



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO
ESTADO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE
SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA: UMA ANÁLISE DO RE-RG
580.252/MS**

Isabela de Cássia Gouvêa Lopes

Brasília
2017

ISABELA DE CÁSSIA GOUVÊA LOPES

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE SUPERLOTAÇÃO
CARCERÁRIA: UMA ANÁLISE DO RE-RG 580.252/MS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial à obtenção de diploma no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues

Brasília
2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília – UnB,
como requisito parcial à obtenção de diploma no Curso de Graduação em Direito.

Responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos morais decorrentes de
superlotação carcerária: uma análise do RE-RG 580.252/MS.

Isabela de Cássia Gouvêa Lopes

Aprovada por:

Professor orientador: Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues

Professor: Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto - Examinador

Professor: Prof. Dr. Bruno Rangel Avelino da Silva - Examinador

Me. Mateus Rocha Tomaz - Examinador

Brasília, 21 de novembro de 2017.

“Os muros do cárcere representam uma violenta barreira que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos”.

Alessandro Baratta¹

¹ *Por um concepto crítico de reintegración social del condenado.* In: OLIVEIRA, E. (Coord.). **Criminologia crítica.** Fórum Internacional de Criminologia Crítica: Belém: Cejup, 1990, p. 145. Citado por Alvíno Augusto de SÁ. Criminologia clínica e psicologia criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONTEXTUALIZAÇÕES NECESSÁRIAS	5
I.1 A problemática do sistema carcerário brasileiro: violação de direitos, superlotação e omissão estatal.....	5
I.2 A realidade dos presídios brasileiros: masmorras medievais.....	8
I.2.1 A falta de assistência material.....	8
I.2.2 Saúde.....	9
I.2.3 A falta de assistência jurídica.....	11
I.2.4 Educação	12
I.2.5 Falta de assistência social.....	12
I.2.6 Falta de assistência religiosa	13
I.3 O seletivo entendimento da dignidade humana no Brasil.....	13
I.4 O Estado de Coisas Inconstitucional.....	16
I.4.1 A experiência colombiana: Sentencia de Tutela T-153	18
I.4.2 O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	19
I.4.3 Possíveis críticas ao ECI.....	22
CAPÍTULO II - A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO	26
II.1 O percurso histórico da responsabilidade civil extracontratual do Estado	26
II.1.1 Irresponsabilidade civil do Estado.....	26
II.1.2 Responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Privado.....	28
II.1.3 Responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público.....	29
II.2 Breve distinção entre a teoria subjetiva e objetiva da responsabilidade civil.....	31

II.3 Teoria do risco integral <i>versus</i> teoria do risco administrativo: explicações sobre o debate doutrinário e as excludentes de responsabilidade civil	33
II.4 A responsabilidade civil extracontratual do Estado no Direito brasileiro	37
II.4.1 Requisitos para a responsabilização do Estado.....	38
II.4.1.1 Dano.....	38
II.4.1.2 Nexo de causalidade	39
II.4.1.3 Oficialidade da conduta causal	42
II.5 Responsabilidade civil extracontratual por omissão estatal: aplicação da teoria objetiva ou subjetiva?	43
CAPÍTULO III – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS E UM OLHAR DISTINTO PARA A REPARAÇÃO DE DANO MORAL.....	53
III.1 O posicionamento do STF acerca da responsabilidade civil extracontratual no recurso paradigma.....	53
III.1.1 O <i>quantum</i> indenizatório e críticas à reparação pecuniária.....	59
III.2 A despatrimonialização da reparação dos danos morais	62
III.3 Um contraponto à rigidez normativa: a proposta de remição da pena a partir da analogia do art. 126 da Lei de Execução Penal	65
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária a partir de análise do RE-RG 580.252/MS. Será apresentado panorama sobre as condições das prisões no Brasil a fim de demonstrar a situação degradante, superlotação e hiperencarceramento, reconhecendo a falibilidade do sistema prisional e o Estado de Coisas Inconstitucional por meio da ADPF 374. O descumprimento do dever do Estado de zelar pelos seus presos e tratá-los como reabilitandos gera a necessidade de indenização - inclusive a título de dano moral - em virtude das condições sub-humanas que os mesmos são submetidos. Para tanto, faz-se necessária apresentação do panorama histórico da responsabilidade civil do Estado para compreender as soluções propostas no recurso paradigma, quais sejam: indenização pecuniária ou remição da pena.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro. Estado de Coisas Inconstitucional. Responsabilidade civil do Estado. Dano moral. Remição da pena. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study aimed to focus on the State's extra-contractual civil liability for moral damages resulted from overcrowded prisons based on the analysis of RE-RG 580.252/MS. An overview of the conditions of penitentiaries in Brazil presented attempted to illustrate the length of a degrading and overcrowding situation, in which is possible to associate with the fallibility of the prison system and the Unconstitutional State of Affairs mainly discussed on ADPF 374. The non-fulfillment of the State's duty to care and treat its prisoners as rehabilitating ones generate the need for compensation - including moral damages - due to the subhuman conditions the prisoners are subjected to. Therefore, it is necessary to analyze the historical context of the State's civil liability to understand the solutions proposed in the Supreme Court precedent, which is: pecuniary indemnity or reduction of penalty.

Keywords: Brazilian prison system. The Unconstitutional State of Affairs. Civil liability of the State. Moral damage. Reduction of penalty. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Em trabalhos científicos, é imperioso que os autores comecem seus textos abordando a metodologia utilizada e seus objetivos. Contudo, no âmbito do direito, usualmente, não são feitas referências às motivações ou indagações sobre o assunto a ser escrito.

Por vezes, as motivações são fundamentos de base teórica jurídica, pautados em normas positivadas ou indagações de cunho filosófico; por outras vezes, são angústias pessoais oriundas da realidade social de quem escreve e que fogem de uma racionalidade ortodoxa e a um método científico.

O que se faz nesse estudo é expor, a partir de uma realidade notória, o dilema criado pela rigidez das normas jurídicas ao dar solução a um caso concreto.

A decadência do sistema carcerário e o descaso do Poder Público com relação às prisões e, principalmente, aos presos é um tema já antigo da criminologia que tem sua relevância na formação de novos juristas e na interpretação do direito penal.

Segundo dados do *Institute for Criminal Policy Research*², em 2016 o Brasil ocupava a 4ª maior população carcerária do mundo. Em 2017, o número de presos é de 676.668, com uma proporção de 299,7 pessoas encarceradas para cada 100 mil habitantes³. Além do hiperencarceramento, os presos vivem em condições sub-humanas sendo privados não somente de sua liberdade, mas também de sua dignidade.

Pela teoria clássica da responsabilidade civil, todo dano sofrido por alguém mediante a realização de um ato ilícito deve ser indenizado. Essa regra serve não somente aos cidadãos, mas também ao próprio Estado como afirmação de um Estado Democrático de Direito.

Partindo-se da ideia de que há inúmeras violações aos direitos humanos, seria possível a existência de reparação dos danos sofridos pelo encarceramento em massa? A reparação pecuniária consegue indenizar devidamente o dano sofrido? Como seria efetivada uma possível indenização?

Tais questionamentos nos apresentam três principais problemas enfrentados pelo Brasil no que tange à manutenção de uma massa de presos em condições degradantes: (i)

² *Institute for Criminal Policy Research - ICPR. World Prison Population List*. Disponível em: http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

³ Fonte DEPEN. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

falibilidade do sistema prisional; (ii) descumprimento do dever do Estado de zelar pelos seus presos e tratá-los como reabilitandos; e (iii) necessidade de indenização - inclusive a título de dano moral - em virtude das condições sub-humanas que os mesmos são submetidos atualmente⁴.

Assumindo a ineficiência estatal no sistema carcerário e o descaso com a população apenada como premissa, faz-se necessário explicar o porquê de uma monografia que tem como temática principal a reponsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária.

A resposta para essa indagação é simples: é preciso pensar na vivência das pessoas não libertas em espaços degradantes e hiperencarcerados e, especialmente, quais são seus direitos e as possíveis medidas para garantir a dignidade humana no cárcere.

Trata-se de uma conclusão que não é nova na seara do direito penal. A ideia disseminada no século XIX que preconizava a prisão como instrumento de combate e repressão aos delitos foi superada pela antinomia entre a realidade fática e a ineficiência dos poderes da República.

Assim também entende Foucault, em *Vigiar e punir*:

O cárcere, em verdade, não diminui a taxa de criminalidade, provoca a reincidência, favorece a criação de um meio de delinquentes, com organização hierarquizada e voltada para o cometimento de futuros delitos, bem como fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família dos detentos⁵.

Essas premissas induziram o Supremo Tribunal Federal a expor um posicionamento inovador - ainda que minoritário -, que desafia a rigidez do processo penal em prol de uma solução para o problema da superlotação carcerária.

Nos autos do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, a corte constitucional analisou o caso de um apenado condenado a vinte anos de reclusão por latrocínio que permaneceu mais de cinco anos no presídio de Corumbá/MS em regime fechado e quatro em regime semiaberto em condições precárias de habitualidade, insalubridade e ausência de espaço físico mínimo nas celas do presídio.

Por intermédio da Defensoria do Estado do Mato Grosso do Sul, o apenado pleiteou indenização por dano moral no *quantum* de um salário mínimo mensal, enquanto

⁴ No primeiro tópico desse trabalho a temática será retomada com base em análise de dados sobre as condições dos presos e das cadeias brasileiras.

⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 16 ed. São Paulo: Vozes, 1997, pg. 87.

perdurasse regime de superlotação e tratamento degradante. Em sede de apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, chegou-se à quantia indenizatória de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Já no Supremo Tribunal Federal, houve consenso com relação à aplicação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, mas diferentes posições acerca da forma de reparação do dano. À época, Ministro Relator Teori Zavaski, optou pela indenização pecuniária em parcela única mantendo o valor arbitrado de R\$2.000,00 (dois mil reais). Abrindo a divergência em voto-vista, o Ministro Luís Roberto Barroso propôs a substituição da indenização pecuniária pela remição da pena a partir de analogia na Lei de Execução Penal (LEP), alertando para a possibilidade real de proliferação de ações de detentos por danos morais.

O plenário aprovou, em repercussão geral, a tese adotada pelo relator, *in verbis*:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento⁶.

A partir da dissidência de votos, neste estudo serão apresentados relatórios, dados e entendimentos teórico-acadêmicos a fim de compreender a problemática do sistema carcerário e os institutos da responsabilidade civil extracontratual do Estado, buscando esclarecer as soluções propostas nos votos supramencionados e analisar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à indenização dada aos presos em cadeias degradantes.

O estudo é dividido em três capítulos: (i) problemática do sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional; (ii) responsabilidade civil extracontratual e o dever de indenizar do Estado; (iii) possibilidade de reparação não pecuniária do dano moral.

No primeiro capítulo, será apresentado um panorama sobre as condições das prisões no Brasil a fim de demonstrar a situação degradante, superlotação e hiperencarceramento. Serão utilizados dados do Conselho Nacional Justiça (CNJ), relatórios do Departamento Penitenciário (DEPEN), Instituto de Pesquisa Econômica

⁶ STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavaski, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

Aplicada (IPEA) entre outros. Também, será realizada a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, a fim de esclarecer a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no contexto brasileiro.

Posteriormente, no segundo capítulo, será abordado o dever do Estado de manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade, conforme prevê o ordenamento jurídico, sendo objetivamente responsável pela guarda e segurança dos presos. Será feita análise a partir da responsabilidade civil extracontratual do Estado, desde sua evolução histórica até os parâmetros necessários para a responsabilização. Parte-se do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 para entender o ressarcimento pecuniário por dano moral, juntamente com a aplicação de dispositivos internacionais que versam sobre o tema da responsabilidade civil.

O recurso paradigma e a possibilidade de reparações não pecuniárias serão pontuados no terceiro capítulo, perpassando por premissas doutrinárias que defendem a despatrimonialização das reparações de dano moral e, posteriormente, à proposta advogada pelo Ministro Luís Roberto Barroso de remição da pena a partir de analogia do art. 126 da LEP.

Por fim, espera-se fornecer subsídios científicos para que se entenda o panorama do sistema carcerário e as possibilidades de indenização do Estado por danos morais em decorrência da superlotação carcerária, bem como os dilemas enfrentados pela aplicação do direito na resolução de temas objetivos perante o Estado de Coisas Inconstitucional.

CAPÍTULO I - SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONTEXTUALIZAÇÕES NECESSÁRIAS

Será necessária contextualização sobre as condições do sistema carcerário brasileiro, a fim de entender quais são os motivos que levam à possibilidade de indenização do preso por dano moral pelo Estado. Também será de extrema importância a apresentação do Estado de Coisas Inconstitucional, instituto que corrobora com o entendimento de falibilidade das prisões no Brasil, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF.

I.1 A problemática do sistema carcerário brasileiro: violação de direitos, superlotação e omissão estatal

Segundo o *Institute for Criminal Policy Research*⁷, em 2016 o Brasil ocupava o quarto lugar do mundo em contingente populacional carcerário, após Estados Unidos (2.217.000 pessoas), China (1.657.812) e Rússia (642.470). De acordo com a última contagem do Instituto de Geografia e Estatística (IBGE)⁸, a população brasileira é de aproximadamente 206.081.432 habitantes, sendo destes 676.668 presos, conforme relatório Choque de Justiça do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁹ de janeiro de 2017¹⁰.

Entre os países supramencionados, é do Brasil a maior taxa de custodiados provisórios. No corrente ano, são 218.342 presos provisórios e 244.653 processos, mostrando que mais de 30% dos presos no Brasil ainda não foram julgados. Tais dados não refletem uma situação momentânea mas um percurso histórico de uma política de altas taxas de encarceramento no Brasil.

A alta taxa de aprisionamento fica evidente no gráfico do Departamento Penitenciário (DEPEN)¹¹, entre os anos de 2008 e 2014:

⁷ *Institute for Criminal Policy Research - ICPR. World Prison Population List*. Disponível em: http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf. Acesso em: 10 agosto de 2017.

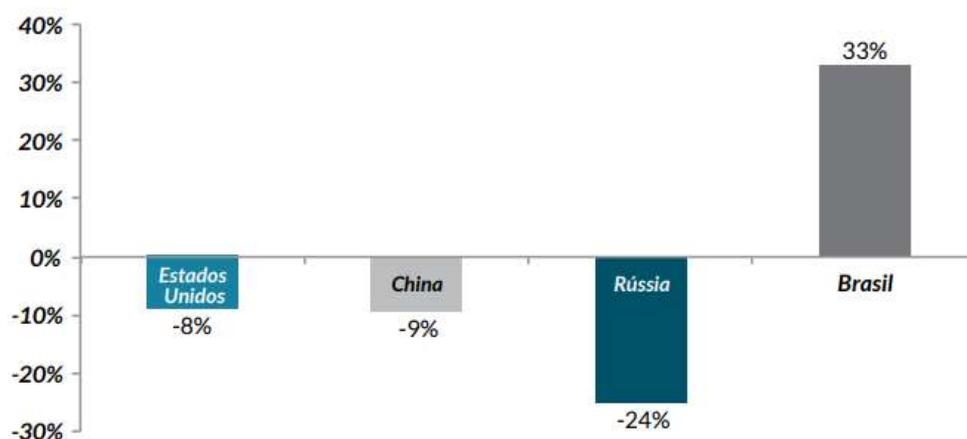
⁸ Fonte IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Dados referentes a julho de 2016. Acesso em: 10 agosto de 2017.

⁹ Fonte CNJ – Choque de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>. Acesso em: 10 agosto de 2017.

¹⁰ Não é possível afirmar a posição do Brasil no ranking mundial de população presa atualmente, tendo em vista que o último relatório do ICPR consta de 2016.

¹¹ Fonte DEPEN (<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>). Acesso em: 12 agosto de 2017.

GRÁFICO 1: variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014 nos 4 países com maior população prisional do mundo.



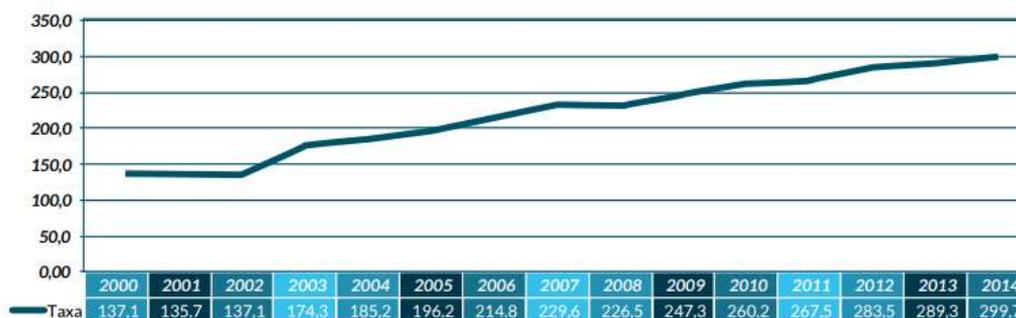
Segundo Renato Campos Pinto de Vitto¹², diretor-geral do Departamento Penitenciário, à época, se considerarmos a média mundial, o Brasil encarcera mais que o dobro do restante do mundo. Para ele, o aumento exponencial de prisões ocorrido nos últimos vinte anos não trouxe redução da criminalidade ou coesão social.

É o que se pode constatar a partir do crescimento exponencial da taxa de aprisionamento no Brasil entre os anos de 2000 e 2014, conforme segundo gráfico elaborado pelo DEPEN. O aumento de 119% acarretou numa proporção de 299,7 pessoas encarceradas para cada 100 mil habitantes com a possibilidade de se alcançar a marca de uma em cada dez pessoas presas no Brasil no ano de 2075, caso se mantenham os mesmos níveis de aprisionamento¹³.

¹² Fonte CNJ (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81755-encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen>). Acesso em: 12 agosto de 2017.

¹³ Fonte DEPEN (<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>). Acesso em 12 agosto de 2017.

GRÁFICO 2: evolução da taxa de aprisionamento no Brasil.



Com relação ao aumento da criminalidade, o Brasil é o país com maior número absoluto de homicídios no mundo¹⁴. Em 2014 houve 59.627 homicídios, o equivalente a 29,1 homicídios a cada 100 mil habitantes. Segundo o Atlas da Violência 2016¹⁵, seis estados (em sua maioria do Nordeste) apresentaram taxa de 100% de aumento nos crimes de homicídio.

Além disso, a população carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos, conforme mapeamento realizado pelo IPEA e FBSP: o número de presos saltou de 3.866 em 1938 para 321.014 em 2009. As prisões continuam abarrotadas, trazendo para a população a falsa ideia de diminuição da delinquência e esquecendo os corpos não libertos entre os muros de presídios incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

A criminalidade e a violência são fenômenos complexos e multicausais, abarcando questões de gênero, raça, escolaridade e faixa etária. A dinâmica da violência traz custos sociais enormes, representando uma pressão popular por maior encarceramento e força policial¹⁶.

A partir da análise geral do panorama de criminalidade e encarceramento acima, passamos a tratar mais especificadamente da problemática das cadeias brasileiras e as péssimas condições a que os presos são submetidos.

¹⁴ Segundo o Observatório de Homicídios do Instituto Igarapé, em 2013, houve 437 mil vítimas de homicídio no mundo (<http://www.igarape.org.br/pt-br/observatorio-de-homicidios/>)

¹⁵ Nota técnica realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Fonte IPEA (http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf). Acesso em 12 agosto de 2017.

¹⁶ Entretanto, nesse trabalho não cabe apontar soluções de política prisional. É importante para o leitor o conhecimento, por meio de dados, da alta taxa de aprisionamento e criminalidade brasileira como causas do encarceramento em massa.

I.2 A realidade dos presídios brasileiros: masmorras medievais¹⁷

O contexto contemporâneo do sistema prisional brasileiro é de absoluta precariedade. Segundo relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário¹⁸, há violação de pelo menos seis direitos do preso e do internado: (i) assistência material; (ii) saúde; (iii) assistência jurídica (iv) educação; (v) assistência social e (vi) religiosa, brevemente analisados a seguir.

I.2.1 A falta de assistência material

Nos artigos 10 e 11¹⁹ da Lei de Execução Penal, fica claro o dever de assistência aos presos, sendo necessário que as prisões propiciem aparato adequado para o descanso, higiene, alimentação e trabalho. Entretanto, a CPI apurou que a maioria dos estabelecimentos prisionais necessita de ampla reforma, como é o caso da Colônia Agrícola de Campo Grande (MS), em que presos dormiam em barracas improvisadas e outros dormiam junto com porcos, em área externa.

Em Formosa, Goiás, há uma cela na Cadeia Pública local com 70 homens e apenas um banheiro, que não passa de um buraco no chão. Quando o local está ocupado, os presos utilizam garrafas PET para urinar e também não há na cela pia ou água para que os presos lavem suas mãos. Como consequência, há a proliferação de baratas, moscas e mau cheiro no ambiente.

No Distrito de Contagem (MG) cerca de 70 presos não possuem uniforme e convivem em uma cela seminus. Na maioria dos presídios, segundo o relatório da CPI, os presos utilizam as próprias roupas e não há infraestrutura que permita lavá-las ou trocá-

¹⁷ Termo utilizado em 2015 pelo então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, ao se referir às prisões brasileiras. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>. Acesso em: 12 de agosto de 2017.

¹⁸ Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI do sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Fonte Câmara dos Deputados (<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>). Acesso em 11 de agosto de 2017.

¹⁹ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

las, violando o disposto na Resolução nº 14 art. 12 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) – Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil²⁰.

Os arts. 10 e 13 da mesma Resolução determina normas de higiene e alimentação aos encarcerados, como instalações sanitárias adequadas, janelas amplas, iluminação adequada da cela, fornecimento de água potável e alimentação ao preso. Contudo, a realidade é controversa: no Instituto Penal Paulo Sarasate (CE), a comida é armazenada em sacos plásticos e os presos utilizam as mãos para se alimentar, pois não são disponibilizados talheres.

De acordo com o relatório realizado pelo Mutirão Carcerário do CNJ²¹, as prisões do Nordeste foram equiparadas a calabouços, onde até o ato de respirar é dificultado pela má ventilação e mau cheiro das unidades prisionais. Realidade similar é vista no Espírito Santo:

Pessoas enjauladas como animais dentro de celas metálicas sem ventilação e submetidas a calor excessivo. A situação degradante imposta a presos do Espírito Santo e revelada pelo Mutirão Carcerário do CNJ chocou o País, levando o Brasil a ser denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Na Penitenciária Aníbal Bruno (PE) há capacidade para 1,4 mil presos mas estão encarcerados 5 mil. Os detentos possuem as chaves das celas e fazem o controle do fluxo das pessoas no presídio. Há um preso denominado “chaveiro”, que é responsável por impor “a ordem e a disciplina no pavilhão e recebe um salário mínimo do Estado pelo serviço. É o chaveiro também quem define o responsável pela venda de drogas, função quase sempre desempenhada por ele próprio²²”. O relatório conclui ainda que tal fenômeno é prática corriqueira no sistema prisional de Pernambuco.

I.2.2 Saúde

No Presídio Feminino do Rio de Janeiro, a CPI constatou a presença de lacraias, baratas, ratos e pulgas que geravam coceiras e feridas. A administração do presídio tratava

²⁰ Art. 12. As roupas fornecidas pelos estabelecimentos prisionais devem ser apropriadas às condições climáticas.

§ 1º. As roupas não deverão afetar a dignidade do preso.

§ 2º. Todas as roupas deverão estar limpas e mantidas em bom estado.

§ 3º. Em circunstâncias especiais, quando o preso se afastar do estabelecimento para fins autorizados, ser-lhe-á permitido usar suas próprias roupas.

²¹ Fonte CNJ – Mutirão Carcerário – Raio-x. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

²² *Ibid.*

as enfermidades enviando vinagre às presas, mostrando total descaso com as condições de tratamento e higiene.

Não há distribuição de absorventes para as mulheres encarceradas e algumas improvisam com miolos de pão a menstruação. Além da triste igualdade formal²³ no tratamento entre homens e mulheres presos, a falta de itens de primeira necessidade para o público feminino, há falta de assistência para as grávidas encarceradas, ausência de pré-natal e muitas realizam seus partos dentro de celas superlotadas, sem amparo médico. Quando conseguem ir para um hospital, são algemadas à cama²⁴.

O complexo Penitenciário da Papuda (DF) apresentou nesse ano um surto de escabiose e impetigo, causadas por fungos e bactérias. Os sintomas foram inflamações, coceiras e feridas espalhadas pelo corpo. Foram infectados cerca de 692²⁵ presos.

Com base nos casos apresentados, fica evidente a violação ao art. 14²⁶ da Lei de Execução Penal, regras nº 24 a 35²⁷ das Regras de Mandela da Organização das Nações Unidas (ONU), com especial atenção para as regras nº 24 e 28:

Regra 24

1. A prestação de serviços médicos aos reclusos é da responsabilidade do Estado. Os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem discriminação em razão da sua situação jurídica.
2. Os serviços médicos devem ser organizados em estreita ligação com a administração geral de saúde pública de forma a garantir a continuidade do tratamento e da assistência, incluindo os casos de VIH, tuberculose e de outras doenças infecciosas e da toxicod dependência.

²³ Ressalta-se aqui o caráter igualitário meramente formal, haja vista as demandas pertinentes à população feminina presa não serem atendidas. Faltam (ou são inexistentes) itens de higiene específicos, absorventes, apoio médico especializado para presas grávidas, amparo material e psicológico para mãe e bebê.

²⁴ Relatos obtidos por Nana Queiroz em presídios femininos *in* QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

²⁵ Fonte G1 (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/ministerio-publico-do-df-identifica-surto-de-doenca-infecciosa-na-papuda.ghtml>). Acesso em 13 de agosto de 2017.

²⁶ Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

²⁷ Também chamadas de Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODOC. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – Regras de Mandela**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf.

Acesso em: 12 de agosto de 2017.

Regra 28

Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal facto não deve constar do respetivo registo de nascimento.

I.2.3 A falta de assistência jurídica

Embora prevista na Constituição Federal²⁸ e nos arts. 15 e 16²⁹ da LEP, a assistência jurídica para o encarcerado não é regra, mas sim exceção. Os problemas vão desde flagrantes forjados pela polícia, homologação da peça policial pelo juiz sem a devida análise, comodismo do Ministério Público ao realizar pareceres não fundamentados, pequena expressividade de Defensores Públicos e ausência destes em várias comarcas brasileiras³⁰.

Na fase de execução da pena, são raros os juízes que realizam inspeções determinadas na Lei de Execução Penal. Com número reduzido, a Defensoria Pública não possui aporte suficiente para fazer o acompanhamento do cumprimento da pena dos hipossuficientes de forma efetiva.

No Acre, erros como exigência de prestação de serviço comunitário sem determinação judicial na sentença condenatória ou disposição em lei foram reportados pelo Mutirão Carcerário – Raio-X do CNJ.

²⁸ CF art. 5º LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos

²⁹ Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

³⁰ Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI do sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 11 de agosto de 2017.

A falta de programas de ressocialização compromete a esperança de se chegar a um Estado com menores índices de violência. Durante as inspeções a unidades de regime semiaberto no Pará, por exemplo, os presos não sabiam da possibilidade de trabalharem fora da unidade. Em Parintins (AM) foi encontrado um jovem de 17 anos em um presídio comum³¹.

I.2.4 Educação

Dados do DEPEN mostram que 81,9% dos presos possui ensino fundamental incompleto e a média nacional de presos estudantes é de 13,23%. Apenas 30% das cadeias possuem algum tipo de biblioteca. Diante dos dados da CPI, fica evidente a falta de estrutura das penitenciárias para cumprir o disposto nos arts. 17, 18, 18-A 19 e 21³² da LEP.

I.2.5 Falta de assistência social

A política de Assistência Social, prevista na Constituição Federal, na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) e no art. 22³³ da Lei de Execução Penal, tem por finalidade:

Aludindo que dentro da concepção penitenciária moderna, corresponde ao Serviço Social uma das tarefas mais importantes dentro do processo de reinserção social do condenado ou internado, pois ao assistente social compete acompanhar o delinquente durante todo o período de recolhimento, investigar sua vida com vistas na redação dos relatórios sobre os problemas do preso,

³¹ Fonte CNJ – Mutirão Carcerário – Raio-X. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

³² Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

§ 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

³³ Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

promover a orientação do assistido na fase final do cumprimento da pena, etc.³⁴

Todavia, o entendimento de Mirabete encontra entraves na realidade carcerária brasileira: o número de assistentes sociais por preso é ínfimo, chegando o estado de São Paulo a ter um assistente para cada 476 encarcerados, inviabilizando o amparo ao preso e preparo para o retorno ao convívio em sociedade.

I.2.6 Falta de assistência religiosa

Embora existam programas consolidados³⁵, a CPI relatou problemas. Em alguns Estados houve denúncias acerca do cerceamento de atividades religiosas, muitas vezes não havendo disponibilidade de local para a prática de cultos religiosos nos presídios³⁶.

I.3 O seletivo entendimento da dignidade humana no Brasil

Com base na CPI do Sistema Carcerário e demais dados e notícias supramencionados, pode-se afirmar que as condições prisionais brasileiras não foram alteradas com o passar dos anos³⁷. O descaso dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com relação à agenda prisional agravam a situação dos presos e acarretam em rebeliões, mortes, reincidência e o consequente aumento da criminalidade.

A problemática apresentada no início desse trabalho, assim como a violação de direitos dos presos e o hiperencarceramento no Brasil não podem ser vistos como

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. Comentários à Lei 7.210, de 11-07-84 5a.edição, São Paulo, Editora Atlas S.A., 1992, p.89.

³⁵ A Pastoral Carcerária pode ser considerada como exemplo. Segundo sítio próprio, o programa busca a evangelização e promoção da dignidade humana por meio da presença da Igreja nos cárceres. Disponível em: <http://carceraria.org.br/objetivos-e-missao>.

³⁶ O objetivo da citação é expor a problemática referente à assistência religiosa. Não é parte do trabalho debater a influência ou possibilidade de ressocialização do preso a partir da religiosidade. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI do sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 11 de agosto de 2017.

³⁷ Para melhor elucidar, comentário de Guilherme Nucci sobre os massacres ocorridos em 2017 nos presídios de Roraima e Amazonas: “*nada mais são do que a concretização do caos existente há décadas por todo o Brasil. Quando houve o massacre do Carandiru, a Casa de Detenção estava superlotada. Em vários outros estabelecimentos penais, há superlotação. O que fazem os administradores dos presídios nesses estados, integrantes do Poder Executivo? Absolutamente nada*”. NUCCI, Guilherme de Souza. **A rebelião dos zumbis**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/rebeliao-dos-zumbis>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

situações esporádicas, mas como parte de uma realidade cotidiana e concreta em todo o Brasil.

Barcellos³⁸ entende que a desídia com relação aos presos e suas condições de vida no cárcere não possui relação com questões econômicas, falhas do ordenamento jurídico ou relevância dos direitos humanos no cenário nacional, mas sim a concepção de dignidade humana dada pela sociedade³⁹. Vejamos:

A concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano. A dignidade, portanto, não seria algo inerente a todo ser humano, mas circunstancial e vinculada ao comportamento do indivíduo. Isso explicaria, de certo modo, a permanência do caos no sistema prisional brasileiro, a despeito de toda a estrutura jurídico-formal descrita acima. O funcionamento dessa concepção de dignidade não ontológica poderia ser descrito nos seguintes termos: o preso cometeu crimes (ou está sendo acusado por crimes), logo, por conta de seu comportamento reprovável, ele já não seria titular da dignidade e, portanto, não teria direito realmente a ser tratado de forma digna.

De acordo com a lógica dessa concepção, a sociedade poderia até vir a melhorar as condições do sistema prisional, e alguns esforços nesse sentido até poderiam ser louváveis, depois, claro, que outras necessidades sociais – essas sim ligadas a indivíduos dotados de dignidade – se encontrem atendidas. Ou seja: os direitos dos presos não seriam propriamente direitos e o debate acerca deles estaria confinado ao espaço da benevolência. Em um ambiente de medo generalizado por conta de níveis alarmantes de violência urbana, a benevolência simplesmente não encontra oportunidade adequada para florescer. Pior que isso, o medo faz vir à tona toda a fragilidade das convicções morais e filosóficas da formação social brasileira acerca da igualdade dos indivíduos e de sua dignidade. As ações concretas, ou omissões, das autoridades públicas, sobretudo daquelas eleitas, parecem se amoldar a essa concepção majoritária na sociedade.

É a partir desse pensamento que surgem as teorias do direito penal do inimigo, que pressupõem a dignidade como circunstância e não como direito inerente a todo e qualquer ser humano. Explica Daniel Sarmento⁴⁰:

A compreensão desigualitária sobre a dignidade humana pode se exprimir na sua invocação para proteção de privilégios da elite, mas também pode ser inferida do silêncio e omissão diante das mais graves ofensas perpetradas contra os direitos dos membros de grupos excluídos.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, mai. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>. Acesso em: 13 de agosto de 2017.

³⁹ É possível verificar o senso comum da sociedade com relação aos presos por meio dos jargões utilizados, como: “direito para quem é direito” e bandido bom é bandido morto”.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade: Desafios da Dignidade Humana**. Disponível em: <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-desafios-da-dignidade-humana>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

(...) No Brasil, a dignidade humana – princípio universal, de vocação emancipatória -, é por vezes usada com o sinal trocado, em favor da conservação de um status quo desigualitário. A solução jurídica para esta patologia é singela: cumpre rechaçar e denunciar os abusos e desusos do princípio da dignidade da pessoa humana que decorram de hierarquias cristalizadas e se prestem a reforçá-las. A dignidade deve ser usada para desnaturalizar as desigualdades e não para legitimá-las. Porém, se a solução é juridicamente fácil, a sua implementação é tarefa das mais difíceis. Afinal, trata-se de combater mentalidades e práticas sociais profundamente enraizadas, que tendem a moldar o Direito à sua imagem e semelhança, ou a evadir-se às suas prescrições.

Em contraponto, o Min. Luís Roberto Barroso identifica a dignidade humana como um valor fundamental que está na origem dos direitos humanos e deve ser tratada como princípio jurídico dividido em três componentes: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário⁴¹. É com base no valor intrínseco, ou seja, o valor de cada pessoa independente de evento ou experiência que a dignidade humana do encarcerado deve ser analisada.

Dessa forma, mesmo diante de comportamento ilícito, reprovável, não seria possível abandonar o valor intrínseco da dignidade humana, não sendo igualmente possível sua perda. A dignidade humana deveria ser um valor tanto para a sociedade livre quanto para os encarcerados.

Nota-se o mesmo entendimento em Ingo Sarlet⁴², que conceitua a dignidade humana como:

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 a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Apesar de filiar-mo-nos às concepções de Ingo Sarlet e Barroso, é perceptível que a jurisdição não foi capaz de sanar os problemas enfrentados pelo sistema carcerário e nem mesmo a ideia de valor intrínseco inviolável da dignidade humana, haja vista a realidade factível ser muito diferente - e inferior - ao que se pretende no mundo das ideias. As prisões continuam abarrotadas, trazendo para a população a falsa ideia de diminuição

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar**: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, Revista dos Tribunais, Ano 101, v. 919, p. 127-196, 2012.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

da delinquência e esquecendo os corpos não libertos entre os muros de presídios incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Posto isto, é imperioso que pensemos sobre as políticas carcerárias, os tratamentos degradantes e o hiperencarceramento não como problemas que se referem apenas aos presos, mas sim como um problema de toda a população brasileira, pois “a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”⁴³.

Compreendidas as mazelas do sistema carcerário brasileiro e as falhas tanto da sociedade quanto dos Poderes da República devido a equívoca concepção acerca da dignidade humana, inicia-se o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional e seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Medida Cautelar na ADPF 347.

I.4 O Estado de Coisas Inconstitucional

Cumprir destacar que a escolha pela teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foi proposital. A problemática do sistema carcerário não é exclusividade brasileira e outros paradigmas poderiam ser utilizados, como: *Ananyev et al. v. Rússia*, *Stella et al. v. Itália*, *Holt v. Sarver*, *Brown v. Plata*, entre outros. Entretanto, a realidade colombiana se parece muito mais próxima da brasileira nos aspectos econômico, político e social do que as realidades russa, italiana e norte-americana. Além disso, o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal do ECI em matéria carcerária torna de suma importância a adoção do Estado de Coisas Inconstitucional como pressuposto teórico para o presente trabalho.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) tem origem no Direito Constitucional colombiano e pode ser definido como um conjunto de fatos, ações ou omissões que resultam em uma violação massiva de direitos fundamentais que podem ser manados de autoridade pública específica ou de uma autoridade em particular⁴⁴.

Para Josefina Quintero Lyons, Angélica Matilde Navarro Monterroza e Malka Irina Meza⁴⁵, o ECI é técnica jurídica que declara certas condutas ou estados fáticos

⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, mai. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>. Acesso em: 13 de agosto de 2017.

⁴⁴ RÍOS, Luís Carlos Alzate. **El Estado de Cosas Inconstitucional**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/...>. Acesso em 14 de agosto de 2017.

⁴⁵ LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. **La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colombia**. Revista Mario Alario D'Filippo, ISSN 2145-

contrários à Constituição por acarretarem em vulneração massiva de direitos fundamentais. Em consequência, solicita às autoridades competentes a correção ou supressão de tal estado de coisas dentro de um período de tempo determinado. Ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte ultrapassa a esfera jurídica e impõe um “dever de colaboração” com os demais Poderes.

Por acarretar em uma grande responsabilidade e ter consequências para além da esfera jurídica, tem-se entendido que “a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um ‘bloqueio institucional’ para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas⁴⁶”.

Dessa forma, o reconhecimento do ECI deve pautar-se em um conjunto coordenado e complexo de medidas a serem adotadas por diversos órgãos para solucionar as violações. De acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴⁷, são necessários três pressupostos, quais sejam: (i) violação massiva e generalizada de direitos fundamentais; (ii) omissão reiterada e persistente de autoridades públicas; (iii) “dever de colaboração” entre os Poderes.

O primeiro pressuposto não pode ser confundido com uma simples deficiência protetiva aos direitos fundamentais, mas sim um quadro de violação sistêmica, contínua e grave que alcance um número elevado e indeterminado de pessoas, ou seja, a violação deve ser generalizada e resultar em grave lesão a direitos básicos de grupos em vulnerabilidade.

A omissão reiterada e persistente de autoridades públicas – segundo pressuposto - deve ser entendida como funcionamento deficiente de todo o Estado, que acarrete na violação de direitos fundamentais. A inércia de apenas um ente estatal não pode ser considerado pressuposto para a constatação do ECI. É preciso que o quadro de violações

6054, ISSN-e 2256-2796, Vol. 3, N°. 1, 2011, págs. 69-80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>>. Acesso em: 13 de agosto de 2017.

⁴⁶ Petição Inicial PSOL na ADPF 347 *apud* Cf. Libardo José Ariza. “The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia”. In: Daniel Maldonado Bonilla. *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 129. Acesso em 14 de agosto de 2017.

⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

seja sistêmico e conjunto, apresentando uma falha estrutural em que a solução dependa da colaboração mútua dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O terceiro e último pressuposto está relacionado com as medidas necessárias para a superação do ECI. Os acontecimentos que geram falhas estruturais devem ser solucionados em conjunto, sendo necessários ajustes institucionais. Nesse caso, é dever da Corte impor medidas e soluções para superar o problema, bem como o monitoramento de suas ações e respectivo cumprimento.

I.4.1 A experiência colombiana: Sentencia de Tutela T-153

Na Colômbia, destaca-se a *Sentencia de Tutela T-153*, de 1998, sobre a superlotação do sistema carcerário. A Corte Colombiana utilizou-se do Estado de Coisas Inconstitucional após constatar as violações massivas ocorridas dentro dos presídios de Bogotá e Bellavista de Medellín. O órgão jurisdicional entendeu que a situação carcerária das prisões em questão ocorreu devido a falhas estruturais nas políticas públicas no país, sendo imperioso o trabalho conjunto de diversas autoridades públicas para solucionar a questão⁴⁸.

Dentre as imposições feitas pela Corte, destacamos: elaboração de plano nacional de construção e reparação de unidades carcerárias por parte do governo nacional, alocação dos recursos orçamentários necessários à execução dos projetos e a criação de presídios próprios pelos governadores das entidades territoriais. Por fim, prescreveram a adoção de medidas pelo Presidente da República, a fim de obstar a violação massiva à dignidade e à integridade física dos apenados⁴⁹. Os três pressupostos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional encontram-se nitidamente presentes na *Sentencia*, como se vê na tabela abaixo.

⁴⁸ “Violación sistemática de los derechos fundamentales, fallas estructurales de las políticas públicas en el país, la necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas autoridades públicas, así como la verificación de la presentación múltiple de acciones de tutela para la defensa de los derechos fundamentales”. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-153. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

⁴⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-153. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

Violação massiva e generalizada de direitos fundamentais	Omissão reiterada e persistente de autoridades públicas	“Dever de colaboração” entre os Poderes
<i>“Os cárceres colombianos se caracterizam pela superlotação, graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, império da violência, extorsão, corrupção, e carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos reclusos⁵⁰”.</i>	Violações ao Código penal e processual penal colombiano; dados do Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario e Ministério da Justiça comprovam que a violação de direitos da população carcerária é um problema antigo e persistente.	Plano de construção e reparação de unidades carcerárias em quatro anos; alocação de recursos; melhora na infraestrutura e condições de vida nas prisões, entre outros.

I.4.2 O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal

No Brasil, as mazelas do sistema carcerário foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Adotando a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requereu uma análise efetiva das violações de direitos dos encarcerados, o reconhecimento das violações pelo Tribunal, estabelecendo diretrizes no âmbito dos três poderes objetivando a melhoria das condições prisionais e a contenção e reversão do hiperencarceramento.

O proponente argumentou que a técnica do ECI poderia ser aplicada ao caso brasileiro, em semelhança ao que ocorreu na *Sentencia T-153* colombiana, em virtude da superlotação; as altas taxas de presos provisórios; a falta de acesso à justiça; instalações inadequadas; falta de organização, estrutura e de pessoal nos presídios; falta de assistência material, saúde, educação e trabalho para os presos; ausência de assistência para a população LGBT e mulheres; além de torturas, sanções ilegítimas e uso indevido da força.

⁵⁰ *Ibid.*

A partir da situação degradante dos cárceres e (falta de) tratamento aos presos citados na petição proposta pelo PSOL, tendo como base o Estado de Coisas Inconstitucional da Corte colombiana, foi proposto:

[...] Requer o Arguente, com fundamento no art. 5º da Lei no 9.882/99, a concessão de medida cautelar, a fim de que esta Corte Suprema, até o julgamento definitivo da ação:

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.
- c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.
- e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.
- h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro⁵¹.

⁵¹ Petição Inicial apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na ADPF nº 347/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

Posteriormente, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, perante exame de medida cautelar, a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicabilidade ao sistema carcerário. Para melhor elucidar o preenchimento dos requisitos necessários para a declaração, vejamos tabela abaixo.

Violação massiva e generalizada de direitos fundamentais	Omissão reiterada e persistente de autoridades públicas	“Dever de colaboração” entre os Poderes
<p>Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/1988), vedação de tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III), proibição de penas cruéis (art. 5º, inc. XLVII, alínea “e”), garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inc. XLIX), direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), devido processo legal (art. 5º, inc. LIV e LV), presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII) e direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º).</p>	<p>União, Estados, Distrito Federal e Municípios descumprem os preceitos fundamentais da Constituição no tratamento dos presos. O Poder Executivo também falha na segurança pública e insuficiência de vagas nos presídios.</p> <p>O Poder Judiciário ignora as condições degradantes dos presídios brasileiros tanto na aplicação quanto na execução da pena.</p> <p>O Poder Legislativo erra ao estabelecer políticas criminais duras, que agravam a superlotação dos presídios no Brasil e não reduzem a criminalidade.</p>	<p>O plenário deferiu apenas as alíneas “b” (audiência de custódia⁵²) e “h” (liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional). Foi feito encaminhamento à União e aos Estados acerca de informações sobre o sistema prisional.</p>

⁵² A audiência de custódia foi implementada no ano de 2015 por meio da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça.

I.4.3 Possíveis críticas ao ECI

A partir da MC/DF na ADPF 347⁵³, restou formalmente reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, confirmando a violação generalizada de direitos dos presos e as penas privativas de liberdade aplicadas serem cruéis e desumanas. Contudo, críticas foram feitas à utilização da teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

O acolhimento da técnica decisória pelo STF poderia acarretar utilizações de conveniência e oportunidade, sendo considerada prática de ativismo judicial. Para Lênio Streck, a declaração pela Suprema Corte é problemática, pois resulta em ativismo judicial. Vejamos:

Temo que, com o tempo, a simples evocação do ECI seja motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. O que não é inconstitucional? Imaginemos os Estados da federação demandados por uma enxurrada de ações. Sim, o STF poderá dizer que só a ele compete julgar o ECI. Mas, até lá, como segurar os demais atores jurídicos? Como segurar as demandas sociais? De novo, pense-se no caso do remédio para câncer não aprovado pela Anvisa e motivo de inúmeras decisões judiciais. [...]E permito-me acrescento: O STF corre o risco de se meter em um terreno pantanoso e arranhar a sua imagem. Isto porque, ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar álbis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua

⁵³ Ementa: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo ad hoc⁵⁴.

Consoante o autor, a técnica decisória violaria o princípio da separação de poderes, pois acarretaria na preponderância decisória do Judiciário sob o Executivo e Legislativo. É também entendimento de Sombra⁵⁵ que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode gerar tensões entre os poderes. A longo prazo, acredita-se que tais circunstâncias possam levar a uma crise de representatividade democrática e que o Supremo, ao reconhecer a teoria colombiana, estaria mais interessado em concentrar poder do que na melhoria do diálogo institucional e representatividade democrática.

Valle⁵⁶ aponta que a objetivo principal ao se declarar o ECI deva ser encontrar soluções que englobem toda a amplitude da crise do sistema penitenciário. No decorrer de seu artigo, a autora afirma que a falta de monitoramento das decisões dadas pelo STF possa não solucionar as mazelas das prisões brasileiras.

Além disso, Streck afirma não ser possível declarar inconstitucionalidade de fatos, mas apenas de atos normativos, visto que “o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica⁵⁷”.

Todavia, o presente trabalho filia-se a aplicabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, pois não há inconstitucionalidade de uma realidade empírica, mas sim a constatação de uma realidade que advém da violação massiva de direitos fundamentais aos encarcerados no Brasil. Ou seja, a realidade dos presídios é apenas suporte fático⁵⁸ para o descumprimento da Constituição Federal e tratados internacionais.

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 7 de setembro de 2017.

⁵⁵ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **The “Unconstitutional State of Affairs” in Brazil’s Prison System: The Enchantment of Legal Transplantation**, Int’l J. Const. L. Blog, Sept. 30, 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/09/the-unconstitutional-state-of-affairs-in-brazils-prison-system-theenchantment-of-legal-transplantation/>. Acesso em: 7 de setembro de 2017.

⁵⁶ Valle, Vanice Regina Lirio do. **An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System**, Sept. 25, 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-thebrazilian-prison-system/>. Acesso em: 7 de setembro de 2017.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 7 de setembro de 2017.

⁵⁸ Filiamo-nos ao entendimento de Virgílio Afonso da Silva, o qual suporte fático para o Direito Constitucional “são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental”, in SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Acolher os entendimentos de Streck e Sombra seria negar que a realidade é parte da norma jurídica e pode servir de aparato para que haja juízo de inconstitucionalidade, além de negar a dimensão da efetividade normativa⁵⁹ da Constituição Federal.

Ademais, o argumento de que o Judiciário estaria em patamar superior aos outros poderes não pode prosperar. Fica evidente na ADPF em questão que o papel do Supremo é de dialogar com outras esferas públicas, provocando a formulação de políticas públicas para a melhoria do sistema penitenciário a partir das competências de cada ente. A crítica de Valle também se mostra inadequada: no voto do relator, há expressa menção ao controle e monitoramento para as soluções propostas.

Verifica-se que a superação das críticas supramencionadas encontra-se no voto do Min. Relator Marco Aurélio:

[...]Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 39).

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem

⁵⁹ Entende-se por efetividade normativa a disfunção encontrada nas diretrizes da CF/88. A insinceridade constitucional surge a partir de falsas promessas de cumprimento dos direitos elencados na Carta Magna *in* BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo⁶⁰.

Rebatidas as críticas, espera-se que a decisão definitiva da ADPF 347 seja totalmente procedente, com monitoramento das medidas propostas e melhoria das condições do sistema carcerário brasileiro através de ação mútua e coordenada entre os três poderes. Não se tem a ideia, contudo, de que a arguição seja suficiente para superar todas as violações de direitos ocorridas aos presos e tampouco seja capaz de trazer melhorias estruturais aos presídios, sendo necessário o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado e seu dever indenizatório – presente no capítulo posterior.

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015 (ADPF-347).

CAPÍTULO II - A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO

Para o segundo capítulo, serão delimitados os institutos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de seu processo evolutivo. Serão analisados o debate entre as teorias objetiva e subjetiva, bem como do risco integral e risco administrativo. Também será abordada a divergência doutrinária nos casos de omissão estatal, para que seja possível melhor análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE-RG 580.252/MS em capítulo posterior.

Espera-se estabelecer, amparando-se na melhor doutrina, as premissas para que na ocorrência de dano, estabelecido o seunexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes e a oficialidade da conduta causal, seja reconhecida a responsabilidade civil extracontratual⁶¹ do Estado.

II.1 O percurso histórico da responsabilidade civil extracontratual do Estado

Para o melhor entendimento da responsabilidade civil extracontratual do Estado, faz-se necessário o estudo da evolução histórica do instituto, perpassando por três momentos-chave⁶²: (i) irresponsabilidade civil do Estado; (ii) responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Privado; (iii) responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público.

A fim de corroborar com o entendimento da responsabilidade civil extracontratual do Estado também serão feitas considerações sobre as teorias objetiva e subjetiva, além do debate doutrinário acerca das teorias do risco integral e risco administrativo.

II.1.1 Irresponsabilidade civil do Estado

A irresponsabilidade civil do Estado parte do paradigma monárquico absolutista de que Estado e monarca são uma coisa só. A partir de pressupostos como “*the king can*

⁶¹ A inclusão do vocábulo extracontratual ao termo responsabilidade civil do Estado advém da diferenciação das responsabilidades do Estado diante de contratos firmados pelo Poder Público, do dever de indenizar do Estado decorrente de previsão legal (exemplo: Lei nº 10.309/11 e Lei 10.744/2003, para ressarcimento a donos causados por ataques terroristas) ou exercício regular da atividade estatal.

⁶² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

do no wrong” e “*l’État c’est moi*”, era impossível imputar qualquer tipo de responsabilidade aos atos do monarca, visto como o detentor de iluminação divina. Impedindo, por conseguinte, a possibilidade de responsabilização estatal.

Em conformidade com Cahali⁶³, a teoria da irresponsabilidade civil do Estado fundamenta-se em três pilares: (i) soberania do Estado, que proíbe ou nega sua igualdade ao súdito; (ii) Estado soberano como organizador do direito, sendo impossível a classificação deste como violador do direito; (iii) ato contrário à lei praticados por agentes públicos não poderiam ser vinculados ao Estado, mas sim por meio de uma responsabilização pessoal de tais agentes.

Dessa forma, o Estado soberano não poderia ressarcir os eventuais danos causados pelo Poder Público. Apesar da adoção da teoria da irresponsabilidade em um primeiro momento, com o passar do tempo várias críticas foram surgindo a partir de um sentimento de injustiça entre súditos e soberano.

A maior crítica à teoria da irresponsabilidade civil do Estado pautou-se em sua negação ao direito. Sendo o Estado soberano criador e mantenedor do ordenamento jurídico, não seria plausível que o mesmo não se sujeitasse às suas próprias regras. Além disso, o fato do Estado ser dotado de personalidade e, assim, sujeito de obrigações e direitos, deveria possibilitar a incidência da responsabilidade civil pelos atos danosos a terceiros⁶⁴.

A datar da primeira metade do século XIX, na Europa, começaram a surgir novas teorias acerca da responsabilidade civil do Estado. O Código Napoleônico foi importante instrumento para a aplicação de normas do Direito Privado na responsabilidade do Estado, contendo previsão de obrigar o ressarcimento de danos causados a terceiros nos casos de prejuízos causados por ação ou omissão, negligência, imperícia, imprudência ou dolo⁶⁵.

⁶³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

II.1.2 Responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Privado

Diante das críticas à irresponsabilidade estatal, fez-se necessária a criação de teorias que partiam de normas de Direito Privado para amparar a responsabilidade civil do Estado. As teorias civilistas mais importantes foram: (i) teoria dos atos de império e atos de gestão e (ii) teoria da culpa civil ou teoria da responsabilidade civil subjetiva.

A primeira teoria classificava os atos estatais em atos de império e atos de gestão. Os atos de gestão, também intitulados atos *jure gestionis*, eram atos em que o Estado se equipara ao particular, podendo ser responsabilizado por danos causados a terceiros. Existindo horizontalidade entre os polos, o Estado possuía as mesmas condições de uma empresa privada e apenas nas hipóteses em que houvesse culpa de um funcionário estaria admitida sua responsabilização.

Os atos *jure imperii* (atos de império) materializavam a soberania Estatal, sendo insuscetíveis de reparação mesmo nas hipóteses em que restava-se configurada a culpa. A verticalidade entre particular e Estado encontrada na teoria da irresponsabilidade foi mantida para as situações em que as ações eram calcadas na qualidade de poder supremo estatal.

Em virtude da ausência de parâmetros objetivos e a dificuldade em se delimitar quais seriam os atos de império e atos de gestão, consagrou-se a aplicação de uma nova teoria. A teoria da culpa civil admitia a responsabilização do Estado por danos causados a terceiros quando confirmada culpa, podendo ser considerada uma analogia à responsabilidade do patrão pelos atos de seus empregados.

A teoria da culpa civil – também chamada de teoria da responsabilidade civil subjetiva – preconizava que, demonstrada a culpa em sentido amplo, seja por negligência, imprudência, imperícia ou dolo capaz de gerar dano a terceiro deveria ser passiva de indenização, configurando a responsabilidade estatal.

Apesar da evolução da responsabilidade civil extracontratual do Estado, as teorias civilistas foram perdendo espaço para a adoção do Direito Público nas relações entre a Administração e os administrados. O desenvolvimento do Direito Administrativo como ramo autônomo do direito também impulsionou a independência da responsabilização Estado com relação ao Direito Civil.

Além disso, o pressuposto de culpa para a responsabilização demonstrou-se insuficiente para explicar os danos causados por falha da máquina estatal e culpa anônima da Administração.

Doravante tal problemática, surgem as teorias publicistas com o intuito de regulamentar de forma própria a responsabilidade estatal, pautando-se nos postulados de Direito Público e afastando-se da aplicabilidade do Direito Privado nas relações entre particulares e Estado.

II.1.3 Responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público

A adoção de postulados de Direito Público para a responsabilidade civil extracontratual do Estado, dando origem às teorias publicistas, pode ser melhor entendida com base as seguintes etapas: (i) publicização da culpa ou “teoria da culpa do serviço” (*faute du service*) – também chamada teoria da culpa anônima; (ii) teoria do risco ou da responsabilidade objetiva do Estado, que pode ser dividida em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral⁶⁶.

De acordo com Lucas Rocha Furtado⁶⁷, o arresto Blanco marcou o início da adoção das teorias publicistas na responsabilidade civil extracontratual do Estado. No evento, uma menina foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo. Em decorrência dos danos sofridos, foi requerida indenização contra o Estado sob o fundamento deste ser responsável pelos danos causados por seus agentes.

No caso paradigma, foi analisada a competência para o julgamento, havendo responsabilização do Estado na seara contenciosa administrativa – afastando a aplicação do Código Civil e mitigando, assim a teoria civilista. Posteriormente, realizou-se análise de mérito sobre a admissão da responsabilidade civil. Foi requerida indenização contra o Estado sob o fundamento deste ser responsável pelas ações causadas por seus agentes que acarretem em prejuízo a terceiros⁶⁸.

⁶⁶ Para parte da doutrina, a teoria do risco integral em nada se difere da teoria do risco administrativo. A partir desta divergência, será esclarecido adiante o debate sobre a diferenciação ou não das teorias mencionadas.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ “A menina Agnès Blanco, ao atravessar a rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa

A partir do caso Blanco, nota-se o avanço do direito francês na adoção da visão publicista, sendo de fundamental importância para as duas teorias a serem analisadas a seguir: *faute du service* e teoria do risco – também conhecida como teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

A teoria da publicização da culpa, ou *faute du service*, deve ser aplicada nas seguintes hipóteses: (i) falta ou ausência de serviço; (ii) atraso na prestação do serviço; (iii) prestação defeituosa do serviço que acarrete em prejuízo para particulares⁶⁹.

Tal teoria constituiu ponto de partida para a transição da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, desvinculando a noção de atribuição de culpa ao agente público para que houvesse a responsabilidade estatal. Dessa forma, a fundamentação para a responsabilização do Estado desvinculou-se da culpa subjetiva e adotou a falta de serviço objetiva como fator determinante, permitindo a responsabilização do Estado por atos omissivos.

A obra atualizada de Hely Lopes Meirelles reproduz texto de Carlos Mário da Silva Velloso, nos seguintes termos:

“A teoria da culpa administrativa se identifica no ‘tronco comum com a responsabilidade objetiva da Administração Pública’, representando o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço – culpa da Administração. Já aqui não se indaga culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro.”⁷⁰

Posto isto, para a teoria da falta do serviço o serviço público deve ser perfeito, regular e contínuo, não admitindo-se falhas. Quando tal serviço se torna ausente, atrasado ou defeituoso não importam os causadores do dano – culpa anônima ou culpa de agente – a responsabilidade é do Estado e há dever indenizatório. Ocorre o “fenômeno evolutivo

de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a justiça comum e o contencioso administrativo, o tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados” in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁶⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁷⁰ Edição atualizada da obra apresenta trecho de Velloso in MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.

à despersonalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, à consideração de falha da máquina administrativa”.⁷¹

Sem embargo, a teoria da culpa do serviço se mostrou insuficiente para os avanços do Direito Administrativo. Com uma maior relevância ao administrado, o dano e o nexo causal passaram a ter destaque no estudo da responsabilidade civil. Para Carvalho Filho⁷², o processo evolutivo se deu a contar da dispensa de elementos como a identificação do agente e a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço, entre outros.

Ademais, parte da doutrina atribui à teoria do *faute du service* natureza subjetiva, por depender da comprovação da culpa no serviço pelo Estado. Tal natureza existe mesmo em decorrência da presunção de culpa do Estado, haja vista não ser admitida a obrigação de indenizar caso reste provada a prudência, perícia e diligência da conduta causadora de dano – circunstância que não se verifica na responsabilidade objetiva⁷³.

As teorias do risco possuem como característica marcante a responsabilidade objetiva. A verticalidade na relação entre Estado e particular foi imperiosa para a substituição da culpa ao risco. Para uma parte da doutrina, a teoria do risco integral em nada se difere da teoria do risco administrativo, sendo apenas denominação diferente para teorias iguais. Entretanto, por ser de fundamental relevância os argumentos utilizados para a diferenciação das teorias do risco, optou-se por fazer em tópico apartado, conforme visto adiante.

II.2 Breve distinção entre a teoria subjetiva e objetiva da responsabilidade civil

O fundamento básico da teoria subjetiva é a demonstração da culpa. Quando demonstrada, em conjunto com o dano e nexo de causalidade, esta gera o dever de indenizar. É o caso de colisão entre automóveis, em que o motorista comprovadamente culpado arcará com o dever de indenizar o condutor lesado⁷⁴.

⁷¹ DUEZ *apud* CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷³ DE MELLO BANDEIRA, Celso. Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁷⁴ Neste sentido: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRANSITO. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. PREFERÊNCIA. ART. 29, INCISO III, ALÍNEA “C”, DO CTB. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. **Demonstrada a culpa** do primeiro Réu, ora Apelante, porque não se atentou para o tráfego reinante no local do acidente, tendo em vista a ausência de observação quanto à disposição inserta na letra "c", do inciso III, do artigo 29, do Código

Portanto, na responsabilização a partir dos postulados de Direito Privado se torna cabível requerer indenização quando há presença dos fatores: (i) conduta (omissiva ou comissiva) culposa à quem se pleiteia indenização; (ii) dano e (iii) nexo de causalidade. O ônus probatório recai sobre o autor da ação, exceto nos casos em que há inversão do ônus da prova, a exemplo das relações consumeristas.

Já na aplicação objetiva da responsabilidade civil há a superação do fator culpa e a valorização do dano e nexo causal. Assim, partindo-se do exemplo suscitado anteriormente, caso houvesse colisão entre veículo particular e veículo pertencente a pessoa de Direito Público (ou de Direito Privado prestadora de serviço público), o particular precisaria comprovar apenas (i) dano sofrido e (ii) nexo de causalidade para ser ressarcido, haja vista a comprovação de culpa pela vítima não seja necessária para fins de responsabilização objetiva⁷⁵. Assim como na responsabilidade subjetiva, o ônus probatório também recai sobre o autor da ação.

Também e entendimento de Letícia Queiroz de Andrade:

“A principal repercussão prática da distinção entre as teorias objetiva e subjetiva é que apenas a última demanda culpabilidade para sua configuração, elemento de que prescinde a teoria objetiva.

Assim, por prescindir dos elementos da culpa ou dolo do agente para lhe imputar responsabilidade, a aplicação da teoria objetiva propicia a reparação de danos, ainda que os atos causadores dos danos não sejam contrários ao direito, ou seja, abrange tanto atos lícitos quanto ilícitos. Já a teoria subjetiva,

de Trânsito Brasileiro, ou seja, "quando veículos, transitando por fluxos que se cruzem, se aproximarem de local não sinalizado, terá preferência de passagem: (...) nos demais casos, o que vier pela direita do condutor", a manutenção da sentença é medida que se impõe. 2. Tratando-se de determinação expressa contida no art. 85, §11, do CPC/2015, a majoração dos honorários na fase recursal é devida e prescinde, inclusive, de requerimento da parte beneficiária da referida verba. 3. Negou-se provimento ao recurso. (Acórdão n.1048040, 00109624820168070003, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA 7ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/09/2017, Publicado no DJE: 27/09/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifo nosso)

⁷⁵ Corroborar com o entendimento: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. ACIDENTE. VIATURA POLICIAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O Distrito Federal é parte legítima para figurar no polo passivo das ações de reparação de danos pautadas em atos praticados pelos seus agentes. Preliminar rejeitada.

2. Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, **a responsabilidade da Administração Pública e dos prestadores de serviço público é objetiva**, com base na teoria do risco administrativo, **bastando a demonstração da relação entre causa e efeito entre a ação e o dano, independentemente de demonstração de culpa**, para o reconhecimento do dever do Estado de indenizar os prejuízos causados pelos agentes públicos.

3. A responsabilidade de indenizar do Estado só poderá ser afastada por comprovada culpa da vítima ou na hipótese de força maior ou caso fortuito, excludentes cuja prova é de inteira responsabilidade do Poder Público, e não do particular.

4. Recurso conhecido e não provido. Unânime.

(Acórdão n.626159, 20090111305482APC, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/10/2012, Publicado no DJE: 25/10/2012. Pág.: 155) (grifo nosso)

por demandar a configuração de culpa ou dolo do agente para imputação de responsabilidade, atrela a reparação do dano ao descumprimento de um dever jurídico e, portanto, restringe a responsabilização aos atos ilícitos.⁷⁶

Em virtude da evolução histórica e distinções supramencionadas, pode-se afirmar que a teoria do risco – objetiva – é a mais utilizada no ordenamento jurídico brasileiro quando se trata de responsabilidade civil do Estado. Entretanto, isto não implica concluir que as teorias subjetivas restam inutilizadas, pois ainda podem ser adotadas quando caracterizada omissão estatal⁷⁷.

Feitas as devidas considerações, será necessária análise da teoria objetiva com base nas vertentes, quais sejam: as teorias do risco integral e risco administrativo para que, com o suporte do debate doutrinário suscitado, seja feita a correlação entre o aparato teórico apresentado e a responsabilidade civil extracontratual no direito brasileiro, além de posterior análise sobre a conduta omissiva do Estado.

II.3 Teoria do risco integral *versus* teoria do risco administrativo: explanações sobre o debate doutrinário e as excludentes de responsabilidade civil

Conforme explanado, a teoria objetiva substitui o fundamento da culpa para o risco no que se refere à responsabilidade civil do Estado. Dessa forma, o pressuposto definidor para a indenização passa a ser qualquer atividade estatal ou exploração passível de causar dano a terceiro.

⁷⁶ ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Responsabilidade extracontratual do Estado: a convivência das teorias objetiva e subjetiva no pensamento de Oswaldo Aranha e Celso Antônio Bandeira de Mello**. R. bras. de Est. da Função públ. – RBEFP, Belo Horizonte, p. p. 207-234, set/dez 2014. ISSN 9.

⁷⁷ "A partir de 1946 e até 1988 é possível afirmar que a Suprema Corte adotou de forma unânime a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de danos causados por omissão do Estado. Não obstante a ausência de mudança normativa relevante sobre esse aspecto específico, a partir do advento da nova ordem constitucional inaugurada com a Constituição da República de 1988, constata-se uma verdadeira ruptura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação ao modelo adotado na sua tradição. O primeiro momento dessa ruptura ocorre com o julgamento do RE nº 130.764-1/PR, relatado pelo min. Moreira Alves, em 1992. O avanço, entretanto, ainda não foi, nesse primeiro momento, tão significativo, em decorrência de o resultado do julgamento ter sido no sentido da ausência do dever de indenizar, por falta de nexo de causalidade. Com o julgamento do RE nº 109.615-2/RJ, sob a relatoria do min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal com um atraso de meio século, finalmente se alinha, em casos de omissão, ao sistema da responsabilidade objetiva inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1946 e mantido nos ordenamentos constitucionais que se seguiram até a atualidade. O reconhecimento, pela primeira vez, de um direito de se obter indenização em face do Estado por danos causados por omissão com fundamento na responsabilidade objetiva não implicou em nova orientação pacífica da jurisprudência da Suprema Corte. Antes, pelo contrário, inaugurou uma sequência impressionante de oscilações teóricas na fundamentação de seus julgados, causando perplexidade aos operadores do Direito", *in* PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Aparando-se nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles⁷⁸ e Lucas Rocha Furtado⁷⁹, o presente trabalho adota a diferenciação entre as modalidades do risco integral e risco administrativo. Posto isto, passa-se para a explanação acerca do debate doutrinário entre a diferenciação ou equiparação das teorias objetivas.

Segundo a teoria do risco integral, a Administração é obrigada a indenizar qualquer prejuízo causado a terceiro, existindo causa excludente do nexo de causalidade ou não. Dessa forma, os danos causados em decorrência de (i) culpa exclusiva do particular ou de terceiro; (ii) caso fortuito ou (iii) força maior não anulam a responsabilização do Estado.

Por outro lado, a teoria do risco administrativo preconiza que o Estado seja responsável pelos prejuízos causados em suas atividades lícitas ou ilícitas, não sendo necessária a demonstração de culpa do agente. Entretanto, as causas de exclusão do nexo de causalidade são aplicadas e eximem a responsabilidade estatal.

As excludentes de responsabilidade civil são, conforme já mencionado: (i) culpa exclusiva do particular ou de terceiro; (ii) caso fortuito e (iii) força maior. A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro demonstra que o elemento da culpabilidade não deve ser ignorado na teoria do risco administrativo, pois prescinde de comprovação. O particular que pleitear indenização não necessita demonstrar a culpa estatal, porém, caso o Poder Público comprove a culpa exclusiva do particular, se desonera da responsabilidade⁸⁰.

Embora parte da doutrina civilista não tenha interesse em diferenciar os institutos do caso fortuito e força maior por não haver previsão no próprio Código Civil, faz-se necessária distinção para o presente trabalho em virtude de apenas o último ser considerado excludente de responsabilidade civil nos casos de omissão estatal.

Posto isto, tem-se que força maior é evento humano que não se pode prever e tampouco evitar. Já o caso fortuito é tido como evento da natureza imprevisível ou, ainda que previsível, seja insuperável⁸¹.

Dessa forma, em apertada síntese, pode-se concluir que caso a atuação do Estado seja comissiva, as excludentes de responsabilidade civil serão: (i) culpa exclusiva do particular ou de terceiro; (ii) caso fortuito e (iii) força maior. Caso a atuação do Estado se

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁷⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

dê de forma omissiva, serão admitidas apenas como excludentes a (i) culpa exclusiva do particular e (ii) força maior.

Outro ponto notável acerca da teoria do risco administrativo é a sua fundamentação segundo a “solidariedade social”⁸², em que os danos são divididos pela sociedade, que passa a arcar com seus atos em detrimento de uma perspectiva que nega a total responsabilidade do Estado perante as ações de seus agentes, caso fortuito ou força maior. A partir de uma “forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública”⁸³, seria possível uma melhora na resposta indenizatória, ou seja, a reparação de danos sofridos seria melhor resolvida através do envolvimento da sociedade.

Imperioso registrar que Odete Medauar⁸⁴ e Cahali⁸⁵, em discordância com o exposto acima, afirmam que as teorias do risco administrativo e risco integral não possuem diferenças substanciais. Os autores admitem a irresponsabilidade do Estado na teoria do risco integral para casos de força maior ou culpa da vítima – situações que romperiam com o nexo de causalidade e, conseqüentemente, se aproximariam da teoria do risco administrativo.

Postas as devidas diferenciações, Cahali aduz:

“Na realidade, qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco co-proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular.”⁸⁶

Apesar das divergências doutrinárias e do entendimento de Cahali a respeito da preponderância da análise do nexo de causalidade e prejuízo causado, a teoria do risco administrativo é majoritariamente adotada pela doutrina brasileira, haja vista a melhor compreensão da responsabilidade civil do Estado assente no conceito de “solidariedade social”. Além disso, no ordenamento jurídico pátrio, a teoria do risco integral é adotada

⁸² Expressão utilizada por Odete Medauar *in* MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁸⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸⁶ *Ibid.*

apenas nos casos de dano ambiental (artigo 14 da Lei 6.938/81 e artigo 225, § 3º da Constituição Federal) ou dano nuclear⁸⁷ (artigo 21, XXIII, alínea “d”, CF).

Ademais, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal vem ao encontro do posicionamento majoritário da doutrina, aderindo à teoria do risco administrativo a qual admite a utilização das causas excludentes de responsabilidade civil.

É o que se respalda como consequência das ementas colacionadas abaixo:

EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. **Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso.** 5. Pensão fixada. Hipótese excepcional em que se permite a vinculação ao salário mínimo. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 577908 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-18 PP-03696) (grifo nosso)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CULPA DA VÍTIMA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. 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, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la.** Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 636814 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007 DJ 15-06-2007 PP-00039 EMENT VOL-02280-07 PP-01345 REVJMG v. 58, n. 181, 2007, p. 551-553) (grifo nosso)

⁸⁷ “A regra sobre responsabilidade civil está na letra d: ‘A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa’. Logo, temos na Constituição uma regra especial para a responsabilidade por danos nucleares, pelo que inaplicável a regra do art. 37, § 6º. E assim é porque o constituinte quis estabelecer um regime de responsabilidade mais severo para o dano nuclear em razão do seu altíssimo risco. Lá (art. 37, § 6º), é fundada no risco administrativo, aqui (art. 21, XXIII, d) a responsabilidade por dano nuclear é fundada no risco integral (item 23.5). Uma simples comparação entre os dois textos é suficiente para se chegar a esta conclusão. A responsabilidade pelo risco administrativo exige a relação de causa e efeito entre a atividade estatal e o dano (‘responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros’, diz o texto do art. 37, § 6º), razão pela qual as causas de exclusão do nexo causal afastam a responsabilidade do Estado. Ao disciplinar a responsabilidade por dano nuclear, entretanto, a Constituição não exige nenhuma relação causal; fala simplesmente que a responsabilidade independe de culpa. Ademais, não haveria sentido para uma regra especial se tivéssemos aqui a mesma disciplina geral da responsabilidade civil da Administração” *in* CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

II.4 A responsabilidade civil extracontratual do Estado no Direito brasileiro

A responsabilidade civil tem como fundamento o princípio republicano e o Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º *caput* da Constituição. O exercício de poder do Estado exige que, comprovados dano e nexos de causalidade, seja o Poder Público responsável pela lesão ou necessidade de reparação dos danos causados. Embora sejam institutos diferentes, o mesmo acontece com cidadão que é obrigado a reparar danos que possa causar a terceiros, por imposição lógica da Carta Magna em seu art. 5º *caput*, em que pese todos serem iguais perante a lei.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado é classificada como “dever de indenizar, por via do pagamento de quantia certa em dinheiro, as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica do Estado”⁸⁸.

Dessa forma, para que seja confirmada a responsabilização do Estado, são necessários três elementos: (i) dano; (ii) nexos de causalidade entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; (iii) “oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional”⁸⁹.

Além da presença dos elementos supramencionados, requer que não seja verificada a presença de qualquer excludente de responsabilidade civil – já explanadas anteriormente -, quais sejam: culpa exclusiva do particular ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Estabelecidas as premissas para o reconhecimento da responsabilidade civil extracontratual do Estado, passa-se para a análise de cada elemento de forma individual.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **A responsabilidade do Estado**. Responsabilidade civil do Estado. Malheiros Editores, p. 226-248, 2006.

⁸⁹ Supremo Tribunal Federal. RE nº 291.035/SP *in* FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

II.4.1 Requisitos para a responsabilização do Estado

II.4.1.1 Dano

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado preconiza que para haver reparação do dano, o agente público deve agir com culpa ou dolo ou, por meio da falha de serviço público, tenha se caracterizado ato lesivo ao direito subjetivo do particular⁹⁰.

Conquanto, para que fique caracterizado o dano indenizável, é necessário que a conduta do Estado viole direito juridicamente tutelado. Dessa forma, a construção de uma represa que inundará propriedades privadas não enseja, por si só, a propositura de ação que impeça a obra, pois é lícito ao Estado a construção de represas. Entretanto, caso haja inundação de propriedade privada em virtude da construção feita pelo Estado, é possível que haja o dever de indenizar.

O exemplo acima elucida claramente que independe da conduta estatal ser lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva, o fator preponderante para a configuração do dever de indenizar pauta-se na presença de dano jurídico. O dano juridicamente relevante divide-se em extrapatrimonial e patrimonial. Este ocorre quando a lesão afeta interesse de ordem material; aquele, quando o ato lesivo afeta interesse diferente da ordem material.

Faz-se importante ressaltar que a indenização contra o Poder Público não abarca exclusivamente os danos jurídicos patrimoniais⁹¹. É possível a responsabilidade civil extracontratual do Estado nos casos de indenização por danos extrapatrimoniais em decorrência de sofrimento psíquico ou moral, assim como a possibilidade de cumulação de dano moral e extrapatrimonial.

De acordo com Marçal Justen Filho⁹², a responsabilidade civil por danos morais impõe ao Estado o “dever de promover as condutas necessárias a neutralizar e a mitigar os efeitos psicológicos adversos gerados pelo evento danoso”, possuindo fundamento na

⁹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁹¹ Constituição Federal de 1988. “Art. 5º V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **A responsabilidade do Estado**. Responsabilidade civil do Estado. Malheiros Editores, p. 226-248, 2006.

realização da justiça comutativa. A finalidade da reparação civil não é o enriquecimento ilícito ou a mera distribuição de bens, mas sim a recuperação do *status quo ante*.

A discussão sobre dano moral e seu *quantum* será retomada em momento posterior, alicerçada na dissidência de votos no RE-RG 580.252/MS entre indenização pecuniária e não pecuniária do dano moral proveniente de superlotação carcerária.

II.4.1.2 Nexo de causalidade

Cavaliere Filho define nexos de causalidade como o elemento referencial entre conduta e dano⁹³. É por meio da relação estabelecida entre dano e agente causador que torna-se possível auferir o responsável pelo dano ocorrido. A partir da relação de causa e efeito elucidada, fica notável a dupla função do nexos de causalidade: (i) determinar o agente causador do dano; (ii) verificar a extensão do dano para estabelecer parâmetros indenizatórios, sejam materiais ou morais⁹⁴.

O nexos de causalidade entre o evento danoso e o comportamento do agente público é considerado o elemento de maior valoração para os casos de responsabilidade civil objetiva por estarem ausentes os critérios de culpa e ilicitude. Por se tratar de tema complexo e divergente no ordenamento jurídico pátrio, serão tratadas as três principais teorias do nexos de causalidade na seara da responsabilidade civil do Estado, quais sejam: (i) teoria da equivalência das condições; (ii) teoria da causalidade adequada; (iii) teoria da causalidade direta e imediata.

A teoria da equivalência das condições, também denominada teoria da *conditio sine qua non*, sustenta que todas as condições influenciadoras do resultado são equivalentes, não considerando uma maior valoração dos fatos relevantes para o *eventus damni*. Dessa forma, basta a ocorrência de apenas uma das condições pelo agente público para que seja reconhecida a relação causal, pois todas as condições possuem o mesmo peso e são igualmente indispensáveis para a ocorrência de dano⁹⁵. A contar desta teoria,

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁹⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁹⁵ Para Von Buri: “Deve ser considerada causa de um determinado fenômeno a totalidade das forças que, de qualquer maneira, participaram para a produção do mesmo. E isto porque a existência de tal fenômeno fica a depender, de tal modo, de cada uma dessas forças que, pela supressão de uma só delas (ou dessas condições) teria, como consequência, a supressão do próprio fenômeno. Por conseguinte, cada condição insuflaria vida à totalidade (ou massa), sem ela inerte, de todas as demais condições, tornando cada condição, pois, causal referente a todas as outras” in SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

a fabricação de arma de fogo e o disparo de seu projétil por policial militar teriam o mesmo grau de importância, por exemplo.

O exemplo supramencionado demonstra notadamente a escassa utilização da teoria da *conditio sine qua non* no Brasil, pois a valoração sobre o ato de fabricar deve ser diferente sobre a utilização e disparo de projétil de arma de fogo por policial militar. Sendo assim, existiriam condições injustas para a caracterização da responsabilidade civil e a cadeia de nexos causal seria infundável, pois cada ato seria contabilizado de uma mesma forma.

A teoria da causalidade adequada, ao contrário da teoria da equivalência das condições, faz necessária a distinção entre causa e condição⁹⁶, buscando identificar no rol de causas existentes a que seja mais compatível com o surgimento de um resultado danoso. Assim, apenas a causa capaz de produzir dano deverá ser utilizada para os fins de responsabilização.

Segundo Cruz⁹⁷, a escolha da causalidade adequada se dá por meio de uma “prognose póstuma”, em que o julgador retroage ao momento da ação ou omissão para averiguar a escolha adequada em virtude do dano. Nota-se que a escolha de uma causa como principal é complexa, sendo possível o arbítrio do julgador, ou seja, uma marca de subjetividade na valoração das causas, sendo tal ponto considerado uma das maiores críticas à teoria da causalidade adequada, tornando sua adoção complexa, imprecisa e passível de decisões completamente diversas em decorrência do juízo de probabilidade de cada julgador.

Para a teoria da causalidade direta e imediata – também denominada teoria da interrupção do nexos causal -, a condição a ser a escolhida como causa ao dano deve ser a que se vincula diretamente a este, sem interferência de condições sucessivas⁹⁸. Dessarte, a causa direta e imediata pode não ser a situação mais próxima da ocorrência do dano, mas sim a que enseja uma relação lógica com o dano, independentemente do marco temporal entre as condições estabelecidas.

⁹⁶ Condição é todo e qualquer fator que dê origem a um dano, ou seja, todas as circunstâncias que contribuem para a caracterização do evento danoso. Causa, por sua vez, é somente a condição ou condições que são relevantes para o resultado do dano. Dessa forma, havendo pluralidade de causas, todas devem ser eficientes para caracterizar o dano. In CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ SCHERIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

Em âmbito crítico, tal teoria mostrou-se restritiva em relação à responsabilização por danos indiretos em decorrência da intensa ligação que pode existir entre a causa que interrompe o nexo causal e a condição indireta. Apesar de não ser o objetivo do presente trabalho, a problemática dos danos indiretos foi solucionada doutrinariamente por meio da subteoria da necessidade da causa, em que não há a preponderância na distância temporal entre o dano e o nexo causal, mas sim a identificação do elemento capaz de romper com o nexo de causalidade fundado em uma relação de necessidade entre a condição que será escolhida como causa e o evento danoso.

A fim de sintetizar todas as informações explanadas sobre as teorias do nexo de causalidade, segue tabela abaixo:

Teoria da equivalência das condições (<i>conditio sine qua non</i>)	Teoria da causalidade adequada	Teoria da causalidade direta e imediata (interrupção do nexo causal)
Todas as condições influenciadoras do resultado são equivalentes; não há preponderância de uma condição sobre a outra. Dessa forma, qualquer condição pode ser causa do prejuízo causado.	Apenas a causa capaz de gerar efetivamente um dano deve ser utilizada para fins de responsabilização. Utilização da “prognose póstuma” pelo julgador.	A condição que se liga ao <i>eventus damni</i> em uma relação de necessidade deve ser considerada como causa. O marco temporal entre condições é irrelevante, sendo necessária apenas a identificação do elemento capaz de romper o nexo de causalidade.

Apesar de, em 1992, o Supremo Tribunal Federal⁹⁹ ter adotado a teoria da causalidade direta e imediata para enfrentar a problemática das causalidades múltiplas -

⁹⁹ EMENTA: Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, **a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria**

capaz de trazer soluções mais justas quando comparada às demais teorias -, não houve unificação acerca da adoção de uma teoria do nexo de causalidade aplicável de forma uníssona nos tribunais.

O que se percebe no âmbito jurídico brasileiro é a adoção de teorias do nexo de causalidade de forma atécnica e com parâmetros de análise na fundamentação dos fatos apresentados de forma intuitiva, muitas vezes confundindo pressupostos de diferentes teorias e menções errôneas, em que se fundamenta com base em uma teoria, mas se decide assentado no que preconiza outra.

Em virtude da falta de um posicionamento mais atualizado e estruturado por parte do Supremo Tribunal Federal e da doutrina, o melhor norte interpretativo para o estabelecimento do nexo causal – quando não for possível a aplicação de nenhuma excludente de responsabilidade - deve ser a satisfação do princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), em que pese a completa reparação dos danos sofridos pela vítima ser a principal função da responsabilidade civil¹⁰⁰.

II.4.1.3 Oficialidade da conduta causal

Para que haja responsabilidade civil do Estado, deve o agente público estar no exercício de função pública, conforme disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal:

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistia, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 130764, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270). (grifo nosso)

¹⁰⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

O termo “nessa qualidade” preconiza que: (i) o agente deve estar em exercício de atividade pública; ou (ii) ainda que não esteja em exercício, que proceda como se estivesse a exercê-la; ou (iii) o agente tenha se valido da qualidade de agente público para agir¹⁰¹.

II.5 Responsabilidade civil extracontratual por omissão estatal: aplicação da teoria objetiva ou subjetiva?

Entende-se por ato omissivo a conduta negativa realizada pelo Estado. Ou seja, o dever de agir não cumprido a partir de omissão, que possa gerar evento danoso juridicamente reprovável deve ser objeto de estudo para a incidência de responsabilização estatal. Entretanto, a fundamentação para aplicar a responsabilidade civil por conduta omissiva gera debates acalorados na doutrina e jurisprudência.

A controvérsia acerca da aplicação da teoria objetiva ou subjetiva nos casos de conduta omissiva do Estado urge no termo “causarem a terceiros” disposto no art. 37, §6º da Carta Magna. Para parte da doutrina, a palavra “causar” remete ato comissivo, desconsiderando possíveis omissões.

A adoção da teoria da falta do serviço (*faute du service* ou culpa anônima) por Celso Antônio Bandeira de Mello reafirma o caráter subjetivo da responsabilização do Estado mediante comprovação de omissão, atraso ou deficiência no serviço público capaz de gerar danos a particulares. Adota, assim, a teoria subjetiva para os casos omissivos em que o ente público descumpriu dever legal de evitar o *eventus damni*, casos em que resta comprovado comportamento ilícito. Confira-se:

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

(...)

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa

¹⁰¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberando propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva”¹⁰².

Dessa forma, para a caracterização da teoria subjetiva, os fundamentos utilizados são: (i) previsão do art. 37, §6º apenas para responsabilidade por atos comissivos; e (ii) comprovação do dano pela vítima ante à omissão do Estado.

Não obstante, a exclusão da atividade omissiva no art. 37, §6º não merece prosperar. Para Lucas Rocha Furtado¹⁰³, a atuação das pessoas jurídicas públicas ou privadas prestadoras de serviço público é feita por meio de seus agentes e - embora seja mais fácil o reconhecimento da oficialidade de conduta nos casos de ação - os casos de omissão são de responsabilidade da própria pessoa jurídica, independentemente de se imputar a falta de planejamento, disponibilidade financeira, imperícia, dolo, negligência a um agente em específico.

Para fins de responsabilização por conduta omissiva, pouco importa identificar o agente causador de dano, haja vista o elemento preponderante ser a identificação da pessoa jurídica que deixou de praticar o ato ou desenvolver atividade. Ou seja, a identificação do agente omissor se mostra irrelevante para fins de responsabilização omissiva em decorrência da teoria da falta do serviço (ou culpa anônima).

Ademais, não seria plausível a adoção do segundo fundamento. A exigência de comprovação da culpa por parte da vítima no encadeamento: *dever comissivo do Estado* → *ausência de ação* → *ocorrência de evento danoso* não se faz suficiente para a comprovação de dano por agente ou empresa de direito público ou privada prestadora de serviço público, mostrando que o cerne da questão não se encontra na culpabilidade, mas – novamente – na aplicação da teoria da culpa anônima. Para o exame da teoria objetiva, entretanto, há a substituição da aplicação da teoria da culpa anônima pelo exame do nexa causal¹⁰⁴.

Em contraponto, Hely Lopes Meirelles sustenta a aplicação da teoria objetiva, prescindindo a caracterização da culpa:

“Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco de sua ação

¹⁰² DE MELLO BANDEIRA, Celso. Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁰³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹⁰⁴ *Ibid.*

omissão, é que assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins”¹⁰⁵.

Odete Medauar também corrobora com a aplicação da responsabilidade objetiva para os casos de omissão. A autora utiliza princípios como equidade, *alterum non laedere* e igualdade para justificar a reparação do causador do prejuízo ante ao dano, além do risco inerente ao tamanho das atividades e prerrogativas do ente público. Nos casos em que não há como identificar claramente o agente causador do dano e tampouco demonstrar o dolo ou culpa, a autora afirma: “melhor se assegurarem os direitos da vítima ante o tratamento objetivo da responsabilização”¹⁰⁶.

Nos tribunais, a divergência na aplicação da teoria subjetiva *versus* objetiva também é constatada. Com o intuito de melhor compreender o posicionamento do STF nos casos de omissão do Estado, a autora Helena Elias Pinto¹⁰⁷ formulou duas tabelas detalhando os julgados e a aplicação (i) da teoria objetiva e (ii) da responsabilização sem mencionar a adoção da teoria objetiva ou subjetiva, conforme demonstrado abaixo.

Tabela 1: Decisões do Supremo Tribunal Federal em casos de omissão, nos quais houve a adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado, julgados após 05/10/1988.

Ordem Cronológica	Data do Julgamento	Relator	Turma/Unânime	Assunto
1) 130764-1/PR RE	12.05.92	Moreira Alves	1/S	Roubo cometido por bando, cujo mentor era preso condenado e foragido. Embora objetiva a responsabilidade do Estado, não ficou evidenciado o nexo de causalidade.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁰⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁰⁷ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

2) 109615-2/ RJ RE	28.05.96	Celso de Mello	1/S	Dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino. Fato ocorrido no recinto de escola pública municipal.
3) 190772-0/ RJ AgR	17.03.98	Maurício Corrêa	2/S	Morte de detento por colega de cela.
4) 209137-5/ RJ RE	08.09.98	Moreira Alves	1/S	“Surfista” ferroviário. Danos materiais e morais por morte de filho menor.
5) 176564-0/ SP RE	14.12.98	Marco Aurélio	2/S	Policial morto porque atingido por disparos feitos por meliante que não foi devidamente revistado e dominado por colega de farda.
6) 180602-8/ SP RE	15.12.98	Marco Aurélio	2/S	Insuficiência de serviço de fiscalização visando à retirada de animais das vias urbanas.
7) 188093-7/ RS RE	31.08.99	Maurício Corrêa	2/S	Reconhece a responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão, porém afasta o dever de indenizar por considerar que não houve descumprimento de dever legal (decorrente da posição de garantidor).
8) 220999-7/ PE RE	25.04.00	Nelson Jobim	2/S	Pedido de indenização por aumento de custos de produção causados à empresa privada em razão de omissão da União em impedir a

				paralisação das atividades de transporte de empresa pública.
9) 136247-2/ RJ RE	20.06.00	Sepúlveda Pertence	1/S	Fuga de preso – atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão – preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuíra a sua condenação.
10) 215981-6/ RJ RE	08.04.02	Néri da Silveira	2/S	Morte de detento por colega de cela.
11) 283989-2/ PR RE	28.05.02	Ilmar Galvão	1/S	Invasão de propriedade rural pelo MST.
12) 238453-6/ SC RE	12.11.02	Moreira Alves	1/S	Afogamento em lagoa localizada em parque, cuja exploração foi permitida pelo Município.
13) 363999-4/ RJ AgR	08.04.03	Gilmar Mendes	2/S	Contaminação de pacientes hemofílicos com o vírus da AIDS em hospital de rede pública.
14) 286444-7/ RN RE	30.11.04	Cezar Peluso	1/S	Tiroteio entre policiais e bandidos. Morte de transeunte. Nexo de causalidade. O acórdão considera ser inadmissível, em RE, o reexame dos fatos e provas em que se teria baseado o acórdão recorrido para reconhecer a responsabilidade do Estado por danos que seus agentes causaram a terceiro.
15) 313915-1/ RN RE	14.12.04	Joaquim Barbosa	2/S	Omissão do Estado em prestar informações sobre

				pessoa que se encontrava sob a sua guarda (atenção para o voto do Min. Gilmar Mendes sobre o princípio da proporcionalidade).
16) 272839-0/MT RE	01.02.05	Gilmar Mendes	2/S	Morte de detento por colega de cela.

Tabela 2: Decisões do Supremo Tribunal Federal em casos de omissão, nos quais não houve a adoção explícita ou implícita da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva do Estado, julgados após 05/10/1988.

Ordem Cronológica	Data do Julgamento	Relator	Turma/Unânime	Assunto
1) 121130-0/ SP RE	14.05.96	Francisco Rezek	2/S	Suicídio de preso.
2) 172025-5/ RJ RE	08.10.96	Ilmar Galvão	1/S	Latrocínio praticado por preso foragido.
3) 197640-3/ RJ RE	17.12.98	Ilmar Galvão	1/S	Indenização por férias e licença prêmio não gozadas por servidor público.
4) 237561-0/ RS RE	18.12.01	Sepúlveda Pertence	1/S	Invasão de propriedade privada, tendo em vista risco criado pela administração pública e a sua omissão.
5) 258726-5/ AL RE	14.05.02	Sepúlveda Pertence	1/S	Acidente de aeronave.
6) 402967-8/ SP AgR	25.02.03	Nelson Jobim	2/S	Atropelamento de animal. Via estadual. Fiscalização. Fato de terceiro (dono do animal).
7) 239282-1/ SP RE	02.12.03	Ellen Gracie	2/S	Policial que, fora do serviço, mas portando arma de fogo da PM, realiza disparos que

				acarretam a morte de terceiros.
8) 444057-6/ RS AgR	20.04.04	Sepúlveda Pertence	1/S	Omissão quanto á obrigação de fiscalizar comércio e depósito de material explosivo.
9) 235524-0/ AC AgR	30.06.04	Sepúlveda Pertence	1/S	Terceiro que realiza disparo com arma de fogo de policial.
10) 523155-8/ DF AI-AgR	24.05.05	Cezar Peluso	1/S	Omissão na conservação de estrada.
11) 518417-2/ MS AgR	31.05.05	Carlos Velloso	2/S	Requerimento administrativo. Prazo razoável. Demora na apreciação. Lei 9.784/99.
12) 529393-7 MS AI	08.08.06	Gilmar Mendes	2/S	Atraso na concessão de aposentadoria. Responsabilidade do Estado não configurada. Ausência de nexo de causalidade e dano patrimonial não comprovado.
13) 474340-0/ RN AgR	26.09.06	Sepúlveda Pertence	1/S	Dano decorrente da omissão em segurança pública. O acórdão não aborda a questão da responsabilidade objetiva do Estado por omissão, apenas nega provimento ao recurso com base no reexame de provas.

Depreende-se, de acordo com as tabelas acima, que as divergências sobre a omissão estatal encontram-se também no âmbito jurisprudencial. Com relação à temática do sistema prisional, é possível notar que (i) morte de detento por companheiro de cela; roubo realizado por preso foragido; fuga de preso e conseqüente cometimento de delitos ensejaram a responsabilidade objetiva e os casos de (ii) suicídio de preso e latrocínio praticado por preso foragido não tiveram a adoção de nenhuma teria explicitamente.

A título exemplificativo, interessante perceber a diferenciação entre a fuga de preso “atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão – preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuíra a sua condenação” e o latrocínio praticado por preso foragido. Embora as condutas tenham semelhanças como a fuga e a prática delitiva, a teoria objetiva foi utilizada no primeiro caso por se tratar de fuga por falta de cuidado do guarda, mas não foi utilizada no segundo caso, mesmo havendo fuga que, por pressuposto, também é consequência da falta de zelo dos agentes penitenciários.

Apesar de não haver sinais de que seja realizada uniformização no entendimento da responsabilidade civil por condutas omissas no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal hoje tem aplicado, preferencialmente, a teoria objetiva¹⁰⁸. Todavia, ainda existem julgados que não delimitam a teoria adotada, tampouco quais os fundamentos para a responsabilização estatal, ressaltando o modo atécnico e caráter intuitivo na aplicação da responsabilidade civil – não só em casos omissivos - pelos julgadores.

Diante do quadro supramencionado, surge uma teoria intermediária frente ao debate subjetivo *versus* objetivo. A teoria proposta não delimita as aplicações da teoria objetiva e subjetiva puramente, mas analisa a conduta estatal com base em parâmetros de exigibilidade em sua atuação. É dessa forma que Cavalieri Filho, buscando alvejar a diferenciação entre a responsabilidade objetiva e subjetiva, preconiza a distinção entre omissão genérica e omissão específica.

Segundo o autor, a omissão específica se dá quando o Estado ocupa a posição de garante e, nos casos de omissão, gera dano a partir de sua desídia no dever de agir. Sob outra perspectiva, a omissão genérica se dá nos casos em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica. Nos casos de omissão específica, a teoria a ser aplicada é a objetiva. Já para os casos de omissão genérica, a teoria subjetiva seria adotada¹⁰⁹.

Filiando-se à diferenciação proposta por Cavalieri Filho, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto aduz:

¹⁰⁸ “Decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal têm firmado entendimento no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado em decorrência de atos omissivos” in CARVALHO NETO, Tarcisio Viera de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

¹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

“Não é só! Ainda que analisadas características individuais de casos concretos submetidos à diuturna apreciação do Judiciário, adotar posição doutrinária exige comparar a conduta omissiva com um padrão imaginário de rendimento estatal. É de ser promovida fina comparação entre a específica inação do Poder Público e o grau de eficiência que se espera do aparelho estatal. Assim será possível aferir, com menor margem de erro, se determinado comportamento passivo está além ou aquém do que se espera do Estado, daquela faixa imaginária de eficiência estatal representativa do anseio social.

Quando o comportamento estatal estiver muito abaixo do mínimo esperado, objetiva será a responsabilidade. Quando mais próximo do mínimo, será subjetiva. Dentro das fronteiras do padrão (entre o mínimo e o máximo, ou acima delas) e surgirem danos, o Estado será verdadeiramente irresponsável, porque tendo adotado os procedimentos que estavam ao seu alcance e tomado as cautelas de rigor, atuou com a diligência esperada. Não pode merecer censura e não se será justa qualquer indenização de sua parte.

O raciocínio supra em grande medida coincide com a técnica que relaciona o descumprimento das ordens de caráter geral (omissões genéricas) com a responsabilidade subjetiva, e as de natureza específica (omissões específicas) com a objetiva, como fizeram Cavalieri Filho e Castro”¹¹⁰.

Somente com o respaldo de análise das condutas estatais haverá uma melhor parametrização para qual teoria deverá ser aplicada diante de um problema em concreto. A melhor forma para decidir entre omissão genérica e omissão específica é com base nos padrões mínimos de eficiência do Estado: quando abaixo do mínimo de eficiência, incide a omissão específica; se próximo do mínimo tolerado, mas fora da parametrização ideal, incide a omissão genérica¹¹¹.

Por conseguinte, a observação do padrão de rendimento médio esperado pela conduta estatal baseado na legalidade e eficiência pública se mostra o melhor parâmetro para a aplicação das teorias objetiva ou subjetiva, baseando-se nas ideias de omissão genérica e omissão específica.

Ainda que a avaliação de conduta estatal a partir de uma posição média esperada do Estado subsista em insegurança metodológica, Carvalho Neto propõe atentar-se para: (i) existência de interesse normativamente relevante em termos quantitativos e em termos qualitativos; (ii) necessidade material da atuação para a tutela do interesse; (iii) proporcionalidade entre o sacrifício decorrente da atuação estatal e a utilidade alcançável pela atuação¹¹². Preenchidos os três requisitos, configurar-se-á a responsabilidade civil extracontratual por omissão estatal.

¹¹⁰ CARVALHO NETO, Tarcisio Viera de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

Dessa forma, seria possível a resolução do impasse entre a figura do Estado como “pagador universal” - o que o conduziria à falência -, e a exigência de omissão expressamente tipificada para casos omissivos, a fim de obter o equilíbrio necessário entre (i) o fato a ser analisado; (ii) a necessidade da vítima perante o dano causado e (iii) a condição financeira do causador do dano.

CAPÍTULO III – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS E UM OLHAR DISTINTO PARA A REPARAÇÃO DE DANO MORAL

A partir de toda a temática sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado apresentada no capítulo anterior, será dado enfoque à responsabilização perante a população encarcerada, demonstrando o dever de indenizar imposto pelo ordenamento jurídico nacional e internacional sob a perspectiva do RE-RG 580.252/MS.

Demonstrar-se-á o dever do Estado de manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico e as possíveis consequências caso haja violações. Quando tal dever é descumprido, surge para o Poder Público a responsabilidade de ressarcir os danos – inclusive morais – comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Por fim, sucederá explanação sobre a possibilidade de despatrimonialização em reparações por dano moral, abordando de forma crítica o dilema criado pela rigidez das normas jurídicas ao dar solução a um caso concreto e apresentando a proposta advogada pelo Ministro Luís Roberto Barroso de remição da pena com suporte da analogia do art. 126 da Lei de Execução Penal.

III.1 O posicionamento do STF acerca da responsabilidade civil extracontratual no recurso paradigma

As violações a direitos fundamentais e más condições encontradas no presídio de Corumbá/MS decorrentes da omissão do Poder Público justificaram a aplicação da responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos morais. Tanto no voto-vista quanto no voto do Relator não houve controvérsia quanto a indenização ao preso, haja vista o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional não só no presídio do caso em tela, mas em todo o âmbito prisional do país.

O Estado tem o dever de zelar pela segurança pessoal, física, psíquica e guarda dos presos, mantendo condições mínimas de humanidade nos moldes do art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII, XLIX; Lei de Execução Penal arts. 12 a 22; Regras de Mandela nº 24 a 35 - todos citados no primeiro capítulo desse trabalho -, além dos dispositivos internacionais mencionados no voto vencedor, como a Convenção Americana de Direitos Humanos arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade

nas Américas; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Quando tal dever não é cumprido e fica estabelecido o dano, nexo de causalidade e oficialidade de conduta do agente público, mesmo quando omissiva, resta clara a responsabilidade objetiva do Estado. A adoção da teoria objetiva está em conformidade com a jurisprudência da corte constitucional – em especial atenção à responsabilidade do Estado pela guarda e segurança dos presos, mantendo-os em padrões mínimos de humanidade, prezando pela integridade física e psíquica dos custodiados¹¹³.

Confira-se, como exemplo, o voto Ministro Gilmar Mendes no ARE 662.563 AgR/GO:

“A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados”¹¹⁴.

Para o recorrente, o nexo causal e dano foram a superlotação da cela em que cumpriu regime, tendo que dormir com a cabeça encostada em um vaso sanitário, devido à falta de espaço, restando caracterizada a violação de direitos fundamentais, como a dignidade humana, intimidade, higidez física e integridade psíquica¹¹⁵.

Como consequência, incidiu-se o disposto no art. 37, §6º da Carta Magna, responsabilizando o Estado por sua conduta omissiva. Por se tratar de norma de eficácia plena¹¹⁶, a aplicação do dispositivo constitucional deve ser feita de forma direta, “não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização”¹¹⁷.

Objetivando melhor elucidar o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, sua aplicação e implicações, confira-se ementa do recurso paradigma, *in verbis*:

¹¹³ Parâmetros estabelecidos em trecho retirado do voto do Ministro Relator Teori Zavascki *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

¹¹⁴ Trecho retirado do voto do Ministro Gilmar Mendes *in* STF. ARE 662563 AgR., julg. 20/03/2012, publ. DJe 02/04/2012.

¹¹⁵ Parâmetros estabelecidos em trecho retirado do voto do Ministro Relator Teori Zavascki *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

¹¹⁶ São as normas que “criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis” *in* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹⁷ Trecho retirado do voto do Ministro Relator Teori Zavascki *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento". 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação.

(RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)¹¹⁸

¹¹⁸ STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

Como se pode observar, tanto na ementa quanto na argumentação exposta no voto do Ministro Relator Teori Zavascki não há delimitação explícita sobre a responsabilidade civil extracontratual no que concerne à ação ou omissão estatal (nos mesmos moldes da pesquisa feita por Pinto, demonstrada na *Tabela 2* do presente trabalho), mas é nítida a adoção da teoria objetiva no trecho: “ocorrendo o dano e estabelecido o nexa causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado”¹¹⁹, por afastar o exame da culpabilidade ao caso concreto.

O relator também perpassa o exame do dano e o nexa de causalidade, demonstrando as violações a direitos fundamentais no presídio ensejarem a reparação pecuniária a título de indenização por dano moral. Não há referência à conduta estatal ser classificada como omissiva ou comissiva, importando ao Relator demonstrar apenas a responsabilidade do Estado e seu consequente dever de indenizar.

Corroborando com a nebulosidade do tema da responsabilidade civil e as diferentes decisões entre julgadores em casos de responsabilidade civil, o voto-vista do Ministro Barroso propõe fundamentação diversa. Adotou-se a teoria do risco administrativo para considerar a responsabilidade civil objetiva do Estado, não se diferenciando do posicionamento de afastabilidade do exame da culpa presente no voto vencedor.

Contudo, o voto vencido considera o dever de garante do Estado para com os presos que estão sob sua custódia como forma de advogar a favor da responsabilidade estatal objetiva. Verifica-se:

“Diferentemente do que alegam as partes, entendo que, na hipótese em exame, a responsabilidade civil do poder público é por ação, e não por omissão. Afinal, o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres”.¹²⁰

Ainda no mesmo voto, na delimitação do nexa causal ficou estabelecida a ineficiência das políticas públicas prisionais instituídas no país e a natureza estrutural e

¹¹⁹ Trecho retirado do voto do Ministro Relator Teori Zavascki *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

¹²⁰ Trecho retirado do voto do Ministro Luís Roberto Barroso *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

sistêmica das mazelas encontradas no sistema carcerário; como evento danoso, restou reconhecida a violação à dignidade do recorrente.

Para ambos os ministros, o argumento da reserva do possível para afastar a indenização ao recorrente foi afastado¹²¹. A teoria da reserva do possível preconiza que a efetividade dos direitos fundamentais esteja condicionada à possibilidade do erário estatal. Diante de um quadro em que as necessidades são ilimitadas e os cofres públicos possuem quantidade limitada, seria necessário eleger quais políticas públicas deveriam ser atendidas conforme o interesse social.

Todavia, a aplicação da teoria da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro apresentou-se como válvula de escape para o descumprimento dos dispositivos constitucionais por parte do Estado, afastando-se assim dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade necessários à sua aplicação¹²².

Fundamentação similar é utilizada por Teori e Barroso, respectivamente:

“[...] Considerando que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o "princípio da reserva do possível", nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos

¹²¹ “Preocupações com a saúde financeira dos Estados não podem ser utilizadas para simplesmente negar aos presos a compensação pelos danos morais. Afinal, **como justificar o deferimento de indenizações por danos morais em situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento injustificado de voos e a devolução indevida de cheques, e negá-las a detentos que sofrem gravíssimas violações aos seus direitos nas prisões?**”. Trecho retirado do voto do Ministro Luís Roberto Barroso *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral). (grifo nosso)

¹²² Para melhor elucidar o tema: “[...] É que 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 incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” *in* STF, ADPF nº. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04.

que estiverem em iguais condições. Mas não é disso que aqui se cuida. Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição [...]”¹²³.

“A cláusula é comumente invocada como limite à efetivação de direitos sociais de caráter prestacional. Isso se deve ao fato de que a concretização desses direitos se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos consideráveis, de modo que, em um contexto de escassez de recursos, o Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para a alocação desses recursos. Deve realizar escolhas trágicas: investir em um determinado setor sempre implica deixar de investir em outros. Trata-se, portanto, de uma lógica de justiça distributiva. Por sua vez, **no campo da responsabilidade civil impera um racional diverso, fundado na realização da justiça comutativa ou corretiva. O que se busca com a reparação civil não é a distribuição de bens sociais, mas o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa. Exige-se, assim, uma relação de equivalência entre o dano sofrido e a reparação atribuída**”¹²⁴. (grifo nosso)

Conforme Furtado, a teoria da reserva do possível não pode ter sua aplicação afastada no Brasil. Em casos excepcionais, quando restar comprovada a “absoluta incapacidade de atuação” por força de limitações pecuniárias. Ressalta o autor que a existência de recursos público utilizados para outros fins que não sejam voltados à realização de direitos fundamentais desconfiguraria a aplicação da reserva do possível¹²⁵.

Pode-se afirmar que o acórdão do STF ratificou a responsabilidade civil do Estado no caso concreto em três pilares: (i) a aplicação do art. 37, §6º da Constituição Federal como norma de eficácia plena frente à responsabilidade civil objetiva do Estado pela ausência de condições mínimas do sistema carcerário; (ii) a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível por não se tratar de direito social, mas sim de responsabilidade civil; (iii) o dever de indenizar do Estado não pode ser repellido sob o argumento de que os problemas do sistema prisional não seriam solucionados, pois isso legitimaria a concepção desigual da dignidade humana e a perpetuação do Estado de Coisas Inconstitucional nas prisões brasileiras.

Após delimitações sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE-RG 580.252/MS, faz-se importante ressaltar que os diferentes caminhos teóricos adotados nos dois votos em análise não interferiram na responsabilização do Estado por danos morais a preso em cadeia degradante e superlotada. Não obstante, foram abordados para

¹²³ Trecho retirado do voto do Ministro Relator Teori Zavascki *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

¹²⁴ Trecho retirado do voto do Ministro Luís Roberto Barroso *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

¹²⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

aclarar o debate sobre as diferenciações nas decisões sobre a temática da responsabilidade civil.

Ademais, para o presente trabalho, entende-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado no recurso em tela é antijurídica¹²⁶ e objetiva, não necessitando de comprovação de culpa; pautada na teoria da omissão específica em decorrência da posição de garante do Estado em que, nos casos de omissivos, gera dano por meio de sua desídia no dever de agir.

III.1.1 O *quantum* indenizatório e críticas à reparação pecuniária

A definição de dano moral encontra divergência entre autores, não havendo conceituação absoluta e tampouco previsão no Código Civil. Restou para a doutrina e jurisprudência discorrerem sobre o tema e caracterizar o dano moral, necessariamente, como a agressão a um bem ou atributo da personalidade¹²⁷, não podendo ser confundido com aborrecimentos ou dissabores. Notadamente:

“O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a bem material, ou em dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito da personalidade ou extrapatrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com tratamento.

[...] O dano moral é, na verdade, lesão ao direito da personalidade. Deveras, "o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento" (Enunciado n. 444 da V Jornada de Direito Civil) ”.¹²⁸

Quando a reparação recai sobre dano material, é facilmente identificada. Estabelecida colisão entre veículos, por exemplo, caberá ao juiz arbitrar a condenação

¹²⁶ Considera-se omissão antijurídica aquela em que (i) o Estado descumpra comando específico (lei, ordem expressa) e (ii) desprezo estatal a um dever que extrapola o ordenamento jurídico *in* CARVALHO NETO, Tarcísio Viera de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

com base em provas periciais ou, caso a reparação do veículo tenha sido feita, estipular todos os valores gastos para que seja feita restituição dos valores.

Por sua vez, a quantificação dos danos morais se mostra mais complexa¹²⁹. Ante o exposto no *caput* do art. 944 do Código Civil, a “indenização mede-se pela extensão do dano”, fazendo-se necessária análise do caso concreto para que o juiz possa estabelecer quantia pecuniária capaz de neutralizar ou atenuar os sofrimentos causados.

Para estabelecer o montante adequado à reparação, existem três sistemas: (i) sistema aberto; (ii) sistema fechado; (iii) sistema híbrido de reparação¹³⁰. O sistema aberto se dá por arbitramento do magistrado de acordo com o caso concreto. O sistema fechado - também denominado sistema tarifado - não deixa margem de liberdade ao aplicador do Direito, sendo os valores pré-fixados por lei. Já o sistema híbrido une os dois parâmetros anteriores: a tarifação e a liberdade do magistrado em arbitrar um valor nos limites do que fora tabelado.

Embora no Brasil o sistema aberto seja o modelo mais aceito¹³¹, é inegável a utilização do sistema fechado nos dias atuais, inclusive por parte dos tribunais superiores. Corrobora com tal informação a matéria do sítio eletrônico Consultor Jurídico¹³², que explicita tabela utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em indenizações por danos morais.

¹²⁹ O problema mais difícil hoje se refere, sem qualquer dúvida, à avaliação ou quantificação da reparação nos inúmeros tipos de dano moral. Se, como de fato, se trata de situações existenciais, haverá alguma possível fórmula pela qual, com justiça, se indenizará pecuniariamente os danos causados às pessoas? Assemelha-se esta situação à regra lógica primária da impossibilidade de se somarem “bananas” e “maçãs”; contudo, aqui é imperioso que se chegue a algum resultado, para que a vítima não fique irressarcida” *in* BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civilconstitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Consultor Jurídico. **Efeitos padronizados: STJ define valor de indenizações por danos morais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

Evento	2º Grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	R\$ 4,65 mil	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	R\$ 8 mil	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; resolvido pela garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes	R\$ 232,5 mil	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	R\$ 23,2 mil	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	R\$ 200 mil	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	R\$ 360 mil	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	R\$ 52 mil	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22,5 mil	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Nota-se que a indenização estipulada para RE-RG 580.252/MS soa desarrazoada quando comparada com os valores de referência adotados pelo STJ. O fato de uma recusa para cobrir tratamento médico-hospitalar sem dano à saúde gerar indenização de vinte mil reais e detento que dormiu encostado em vaso sanitário por anos devido à superlotação carcerária, com violação aos direitos de personalidade e direitos fundamentais, ser indenizado em dois mil reais evidencia a falibilidade de uma suposta aplicação do sistema fechado nas indenizações por dano moral, além de uma seletividade com relação a quais pessoas devem receber valores mais altos e quais devem receber valores irrisórios.

A aplicabilidade do sistema aberto pode ser considerada mais justa e atenta às peculiaridades do caso concreto, por dar liberdade ao aplicador do Direito sobre o *quantum* indenizatório. Para solidificar os meios utilizados na decisão do valor pecuniário pelos magistrados, foram estabelecidos parâmetros norteadores com cerne nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, a fim de preservar a dignidade humana por meio de uma equilibrada relação entre evento danoso e indenização.

Sendo assim, caso opte-se pela reparação pecuniária¹³³, a fixação do *quantum* indenizatório deverá ser precedida dos parâmetros: (i) extensão e repercussão da ofensa

¹³³ A possibilidade de despatrimonialização dos danos morais será abordada em item posterior, contrapondo-se às formas de reparação pecuniária dos sistemas aberto e fechado.

moral; (ii) condições socioeconômicas do ofendido e do ofensor; (iii) intensidade da culpa; (iv) intensidade do sofrimento da vítima; (v) providências adotadas pelo ofensor após os danos, (vi) nível cultural do ofensor, (vii) repercussão do fato lesivo na comunidade em que vive o ofendido; (viii) bom senso e moderação por parte do magistrado¹³⁴.

Em meio a uma realidade de aplicação de indenizações por danos morais descabidas e incongruentes perante os danos causados, o ordenamento jurídico caminha para a constatação de uma “indústria das indenizações”, em que os valores se desvinculam do caso concreto e corroboram com o enriquecimento ilícito. A adoção dos parâmetros supramencionados pode ser considerada a melhor solução para satisfazer a função compensatória da responsabilidade civil amparada princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*).

A opção do Supremo Federal pela reparação pecuniária no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) para o caso ora analisado, mantendo o valor estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em sede de apelação, ressalta conclusões: (i) o seletivo entendimento da dignidade humana no Brasil perpassa pelo *quantum* indenizatório dado a população apenada; (ii) a forma atécnica e intuitiva de decisões acerca da responsabilidade civil por omissão pode ser encontrada também na esfera do dano moral; (iii) a utilização de tabelas desrespeita a proporcionalidade, razoabilidade e equidade; (iv) o pagamento pelo Estado do valor estipulado não possui caráter desestimulante, sendo provável que a situação degradante e violações perpetuem; (v) a satisfação do princípio da restituição integral, aliada a parâmetros norteadores no sistema aberto pode ser a solução mais condizente com a realidade do sistema prisional brasileiro – amplamente debatida no Capítulo I.

III.2 A despatrimonialização da reparação dos danos morais

Por meio da constitucionalização do Direito Civil, a dignidade humana introduziu-se como centro de análise do ordenamento jurídico. Neste contexto, a responsabilidade civil deixou de tutelar exclusivamente o direito de propriedade e demais

¹³⁴ SILVEIRA; Rodrigo Conceição da; OLIVEIRA, Ilzver de Matos. **Critérios de quantificação do dano moral**. Revista Ideias e Inovação. Aracaju. Vol. 1, nº 3, novembro de 2013. ISSN Eletrônico: 2316-3127.

direitos patrimoniais para abarcar ao dever de ressarcir a dignidade humana, a solidariedade social e a justiça distributiva¹³⁵.

Devido à carga axiológica introduzida na Constituição Federal de 1988, a dignidade humana formou-se como valor fundamental do ordenamento jurídico, desvinculando o conceito de dano à ideia de antijuricidade¹³⁶. Assim, ampliou-se o conceito de dano moral indenizável, sendo qualquer violação, lesão ou privação a direito da personalidade juridicamente tutelado.

Atualmente, a natureza da indenização por dano moral é compensatória, haja vista o pagamento (reparação direta) não ter o condão de trazer a vítima para o *status quo ante*, mas sim minimizar os efeitos danosos. Entretanto, a possibilidade de reparação *in natura* (indireta) - mesmo que não muito utilizada no ordenamento jurídico brasileiro - se dá quando existe possibilidade de retorno ao estado anterior ao evento danoso.

Para Schreiber¹³⁷, existe uma “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, em que os conceitos de dano, nexos causal e culpa da teoria clássica da responsabilidade civil são flexibilizados, dando maior alcance à solução dos danos injustamente causados aumento a reparabilidade e proteção destes e de quem os suporta.

Conforme visto anteriormente, a aplicação de indenização pecuniária pode acarretar na mercantilização de litígios, se mostrar ineficaz em seu caráter desestimulante e de difícil quantificação. “As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais”¹³⁸. Em virtude disto, a jurisprudência vem – ainda que a passos lentos - possibilitando de

¹³⁵ “De maneira geral, a inspiração constitucional fez com que princípios normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar fossem incorporados ao definir o regime de reparação civil. Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir. A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil” *in* DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Perspectivas a partir do direito civil-constitucional**. Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Atlas, 2008.

¹³⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil, a. 6, v. 22, abr./jun. 2005. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf.

¹³⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

¹³⁸ *Ibid.*

despatrimonialização dos danos morais como solução para os entraves nas indenizações pecuniárias¹³⁹.

Nestes moldes, a VII Jornada de Direito Civil¹⁴⁰ aprovou o Enunciado nº 589, que reconhece a aplicação da reparação indireta, se mostrando uma tendência ao abandono da excessiva patrimonialização das indenizações:

589 – A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio.

Mecanismos como a retratação pública¹⁴¹ e deveres impostos ao réu como, por exemplo, nova compra de passagens e estadia em hotel em virtude de falha de serviço em agência de viagem podem ser utilizados pelos magistrados a título de reparação de danos morais. No direito ambiental¹⁴², também se torna possível a reparação indireta para recompor vegetação que foi desmatada, ou realizar a limpeza de mar poluído por derramamento de óleo, por exemplo.

Entretanto, seria imponderado afirmar que o ressarcimento não pecuniário seja capaz de retornar integralmente o *status quo ante*, de forma a fazer com que o evento nunca tivesse ocorrido. O que se pretende com a aplicação das reparações *in natura* é a reparação justa e eficaz do dano, sem a necessidade de se reestabelecer de forma absoluta

¹³⁹ “As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais”

¹⁴⁰ **Enunciados das Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

¹⁴¹ “A retratação pública, como desestímulo à conduta praticada, às expensas da parte vencida ou condenada, por certo, torna mais efetiva a reparação civil, despatrimonializando a condenação, que, no mais das vezes, quando aplicada isoladamente a resposta pecuniária, não satisfaz plenamente os anseios da vítima, não compensando, integralmente, o desvalor moral. Daí ser cabível, ainda que não se encontre expressamente previsto, a veiculação de pedido de desculpa pela falha do serviço prestado e pela consequente interrupção do fornecimento de energia elétrica é também meio válido para a composição judicial da lide. Consequentemente, a simples majoração do quantum a ser arbitrado para o dano moral, não inviabiliza, ou justifica, o descarte da retratação pública, nos exatos termos do que foi na inicial pleiteado. Plausível e justo, pois, que a retratação se dê de modo a trazer a parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de modo a trazer a parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de desculpas pelo dano que a consumidora autora foi injustamente causado” *in* TJRJ, 1ª. CC, Apelação Cível 2009.001.22993, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. 9.6.2009. (grifo nosso)

¹⁴² “Na hipótese de ação civil pública proposta em razão de dano ambiental, é possível que a sentença condenatória imponha ao responsável, cumulativamente, as obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de pagar quantia em dinheiro a título de compensação por dano moral coletivo” *in* Informativo nº 526/STJ. REsp 1.328.753-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/5/2013.

a situação anterior ao evento danoso, mas chegar muito próximo de tal cenário. Assim como nas situações de ressarcimento pecuniário, o que se pretende é atender ao princípio da reparação integral e persecução da finalidade compensatória da responsabilidade civil.

Com as reparações indiretas, o problema do *quantum* indenizatório seria substituído por uma reparação mais eficiente e com o intuito obrigacional de fazer ou não fazer, gerando efeitos de forma mais rápida e notória ante a possibilidade de parametrizar formas patrimoniais de indenização para danos extrapatrimoniais.

III.3 Um contraponto à rigidez normativa: a proposta de remição da pena a partir da analogia do art. 126 da Lei de Execução Penal

Amparando-se na busca por diferentes mecanismos de reparação, mas sem negar a responsabilidade civil objetiva do Estado, o Min. Luís Roberto Barroso propôs em seu voto a aplicação da reparação *in natura* a partir da remição no tempo de execução da pena por meio dos dias submetidos a condições degradantes e superlotação na prisão.

A indenização pecuniária não se mostra uma resposta eficiente, haja vista o preso recorrente continuar encarcerado e a quantia da indenização ser insuficiente para reparar os danos morais causados em virtude da massiva violação de direitos fundamentais. Ademais, no voto do relator sequer houve critérios para a reparação pecuniária, tornando-se problemática a escolha da quantia em dinheiro¹⁴³.

Em prospecção, a adoção de indenização pecuniária pode acarretar a precificação dos direitos de personalidade e dignidade humana, além da massificação de demandas semelhantes (principalmente em virtude da realidade generalizada dos cárceres exposta no Capítulo I), fazendo com que os recursos financeiros deixem de ser usados para a melhoria do sistema e sejam utilizados para indenizações que não cumpriram o caráter compensatório.

Dessa forma, aduz o Ministro:

“Diante do estado de inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro, entendo que a fixação de uma compensação estritamente pecuniária

¹⁴³“Em nenhum momento nos autos houve discussão a respeito dos critérios utilizados para a quantificação da indenização. Na apelação, definiu-se que o recorrente, que permaneceu por cerca de 5 anos em presídio superlotado com condições degradantes, fazia jus à módica quantia de R\$ 2 mil. Todavia, não há uma linha sequer sobre os parâmetros utilizados para a fixação do montante, tais como o tempo de encarceramento e a gravidade das violações suportadas” *in* Trecho retirado do voto do Ministro Luís Roberto Barroso *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral. Afinal, o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais”¹⁴⁴.

A adoção de reparação indireta coíbe os efeitos da “indústria das indenizações”, bem como ao tabelamento judicial que estipula preços para determinados eventos danosos, gerando uma “precificação” de sentimentos e atitudes humanas. A proposta apresentada foi a remição da pena a partir de analogia do art. 126 da LEP, aplicada de modo prioritário. Dessa forma, os casos em que a remição não puder ser aplicada, a indenização pecuniária deverá ser adotada¹⁴⁵.

Em conformidade com o disposto no artigo¹⁴⁶ mencionado, a remição de parte do tempo de execução da pena seria:

“A cada ‘x’ dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a ‘indenização mede-se pela extensão do dano’, a variável ‘x’, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento”¹⁴⁷.

A viabilidade jurídica da utilização analógica, para o Ministro, não fere o princípio da legalidade e pode ser plenamente aplicável no ordenamento jurídico tanto pela sua (i) lógica estruturante quanto (ii) pela sua forma e (iii) modo de execução. Pela lógica estruturante, o tempo de pena cumprido em cadeia degradante deve ter valor distinto, ou seja, deve ser utilizado de forma que seja possível restabelecer a justa

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ “Esta solução não afasta inteiramente a indenização pecuniária, mas lhe confere caráter subsidiário. O ressarcimento em dinheiro dos danos morais será cabível apenas quando a remição da pena não for possível. Como se verá adiante, isso ocorreria, por exemplo, no caso de detentos que já tivessem cumprido integralmente a pena ou de preso provisório que tivesse se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido”. Trecho retirado do voto do Ministro Luís Roberto Barroso *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

¹⁴⁶ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

¹⁴⁷ Trecho retirado do voto do Ministro Luís Roberto Barroso *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

proporção entre o delito cometido e a pena, tendo maior valor de contagem que o tempo em cadeia não degradante, tornando-se uma reparação mais efetiva do dano¹⁴⁸.

Quanto à forma, a aplicação de reparação *in natura* tem o condão de estabelecer o *status quo ante* da forma integral ou, ao menos o mais próximo possível. No caso concreto, o restabelecimento do “bem da vida” lesionado seria por meio da diminuição do tempo encarcerado, em virtude dos danos morais sofridos na prisão.

“Essa espécie de reparação é plenamente compatível com a Constituição, que assegura a indenização pelos danos morais (art. 5º, V e X, CF), mas não elege um meio determinado para seu ressarcimento. Mais do que isso, a busca de mecanismos que assegurem a tutela específica dos interesses extrapatrimoniais constitui um imperativo constitucional, que decorre do princípio da reparação integral dos danos sofridos e da prioridade conferida pela Carta de 88 à dignidade da pessoa humana”¹⁴⁹.

O modo de execução deve ser realizado como forma de reparação de dano moral, no âmbito da responsabilidade civil, porém segue a mesma forma estipulada pela Lei de Execução Penal. Embora os institutos não se confundam – já que a LEP reduz o tempo de cumprimento da pena por meio de dias de trabalho ou estudo do apenado – o mecanismo de remição seria equivalente em ambas as disposições, a primeira nos casos de responsabilidade civil com caráter compensatório e a última nos casos penais, com evidente função ressocializadora. No quesito processual, o pedido de indenização não pecuniária deve ser realizado no Juízo de Execução Penal.

A partir do exposto, nota-se que a proposta advogada pelo Min. Luís Roberto Barroso possui aparato técnico no ordenamento jurídico pátrio, sendo possível sua utilização para a reparação de danos morais sofridos por preso em cadeia desumana e degradante. A indenização *in natura* permite que o dinheiro das reparações seja utilizado para a melhoria do sistema carcerário, corroborando ainda com a ideia de responsabilidade fiscal, necessária perante o atual cenário político-econômico brasileiro.

Firmou-se, assim, a seguinte tese:

“O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua

¹⁴⁸ “Esta lógica não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, trata-se da mesma *ratio* adotada na concessão de aposentadoria especial a quem tenha trabalhado em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. Trecho retirado do voto do Ministro Luís Roberto Barroso *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

¹⁴⁹ *Ibid.*

dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente”¹⁵⁰.

A remição também seria efetiva no combate ao hiperencarceramento, diminuindo o contingente de presos e possibilitando uma melhora nos serviços prestados nas cadeias e na qualidade do trabalho dos agentes penitenciários.

A quebra da lógica patrimonialista da responsabilidade civil faz-se necessária ante a dignidade humana do preso e a reparação integral dos danos morais, haja vista a indenização pecuniária proposta ser insuficiente perante as severas violações a direitos fundamentais e ao Estado de Coisas Inconstitucional nas penitenciárias do país.

Como crítica, foi argumentado que a remição proposta não estaria prevista em lei, violando o princípio da reserva legal, o que afastaria sua aplicação no ordenamento jurídico. Todavia, o Ministro argumentou que o Brasil possui casos de remição de pena que não dispõem base legal e direta, a exemplo da remição por leitura. Confira-se:

“Não se diga que o mecanismo de reparação apresentado equivaleria à concessão da remição em hipótese não prevista em lei. Como já se disse, trata-se de instituto diverso, que se insere no campo da responsabilidade civil. Ainda assim, o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais. A própria remição penal pelo estudo foi concedida durante muitos anos por decisões judiciais (há julgados do STJ que datam de 2003 e até uma súmula sobre o tema), mas apenas em 2011 ganhou previsão legal. Atualmente, também a remição pela leitura é aplicada, no âmbito federal, sem que haja autorização em lei. A hipótese é regulada pela Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276, de 2012, que prevê a possibilidade de redução de 4 dias de pena por obra lida por mês pelo detento, no limite de 48 dias de remição de pena por ano, e foi objeto da Recomendação nº 44/2013, do CNJ, que orientou os Tribunais estaduais a reconhecerem a remição pela leitura de acordo com os mesmos critérios”¹⁵¹.

Outra questão que parece tecer uma crítica mais profunda é a desconsideração da autonomia entre as esferas da responsabilidade civil do Estado e penal. Por possuírem naturezas distintas, as esferas cível, penal e administrativa não podem ser misturadas no

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

direito processual tampouco material. Prova disto é a vedação do *bis in idem* na cumulação de responsabilidade cível, penal e administrativa dos agentes públicos¹⁵².

Dessa forma, surge um entrave entre a indenização por dano moral – presente na seara cível – ser indenizada na forma de remição, utilizando-se da seara penal e processual penal. Cumpre ressaltar que os exemplos clássicos de reparação *in natura* (retratação, pedido de desculpas, obrigação de fazer ou não fazer) também não extrapolam os limites do direito civil.

A questão se estende para a análise processual, em que o Juízo de Execução seria o responsável pelo gerenciamento não só da execução da pena e cumprimento da sentença penal, mas de constatar a responsabilidade civil e impor a reparação indireta ou direta (pecuniária), dependendo do caso em concreto. Por ser um âmbito em que o contraditório é menos efetivo e não há um amplo ambiente cognitivo, a aferição da responsabilidade civil do Estado restaria prejudicada¹⁵³.

Em contraponto, o voto-vista esclarece:

“O Juízo da Execução Penal possui amplas atribuições administrativas e jurisdicionais para a garantia de condições adequadas nos presídios. Sua competência vai desde a inspeção dos estabelecimentos até a apuração de responsabilidade pelo seu funcionamento impróprio e a interdição dos estabelecimentos inadequados. É possível, portanto, extrair dessas competências a autorização para que o juiz da execução promova a remição da pena como meio de responsabilização do Estado por condições degradantes de detenção decorrentes do funcionamento impróprio dos estabelecimentos penais.

Essa possibilidade não constitui uma anomalia no sistema jurídico brasileiro. Atualmente, admite-se, sem maiores problemas, a mitigação da autonomia das esferas de responsabilização penal e cível para permitir a fixação de indenizações cíveis pelo juízo criminal, em nome do princípio da tutela jurisdicional efetiva. É o caso, por exemplo, do dever atribuído ao juiz criminal de fixar na sentença condenatória o “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal”¹⁵⁴.

Ante o exposto, verifica-se que a solução para o caso se mostrou difícil e depende ainda de uma evolução doutrinária e jurisprudencial para haver a possibilidade de aderência à tese da remição por analogia à Lei de Execução Penal. Porém, inegável o dilema criado pela rigidez das normas jurídicas ao dar solução a um caso concreto, mesmo

¹⁵² MAFFINI, Rafael. **Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação *in natura***. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 274, jan./abr. 2017.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Trecho retirado do voto do Ministro Luís Roberto Barroso *in* STF. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

sendo a solução a melhor possível no quesito da dignidade da pessoa humana, valorização dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna e responsabilidade fiscal.

O voto-vista traz importante análise sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado e seus institutos, bem como outras formas possíveis de reparação de danos morais, rompendo com conceitos dogmáticos para dialogar com o momento atual e as novas demandas da sociedade ante ao Direito.

Aos mesmos moldes do Estado de Coisas Inconstitucional, é necessário olhar distinto para o sistema prisional e a população carcerária, reunindo forças no âmbito dos três poderes para que seja realizada atuação coordenada a fim de superar (i) a superlotação dos presídios; (ii) a lógica do hiperencarceramento; (iii) as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios, fazendo com que a jurisdição não exerça papel de mero expectador e o “Supremo Tribunal Federal assumira postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional no país”¹⁵⁵.

¹⁵⁵ *Ibid.*

CONCLUSÃO

A partir da premissa de falibilidade do sistema prisional, foi possível constatar que os cárceres brasileiros são superlotados e degradantes. Não oferecem condições mínimas de saúde, alimentação, assistência jurídica, religiosa, material e social para os presos. As mazelas encontradas impedem o caráter ressocializador da pena e se transformam em uma resposta mais violenta à sociedade livre.

Nesse contexto, a problemática apresentada no capítulo inicial do trabalho, assim como a violação de direitos dos presos não podem ser vistas como situações esporádicas, mas como parte de uma realidade cotidiana e concreta em todo o Brasil. A jurisdição não foi capaz de sanar os problemas enfrentados pelo sistema carcerário e nem mesmo a ideia de valor intrínseco inviolável da dignidade humana.

A partir do quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais e omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, o Supremo Tribunal Federal declarou o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro na ADPF 447, almejando um “dever de colaboração” entre os Poderes para que a problemática seja solucionada ou, ao menos, desagravada.

Não obstante as críticas à adoção da teoria, o presente trabalho parte da ideia de que a não adoção do ECI para o sistema prisional brasileiro seria negar que a realidade é parte da norma jurídica e pode servir de aparato para que haja juízo de inconstitucionalidade, bem como negar a dimensão da efetividade normativa da Constituição Federal.

Demonstrado o descumprimento do dever do Estado de zelar pelos seus presos e tratá-los como reabilitandos, surge a necessidade de conjurar a responsabilidade civil extracontratual do Estado. A partir de seu processo evolutivo, foram balizados os importantes conceitos de dano – moral e material -, nexos causal e oficialidade de conduta do agente público, adentrando em debates relevantes para a doutrina e jurisprudência, como: teoria objetiva *versus* subjetiva; teoria do risco integral *versus* risco administrativo.

Quanto ao posicionamento da responsabilidade do Estado por omissão, adotou-se o posicionamento de Cavalieri Filho¹⁵⁶ e Carvalho Neto¹⁵⁷, que não delimita as

¹⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁵⁷ CARVALHO NETO, Tarcisio Viera de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

aplicações da teoria objetiva e subjetiva puramente, mas um meio termo capaz de analisar a conduta estatal com base em parâmetros de exigibilidade em sua atuação a partir da distinção entre omissão genérica e específica.

Apesar de não haver tendência de uniformização no entendimento da responsabilidade civil por condutas omissas no ordenamento jurídico brasileiro, a observação do padrão de rendimento médio esperado pela conduta estatal baseado na legalidade e eficiência pública se revela parâmetro eficiente na resolução do impasse entre a figura do Estado como “pagador universal” e a exigência de omissão expressamente tipificada para casos omissivos, obtendo o equilíbrio necessário entre o fato a ser analisado, a necessidade da vítima perante o dano causado e a condição financeira do causador do dano.

A partir do aparato fático e teórico dos capítulos I e II, o terceiro capítulo analisa o RE-RG 580.252 de forma detalhada, com base na aplicação do art. 37, §6º da Constituição Federal como norma de eficácia plena frente à responsabilidade civil objetiva do Estado pela ausência de condições mínimas do sistema carcerário, a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível e o dever de indenizar do Estado.

A forma de indenização incita o debate entre os votos do Ministro Relator Teori Zavaski e o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso sobre a utilização de indenização pecuniária ou *in natura* por meio de remição da pena. A opção do Supremo Federal pela indenização direta foi criticamente debatida no presente trabalho, já que reforça a ideia de seletividade do princípio da dignidade humana no âmbito do *quantum* indenizatório dado a população apenada, a forma atécnica e intuitiva utilizada pelos tribunais na valoração do dano moral, a insatisfação do princípio da restituição integral juntamente com a falta do caráter desestimulante da compensação no valor irrisório de dois mil reais para recorrente que dormia sobre vaso sanitário em cela superlotada.

Dessa forma, a opção de reparação indireta proposta por Barroso se mostra posicionamento inovador - ainda que minoritário -, que desafia a rigidez do processo penal em prol de uma solução para o problema da superlotação carcerária. A remição da pena a partir de analogia ao art. 126 da Lei de Execução representa a quebra da lógica patrimonialista da responsabilidade civil, haja vista a indenização pecuniária proposta ser insuficiente perante as severas violações a direitos fundamentais e ao Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido pelo STF.

O voto-vista se mostra como solução viável para a preservação da dignidade humana, possibilidade de solução para a superlotação dos presídios e lógica do

hiperencarceramento, além de resolução das deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios, fazendo com que a jurisdição não exerça o papel de mero expectador ante à realidade exposta.

Somente soluções conjuntas, que dialoguem com os três Poderes e que superem os dilemas enfrentados pela aplicação do direito na resolução de temas objetivos perante o Estado de Coisas Inconstitucional, rompendo com a rigidez normativa frente a problemas estruturais e complexos, podem mudar a realidade do sistema carcerário e as violações de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Fonte CNJ – **Mutirão Carcerário – Raio-X**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf.

Acesso em: 10 agosto de 2017.

_____. Fonte CNJ – **Choque de Justiça**. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>. Acesso em: 10 agosto de 2017.

_____. Fonte CNJ – **Enunciados das Jornadas de Direito Civil**. Disponível em:

<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI do sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 11 de agosto de 2017.

_____. Consultor Jurídico. **Efeitos padronizados: STJ define valor de indenizações por danos morais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

_____. Corte Constitucional colombiana. **Sentencia T-153**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

_____. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODOC. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – Regras de Mandela**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 11 de agosto de 2017.

_____. *Institute for Criminal Policy Research. World Prison Population List*. Disponível em:

http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

_____. STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 7 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª. T., RE 130 764, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 12/05/1992, publ. DJ 07/08/1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 662563 AgR, julg. 20/03/2012, publ. DJe 02/04/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 580.252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. (ADPF-347).

ANDRADE, Leticia Queiroz de. **Responsabilidade extracontratual do Estado: a convivência das teorias objetiva e subjetiva no pensamento de Oswaldo Aranha e Celso Antônio Bandeira de Mello**. R. bras. de Est. da Função públ. – RBEFP, Belo Horizonte, p. p. 207-234, set/dez 2014. ISSN 9.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, mai. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>. Acesso em: 13 de agosto de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar**: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, Revista dos Tribunais, Ano 101, v. 919, p. 127-196, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO NETO, Tarcisio Viera de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1^a. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE MELLO BANDEIRA, Celso. Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civilconstitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Perspectivas a partir do direito civil-constitucional**. Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 16 ed. São Paulo: Vozes, 1997, pg. 87.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **A responsabilidade do Estado**. Responsabilidade civil do Estado. Malheiros Editores, p. 226-248, 2006.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colombia*. Revista Mario Alario D'Filippo, ISSN 2145-6054, ISSN-e 2256-2796, Vol. 3, N°. 1, 2011, págs. 69-80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

MAFFINI, Rafael. **Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 274, jan./abr. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. Comentários à Lei 7.210, de 11-07-84 5a.edição, São Paulo, Editora Atlas S.A., 1992, p.89.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A rebelião dos zumbis**. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/rebeliao-dos-zumbis>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

OLIVEIRA, E. (Coord.). **Criminologia crítica**. Fórum Internacional de Criminologia Crítica: Belém: Cejup, 1990, p. 145. Citado por Alvin August de Sá. Criminologia clínica e psicologia criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RÍOS, Luís Carlos Alzate. **El Estado de Cosas Inconstitucional**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade: Desafios da Dignidade Humana**. Disponível em: <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-desafios-da-dignidade-humana>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil, a. 6, v. 22, abr./jun. 2005. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_e_civil_brasileira.pdf.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

SILVEIRA; Rodrigo Conceição da; OLIVEIRA, Ilzver de Matos. **Critérios de quantificação do dano moral**. Revista Ideias e Inovação. Aracaju. Vol. 1, nº 3, novembro de 2013. ISSN Eletrônico: 2316-3127.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **The “Unconstitutional State of Affairs” in Brazil’s Prison System: The Enchantment of Legal Transplantation**, Int’l J. Const. L. Blog, Sept. 30, 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/09/the-unconstitutional-state-of-affairs-in-brazils-prison-system-theenchantment-of-legal-transplantation/>.

Acesso em: 7 de setembro de 2017.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System**, Sept. 25, 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-thebrazilian-prison-system/> . Acesso em: 7 de setembro de 2017.