: “Uma cadeia obedece a leis e códigos de conduta próprios, e um tênue equilíbrio de forças mantém a ordem entre os dois lados das grades. De um lado, os presos, frequentemente apinhados em condições subumanas, esquecidos pelo poder público. De outro, os agentes responsáveis por vigiá-los. [...] Com os argumentos de que a situação no pavilhão vizinho se deteriora e que serviriam de alvo fácil para os tiros dos PMs na muralha caso permanecessem expostos no pátio, foi possível convencê-los a subir para os andares do Oito. Soltos nos andares, os presos tomaram a providência característica dos momentos de crise: desentocaram as facas. Nessas oportunidades costumam armar-se, menos para agredir os policiais que invadem a cadeia com cães e metralhadoras – a luta seria igual – do que para fazer frente a eventuais ataques desfechados por inimigos internos que porventura se aproveitem da confusão”. (VARELLA, Dráuzio. *Carcereiros*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 9).

¹²⁶ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1319-1321.

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

Portanto, o Estado, no exercício do poder que a lei lhe confere de fazer juízo de valor sobre o comportamento das pessoas e lhes impor pena privativa de liberdade como punição, tem o dever de guarda e incolumidade sobre seus condenados e encarcerados.

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

Nos dizeres de Yussef Said Cahali:

Na realidade, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação de sua integridade corporal, protegendo-se de eventuais violências que possam ser contra eles praticadas, seja da parte dos agentes públicos, seja da parte de outros detentos, seja, igualmente, da parte de estranhos¹²⁷.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho, citando o jurista Guilherme Couto de Castro, esclarece que:

Não é correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano superveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

Prossegue o doutrinador:

[...] no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será

¹²⁷ CAHALI, op. Cit., p. 398.

suficiente para a responsabilidade do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão¹²⁸.

A obrigação de preservar a intangibilidade física dos detentos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento prisional, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os presos que se acharem sob sua guarda. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal¹²⁹ do detento, ou até mesmo causado a sua morte, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do

¹²⁸ CAVALIERI, op. Cit., p. 239.

¹²⁹ Em julgamento de apelação civil, em que detento postulava indenização por perda parcial da visão, assentou o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETENTO AGREDIDO VIOLENTAMENTE POR OUTROS DETENTOS. PERDA DA VISÃO DO OLHO ESQUERDO. DEVER ESPECÍFICO DO DISTRITO FEDERAL DE ZELAR PELA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DE TODOS OS INTERNOS QUE SE ENCONTRAM SOB SUA CUSTÓDIA. ART. 5º, XLIX, DA CF. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. PENSÃO MENSAL E VITALÍCIA.

1. O Estado tem o dever específico de tomar todas as medidas necessárias para assegurar a integridade física dos seus custodiados, nos termos do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, o que efetivamente não ocorre quando o agente público expõe o encarcerado à presença de menores de alta periculosidade egressos do CAJE, sem a escolta ou supervisão de nenhum agente penitenciário. Vale dizer: a conduta do agente administrativo foi causa direta e imediata do não impedimento da agressão sofrida pelo autor (omissão específica). 1.1. Configurado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do ente distrital e o evento danoso, deve responder objetivamente pelos danos advindos da lesão corporal de natureza gravíssima. 1.2. Precedente do STF. 1.2.1 "Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos." (RE 272.839, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 8-4-2005.). Precedente da Turma: "1. Na linha jurisprudencial do colendo STF, bem como do egrégio STJ e desta Corte de Justiça, a responsabilidade civil do Estado em razão da morte de indivíduo preso ou sujeito à medida socioeducativa de internação é objetiva, pois o Estado tem o dever constitucional e legal de zelar pela integridade física e moral do custodiado (art. 5º, XLIX, da Constituição Federal e art. 125 do ECA)". (TJDFT, 20050110892832APC, Relator Angelo Passareli, DJ 18/08/2011 p. 210). (grifo nosso)

2 e 3. [...]

4. É presumível, por evidência, que o dano sofrido pelo autor (perda do globo ocular esquerdo) lhe ocasionou a redução de sua capacidade laboral, sendo, portanto, correto o arbitramento de pensão vitalícia, ainda que não comprovado que o autor exercia atividade laboral antes de ser recolhido à prisão. Precedentes do STJ. 3.1. Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha fixado como base de cálculo da pensão o valor de 1 (um) salário mínimo, no caso de incapacidade apenas parcial, deve tal valor ser reduzido à metade, porquanto o autor poderá continuar a trabalhar, ainda que com limitações.

5. Recurso improvido.

(Acórdão n.579764, 2004011231275APO, Relator: JOAO EGMONT, Revisor: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, Publicado no DJE: 23/04/2012. Pág.: 149).

fato lesivo, achava-se sob sua guarda, atenção, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários penitenciários¹³⁰.

Em suma, o confinamento de pessoas condenadas pelo Estado-juiz pressupõe sua entrega à guarda e vigilância da administração carcerária. Passou-se a integrar a esfera de vigilância do Estado, deve lhe ser garantida a incolumidade física e moral.

3.3 A responsabilidade estatal no novo modelo de gestão dos presídios: a gestão privada nos contratos de PPP

Adentraremos, agora, o campo da responsabilidade estatal no novo modelo de gestão de presídios, concretizado por intermédio de Parcerias Público-Privadas (PPPs), modelo este ainda em fase incipiente, mas que, em vista de debates acerca do tema, parece contar com grande número de adeptos.

Em sentido amplo, as parcerias público-privadas compreendem diversas formas de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada, com vistas ao desenvolvimento de infraestrutura e de serviços de interesse público. A iniciativa privada entra com a capacidade de investir e de financiar, com a flexibilidade e com a competência gerencial e operacional, enquanto o setor público assegura a satisfação do interesse público.

Elas são modalidades específicas de contratos de concessão, instituídas e reguladas pela Lei 11.079/04, a qual estabelece normas gerais aos órgãos da administração pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios. Trata-se de lei que não suprime a capacidade legiferante dos estados em

¹³⁰ “Seria exemplo, também, a lesão sofrida por um preso, dentro da penitenciária, em um briga com um companheiro de cela. Da mesma forma, não terá sido a atuação de um agente público a causa do dano, e sim um a omissão do Estado, que não atuou diligentemente a fim de impedir a lesão sofrida pela pessoa que estava sob sua custódia. Existe, a rigor, nessas hipóteses, uma presunção em favor da pessoa que sofreu o dano: a presunção de que houve uma omissão culposa do Estado. Assim, a pessoa que sofreu o dano não precisa provar a ‘culpa administrativa’, uma vez que esta é presumida. Como não há necessidade de provar a ‘culpa administrativa’, a responsabilidade é do tipo objetiva”. (ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente, op. cit., p. 764).

regular questões específicas, visto que possui abrangência nacional apenas em alguns dispositivos.

A Lei 11.079/04 prevê duas modalidades de concessão: a *patrocinada* e a *administrativa*. Acerca da distinção das duas formas, Irene Patrícia Nohara esclarece:

A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, §1º). A concessão administrativa, por sua vez, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens¹³¹.

As Parcerias Público-privadas oferecem inúmeras vantagens, como maior eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego de recursos da sociedade, distribuição de riscos, encargos e responsabilidades e condiciona o pagamento do parceiro privado, na modalidade patrocinada, aos estritos termos do contrato firmado.

Acerca da distinção do regime de pagamento da concessão comum (Lei 8.987/95) do regime da PPP (Lei 11.049/04), professor Lucas Rocha Furtado:

A contraprestação a ser paga pelo parceiro público em favor do privado, no modelo de PPP, se afasta dos pagamentos efetuados sob o regime dos contratos administrativos comuns, porque deve ser obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato. Vale dizer, somente quando o empreendimento tiver sido disponibilizado, pode o parceiro público iniciar o pagamento da sua contraprestação em favor do parceiro privado¹³².

Não iremos nos estender às peculiaridades deste regime especial de contratação entre ente público e sociedades privadas, porquanto não é o escopo deste trabalho. Apenas iremos margear os pontos marcantes desse modelo no âmbito específico da administração de presídios brasileiros, mormente quanto à responsabilidade extracontratual do poder concedente.

¹³¹ NOHARA, op. Cit., p. 508.

¹³² FURTADO, op. Cit., p. 597.

O Brasil já conta com um presídio em pleno funcionamento¹³³ sob o regime das PPPs, na modalidade administrativa (pagamento integral dos custos pelo poder público), sediado no município de Ribeirão das Neves, no estado de Minas Gerais, e outro em fase final de construção, localizado na cidade de Itaquitinga, em Pernambuco. Com a conclusão do presídio nordestino, será incrementada a capacidade prisional brasileira em quase 7000 vagas¹³⁴.

Busca-se com o novo modelo disponibilizar vagas no menor espaço de tempo possível e melhorar a gestão dos presídios. Importante notar que apenas parte da gestão é transferida ao parceiro privado, visto que a segurança externa (área de segurança do presídio) e a disciplina interna continuam sob o poder estatal. Permanece, ainda, sob o cuidado do Estado o transporte dos detentos para tratamentos de saúde e audiências no Poder Judiciário. Os cargos de diretor-geral, diretor de segurança e de administração continuam sendo cargos em comissão, providos pelo ente estatal competente¹³⁵.

A iniciativa é deveras louvável, principalmente quando inserida no avassalador cenário da situação carcerária brasileira, com 549.577 encarcerados e ausência de 250.504 vagas¹³⁶.

No tocante à responsabilidade do poder concedente (parceiro público), entendemos que há não mudança da regra geral ínsita à modalidade contratual de concessão de serviço público – a modalidade administrativa de PPP a ela se assemelha.

¹³³ Os presos começaram a ser removidos ao presídio de Ribeirão das Neves-MG no dia 18/01/2013. Disponível em: < <http://noticias.r7.com/minas-gerais/noticias/minas-inaugura-primeira-penitenciaria-privada-do-pais-20990115.html>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

¹³⁴ O presídio de Ribeirão das Neves - MG tem capacidade para 3000 detentos. O de Itaquitinga - PE terá para 3126 presos. O prazo de concessão será de 27 anos para o primeiro e de 30, para o segundo.

¹³⁵ Há previsão legal de provimentos destes cargos, presente nos arts. 75 e s. da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

¹³⁶ Dados do Ministério da Justiça, de junho de 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9%2D4C68%2D4006%2D8B16%2D24D28407509C%7D%3B&UIP artUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua o instituto da concessão de serviço público:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço¹³⁷.

Via de regra, o concessionário assume todos os riscos do empreendimento ao executar o serviço, sendo da própria essência do instituto da concessão a transferência dos mesmos ao ente privado que assumiu a responsabilidade pela execução do serviço. Por esse motivo, *cabe-lhe responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos que causar ao poder concedente, aos usuários e também a terceiros.*

Nesse sentido, ensina o administrativista:

O concessionário - já foi visto - gere o serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios reitores da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional, o art. 37, § 6º, cujos termos são os seguintes: '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'¹³⁸.

No entanto, a regra comporta exceção. Admite-se a possibilidade de **responsabilização subsidiária do poder concedente** em situações em que o concessionário não possui meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa, consoante aponta a doutrina:

¹³⁷ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit., p. 499.

¹³⁸ Ibid., p. 514.

Não obstante, se, apesar disso, o concessionário não tiver meios efetivos para reparar os prejuízos causados, pode o lesado dirigir-se ao concedente, que sempre terá responsabilidade subsidiária pelo fato de ser o concessionário um agente seu. Insolvente o concessionário, passa a não mais existir aquele a quem o concedente atribuiu a responsabilidade primária. Sendo assim, a relação jurídica indenizatória se fixará diretamente entre o lesado e o Poder Público, de modo a ser a este atribuída a responsabilidade civil subsidiária¹³⁹.

Destarte, em razão de o dano ter sido causado por quem agia em nome do Estado - no exercício de serviço que tem como beneficiária toda a coletividade - e ter ocorrido somente em razão dessa condição, entendemos que ao poder concedente incumbe a responsabilidade pela reparação dos danos causados por seu agente, na impossibilidade de o concessionário fazê-lo.

Dessa forma, se qualquer dano advier a detento instalado em prisão sob o regime de parceria público-privada, deverá o interessado, inicialmente, buscar a reparação junto ao parceiro privado, inclusive judicializando, se for o caso, a demanda. Acaso não logre êxito em executar o direito lhe assegurado - por insolvência da empresa administradora-, deverá insurgir-se contra o patrimônio do Estado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é nessa senda. Confirmam-se os precedentes:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER CONCEDENTE. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário não possui meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa. Precedentes. (grifo nosso)

[...]

(REsp 1135927/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/08/2010)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.

¹³⁹ CARVALHO FILHO, op. Cit., p. 299.

1. As regras de Direito Administrativo e Constitucional dispõem que as empresas criadas pelo Governo respondem por danos segundo as regras da responsabilidade objetiva, e, **na hipótese de exaurimento dos recursos da prestadora de serviços, o Estado responde subsidiariamente (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).**

2. É defeso atribuir o cumprimento de obrigação por ato ilícito contraída por empresa prestadora de serviços públicos a outra que não concorreu para o evento danoso, apenas porque também é prestadora dos mesmos serviços públicos executados pela verdadeira devedora. Tal atribuição não encontra amparo no instituto da responsabilidade administrativa, **assentado na responsabilidade objetiva da causadora do dano e na subsidiária do Estado, diante da impotência econômica ou financeira daquela.** (grifos nossos)

3. Recurso especial provido.

(REsp 738026/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 22.8.2007).

Por outro lado, doutrinador de tomo, como Lucas Rocha Furtado, diverge da extensão da responsabilidade de forma subsidiária. Colha-se o seu escólio:

[...] pelos atos normais de gestão praticados pelo concessionário, não assume o poder concedente qualquer responsabilidade. Se a concessionária causa prejuízo a terceiros, a usuários, ou mesmo a seus empregados, o poder concedente não assume qualquer responsabilidade direta ou subsidiária. Não admitimos a existência de responsabilidade subsidiária do poder concedente pelos atos normais de gestão praticados pelo concessionário, inclusive em matéria trabalhista. Admitimos, todavia, responsabilidade direta do poder público caso ele não cumpra suas obrigações (Lei nº 8.987/95, art. 29), sendo, por exemplo, omissos no dever de zelar pela qualidade do serviço prestado¹⁴⁰.

Não obstante os judiciosos argumentos, pedimos vênias ao autor para sufragar o entendimento da responsabilidade subsidiária, por entendê-la mais consentânea com a pacificação social - visto que não pode o cidadão prejudicado arcar com o ônus da insolvência do concessionário-, e com a distribuição dos encargos sociais inerente à teoria do risco administrativo adotado pela Carta Magna (art. 37, §6º).

3.4 Responsabilidade por ato judicial: erro na execução penal

¹⁴⁰ FURTADO, op. Cit., p. 581.

A irresponsabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, sem embargo da concessão feita à reparação dos danos resultantes do *erro judiciário*¹⁴¹, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado.

Porém, considerar o Estado irresponsável pelos danos causados por atos jurisdicionais seria incoerente com o dispositivo previsto no inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença¹⁴²”, destinado aos danos oriundos de má aplicação da lei penal.

Relevante salientar que, a despeito de vozes contrárias, atualmente prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a norma contida no artigo 37, parágrafo 6º, do Texto Constitucional, em regra, *não* se aplica aos atos jurisdicionais, assim entendidos os atos praticados pelo magistrado na sua função típica, de dizer o direito aplicável ao caso concreto¹⁴³. Obviamente, se inseridos no exercício de atividade administrativa, não há porque afastar a regra.

Esse é o posicionamento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *in verbis*

¹⁴¹ “[...] quando se fala de *erro judiciário*, sem ulteriores especificações, trata-se de erro judiciário no juízo criminal. Mas existem erros judiciários fora da órbita penal; estes demais erros estão compreendidos nos *atos judiciais*, de que aquele é mera especialização” (CAHALI, op. Cit., p. 472).

¹⁴² No plano infraconstitucional, há previsão de indenização por erro judiciário no art. 630 do Código de Processo Civil: “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
b) se a acusação houver sido meramente privada”.

¹⁴³ É o que se colhe dos seguintes julgados:

“O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado **não** se aplica aos atos de juízes”. (STF, 2ª T., RE 553637 ED / SP, relª. Minª. Ellen Gracie, j. em 04/08/2009).

“A responsabilidade objetiva do Estado **não** se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. (STF, 2ª T., RE 429518 AgR / SC, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 05/10/2004).

“O princípio da responsabilidade objetiva do Estado **não** se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido”. (STF, 1ª T., RE 219117 / PR, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 03/08/1999).

[...] em relação aos atos não jurisdicionais praticados pelo juiz e pelos demais órgãos de apoio do Poder Judiciário, não há o que se discutir: sobre eles incide normalmente a responsabilidade extracontratual objetiva da Administração, na modalidade risco administrativo (CF, art. 37, §6º), porque se trata de meros atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário. Enquadram-se nessa categoria de atos todos aqueles que dizem respeito à atividade de apoio administrativo do Poder Judiciário, que tenham sido praticados pelo juiz ou por outros agentes daquele Poder (escrivães, motoristas, oficiais de justiça etc.)¹⁴⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tecendo severas críticas sobre o tema, afirma que os principais argumentos adotados para se afastar a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais são:

O Poder Judiciário é soberano; 2. Os juízes tem que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado; 3. O magistrado não é funcionário público; 4. A indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei¹⁴⁵.

Fora de discutirmos cada fundamento, impertinentes à finalidade deste trabalho, note-se, contudo, que o afastamento da responsabilidade civil objetiva do Estado relativamente aos atos jurisdicionais é excepcionado pela própria Constituição, apregoado no inciso LXXV do art. 5º, para assegurar modo diverso de responsabilidade, a fim de reparar o dano específico advindo de erro judiciário (âmbito penal), e não qualquer ato jurisdicional.

Saliente-se, ainda, que a despeito da natureza excepcional das hipóteses de responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, a elas se aplicam normalmente os requisitos intrínsecos à responsabilidade objetiva, quais sejam: o ato administrativo, o dano e o nexo causal, dispensada a comprovação da culpa e/ou do dolo do agente.

A esse respeito, assim se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do RE 505.393:

¹⁴⁴ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente, op. cit., p. 774.

¹⁴⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 662.

O tema genérico da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais é fascinante, sempre polêmico. Creio, porém, ser hoje opinião consensual da doutrina tratar-se de responsabilidade civil objetiva. Assim já me parecia evidente na disciplina do art.63 do Código de Processo Penal. Agora, **a sua constitucionalização no art.5º, LXXV, obviamente, não veio para criar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, do art.37, §6º, da Lei Fundamental:** a regra constitucional nova veio apenas, a partir do entendimento consolidado de que a regra é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelecer que, naqueles casos, a indenização constituiria garantia individual, **e, manifestamente, não submeteu à exigência de dolo ou culpa do magistrado**¹⁴⁶. (grifo nosso)

No perímetro da responsabilidade estatal por atos judiciais (dentro do campo penal), devem-se considerar as condições e circunstância da prisão ocorrida em qualquer fase do processo-crime, e os fundamentos da sentença ou decisão penal, que teriam determinado a sua libertação.

Só é possível responsabilizar-se o Estado por ato jurisdicional quando a parte provar existência de ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e a relação de causa e efeito entre o fato e o dano: *não há dever do Estado de indenizar pelo ato jurisdicional atacado, praticado dentro dos limites legais, sem abuso ou excesso de poder, quando, por exemplo, ao decretar prisão preventiva, o juiz pauta sua decisão com elementos dos autos, muito embora seja o réu, ao fim e ao cabo, absolvido pelo órgão julgador.*

O problema que hoje se coloca com maior intensidade, efetivamente, diz respeito aos danos causados pela prisão indevida, seja em razão de flagrante, como em caráter temporário, em decreto preventivo, ou por qualquer título, em processo criminal em que o sentenciado, mesmo em sede de revisão penal, é absolvido e posto em liberdade.

Se eventualmente extrapolar a duração máxima da pena, não há dúvida de que incide objetivamente a regra do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal. Doutra banda, se a hipótese é de prisão cautelar indevida, deve-se investigar o caso concreto

¹⁴⁶ (RE 505393, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00025 EMENT VOL-02292-04 PP-00717 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 296-310 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 161-168 RDDP n. 57, 2007, p. 112-119)

à procura de decisão judicial despida de qualquer embasamento legal apta a gerar dano.

Quanto à inviabilidade de indenização pela *mera* prisão cautelar, consigna Irene Patrícia Nohara, sob a escora da doutrina de Sérgio Cavalieri Filho:

Não se admite, via de regra, a responsabilidade do Estado por atividades cautelares, como a expedição de prisão preventiva, mesmo quando o réu ao final do processo venha a ser absolvido ou tenha sua sentença condenatória reformada por instância superior, desde que a medida seja fundamentada e obedeça aos pressupostos que a autorizam. Como bem enfatiza Sérgio Cavalieri Filho, **uma prisão preventiva, um processo ou mesmo um inquérito podem causar aborrecimentos, mas subordiná-los à existência de verdade absoluta no ocorrido seria, na prática, inviabilizar a distribuição da justiça, mesmo porque o processo contempla duas partes que litigam em contraditório**¹⁴⁷. (grifo nosso)

Sobre o tema, discorre Yussef Said Cahali, citando José de Aguiar Dias:

Aguiar Dias, na conferência, já observava que, 'ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, deve valer a mesma disposição'¹⁴⁸.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela procedência de indenização por dano moral na hipótese de prisão preventiva flagrante despregada das condições autorizadoras, segundo excerto do aresto abaixo:

[...] decretação de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa que foi submetida a investigação penal pelo poder público - **adoção dessa medida de privação da liberdade contra quem não teve qualquer participação ou envolvimento com o fato criminoso - inadmissibilidade desse comportamento imputável ao aparelho de estado - perda do emprego como direta consequência da indevida prisão preventiva** - reconhecimento, pelo tribunal de justiça local, de que se acham presentes todos os elementos identificadores do dever estatal de reparar o dano - não comprovação, pelo estado de São Paulo,

¹⁴⁷ NOHARA, op. cit., p. 805.

¹⁴⁸ AGUIAR DIAS, José de *apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 475.

da alegada inexistência donexo causal - caráter soberano da decisão local, que, proferida em sede recursal ordinária, reconheceu, com apoio no exame dos fatos e provas, a inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do poder público - inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária (Súmula 279/STF) - doutrina e precedentes em tema de responsabilidade civil objetiva do estado - acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do supremo tribunal federal - Recurso de Agravo Improvido. (grifo nosso)

(RE 385943 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 RT v. 99, n. 895, 2010, p. 163-168 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 152-161)

Na mesma senda vai a jurisprudência do STJ. Vale citar o aresto a seguir:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO ILEGAL POR 9 (NOVE) ANOS DE RECLUSÃO. CONDENAÇÃO DO AUTOR EM LUGAR DE OUTRO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA EFETIVA. IMPROCEDÊNCIA.

1. [...]

2. O aprisionamento ilegal do recorrente por 9 (nove) anos já faz prova suficiente do dano material sofrido, uma vez que este ficou impossibilitado de exercer qualquer espécie de trabalho, o que, por consequência lógica, implica redução, ou não crescimento, de seu patrimônio.

3. Assim, não há que se falar em violação do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, sendo o dano material presumido.

4. Em casos análogos, que cuidam de indenização material por dano presumido decorrente de responsabilidade civil do Estado, a condenação foi fixada também com base no pagamento de um salário mínimo mensal, como no presente caso.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1030890/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 27/04/2011)

A mesma arte faz-se necessária se o regime de cumprimento da pena é diversa da que o penado faz jus, como, corriqueiramente, face à omissão do Poder Público, na ausência de casa do albergado ou estabelecimento congênere, o beneficiário do regime aberto ou semiaberto vê-se obrigado a permanecer no regime fechado. É indene de dúvida a responsabilidade estatal, no caso.

Sobreleva consignar, do ponto de vista processual, que, em eventual insurgência contra o ente estatal, no polo passivo deve-se indicar apenas a pessoa jurídica de direito público interno responsável¹⁴⁹, e não a autoridade judiciária que exarou o ato ilegal¹⁵⁰.

Por derradeiro, é importante sintetizar: a regra é a inexistência de responsabilidade civil por atos jurisdicionais, empecilho criado pela própria gama de recursos disponíveis às partes litigantes para ver a decisão danosa afastada do cenário jurídico. Especificamente em relação ao erro judiciário, como vimos, excepciona-se essa regra. Nessa hipótese, a responsabilidade do Estado é objetiva, consoante iterativa jurisprudência, isto é, independe de dolo ou culpa do magistrado. Deve-se frisar, nesse campo, que o erro judiciário versado no inciso LXXV do art. 5º restringe-se à esfera penal. Na esfera cível, há diversas outras idiosincrasias, às quais não nos ateremos, por fugir do foco do trabalho.

3.5 Superlotação carcerária: possibilidade de dano moral?

O interesse na abertura deste tópico deu-se com o julgamento de Embargos de Divergência no REsp 962.934/MS¹⁵¹, no qual se questionava a

¹⁴⁹ [...] *A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 228977, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829)*

¹⁵⁰ Importante consignar que o juiz, no exercício de sua atividade judicante, apenas responde por seus atos na hipótese de dolo ou de fraude (art. 133, do CPC), não se permitindo apuração de culpa *stricto sensu*, ao revés do que ocorre com o servidor público comum, que responde por dolo e culpa, forte na parte final do §6º do art. 37 da Carta Política.

¹⁵¹ O julgamento do recurso recebeu a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETENTO. SUPERLOTAÇÃO. DANO MORAL. RESSARCIMENTO INDIVIDUAL POR DANO COLETIVO INCABÍVEL. PROBLEMA LÓGICO. **RETIRADA DE CUSTOS PARA SUPRIR INDENIZAÇÃO INDIVIDUAL QUE MAJORA O GRAVAME COLETIVO**. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIVALÊNCIA COM CASOS MAIS GRAVES. MORTE. INDENIZAÇÃO INDIVIDUAL COMO MEIO INVIÁVEL DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA PRISIONAL.

possibilidade de arbitramento por dano moral individual a cada detento submetido às já conhecidas condições degradantes do sistema prisional brasileiro. No origem, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por maioria, manteve a sentença do juiz *a quo* para condenar o estado a indenizar o preso requerente em R\$ 3.000,00 (três mil reais), por dano moral.

O voto divergente lavrado naquele Tribunal foi o do Desembargador Hamilton Carli, que julgou improcedente o pedido, afastando a indenização por dano moral com a seguinte fundamentação:

[...] é possível vislumbrar, simultaneamente, dois objetivos convergentes perante a Constituição: o atendimento às necessidades do preso e a economia de meios. Esta última é essencial para que, resolvido o caso particular do autor, sobre recursos para atender às demais necessidades básicas essenciais do restante da população (não só carcerária).

[...]

Desta forma, uma vez reconhecido o direito do autor, pelo princípio da isonomia, todos os detentos deveriam ser indenizados, o que geraria um dispêndio vultoso aos cofres do Estado. Não bastasse isso, a implementação da política pública prisional exige o direcionamento de recursos públicos, mas não sob a égide da conveniência e oportunidade puras do administrador, sendo constitucionalmente permitida a intervenção do Judiciário em questão desta natureza, pois, embora

1. Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Segunda Turma que deu provimento ao recurso especial para determinar a impossibilidade de obrigar o Estado a indenizar, individualmente, um detento em unidade prisional superlotada.

2. O que se debate é a possibilidade de indenizar dano moral que foi consignado pelas instâncias de origem; logo, o que se discute é a possibilidade de punir o Estado com tal gravame pecuniário, denominado no acórdão embargado como "pedágio masmorra"; a divergência existe, pois há precedentes da Primeira Turma no sentido da possibilidade de indenização: REsp 1.051.023/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 1º.12.2008; e REsp 870.673/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5.5.2008.

3. **O voto condutor do Min. Herman Benjamin - havido do recurso especial, cujo acórdão figura como embargado - deve ser mantido em seus próprios fundamentos, a saber que: a) não é aceitável a tese de que a indenização seria cabível em prol de sua função pedagógica; b) não é razoável - e ausente de lógica - indenizar individualmente, pois isto ensejará a retirada de recursos para melhoria do sistema, o que agravará a situação do próprio detento; e c) a comparação com casos que envolveram a morte de detentos não é cabível.**

4. **Como bem consignado no acórdão embargado, em vez da perseguição de uma solução para alterar a degradação das prisões, o que acaba por se buscar é uma inadmissível indenização individual que arrisca formar um "pedágio masmorra" ou uma "bolsa indignidade"; em síntese, o tema em debate não trata da aplicação da doutrina da "reserva do possível" ou do "mínimo existencial", mas da impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional.** (grifo nosso)

Embargos de divergência conhecidos e improvidos.

(REsp 962.934/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 25/04/2012).

destinados à garantia de direitos individuais, de primeira geração, a ação necessária do Estado é comissiva e não omissiva, o que assemelha à própria das garantias dos direitos sociais, de ação positiva.

[...]

O exercício de ações positivas exige o investimento do ente estatal e, como tal, depende da disponibilidade de recursos. A reserva do possível foi inicialmente desenvolvida para ser aplicada no que concerne à implantação e execução das políticas públicas. Certo é que não podemos desprezar os direitos constitucionalmente garantidos ao autor, pois é óbvio que o caso exige prestação positiva do Estado. Porém, tal prestação deve respeitar os limites econômicos que derivam do fato de que certas prestações não podem situar-se dentro da 'reserva do possível', das disponibilidades do erário. [...] os direitos do detento exigem prestações positivas por parte do Estado, por isso se situa, como vimos anteriormente, dentro da chamada 'reserva do possível', ou seja, dentro das disponibilidades orçamentárias da Administração Pública. Sem sombra de dúvida que o autor, na qualidade de preso, reserva integralmente seus direitos individuais fundamentais, à exceção da liberdade e da privacidade. Também é notório que situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica. Ademais, em razão de ser custodiado pelo Estado, tem este o dever integral de conservar o preso em condições dignas e saudáveis. No entanto, o cumprimento deste dever exige ação positiva do Estado, diversamente do que ocorre com o cidadão em liberdade, para o qual basta, de regra, ação negativa. A ação positiva apresenta-se sob a forma da necessidade de construção, ampliação, reforma e adequação dos estabelecimentos prisionais, até que todos os presos, cautelares ou condenados, possam ter as condições preconizadas pela Lei de Execução Penal e assegurados seus direitos fundamentais.

[...]

O direito do autor também não pode ser tido como absoluto, ante a necessidade da prática de ação positiva possível quando o Estado age nos limites de sua disponibilidade, de forma a que suas ações venham, no futuro, assegurar os direitos fundamentais do preso.

[...]

Ademais, não podemos acolher a alegação de que a omissão do Estado é ilícita, uma vez que a ação positiva do Estado-administrador, praticada de acordo com o orçamento votado pelo Estado-legislativo, a coloca, dogmaticamente, na esfera da licitude dos atos públicos, tal qual determinada pela doutrina da 'reserva do possível'. Desta forma, não há falar em dever de indenizar.

[...]

Não estamos com isso negando o direito do autor em ver ressarcido seu sofrimento. Apenas entendendo que, se o objetivo principal da ação é obrigar o Estado a dar melhores condições de vida e dignidade aos detentos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais sul-mato-grossenses, não obterá êxito intentando ação indenizatória de danos morais.

[...]

Existe sim a necessidade de se ter uma melhoria urgente no sistema prisional, o qual deverá ser feito por meio de construções e reformas, e não de pagamento pecuniário aos apenados. Ademais, no caso de provimento do recurso do autor, ele continuará na situação de dano em que se encontra. Ou seja, não é pelo fato de o Poder Judiciário condenar o Estado ao pagamento de determinado valor por danos morais, que a 'situação de dano' se extinguirá, e, desta forma, em poucos meses, as ações serão novamente intentadas a fim de ver indenizado o mesmo dano. (grifo nosso)

Reveste-se de suma relevância a discussão quanto à possibilidade de dano moral individual quando o próprio Ministro da Justiça do país, Sr. José Eduardo Cardoso, no dia 13 de novembro de 2012, afirmou que “preferia morrer¹⁵²” a ficar preso por anos no país, afirmando, em seguida, que o sistema penitenciário brasileiro é “medieval¹⁵³”.

O panorama fático infame dos presídios brasileiros é notório, portanto.

Passemos à análise do julgado epigrafado.

O relator dos Embargos de Divergência no REsp 962934/MS foi o Ministro Teori Albino Zavascki, que consignou, embora tenha sido voto vencido:

Essas considerações são inteiramente aplicáveis ao caso. Não se nega que, conforme ressaltado pelo acórdão embargado, a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos depende da adoção de políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tal resultado. Disso não decorre, porém, que violações dessa natureza ainda ocorrentes devam ser mantidas impunes ou indenizáveis, ainda mais quando o mesmo acórdão admite que “não se está a averiguar se o dano moral é devido, pois, caso assim o fosse, incidiria o óbice sumular 7/STJ” (fl. 487). Trata-se, a rigor, de problemas diferentes, a serem separados por linha bem definida: uma situação é a da política pública de melhoria das condições carcerárias, que aqui não está em discussão; e a outra, juridicamente

¹⁵² Em sua tese de doutorado, a profa. Dra. Beatriz Vargas, da Universidade de Brasília – UnB, sintetizou o raio-x da população carcerária: “Todas as prisões, ao contrário da percepção comum que se tem a respeito, estão repletas de autores de obras toscas e que se encaixam exatamente no estereótipo criminoso, lugar preferencial para a ativação de todo tipo de preconceito. A seleção é inoperante e fracassa em relação ao rico e ao super-rico, ainda que de vez em quando se apresente, de forma espetacular, a prisão de um empresário ou político, um ‘criminoso de colarinho branco’, que dificilmente alcançará a última fase da criminalização secundária, ou seja, raramente ingressara no sistema prisional – sobretudo na penitenciária. A exceção, enfim, apenas confirma a regra”. (REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. *A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal*. 2011. 148 f. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito – FD, Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2011).

¹⁵³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

bem distinta, é a do dever do Estado de indenizar danos individuais – seja de natureza material, seja de natureza moral - indevidamente causados a detentos. É disso que aqui se trata. Esse dever, que é imposto pelas leis civis a qualquer pessoa que cause dano (Código Civil, arts. 186 e 927), é também do Estado, que, além da norma civil (Código Civil, art. 43), tem previsão em superior norma constitucional específica, o art. 37, § 6º, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo.

É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos individuais a pessoas encarceradas não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para propiciar a solução do grave problema prisional globalmente considerado. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a manutenção eterna do iníquo *status quo* de presídios como o de que trata a presente demanda.

Ademais, mesmo que não haja direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular esta ou aquela política pública, inclusive em relação à questão carcerária, não é menos certo que ao indivíduo é assegurado o direito de obter, inclusive judicialmente, o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial, a saber: prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. E ninguém pode duvidar de que, em qualquer circunstâncias, jamais se poderia excluir das obrigações estatais em matéria carcerária a de indenizar danos individuais de qualquer natureza que venham a ser por ele causados a quem está submetido a encarceramento.

O eminente Ministro procurou adotar a jurisprudência já erigida por aquela Corte acerca da questão, a teor dos precedentes abaixo:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE DA INVOCAÇÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF.

1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos **decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a**

satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição. (grifo nosso)

2. Recurso Especial improvido.

(REsp 1051023/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação Ordinária de Indenização interposta por presidiário ao fundamento de que sofrera danos morais em razão da superlotação na carceragem na qual encontrava-se recluso desde 08/12/03, em espaço mínimo na cela, na qual encontravam-se mais de 100 (cem) presos, número muito superior ao estipulado como razoável para o local, a saber, 12 (doze) pessoas.

2. A negligência decorrente dos fatos narrados pelo autor na exordial - em especial no que se refere à configuração da culpa estatal - restou examinada pelo Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, é insindicável nesta instância processual, à luz do óbice constante da Súmula 7/STJ.

3. *In casu*, a Corte de origem reformou integralmente a sentença a quo, condenando o Estado ao pagamento da indenização pleiteada, com fulcro na Responsabilidade Civil do Estado, *in litteris*: **Ainda que desnecessária a comprovação de culpa, bastando a ocorrência do dano, que é indubitável, entretanto a culpa administrativa do Estado está caracterizada pela sua negligência, descaso ou abandono com relação aos presos, entregues a sua própria sorte, violando por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Direito Humanos. Assinale-se que, por se tratar de resguardo de um padrão básico de vida, não há de cogitar de sobrecarga orçamentária, pois se trata da preservação da vida humana, que não pode ficar abandonada num total desprezo, com argumentos insubsistentes, que demonstram repúdio e má-vontade na solução do problema. Portanto nenhuma teoria ou especificações, sobre os mais variados princípios discorridos, é mais importante que a consideração que o ser humano merece.** (grifo nosso)

4. (*omissis*)

5. (*omissis*)

6. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-

constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

7. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais, consistente em manter-se superpopulação carcerária em condições perigosas, máxime quando os presos se veem obrigados a confeccionar e possuir instrumentos ofensivos - que servem mais para se defender e garantir suas vidas e intimidade do que atacar alguém ou se rebelar, sendo certo os temores que resultam do encarceramento ilegal.

8. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 9. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.

10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. **É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se a forma de execução da pena imposta revela-se tão injusta quanto ao crime cometido ensejador da reprimenda estatal?**

11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que **"a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual".** (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004)

12 a 17. [...]

(REsp 870.673/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 05/05/2008)

No entanto, com a abertura da divergência, traçada no voto do Ministro Herman Benjamin, o Tribunal deu uma guinada no seu entendimento. Ressalvou o Ministro:

O que se questiona nos autos não é a existência, ou não, de dano moral. **O que se discute é se o sistema jurídico deve acolher a tese da indenização individual, por danos morais, ao preso em condições degradantes.** Cito o Min. Cesar Asfor Rocha, decano de nosso Tribunal: 'Mas estou inclinado, e aqui com muito convencimento, de que essa é uma situação que não está particularizada, mas atinge toda a população carcerária.' Como indicou o Min. Mauro Campbell Marques: 'A preocupação que me assalta é a individualização disso, ou seja, o dano é sempre coletivo aqui, basta a leitura do acórdão que V. Exa. transcreveu em seu voto, que colho o seguinte trecho da origem: 'Informações prestadas pelo M.M. Juiz da Vara de Execuções Penais e do Diretor do estabelecimento penal local: que o presídio de Corumbá é dotado de celas nas quais cumprem penas mais pessoas do que o dobro de sua capacidade em condições não admitidas pela Lei de Execução Penal'. E por aí vai. Todas as situações são sempre danos no coletivo, ou seja, toda comunidade carcerária de Corumbá sofre isso. **A preocupação qual é? É o arbitramento do dano individual em detrimento de uma ação coletiva para que toda a situação seja resolvida. Porque veja só, é uma preocupação política penitenciária.** (grifo nosso)

No voto originário do REsp 962.934/MS, o mesmo Ministro conduziu o seu entendimento com a seguinte observação:

Observo contradição entre ambas as premissas, porquanto, a rigor, **quanto mais verbas públicas forem colocadas à disposição do patrimônio particular de um detento, é evidente que, em dado momento, os recursos estarão muito mais parcos do que já estão, comprometendo ainda mais a manutenção das condições carcerárias.** Não faz muito sentido tirar verbas do caixa do Estado para indenizar, individualmente, por dano moral, um ou só alguns presidiários, quando o desconforto do ambiente prisional afeta a todos. **A compensação financeira da ofensa moral individual, em tais circunstâncias, só servirá para mascarar, nunca para reduzir, acabar ou solucionar, a dor coletiva, a vergonha que é o sistema prisional em todos os Estados do País.** A permitir tal entendimento, estar-se-ia admitindo um papel absurdo do Estado como segurador universal: ou seja, sempre que algum serviço público essencial do Estado for falho – e isso é uma realidade nacional, não apenas 'privilégio' do Estado recorrente –, em vez de uma solução global e racional, com medidas planejadas estrategicamente a médio e longo prazo, buscar-se-á uma saída 'meia-sola' (de preferência financeira), sem a menor repercussão na melhoria do sistema como um todo. (grifo nosso)

Em linhas gerais, optou o STJ em julgar improcedente a indenização por danos morais individuais a detentos sob a ótica da possibilidade econômica. Percebe-se da transcrição do voto do decano da casa, Ministro Cesar Asfor Rocha, que a motivação primordial foi a impossibilidade financeira de o Estado fazer frente às indenizações, as quais, se julgadas devidas, fatalmente inviabilizariam a própria execução das políticas públicas. Vejamos:

Quando o dano moral decorre de uma situação particularizada, pessoalizada, a Primeira Turma tem sido firme no entendimento de que deve haver uma reparação. Aqui, na hipótese, não tenho dúvida, **trata-se de políticas públicas e que temos que ver o que é possível ser feito. Porque, senão, teremos que alargar isso para a saúde pública, para a educação, para a justiça, para a habitação, para o transporte, que o poder público não tem condições. O Estado brasileiro não tem condições de dar a essa população prisional o tratamento humano que deveria ter.** Não há condições. Veja V. Exa. o seguinte: estamos cogitando de condenar em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Não tenho dúvida nenhuma de que essa iniciativa que a ora recorrente teve será estimulante para que os outros 460 mil também ingressem com ações. Isso é possível ser cumprido pelo Estado brasileiro? Não é. (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão da matéria aqui ventilada, parecendo inclinar-se à efetividade do direito constitucional de conferir condições de habitação dignas nas penitenciárias brasileiras, à míngua da excludente da “reserva do possível”. Ressalvou o Ministro Marco Aurélio:

Vem-nos da Constituição Federal, como verdadeiro princípio ligado à dignidade do homem, o dever do Estado de preservar o respeito à integridade física e moral do preso – inciso LXIX do art. 5º. Grande veículo de comunicação – Rede Globo, mediante os programas Fantástico e Bom Dia Brasil – escancarou as precárias condições das penitenciárias brasileiras. Ora, descabe tomar a teoria da reserva do possível como polivalente a ponto de se colocar em segundo plano a Carta da República¹⁵⁴.

¹⁵⁴ LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL. **Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária.** (grifo nosso)
(RE 580252 RG, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325).

Embora entendamos perfeitamente possível compelir o Estado a reparar o dano proveniente da sua má gestão dos recursos públicos, não há dúvida, por outro lado, de que as fontes de receitas do Estado são sempre as mesmas, quer dizer, se se possibilita a condenação por dano moral individual a cada preso, parece óbvio que a fonte dos recursos será a mesma das políticas públicas que objetivam a melhoria das próprias condições carcerárias que deflagraram o dano moral individual.

O Direito não é uma ciência social dissociada das demais. A sua efetividade, principalmente quando falamos de direitos sociais, demanda relação uterina com a Economia, de modo que devem reger-se na mesma sintonia. Tomando em consideração os custos, não há dúvida de que certos direitos possam ser sacrificados, muito embora não seja a opção desejável.

Forçoso reconhecer, nos termos do voto divergente do Desembargador Hamilton Carli, do TJMS, que o Estado está adstrito a um orçamento, que o coloca na execução das políticas públicas dentro da doutrina da “reserva do possível”.

Como bem acentuou o magistrado, *“existe sim a necessidade de se ter uma melhoria urgente no sistema prisional, o qual deverá ser feito por meio de construções e reformas, e não de pagamento pecuniário aos apenados”*.

Na eventualidade da procedência do dano moral individual, em nada alterará a realidade fática das prisões. O detento continuará na mesma situação ensejadora de dano moral.

Em síntese, ao buscar o apaziguamento de um dano - que não é individual, e sim coletivo - com uma indenização individual, agrava-se a situação da coletividade.

Nessa esteira, aderimos ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela inviabilidade de dano moral individual por condições carcerárias degradantes.

Doutra banda, **o mesmo não se pode dizer quanto à possibilidade de fixação de dano moral coletivo** – cuja indenização objetiva a melhoria de toda a classe.

Segundo Carlos Alberto Bittar Filho, o dano moral coletivo constitui:

[...] a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto material¹⁵⁵.

Nesse descortino, parece-nos plenamente possível compelir o Estado a indenizar moralmente os detentos, de forma coletiva, para a melhoria de todo o grupo carcerário, haja vista que o montante indenizatório reverterá para fundo específico da categoria. Lado oposto, no entanto, é a via do dano moral individual, à qual não nos filiamos, por anuência ao entendimento esposado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no precedente *suso* mencionado (REsp 962.934/MS).

3.6 Morte de detento nas dependências de estabelecimento prisional

3.6.1 Responsabilidade subjetiva ou objetiva?

Sem delongas, a responsabilidade da Administração Pública por morte ocorrida dentro de estabelecimento prisional é do tipo **objetiva**. No passado, entendeu-se que a responsabilidade em casos desse jaez comportaria averiguação de culpa do agente penitenciário, de modo que, na ocorrência de morte de detento causado por outro interno, por exemplo, haveria incidência da excludente de culpa de terceiro, com afastamento da obrigação indenizatória do Estado.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para reconhecer a responsabilidade estatal, no caso em epígrafe, sob a ótica do *risco administrativo*. Passou-se a apurar, deveras, responsabilidade estatal a despeito de culpa.

Isso porque, a partir do momento em que a pessoa é recolhida ao presídio, tendo em vista as limitações decorrentes do regime prisional, *assume o Estado o dever de vigilância e incolumidade do preso*.

¹⁵⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Dano moral coletivo*. Revista de Direito do Consumidor, v. 12.

A propósito do tema, preleciona Rui Stoco:

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

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

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

Mostra-se, então, despiciendo indagar se a Administração falhou, se houve (ou não) omissão, falta ou falha do serviço, nem se há indagar da culpa do serviço ou culpa anônima do serviço. A responsabilidade nasce tão só da existência de um dano e da existência do nexos causal entre o fato e o resultado. Isto porque o preso fica sob o poder, proteção e vigilância do Estado. Quando preso, não tem escolha quanto ao local em que deve ficar, nem opção quanto aos próprios meios de sua proteção. Mas impõe-se que lhe assegure, ao menos, a cláusula de incolumidade¹⁵⁶. (grifos nossos)

Acerca do dever de guarda objetivo do Estado por cada presidiário, ponderou o Ministro Teori Alberto Zavascki no julgamento do AgRg no Ag 986.208/MT:

[...] o nexos causal se estabelece, em casos tais, entre o fato de estar preso sob a custódia do Estado e, nessa condição, ter sido vitimado, pouco importando quem o tenha vitimado. **É que o Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive contra si mesmos.** Ora, tendo o dever legal de proteger os presos, inclusive na prática de atentado contra sua própria vida, com maior razão deve exercer referida proteção em casos como o dos autos, no qual o detento foi vítima de homicídio em rebelião ocorrida no estabelecimento prisional administrado pelo ente

¹⁵⁶ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1319-1321.

público. No mesmo sentido, cita-se: REsp 713682/RJ, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 11.04.2005.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido uníssona no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva, considerando o nexo de causalidade entre a ação praticada por terceiro, estranho ao serviço público, e a lesão causada à pessoa que estava sob a custódia do Estado, o qual deveria zelar pela sua integridade física.

Neste sentido, colhem-se os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SÚMULA 83/STJ. COMPROVAÇÃO DO DANO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. LEI N. 11.960/2009.

1. No que se refere à morte de detento sob custódia do Estado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva. (grifo nosso)

2. O valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto, tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso.

3. Quanto aos juros de mora, impõe-se a aplicação ao presente feito do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que determinou a incidência de juros no percentual de 6% ao ano, a contar da citação, até 29.6.2009. A partir dessa data, como no caso dos autos, os juros serão calculados nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.960/2009.

Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no AREsp 169.476/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 08/08/2012)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE DETENTO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. ART. 381 DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

1. O Estado responde objetivamente por dano advindo de morte de detento provocada por demais presidiários dentro do estabelecimento prisional.

2. Nas demandas em que a parte contrária for representada pela Defensoria Pública, o Estado não paga honorários advocatícios.
3. Extingue-se a obrigação quando configurado o instituto da confusão (art. 381 do Código Civil atual).
4. A circunstância de o valor fixado a título de indenização por danos morais ser inferior ao pleiteado não configura hipótese de sucumbência recíproca (CPC, art. 21).
5. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp 713.682/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA DJ 11.04.2005 p. 286).

Na mesma linha de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, também se tem manifestado a jurisprudência do Excelso Pretório, consoante exemplificam os arestos a seguir transcritos:

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. **Responsabilidade objetiva**. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexó de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 272839, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00417 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 236-257 RT v. 94, n. 837, 2005, 129-138 RTJ VOL-00194-01 PP-00337).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE DETENTO POR OUTRO PRESO. 1. Detento assassinado por outro preso. **Responsabilidade objetiva do Estado de reparar o dano**. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 466322 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 13/03/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02273-06 PP-01188).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Impossibilidade do reexame das provas contidas nos autos na via extraordinária. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. 2. Morte de detento em estabelecimento prisional. Responsabilidade civil objetiva do Estado configurada. Precedentes. 3. Proibição constitucional de vinculação de qualquer

vantagem ao salário mínimo. Impossibilidade da modificação da base de cálculo por decisão judicial: Súmula Vinculante n. 4. (AI 603865 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-15 PP-03016).

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. **Morte de detento sob custódia da Administração Pública. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal.** Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. Precedentes do STF. 3. Discussão acerca da existência de culpa do Estado. Necessidade do reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 662563 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 30-03-2012 PUBLIC 02-04-2012) (grifos nossos)

Muito embora haja consenso da responsabilidade objetiva do Estado por morte de detentos na esfera de competência dos Tribunais Superiores, a jurisprudência estadual ainda titubeia entre a modalidade objetiva e subjetiva¹⁵⁷.

Desse modo, a fim de pronunciar-se definitivamente acerca da matéria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em setembro de 2012, *a repercussão geral da matéria aqui ventilada*. Nas razões de abertura para votação da repercussão geral, o relator, Ministro Luiz Fux, assentou:

A questão constitucional posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal cinge-se na discussão sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado, **em razão de morte de detento, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. A meu juízo, o recurso merece ter reconhecida a repercussão geral, haja vista que o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa.** Diante do exposto, nos termos do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 323, § 1º, do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, submetendo-a à apreciação dos demais Ministros desta Corte¹⁵⁸.(grifo nosso)

¹⁵⁷ Vide p. 110 deste trabalho, na qual há citações de ementas de julgados do TJMG e do TJRS com adoção da responsabilidade subjetiva.

¹⁵⁸ (ARE 638467 RG, Relator (a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012). Nota: o recurso, até o presente momento, não foi julgado.

O reconhecimento da repercussão geral é, sem dúvida, um grande passo para a uniformização paulatina do tema nos tribunais. O pronunciamento definitivo do STF possibilitará a diminuição de decisões judiciais que, malgrado a previsão constitucional e o posicionamento homogêneo do STJ e daquele excelso Sodalício, afastam a responsabilidade do Estado sob a pecha de ausência de demonstração de culpa do agente público pelo interessado, prova esta, dada a segurança que envolve o presídio, muito difícil de produzir, quiçá impossível.

3.6.2 Suicídio: rompimento do nexu causal?

Questão deveras tormentosa é a responsabilidade estatal em decorrência de autoextermínio (suicídio¹⁵⁹) de detento custodiado em estabelecimento prisional.

Pensamos, como traçado nos tópicos 3.2 e 3.3.1, que, desde que o preso passa à custódia e disciplina do Estado, reveste-se de direitos, deveres e prerrogativas inerentes à sua condição de detento. O Estado converte-se em garantidor e, assim, cumpre-lhe velar e zelar pela incolumidade pessoal das pessoas segregadas. Essa posição de garantidor da segurança do detendo advém do próprio texto constitucional, insculpida no art. 5º, XLIX (“*É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”).

O detento tem o direito subjetivo público à proteção pelos órgãos públicos, cujo poder administrativo se exercerá para resguardá-lo contra qualquer tipo de agressão.

Dessa forma, o Poder Público é responsável pela incolumidade física do preso que está sob sua custódia, incumbindo a seus agentes a vigilância e o zelo pela

¹⁵⁹ Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), cerca de um milhão de pessoas morrem, todos os anos, no mundo, vitimadas pelo suicídio, o que resulta em taxa global de 16 casos por 100 mil habitantes. No Brasil, segundo dados do Ministério da Saúde, a taxa de mortalidade por suicídios é de 4,5 casos para cada grupo de 100 mil habitantes. Ou seja, cerca de 8 mil suicídios são praticados todos os anos em nosso país, sem contar os casos de tentativa, sendo o suicídio hoje uma das três causas mais frequentes de morte entre homens e mulheres entre 15 e 44 anos. Nessa contextura, não há surpresa para as recorrentes mortes por suicídio dentro das penitenciárias, lugares que, normalmente, desfazem a vontade de viver de seus habitantes. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/oms-n-de-mortos-por-suicidio-chega-a-1-milhao-por-ano,ba68ca96d81ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

vida e integridade dos detentos que se encontram privados de sua liberdade e, por consequência, impossibilitados de se defenderem.

Não obstante o dever legal de zelar pela segurança dos encarcerados, o que atrai a sua responsabilidade objetiva, adotamos o posicionamento de que, *na hipótese de suicídio, a responsabilidade estatal deve reger-se pela culpa administrativa*, por presença de integral rompimento do nexo causal, em regra.

Quer dizer, a obrigação de compensar o dano (já que a reparação é impossível) aos familiares do suicida apenas encontra guarida se houver prova de que o ente público participou direta ou indiretamente do fato danoso, o que se configura mesmo quando, fugindo do dever de cautela, deixa de adotar as providências cabíveis que o evitassem.

Nesses moldes, se eventualmente foi concedida oportunidade velada de o preso ceifar a própria vida, como permitir o seu ingresso na cela portando cinto – instrumento hábil para enforcamento –, há omissão específica do estado apta a engendrar responsabilidade.

Assim, se o autoextermínio do preso decorre de falha dos agentes penitenciários, uma vez que ao se descuidarem do dever de cautela, deixam de retirar pertences com os quais o preso poderia atentar contra sua vida, criam o cenário necessário para o evento danoso. Ao revés, não havendo culpa *lato sensu*, afasta-se o dano.

Do mesmo modo ocorre se a direção do presídio é leniente com a condição mental suspeita do preso, com sinais típicos de pessoas na iminência de se suicidarem, segundo literatura médica, deixando de acautelar-se com realização de exames e consultas a psicólogos e psiquiatras. Aqui, pôde agir o agente público, e não o fez, razão pela qual há responsabilidade.

Ora, *filiar-se à teoria da responsabilidade objetiva para reger hipótese de suicídio de detentos seria admitir conclusão dissociada da realidade*. Pensar que o Estado poderia impedir o suicídio, sob qualquer pretexto, *é admitir vigília diuturna e ininterrupta a cada preso, o que, de fato, não ocorre, e nem ocorrerá em curto espaço de tempo*, dado o longo caminho a ser trilhado para equipar todos os estabelecimentos

prisionais de equipamentos eletrônicos de vigília. Ainda que com esse aparato técnico, não há qualquer garantia que fatos danosos como esse possam ocorrer.

Não há como o Estado manter a vigilância individual sobre todos os presos durante todo o tempo – é atentar contra o próprio princípio da reserva do possível¹⁶⁰.

Pela possibilidade de afastamento da responsabilidade estatal por culpa exclusiva da vítima, argumenta Leonardo Ayres Santiago:

Concluimos que vige, como regra geral, a responsabilidade objetiva do Estado fundada na *teoria do risco administrativo*, com base na norma contida no art. 37, § 6º da Constituição da República. Nessa modalidade de responsabilidade, como vimos, a culpa exclusiva da vítima impede que se forme o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do Estado. Se foi a vítima quem provocou o dano, então não foi o Estado; se não foi o Estado, então não há que se falar em responsabilidade¹⁶¹.

Gize-se, nessa seara, que, ainda que o detento não disponha de qualquer discernimento, com debilidade mental grave¹⁶², inteiramente incapaz de gerir seus próprios atos, entendemos pela manutenção da tese da responsabilidade com culpa. Alguns podem contra-argumentar que a vontade de pôr termo à própria vida decorre de uma enfermidade psíquica e, neste caso, não há que se falar em culpa.

¹⁶⁰ A respeito do princípio da reserva do possível como óbice à efetivação dos direitos de 2ª geração, o sempre brilhante Ministro Celso de Mello discorre, no julgamento do RE 436996: “Não se ignora a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

¹⁶¹ SANTIAGO, Leonardo Ayres. *A responsabilidade extracontratual do Estado na hipótese de suicídio de presos sob sua custódia*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1751, 17abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11168>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

¹⁶² “As desordens mentais (particularmente depressão e abuso de substâncias químicas, especialmente álcool e drogas) estão associadas a mais de 90% de todos os casos de suicídio. Normalmente, os suicídios ocorrem durante períodos de crise da família ou diante de uma decepção ou frustração decorrente, por exemplo, do fim de um relacionamento conjugal, fim ou crise do namoro, perda do emprego, endividamento pessoal, ou até mesmo dificuldade nos estudos”. BELINATI, Roberval Casemiro. *Responsabilidade Civil de Shopping Center em caso de suicídio*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2009/responsabilidade-civil-de-shopping-center-em-caso-de-suicidio-desembargador-roberval-belinati>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

Nota do autor: na esfera dos suicídios dentro das penitenciárias, acreditamos que a principal causa seja a completa ausência de ânimo do indivíduo de sujeitar-se a condições humanas tão degradantes.

Ora, a despeito de seu estado mental, o fato é que ele ceifou a própria vida, e, o que é mais importante, cercado do aparato estatal básico à sua segurança. É o nítido retrato da dirimente de responsabilidade consubstanciada na culpa exclusiva da vítima.

Pondera SANTIAGO quanto à dispensabilidade do domínio da situação de fato pela vítima:

Desconsiderando o fato de que não se pode afirmar, seguramente, que todo suicida (ou mesmo a maioria deles) sofra de algum tipo de anomalia mental, deve-se ressaltar que a expressão 'culpa exclusiva da vítima' também abrange, além da culpa propriamente dita, os atos imputáveis exclusivamente ao lesado, ainda que sem a presença de culpa. Isto porque o que importa é verificar a existência, ou não, de nexos causal. Assim, se a vítima foi culpada, ou, embora não tenha sido culpada, ocasionou o evento danoso por ato exclusivo seu, então inexistiu a relação causal capaz de gerar a obrigação de reparar¹⁶³.

Noutro giro, o mesmo não se pode dizer quando o dano advém de causa alheia ao agente, como agressão de outros detentos ou de própria injúria policial, ocasião em que a responsabilidade objetiva do Estado se faz presente, como retratada no tópico antecedente.

Nesses casos, o próprio Estado cria situações propiciatórias do dano, assim como ocorre com usinas nucleares, depósitos de explosivos, manicômios e os presídios propriamente ditos.

Disserta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Uma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob a custódia do Estado. Daí que os danos eventualmente surgidos em decorrência desta situação de risco e por força da proximidade de tais locais ensejarão a responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta é a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas sobre alguns, os lesados, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos¹⁶⁴.

¹⁶³ SANTIAGO, op. Cit., artigo da internet.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit., p. 628-629.

Mais adiante, diz o autor que, por critérios e razões idênticas, a responsabilidade objetiva por danos oriundos de coisas ou pessoas perigosas sob a guarda do Estado aplica-se, inclusive, às outras pessoas que se achem sob tal guarda. Exemplifica dizendo que, se um detento fere outro, o Estado responde objetivamente, pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente ao ambiente em que convivem.

Mas, se um raio vier a matar um dos detentos – continua o autor – a responsabilidade desloca-se para o campo da *culpa administrativa*, deixando de ser objetiva, por inexistir conexão lógica entre o evento raio e a situação de risco vivida pelo desafortunado. A responsabilidade advirá se eventualmente ficar comprovado que as instalações capazes de impedir o evento (para-raios) não existiam, foram mal projetadas ou estavam mal conservadas.

Usando a própria argumentação do autor, pensamos que não podemos enquadrar a responsabilidade advinda do suicídio de preso como responsabilidade objetiva derivada de situação propiciatória criada pelo Estado, pois não há conexão lógica entre o evento suicídio e a situação de risco vivida pelo detento. O encarceramento gera vários riscos aos detentos, mas não podemos afirmar, com certeza, que gera o risco de suicídio, pelo menos do ponto de vista objetivo.

A respeito do tema, traz-se à colação lição do doutrinador Yussef Said Cahali, para quem:

O Estado deve ressarcir o dano resultante do suicídio de preso recolhido ao xadrez de delegacia de polícia cujo estado físico e mental inspirava cuidados com assistência médico-hospitalar. Pois, em tais situações, as condições pessoais do detento fariam presumir a necessidade de uma vigilância efetiva sobre o mesmo, a fim de prevenir a prática do ato treloucado. **Entretanto, como ressalva o civilista ‘se o preso agiu contra ele próprio, enforcando-se, sem que o preposto do Estado tivesse concorrido, sequer por negligência, para o resultado letal, não há cogitar-se de responsabilidade civil do Poder Público’.** Assim, em caso de suicídio de presidiário no interior da cela, ‘a obrigação de indenizar só acontece quando fica caracterizada a culpa dos funcionários do presídio, e não decorrente de atos de terceiros, quando o Poder Público não podia evitar o sinistro’. Portanto, ‘para a definição da responsabilidade civil do Estado (no caso), é necessário que se indique, de maneira clara, a culpa com que se houve seu preposto, seu representante. Entrever essa culpa no ato treloucado do

preso, decididamente, é ir muito longe. **O suicida tem meios fáceis e impossíveis de se prevenir à obtenção do resultado. A impedi-lo, somente a manutenção permanente de um funcionário a seu lado.** Dir-se-ia que deveria ter sido encaminhado a tratamento. Não havia elementos, porém, a curto prazo, que sugerissem o gesto extremo¹⁶⁵. (grifos nossos)

Na jurisprudência, os tribunais trilham ambos os caminhos, ora adotando a teoria objetiva, ora a subjetiva.

No Excelso Pretório, a matéria ecoa forte no sentido da teoria objetiva¹⁶⁶, conforme passagem de voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 700.927, do estado de Goiás, no qual assentou que:

[...] a jurisprudência dominante desta Corte, que se firmou no sentido de que o Estado tem o **dever objetivo** de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo então a responsabilidade civil objetiva, em razão de sua conduta omissiva, motivo pelo qual é devida a indenização decorrente da morte do detento, **ainda que em caso de suicídio**¹⁶⁷.

O Superior Tribunal de Justiça caminha na mesma senda palmilha. Cite-se, por oportuno, excerto de voto do Ministro Teori Albino Zavascki, no julgamento do REsp 847.687/GO :

[...] entendo que não se trata de uma questão fática, *data venia*. Os fatos estão colocados. Houve o suicídio de uma pessoa que estava presa. A questão é saber se desse fato decorre responsabilidade civil do Estado. Entendo que a questão é de nexos causal. Pedindo vênias ao Sr. Ministro Francisco Falcão. Penso que é um equívoco negar o nexo de causalidade, como fez a sentença de 1ª Instância, entre o fato de o Estado ter efetuado a prisão e o suicídio. Entre o fato de o Estado ter efetuado a prisão e o suicídio não há nexo causal. Mas não é esse o fato. O nexo que se deve estabelecer é entre o fato de ele estar preso

¹⁶⁵ CAHALI, op. cit., p. 508-510.

¹⁶⁶ Como apontado alhures, a fim de trazer segurança a julgados dessa estirpe, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, veiculada no Informativo STF nº 682:

Repercussão geral em ARE n.638.467-RS

Relator: Min. Luiz Fux

Recurso Extraordinário com Agravo. **Responsabilidade civil objetiva do estado por morte de detento. Relevância da matéria e transcendência de interesses. Manifestação pela existência de repercussão geral da questão constitucional.**

¹⁶⁷ (ARE 700927 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012).

sob a custódia do Estado, e não de ele ter sido preso. O Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive contra si mesmos. **Não se justifica que tenha tido acesso a meios aptos a praticar um atentado contra sua própria vida. Os estabelecimentos carcerários são, de modo geral, feitos para impedir esse tipo de evento. Se o Estado não consegue impedir o evento, ele é o responsável**¹⁶⁸.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, aplica-se, com unanimidade, a tese da responsabilidade objetiva, faceta do dever de guarda e de vigilância do Estado, todavia com minoração do *quantum* indenizatório. Vide as ementas transcritas a seguir:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. SUICÍDIO DE PRESO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NEXO CAUSAL. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA DO ESTADO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DOS DETENTOS.

Do Estado exige-se cuidado e vigilância constantes e eficientes daqueles que se encontram encarcerados em estabelecimentos prisionais, a fim de manter sua integridade e incolumidade física.

A contribuição da vítima para o evento morte não afasta o nexo causal, muito embora possa repercutir na redução da indenização.

Em se tratando do evento morte o sofrimento e o flagelo experimentados repercutem na esfera moral da prole, ensejando o direito à indenização.

É evidente a necessidade alimentar tendo em vista a presumida dependência econômica decorrente do poder familiar.

Na fixação do quantum relativo à reparação material deve-se considerar o emprego de 1/3 (um terço) dos ganhos que o pai auferiria com gastos pessoais, restando 2/3 (dois terços) para a prole.

Recurso parcialmente provido.

(Acórdão n.467755, 20070110436653APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NIDIA CORREA LIMA, 3ª Turma Cível, Publicado no DJE: 07/12/2010. Pág.: 214)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE DETENTO NAS DEPENDÊNCIAS DA DELEGACIA DE POLÍCIAL. SUICÍDIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RESSARCIMENTO DEVIDO.

1. O suicídio de detento dentro da cela na Delegacia de Polícia não é suficiente para afastar a responsabilidade objetiva da Administração, pois o Estado tem o dever de respeitar e zelar à integridade física e moral dos presos (art. 5o, XLIX, CF/88), de forma que a violação a esta garantia, traduz-se na própria violação da

¹⁶⁸ (REsp 847.687/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 25/06/2007, p. 221).

legalidade, decorrendo em contingência o dever de ressarcir os parentes da vítima. (grifo nosso)

2. Recurso voluntário e Remessa Necessária conhecidos e não providos.

(Acórdão n.589842, 20040110787910APO, Relator: GETULIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, Publicado no DJE: 11/06/2012. Pág.: 131)

Na adoção da responsabilidade subjetiva, colham-se, ainda, precedentes dos Tribunais de Justiça de MG e RS:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRISÃO - LEGALIDADE - SUICÍDIO OCORRIDO EM DELEGACIA - ATO VOLUNTÁRIO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CULPA IN VIGILANDO - INOCORRÊNCIA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. - Tratando-se de indenização por danos morais e materiais sofridos por companheira de pessoa encontrada morta em delegacia, **em decorrência de enforcamento voluntário, a responsabilidade é subjetiva, devendo ser afastada, no entanto, no caso, a culpa do Estado, por ter cumprido todas as exigências legais.** - Recurso negado. (Apelação Cível 1.0702.08.523969-8/001, Rel. Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/11/2010, publicação da súmula em 10/12/2010) (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUICÍDIO DE PRESIDÁRIO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. Hipótese em **que restou comprovado nos autos a regularidade do serviço prestado pelo Estado, do qual não se pode exigir a vigilância individual de todos os presos em período integral. Dever de indenizar que não se reconhece, em face da incidência da excludente de culpa exclusiva da vítima.** Juízo de improcedência prolatado. (grifo nosso)

Redimensionamento da sucumbência. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA. APELO DOS AUTORES E REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADOS. (Apelação Cível Nº 70027558873, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 28/05/2009)

Em que pese a orientação dos tribunais superiores, ousamos divergir para adotar a teoria da culpa administrativa para reger hipóteses de suicídio nos presídios, por entender que há rompimento do nexu causal, devendo o interessado provar, no caso concreto, a falha do poder público¹⁶⁹. Por outro lado, se a moldura fática é dano

¹⁶⁹ “Se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou

provocado por outro detento, a responsabilidade é do tipo objetiva, porquanto o encarceramento é risco estatal e por ele deve ser garantido; diversamente, frise-se, sucede quanto ao suicídio, em que não há conexão lógica entre o próprio ato de extermínio e o risco advindo da segregação ali instalada.

3.6.3 Danos materiais

Os danos materiais, ou patrimoniais, são aqueles que atingem os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Podem referir-se tanto a bens corpóreos quanto a incorpóreos¹⁷⁰.

Outra classificação que se atribui aos danos materiais é quanto ao momento da consumação do dano. Nesse caso, ele pode ser taxado de *dano emergente* (efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito) ou de *lucro cessante* (efeitos mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros).

No âmbito de incidência deste trabalho, mostra-se mais corriqueira a incidência do dano material na modalidade de lucro cessante. *Quando um detento morre, estando em plena condição de trabalho, embora não esteja a exercê-la, há quebra de expectativa econômica da família, que planeja o retorno do detento ao mercado de trabalho para contribuir com a renda familiar.*

Embora a grande massa da população carcerária seja desprovida de emprego, não há dúvida de que isso não implica empecilho à indenização.

De mesma sorte, é a situação do menor infrator. Conquanto não desempenhe qualquer atividade lucrativa, a sua morte implica não só indenização por danos morais, como também materiais, conforme se verá adiante, porquanto se

alguns detentos a respeito dos quais se omitiu na adoção de igual cautela". (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 978).

¹⁷⁰ “[...] coisas corpóreas como casa, automóvel, livro, enfim, o direito de propriedade. As incorpóreas, por sua vez, podem ser um título de crédito, por exemplo.” (CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 73).

considera o futuro auxílio a ser prestado à família – aqui, restrita à de baixa renda, consoante iterativa jurisprudência do STJ.

Nos tópicos a seguir, procuraremos demonstrar o posicionamento da doutrina e da jurisprudência na fixação de danos materiais por morte de detento.

3.6.3.1 Legitimados para ação de indenização

Ao contrário do rol de legitimados para a propositura de ação de indenização por danos morais – considerado muito mais amplo, por prescindir da dependência econômica-, a relação das pessoas com legitimidade ativa para demandar o Estado por danos materiais é aquele previsto no art. 948, II¹⁷¹, do Código Civil. Em outras palavras, somente consideram-se legitimados os que demonstrarem inequivocadamente a dependência econômica do falecido.

Obviamente, o dispositivo em epígrafe aplica-se apenas ao caso de morte, porquanto, se o dano não comportar o óbito da vítima, ela própria constituirá a única pessoa com legitimidade para postular em juízo a reparação do dano, observado este no grau das lesões (extensão do dano – art. 944 do Código Civil).

A questão da legitimidade para ação de indenização por dano material, como se percebe, advém da própria lei e não comporta maiores dissensões. Passemos aos critérios norteadores da fixação da indenização.

3.6.3.2 Parâmetros de fixação

Para facilitar o estudo acerca do *quantum* indenizatório devido por dano provocado pelo Poder Público aos que estão custodiados em estabelecimento prisional, vamos nos ater ao evento *morte*, visto que a mera lesão não revolve maior debate.

Hipóteses de lesão são facilmente solvidas pelo Judiciário, porquanto basta a prova pericial para verificar a extensão do dano infligido ao apenado – se houve

¹⁷¹ Art. 948 do Código Civil: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

incapacidade total ou parcial ao trabalho-, ou, até mesmo, mero dano estético capaz de ensejar indenização. Verificado o dano, a indenização é devida, segundo os ditames gerais da responsabilidade civil.

Situação distinta, por outro lado, é a morte no presídio. Do evento, surgem basicamente duas opções processuais aos sucessores: ou ingressam com ação indenizatória com pensionamento vitalício, acaso seja o cônjuge o interessado ou dependente inválido, ou ação indenizatória com pedido de pensão indenizatória, nos demais casos.

A questão processual é simplória. A dificuldade está na apreciação do direito material. Vejamos os casos, sob a ótica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Se a hipótese for de morte de menor, em cumprimento de regime de internação, pela prática de ato infracional, a responsabilidade do Estado por danos materiais consiste, se a família for de baixa renda, no pagamento de pensão indenizatória aos pais no patamar de um salário mínimo, na fração de 2/3 (um terço) até a data em que ele completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, a partir da qual será minorada a 1/3 (um terço) (redução de 50%) até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, patamar etário considerado, por presunção, como o fim da vida útil de um indivíduo.

É preciso frisar, no caso vertente, como mencionado, que a pensão apenas é devida à família de baixa renda. A respeito dessa restrição, leciona Sérgio Cavalieri Filho sobre a posição eclética do Superior Tribunal de Justiça:

“[...] (1º) sendo os pais de classe média ou alta, a reparação não traz consequência material eventual ou presumida, à medida que a presunção é a de que os pais apoiem os filhos até mesmo após o casamento, sendo justo, assim, que recebam, tão somente, a reparação pelo dano moral; nesses casos, em tese, não há dano material algum, nem expectativa de que tal venha a ocorrer, diante da realidade de hoje; (2º) sendo os pais da classe trabalhadora, com baixa renda, a presunção opera no sentido contrário, ou seja, além do dano moral há também dano material pela só razão de contar os pais com a renda do filho,

presente ou futura, pouco importando, desse modo, que exerça a vítima no momento da morte atividade remunerada¹⁷²”.

Trata-se de importante evolução jurisprudencial na concessão dessa espécie de indenização, haja vista que, não muito tempo atrás, cogitava-se a inexistência de prejuízo a ser “*ser reivindicado pelos pais, porquanto a indenização por dano material, em forma de pensão, visa restabelecer a situação financeira anterior ao ato ilícito, recompondo a renda que não mais será auferida em razão da morte de quem a recebia. Sem a caracterização de um prejuízo econômico, não se indenizam os danos materiais*”¹⁷³.

A guinada de entendimento incutiu maior responsabilidade social na conduta de todos os integrantes da sociedade, em especial do próprio Estado, que se viu obrigado a dedicar maior atenção, em especial, aos Centros de Atendimento Juvenis, onde se cumpre o regime de internação previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pende, no entanto, no âmbito da competência do Superior Tribunal de Justiça, divergência quanto ao termo inicial da pensão, no caso de morte de filho menor. Ser-se-ia aos 14 (catorze) anos, ou as 16 (dezesesseis). Os que advogam pela menor idade sustentam que a partir dessa fase há possibilidade de o menor trabalhar como aprendiz, percebendo contraprestação pecuniária. Por outro lado, os que militam pela faixa etária dos dezesseis anos aduzem que é a partir dessa idade que o jovem efetivamente tem condições de ingressar no mercado de trabalho.

Por oportuno, colacionamos os seguintes arestos daquele colendo Tribunal:

“Cabível a indenização por danos materiais quando se trate de menor de tenra idade, integrando família de baixa renda, a partir da idade em que poderia ingressar no mercado de trabalho até a data em que completaria

¹⁷² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 104.

¹⁷³ (REsp 402874/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 01/07/2002 p. 351). No mesmo sentido: “**Não é devida a indenização por danos materiais prevista no art. 1537, inc. II, do CC quando não ficar provada ou presumível for a contribuição da vítima para o sustento econômico do lar de seus genitores.** Precedentes”. (REsp 348072/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2001, DJ 18/02/2002 p. 425). (grifo nosso)

70 anos, reduzida pela metade a partir da data em que completaria 25 anos". (REsp 646.482/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 08/05/2006, p. 200)

"É devido o pagamento de indenização por dano material em decorrência de morte de filho impúbere – ainda que o menor não exercesse atividade laborativa à época do evento danoso –, desde que pertencente à família de baixa renda. Precedentes". (REsp 147.412/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/02/2006, DJ 27/03/2006, p. 134)

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - AMBULÂNCIA MUNICIPAL - MOTORISTA ESTADUAL - SOLIDARIEDADE - DANOS MATERIAIS - FAMÍLIA POBRE - PRESUNÇÃO DE QUE A VÍTIMA MENOR CONTRIBUÍA PARA O SUSTENTO DO LAR – SÚMULA 07/STJ - SÚMULA 491/STF - PENSIONAMENTO AOS PAIS DA VÍTIMA ATÉ A IDADE EM QUE ESTA COMPLETARIA 65 ANOS - DESCONTO DO VALOR DO SEGURO OBRIGATÓRIO - SÚMULA 246/STJ – DIVERGÊNCIA NÃO-CONFIGURADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. [...]

2. O STJ proclama que em acidentes que envolvam vítimas menores, de famílias de baixa renda, são devidos danos materiais. Presume-se que contribuam para o sustento do lar. É a realidade brasileira.

3 a 5. [...]

6. Em acidente automobilístico, com falecimento de menor de família pobre, **a jurisprudência do STJ confere aos pais pensionamento de 2/3 do salário mínimo a partir dos 14 anos (idade inicial mínima admitida pelo Direito do Trabalho) até a época em que a vítima completaria 25 anos (idade onde, normalmente, há a constituição duma nova família e diminui o auxílio aos pais). Daí até os eventuais 65 anos (idade média de vida do brasileiro) a pensão reduz-se a 1/3 do salário mínimo.** 7. Recursos parcialmente providos". (REsp 335058/PR, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 15.12.2003)

"Nesse contexto, forçosa a atribuição de efeitos modificativos aos embargos de declaração para se suprimir o entendimento manifestado nos itens 5 e 6 da ementa do acórdão ora embargado e, fazendo valer a jurisprudência do STJ, **reconhecer que os autores têm direito à pensão de 2/3 do salário mínimo, no período em que o menor falecido teria entre 16 e 25 anos, e, após esse período, no valor de 1/3 do salário mínimo até o momento em que o falecido completaria 65 anos de idade**". (EDcl no REsp 1094525/SP, Rel. Ministro

BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010)

“A pensão mensal devida aos pais, pela morte de filho menor, deve ser **fixada em valores equivalentes a 2/3 do salário mínimo, dos 14 até 25 anos de idade da vítima, reduzido, então, para 1/3 até a data em que o de cujus completaria 65 anos.** Precedentes”. (AgRg no REsp 686.398/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 18/06/2010) (grifos nossos)

“A morte de menor em acidente, mesmo que à data do óbito ainda não exercesse atividade laboral remunerada ou não contribuísse com a composição da renda familiar, autoriza os pais, quando de baixa renda, a pedir ao responsável pelo sinistro a reparação por danos materiais, aqueles resultantes do auxílio que, futuramente, o filho poderia prestar-lhes. (REsp 1044527/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 01/03/2012).

Se a morte é do pai de família ou da mãe, aqui não há distinção, em face da presunção de que ambos provêm o sustento da casa, cabe indenização, em ambos os casos, em favor dos filhos menores e/ou do cônjuge supérstite. No caso dos filhos menores, o termo final para percepção da pensão é a idade de 25 (vinte e cinco) anos, a partir da qual se presume que o filho alçou sua independência financeira, não mais dependendo do sustento de seus genitores. Por outro lado, quanto ao cônjuge supérstite, a pensão é vitalícia e, acaso dividida com filhos comuns ou apenas do *de cujus*, tem o direito de acrescer ao expirar a pensão do descendente.

Importante salientar, ainda, que é desimportante o fato de o preso ser segurado pela Previdência Social, porquanto a pensão por morte eventualmente percebida é acumulável¹⁷⁴ com a pensão fixada a título de indenização, haja vista possuírem origens jurídicas distintas.

Confirmam-se as ementas dos seguintes precedentes, para melhor clareamento do quadro posto:

[...] é possível a cumulação da pensão previdenciária pós-morte com outra de natureza indenizatória. (AgRg no REsp 1333073/MG,

¹⁷⁴ Súmula 229/STF: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 11/10/2012) (grifo nosso)

(REsp 1320214/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 29/08/2012)

[...] Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, não se exige a prova do valor efetivamente desembolsado com despesas de funeral, se o montante arbitrado em juízo não se afigura excessivo. Precedentes. A jurisprudência desta Corte Superior há muito converge no sentido de que, **nas famílias de baixa renda, há presunção relativa de dependência econômica entre seus membros. Ademais, não se pode esquecer a dependência econômica do descendente em relação ao ascendente e do dever deste de prover a subsistência daquele, sendo, conseqüentemente, devida reparação por danos materiais ao filho menor, pela morte do pai em acidente.** Precedentes. (EDcl no Ag 1407780/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 01/10/2012) (grifo nosso)

Esse é o mosaico fático da jurisprudência do STJ aplicável, mesmo por analogia, aos danos materiais acarretados a encarcerados. Não se olvide, por derradeiro, a plena possibilidade de cumulação dos danos materiais epigrafados com os danos morais, visto que estes possuem escopo diverso, buscando recompensar prejuízo distinto, consoante se verá a seguir.

3.6.4 Danos morais

Primeiramente, é de ter-se sempre em mira a finalidade da indenização por danos morais adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

Emergem, nesse passo, duas vertentes principais a justificar a responsabilidade civil do ofensor de direitos alheios: sob o prisma individual da vítima, a esta interessa o retorno ao *status quo* abalado pela agressão, ou, em caso de impossibilidade prática, como na hipótese de danos morais, a compensação da dor sofrida com a experimentação de alguma benesse, ainda que de natureza diversa da do bem lesado; por outro lado, a partir da ótica da coletividade e da posição do agressor, tem-se como escopo da responsabilidade civil a sanção ao causador do dano

e a exemplaridade da condenação, devendo esta se servir à dissuasão de recalcitrância futura.

Com efeito, verifica-se o duplo escopo da condenação civil: a *recomposição ou compensação* do dano e a *sanção* do causador do dano, em razão da reprovabilidade de sua conduta.

Nessa linha, confira-se o magistério de Carlos Alberto Bittar:

Engendram-se, na teoria em debate, para os fins expostos, diferentes mecanismos de reparação, mas, basicamente, repousa ela na exigência de pagamento de certa soma de dinheiro pelo lesante ao lesado, de modo espontâneo, ou sob ordem judicial em processo próprio. Cuida-se, primordialmente, de fazer incidir sobre o patrimônio do lesante – garantia comum dos credores - a responsabilidade pelos efeitos danosos experimentados pelo lesado, repondo-se as partes no estado anterior. Vale dizer: objetiva-se restabelecer o equilíbrio no mundo fático rompido pelas consequências da ação lesiva, porque interessa à sociedade a preservação da ordem existente e a defesa dos valores que reconhece como fundamentais na convivência humana. Mas interessa também ao lesado a reconstituição de sua situação pessoal, ou, pelo menos, a minoração dos sacrifícios suportados por força de danos ocorridos. Importa, por fim, atribuir-se ao lesante os reflexos negativos resultantes de sua atuação, diante da subordinação necessária à manutenção da tranqüilidade social. Nessa linha de raciocínio, preenche a teoria em estudo os fins de chamar à reparação o lesante e sancioná-lo pelos danos produzidos a outrem, realçando-se, em sua base, a forte influência da Moral.

[...]

A estruturação dessa teoria está, realmente, marcada pelas notas básicas expostas, na medida em que **desempenha, no plano civil, funções de defesa da pessoa humana em suas interações sociais, sem, contudo, desligar-se de seu espectro geral de instrumento de proteção de interesses da coletividade**¹⁷⁵. (grifo nosso)

A concessão dos danos morais tem por escopo proporcionar ao lesado meios para aliviar sua angústia e sentimentos feridos. Demonstrado o dano moral, como a perda do familiar presidiário ou uma lesão corporal capaz de desferir a esse mesmo familiar tamanha dor que interfira no seu plano moral, impõe-se a obrigação de indenizar.

¹⁷⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 25-27.

A indenização do dano moral tem o caráter não só de compensar a dor, mas também de penalização e de prevenção para evitar a reincidência. Tal indenização deve ser fixada levando-se em conta a situação econômica das partes e a culpa do ofensor, bem como a repercussão do dano na vida do ofendido.

Para se fixar o valor indenizatório ajustável à hipótese fática concreta, deve-se sempre ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao *status quo ante*. Esse princípio encontra amparo legal no artigo 947 do Código Civil.

No entanto, não sendo possível a *restitutio in integrum* em razão da impossibilidade material desta reposição, transforma-se a obrigação de reparar em uma obrigação de compensar, tendo vista que a finalidade da indenização consiste, justamente, em ressarcir a parte lesada.

Firmadas essas premissas, discutiremos nos próximos tópicos a legitimidade ativa para postular reparação por dano moral em juízo, os critérios usualmente empregados pela jurisprudência para fixar o valor da indenização, a presunção do dano moral em determinadas hipóteses e, por fim, abordaremos a postura crítica que se deve adotar quando um familiar busca a reparação por dano moral advinda de morte de pessoa vinculada por laço sanguíneo, mas sem proximidade fática.

3.6.4.1 Legitimados para ação de indenização

Na esfera da responsabilidade civil, não se questiona a legitimidade ativa concedida a qualquer pessoa que tenha sofrido um dano.

No entanto, questão delicada se posta quando a reparação é por **dano moral**. *Qualquer terceiro, que alegadamente trazer a juízo relação íntimo-amorosa com a vítima, pode ver a falta do ente requerido reparada patrimonialmente em juízo?*

A resposta, *se provada a convivência próxima e constante*, é positiva. Muito embora, por analogia, seja de praxe admitir como legitimados apenas aqueles previstos no parágrafo único dos artigos 12 e 20 do Código Civil, o qual prevê a

legitimidade, em se tratando de ente morto, ao cônjuge, ascendentes ou os ascendentes.

É possível, ainda, no mesmo exercício de analogia, conferir como legitimados à reparação por dano moral os legitimados à compensação por dano material do art. 948, II, do mesmo código, ampliando a legitimidade àqueles que estavam em estreita relação com a vítima, como o cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores que vivam sob o mesmo teto.

Nesse diapasão, *ainda que a pessoa interessada não seja nenhuma das arroladas nos parágrafos anteriores, poderá ser considerada legitimada a postular reparação civil se demonstrar forte vínculo social com o falecido.*

O Superior de Tribunal colaciona diversos julgados em que admite a legitimidade ativa *ad causam* de irmãos, por exemplo, a despeito de qualquer dependência econômica. Vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO EM PRESÍDIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IRMÃ DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932.

1. Irmãos são partes legítimas ad causam para pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão. Precedentes do STJ. (grifo nosso)

2. O prazo prescricional de Ação de Indenização contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, norma que regula a prescrição de "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza".

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1197876/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/03/2011)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. MORTE DE PRESIDÁRIO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA. IRMÃOS DA VÍTIMA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32.

1 e 2. [...]

3. Os irmãos da vítima ostentam legitimidade ativa *ad causam* para pleitear indenização por danos morais e em razão do falecimento de outro irmão. Precedentes do STJ: Resp 1054443/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 31/08/2009; AgRg no Ag

833.554/RJ, QUARTA TURMA, DJe 02/02/2009; REsp 254.318/RJ, QUARTA TURMA, DJ 07/05/2001.

3. [...]

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1184880/RR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 01/07/2010).

Nesses moldes, se um infortúnio aflorar-se num presídio, com o ceifamento da vida de um interno, pode cogitar-se a postulação em juízo, por dano moral, segundo pensamos, frise-se, até de seu companheiro de cela, bastando a prova de união duradoura e visceral com a vítima e que a morte lhe acarretou imensa dor psicológica.

3.6.4.2 Dano presumido: dano in re ipsa

Para a demonstração do dano moral àqueles que perdem um ente querido nas dependências de um estabelecimento prisional, basta a realização da prova do nexa causal entre a conduta (indevida ou ilícita), o resultado danoso e o fato. Não se trata de uma presunção legal, pois é perfeitamente admissível a produção de contraprova, se demonstrado que não consiste numa presunção natural.

Trata-se de **dano moral in re ipsa**, que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo esses evidenciados pelas circunstâncias do fato. Nesse sentido, destaca-se a lição do Des. Sérgio Cavalieri Filho:

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, **o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do**

próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras de experiência comum¹⁷⁶.(grifo nosso)

Afigura-se, portanto, despcienda qualquer prova de angústia moral pelos interessados na reparação extrapatrimonial. Provou-se o dano, exsurge o dever de indenizar, provado fictamente pelas balizas de experiência ordinária do homem médio.

3.6.4.3 Parâmetros de fixação

No concernente ao valor dos danos morais, há de se considerar uma série de circunstâncias. Em regra, a jurisprudência dispõe que o valor da indenização deve atender-se para a pessoa do ofendido e do ofensor; a medida do padrão sociocultural da vítima; a extensão da lesão ao direito; a intensidade do sofrimento e sua duração; e as condições econômicas do ofendido e as do ofensor. Deve-se relevar, ainda, o caráter pedagógico-preventivo da medida.

Todavia, a real dimensão externa da ingerência do ato lesivo no âmbito psicológico da vítima é que deflagrará o *quantum* indenizatório devido. Para tanto, é necessário sopesar, nesta esfera eminentemente subjetiva, se há interferência direta do meio social dos sujeitos, das especificidades do objeto, e, finalmente, os efeitos jurídico-econômicos.

Aliado a esses critérios de julgamento, deve-se buscar sempre o *bom senso e a razoabilidade*, esteios para o arbitramento desta medida. Não se pode desconsiderar, noutra senda, *a exequibilidade do encargo pelo agente responsável*.

Cumpra mencionar a lição de Sílvio Sálvio Venosa:

Qualquer indenização não pode ser tão mínima a ponto de nada reparar, nem tão grande a ponto de levar à penúria o ofensor, criando para o estado mais um problema social. Isso é mais perfeitamente válido no dano moral. Não pode igualmente a indenização ser um instrumento de enriquecimento sem causa para a vítima; nem ser de tal forma insignificante ao ponto de ser irrelevante ao ofensor, como meio punitivo

¹⁷⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 100-101.

e educativo, uma vez que a indenização desse já tem também essa finalidade ¹⁷⁷.

À vista da inexistência de parâmetros legais para fixação do valor do dano extrapatrimonial, o julgador deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade ¹⁷⁸. Outrossim, deve atentar para a natureza jurídica da indenização ¹⁷⁹, que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado, além de cumprir seu cunho pedagógico sem caracterizar enriquecimento ilícito.

Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira, nos seguintes termos:

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva ¹⁸⁰.

Sérgio Cavalieri Filho, ao tratar do arbitramento do dano moral, assim se manifestou:

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa

¹⁷⁷ VENOSA, Sílvio Sálvio. *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 320.

¹⁷⁸ (REsp 797.836/MG, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, j. 02.05.2006).

¹⁷⁹ "A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. [...] Penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor. [...] Satisfatória ou compensatória [...] a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada." (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 94).

"Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas." (STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1709).

¹⁸⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 60.

proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes¹⁸¹.

No ponto específico tratado neste trabalho – a responsabilidade estatal pela incolumidade dos presidiários -, *é preciso estabelecer que a capacidade econômica do ofensor (Estado) é exponencialmente considerável e deve balizar a fixação do quantum indenizatório. Por outro lado, não se pode permitir o enriquecimento sem causa do ofendido.*

Os tribunais estaduais, de modo geral, na ocorrência de morte de detento, costumam fixar a indenização no patamar de R\$ 30.000,00 a R\$ 70.000,00¹⁸², montante este que ganha reforma na instância superior (STJ) apenas se considerado ínfimo ou exagerado¹⁸³, quer seja, se verificada ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade já entabulados.

3.6.4.4 Releitura da presunção: o afastamento afetivo entre vítima e familiar

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 93.

¹⁸² (Apelação Cível Nº 70051922995, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 13/12/2012); (Acórdão n.642588, 20080110109032APO, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, TJDF, Publicado no DJE: 07/01/2013. Pág.: 185); (Ap Cível/Reex Necessário 1.0194.11.008412-7/001, Rel. Des.(a) Albergaria Costa, 3ª CÂMARA CÍVEL, TJMG, julgamento em 31/01/2013, publicação da súmula em 08/02/2013).

¹⁸³ **“Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”.** (EDcl no AREsp 63.608/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 01/02/2013) (grifo nosso)

A seara relativa à indenização por dano moral é a que talvez revele hoje a exigência maior dos juízes no apego àquele traço que, desde nossos antepassados romanos, lhes deve ser inerente: a *prudência*. Nessa linha - como bem denunciou Sergio Cavalieri Filho -, para que, “*depois de ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da inacumulatividade com dano material, não nos enveredemos pela fase de sua industrialização*”¹⁸⁴.

Outra questão interessante nesse campo é a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da legitimidade ativa para pleitear o ressarcimento do dano moral, na medida em que, se todos aqueles que sofressem abalo moral pudessem buscar sua compensação, ter-se-ia a esdrúxula situação de, por exemplo, fãs de hipotético astro da música morto¹⁸⁵ requererem judicialmente a verba compensatória. Ao reverso, não se mostra razoável que a cadeia de legitimados para pedir a compensação de uma dor moral se estenda *ad infinitum*, a agasalhar todos os parentes, amigos ou, até mesmo, admiradores da vítima.

À míngua de qualquer previsão de rol de legitimados ao dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, incumbe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecer os limites da razoabilidade.

Como pontuado no item 3.3.3.1 (*Legitimados para ação de indenização*), mostra-se necessária a *prova de estreita relação afetiva entre vítima e interessado para deflagrar a responsabilidade civil*.

Com efeito, muito embora a legitimidade para pleitear-se indenização por danos morais, decorrentes de morte, tenha tido como pressuposto o grau de parentesco entre a vítima e o requerente, tal solução não é destituída de causa. *Em realidade, a depender do grau de parentesco, presume-se a existência de laços afetivos sólidos, cujo rompimento em razão da morte do querido ente gera sofrimento indenizável*.

Destarte, mostra-se relevante à determinação da legitimidade para receber indenização por dano moral, em última análise, e sobretudo, os laços afetivos

¹⁸⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 80.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 91.

entre a vítima, em vida, e o autor da ação, *cuja existência é presumida em parentes próximos, porquanto nesses casos os fatos tidos por danosos, de regra, conseguem ingressar na esfera da dignidade da pessoa, causando-lhe abalo moral.*

Daí porque a lição de Carlos Alberto Bittar Filho, para quem:

As pessoas legitimadas são, exatamente, aquelas que mantêm vínculos firmes de amor, de amizade ou de afeição, como os parentes mais próximos; os cônjuges que vivem em comum; os unidos estavelmente, desde que exista a afetiva aproximação e nos limites da lei, quando, por expresso, definidos (como na sucessão, em que se opera até o quarto grau, pois a lei presume que não mais prospera, daí, em diante, a afeição natural, C. Civ., art. 1.612)¹⁸⁶.

No mesmo sentido, trazemos a lume o magistério de Arnaldo Rizzardo:

Nem se toma por empréstimo a ordem erigida para a sucessão hereditária, pois distintos os pressupostos para admitir o dano moral, sendo eles o vínculo do amor, da afeição, da amizade, do entrelaçamento de sentimentos, da vida em comum, de modo a cada um sentir na própria carne aquilo que acontece com outro¹⁸⁷.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

(...) o entendimento jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a prova do dano moral se satisfaz, em determinados casos, com a demonstração do fato externo que o originou e pela experiência comum. **No caso específico, em que houve morte, a dor da família é presumida, sendo desnecessária fundamentação extensiva a respeito.** (REsp 204.825/RR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.09.2002, DJ de 15.12.2003, p. 245)

Nessa esteira, não fica difícil concluir que, muito embora a proximidade do grau de parentesco possa, de regra, conduzir à legitimidade para o pedido de indenização em razão de morte, tal não se verifica sempre, porquanto, como bem lembrado por Cavalieri, **a presunção é *iuris tantum* de que há abalo moral na perda de parentes de grau próximo, havendo possibilidade, com efeito, de demonstração em contrário.**

¹⁸⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 156.

¹⁸⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 274.

Tal constatação coaduna-se com a mais moderna doutrina acerca dessa realidade social metamórfica chamada "família"¹⁸⁸.

Nesses lindes, entendemos que não deve o direito fechar os olhos para casos em que o contexto fático revela afastamento entre o familiar falecido e o interessado, pois pensar de modo diverso é valorar positivamente um falso abalo psicológico e estimular ainda mais a indústria do dano moral que vige neste país.

Admitimos que pensar deste modo é entabular tese sem grande adesão, contudo, a fim de subsidiá-la, é preciso observar a *práxis* de, na fixação do *quantum* indenizatório, pretender-se à valoração da proximidade entre os familiares, em caso de falecimento. Assim, se referido raciocínio é aplicado na quantificação da extensão do dano, pela lógica, chegará a um ponto em que o afastamento dos familiares será de tal modo que sequer existirá valor a reparar e, portanto, inexistirá dano moral. Como demonstração, confirmam-se os arestos a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ACIDENTE AÉREO ENVOLVENDO O AVIÃO BOEING 737-800, DA GOL LINHAS AÉREAS, E O JATO EMBRAER/LEGACY 600, DA EXCEL AIR SERVICE. DANO MORAL. IRMÃ DA VÍTIMA FALECIDA. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Os irmãos possuem legitimidade ativa ad causam para pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão. Precedentes.

2. Restou comprovado, no caso ora em análise, conforme esclarecido pelo Tribunal local, **que a vítima e a autora (sua irmã) eram ligados por fortes laços afetivos.** (grifo nosso)

3 e 4. (*omissis*)

(AgRg no Ag 1316179/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALECIMENTO DE MILITAR NO

¹⁸⁸ No julgamento do REsp 945.283/RN, o Ministro Luis Felipe Salomão conceituou a alcunha família nos verbetes: "o que deve balizar o conceito de "família" é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico". (REsp 945.283/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 28/09/2009).

CUMPRIMENTO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. COMPROVAÇÃO DE CULPA OU DOLO. PRESCINDIBILIDADE. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. JUROS MORATÓRIOS. 12% AO ANO A PARTIR DO CC/2002. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

(...)

9. No dano moral por morte, a dor dos pais e filhos é presumida, sendo desnecessária fundamentação extensiva a respeito, **cabendo ao réu fazer prova em sentido contrário, como na hipótese de distanciamento afetivo ou inimizade entre o falecido e aquele que postula indenização.** (grifo nosso)

(REsp 963.353/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009)

Forçoso concluir, portanto, que não se pode olvidar de avaliar a pertinência fática daquele ente querido que, por infortúnio, sucumbiu-se, em face do pedido do familiar pretendente, mesmo que impere, na hipótese, presunção de afetividade. Tolerar o contrário é distorcer regras basilares de responsabilidade civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o termo do presente trabalho, fomos capazes de discorrer sobre alguns aspectos substanciais inerentes à responsabilidade civil da Administração Pública na esfera de proteção física e moral de custodiados em estabelecimentos prisionais, sem qualquer pretensão, a toda evidência, de esgotar o tema, porquanto é da própria natureza deste trabalho a sua generalidade e superficialidade.

Contudo, tornou-se realizável a abordagem dos temas transcritos com leitura crítica de alicerçada doutrina de direito administrativo e de direito constitucional e exame profícuo de votos exarados em julgamentos de recursos de competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Verificou-se ao término de cada subtítulo que:

- a. A regra geral de responsabilidade civil do Estado é aquela calcada independentemente de culpa do agente público, isto é, apurada objetivamente, consoante expressa previsão constitucional insculpida no art. 37, §6º;
- b. A responsabilidade objetiva do Estado justifica-se pela adoção da *Teoria do risco administrativo*. Dispõe referida teoria que o Estado propicia vantagens sociais e econômicas a toda uma coletividade, razão pela qual eventual prejuízo suportado pelo administrativo por ação ou omissão imputada ao próprio ente estatal, deve ser indenizado na medida do dano, face à repartição social do ônus da atividade estatal;
- c. Comporta grande divergência jurisprudencial e doutrinária o modo com que se opera a responsabilidade estatal por atos omissivos: se do tipo objetiva ou subjetiva. Prevalece, no entanto, o entendimento de que, se a falha for genérica, mister mostra-se a demonstração de culpa da Administração Pública, mesmo que anônima. Em outras palavras, o juízo prevalente é da responsabilidade subjetiva;

d. Há hipóteses de afastamento da responsabilidade estatal quando, *v. g.*, o evento danoso insere-se em juízo de total imprevisibilidade e inevitabilidade da Administração Pública;

e. Adota o Supremo Tribunal Federal o entendimento de inviabilidade da denunciação da lide ao agente público causador do dano e também da formação de litisconsórcio passivo facultativo entre o agente e a pessoa jurídica responsável, sob o argumento de que a regra constitucional (art. 37, §6º) tem, como um dos seus pilares, a facilitação da reparação do dano suportado pela vítima e permitir o prosseguimento desse incidente processual, invariavelmente, implica atraso na prestação jurisdicional;

f. Pacificou o Superior Tribunal de Justiça que o prazo prescricional para demandas indenizatórias contra o Estado é o quinquenal previsto no Decreto 20.910/32;

g. O Estado, na medida em que recolhe a estabelecimento prisional pessoa acusada ou já julgada da prática de infração penal, tem o dever objetivo de cuidado por sua incolumidade física e moral (art. 5º, XLIX, da Constituição Federal);

h. O novo modelo de gestão de presídio, por intermédio de parcerias público-privadas, segundo nos pareceu, acarreta a responsabilidade subsidiária do poder concedente na ocorrência de danos a encarcerados;

i. Os danos advindos de erros judiciários, isto é, daqueles próprios da má aplicação da lei penal, são passíveis de indenização estatal, sob a chancela da responsabilidade objetiva, forte no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal;

j. Permanece pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de atribuir ao Estado responsabilidade por danos morais individuais sofridos por presidiários ao se submeterem às condições desumanas e notórias presentes no nosso sistema de execução penal. Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já rechaçou a pretensão, escorado na teoria da reserva do possível, afirmando que tolerar referida reparação extrapatrimonial é

diminuir o orçamento previsto para a melhoria de todo o sistema de execução penal, haja vista que a fonte de custeio é única;

k. A morte de detento em estabelecimento prisional comporta indenização por danos materiais e morais aos familiares ou àqueles que demonstrarem relação próxima e duradoura com o falecido, sendo desimportante, na atual jurisprudência do STF, que o óbito provenha de suicídio.

Em linhas gerais, são essas as conclusões extraídas do estudo que nós propomos realizar, ficando um sentir de que, ao cabo do que se expôs, impera a necessidade de alargamento da responsabilidade do Estado na proteção de seus custodiados e a progressiva simplificação dos meios para engajá-la. Conforme vimos, legislação, jurisprudência e doutrina já sufragaram e sufragam esse escopo.

Não se pode descuidar de que as transformações da responsabilidade do Estado na história serviram-se para amoldar o dever de indenizar às consequências do Estado de Direito e aos princípios que expressam suas inspirações, assim como há, também, em boa medida, um processo de adaptação desta responsabilidade ao novo papel que o Estado passou a representar, de modo que se torna inadmissível cogitar-se a ocorrência de toda sorte de danos a detentos em todo o território brasileiro passar ao largo de qualquer obrigação ressarcitória do Estado, nitidamente o próprio causador da situação propiciadora de nocividade.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Vol. II. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANDRADE, Érico. **Responsabilidade civil do Estado e o direito de regresso**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil – Parte geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

B. E. L. SILVEIRA, C. C. AZEVEDO, D. A. GEMELLI. **Responsabilidade subjetiva do Estado em face da Omissão do dever de guarda e vigilância nas escolas Públicas**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=responsabilidade%20subjetiva%20do%20estado%20em%20face%20da&source=web&cd=3&ved=0CDoQFjAC&url=http%3A%2F%2Ffulbra-load%2F2012%2F05%2F04%2FResponsabilidade-subjetiva-do-estado-em-face-da-omissao-do-dever-de-guarda-e-vigilancia-nas-escolas->>. Acesso em: 20 fev. 2013.

BELINATI, Roberval Casemiro. **Responsabilidade Civil de Shopping Center em caso de suicídio**. Disponível em: <

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2009/responsabilidade-civil-de-shopping-center-em-caso-de-suicidio-desembargador-roberval-belinati>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor, nº 12.

_____, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BUHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. In: **Gênesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado**, n. 12, jan./mar. 1997.

CARLIN, Ivo Volnei (org.) **Grandes temas de Direito Administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009.

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

CASTRO E COSTA, Natália Albuquerque Dino de. **Controle externo da atividade policial no Distrito Federal**. 2011. 102 p. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito - FD, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho Y Razón: teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta, 2000. (tradução livre).

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Da denúncia da lide**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume II: teoria geral das obrigações**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal. Parte Geral**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Alexandre Dias de. **Responsabilidade civil do Estado e ação de regresso: o não ajuizamento da ação regressiva configurando-se como ato de improbidade administrativa por omissão, em razão do princípio da indisponibilidade dos bens**

públicos. 2012. 40 p. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito - FD, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Vol. I. Introdução. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOBRE, Eduardo Antônio Dantas. **Responsabilidade civil da administração pela guarda de pessoas e coisas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2430, 25 fev.2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14409>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

NOHARA, Patrícia Irene. **Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. 2009. 143 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito – FD, Universidade de Brasília-UnB, Brasília, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTES, Edson Ernesto Ricardo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais: uma nova hermenêutica para o século XXI**. 2002. 193 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília e Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN, Brasília e Dourados, 2002.

QUADROS, Fausto de. **Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Editora Almedina, 2004.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. 2011.

148 f. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito – FD, Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2011.

RITA, Rosangela Peixoto Santa. **Mães e crianças atrás das grades: Em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTIAGO, Leonardo Ayres. **A responsabilidade extracontratual do Estado na hipótese de suicídio de presos sob sua custódia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1751, 17 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11168>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, André Ricardo Dias da. **Os direitos fundamentais em face da pena privativa de liberdade. Vilipêndio e falácia. Democracia?**. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6928>. Acesso em: 21 fev. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6ª ed., São Paulo: RT, 2004.

TÁCITO, Caio. **Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado**. RDA 55/271.

VARELLA, Dráuzio. **Carcereiros**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VENOSA, Sílvio Sálvio. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2004.