

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

DAVID JOHNATA SANTOS OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TUTELA DO PRESO:
UMA ANÁLISE DA ADPF 347 E DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

**ARACAJU
2019**

DAVID JOHNATA SANTOS OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TUTELA DO PRESO:
UMA ANÁLISE DA ADPF 347 E DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do
curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Me. Necéssio Adriano Santos

**ARACAJU
2019**

O48a

OLIVEIRA, David Johnata Santos.

A Responsabilidade Civil do Estado na Tutela do Preso: uma análise da ADPF 347 e do estado de coisas inconstitucional / David Johnata Santos Oliveira; Aracaju, 2019. 90p.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Necéssio Adriano Santos

1. Responsabilidade Civil do Estado 2. Responsabilidade Objetiva 3. Dignidade da Pessoa Humana 4. Sistema Prisional Brasileiro 5. Tutela do Preso I. Título.

CDU343.22;343.51(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

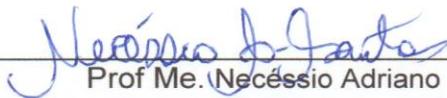
DAVID JOHNATA SANTOS OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TUTELA DO PRESO:
UMA ANÁLISE DA ADPF 347 E DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

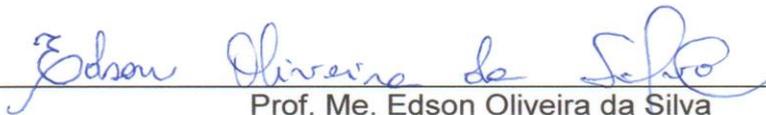
Monografia apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do
curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em 15/06/19

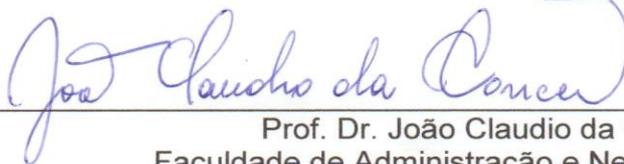
BANCA EXAMINADORA



Prof Me. Nécessio Adriano Santos (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Edson Oliveira da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Dr. João Claudio da Conceição
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus por estar sempre comigo me dando forças para prosseguir; a minha amada e querida esposa, Shayene; aos meus amados filhos, Ana Amy e David Júnior; e ao mais novo(a) integrante da família, que ainda está na barriga da mamãe. Por serem os meus maiores incentivos de buscar uma vida melhor, persistindo com amor, fé, alegria e perseverança.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por ser o meu Salvador, por me amar de maneira incondicional, a ponto de dar a vida do seu Único Filho para me salvar; por estar sempre ao meu lado; guiando-me e orientando-me, através da sua Palavra; dando-me forças e me ajudando a prosseguir nessa caminhada. Reconheço que sem Deus, a Autoridade Suprema de todo o universo, esta e outras vitórias conquistadas não seriam possíveis.

Ao meu orientador, prof. Me. Necéssio Adriano, que com toda paciência, dedicação, empenho e disponibilidade (em qualquer dia e horário rrsrs), ajudou-me bastante, orientando-me em tudo, nos mínimos detalhes neste trabalho. Também, motivando-me, dando-me palavras de força e coragem, sempre com bom humor, alegria, e o melhor, sempre honesto, dando-me “vários choques de realidade rrsrs”.

A Minha querida e Amada Esposa, Shayene, a qual estive e está sempre ao meu lado, apoiando-me; ajudando-me; alegrando-me, e acima de tudo, amando-me, e me fazendo Feliz; não me deixando abater e nem desistir; suportando-me nos momentos de estresse devido ao tempo da elaboração dessa pesquisa, bem como pela minha ausência, às vezes também, em prol deste trabalho.

Aos Meus filhos, Ana Amy, Davi Júnior e um novo Bebê que ainda não conheço, pois está no ventre da minha esposa, mas já os amo muito, por serem a alegria da casa e me fazerem me sentir tão bem e tão importante, a ponto de buscar forças de onde não tenho, para que com isso possa proporcionar um futuro melhor para eles.

A minha Mãe, Eliana, por ter me educado, criando-me com amor e me ensinado a fazer o certo, por me ajudar sempre quando precisei, ainda que financeiramente. A Meu Padrasto/pai, Jamses, por ter me criado desde os 9 meses de vida, “homem bruto kkk”, que lhe agradeço por ter evitado que eu fosse para o mundo do crime (talvez nem ele e nem minha mãe saibam disso rrsrs, mas eu tinha vontade). Parecia loucura, mas em seu trabalho de policial, ao efetuar apreensões de drogas, ele me mostrava para que se alguém me oferecesse, eu não aceitasse, sair de perto e fugir daquilo que não era bom, das más amizades e por ter me

amado como um filho de sangue, dando-me todo apoio e cuidado que necessitei, me ajudando até hoje no que eu precisar.

A meu pai biológico, Neto (*in memoriam*), o qual foi o instrumento usado por Deus para me gerar, que mesmo distante, ensinou-me a ter caráter e personalidade, a ser um cidadão de bem e honesto.

A todos os meus irmãos, Jarrier, Kelly, Janaise, Laís e Greicy, pessoas muito importantes da minha vida; sangue do meu sangue, cada um com seus defeitos como todo mundo tem, mas também, cada um com suas características únicas e qualidades, que os fazem serem especiais pra mim; com quem dividi vários momentos felizes, tristes também; passamos por várias coisas juntos, até bater neles eu bati rrsrs, mas acredito que eles me perdoam, pois foi no tempo de criança, do pouco entendimento, de aprendizagem.

A minha Amada, querida e Abençoada Pastora Cláudia, por todo aprendizado que obtive com seus brilhantes ensinamentos inspirados pelo Espírito Santo e fundamentados na Palavra do Senhor, que me ensinou a agir de maneira correta e verdadeira a ter compromisso, e acima de tudo, a amar fazer a obra do Senhor e amar a Palavra Dele.

As Pastoras, Maria José e Cândida, as quais com sua forma de viver alegre, sempre me incentivaram a estudar e a não desistir, mesmo quando tudo parecia dar errado ou impossível, orientando-me e me alegrando sempre com base na palavra do Senhor.

A todos os membros da Igreja Evangélica Jesus Cristo Reina, tanto da sede, como da de Laranjeira e da Taiçoca, ministério ao qual eu me orgulho de dizer que faço parte, minha segunda família, por estarem sempre me ajudando em Oração, dando-me palavras de força, de perseverança, de confiança em Deus.

Ao Ministério Geração Eleita, grupo de jovens da Igreja Evangélica Jesus Cristo Reina de Laranjeiras, os quais amo de uma forma que não sei explicar, que são pessoas muito importantes na minha vida, que me permitiram passar ao lado deles os melhores momentos da minha vida, por trocarem conhecimentos e experiências, por me suportarem, mesmo nos momentos de maior brabeza, mas garanto que era com amor e era necessário para o amadurecimento deles e meu também rrsrs.

A todos os meus colegas de faculdade, principalmente, aos que perseveraram até o fim comigo, os quais tivemos muitos momentos bons, de alegrias, risadas, aprendizados, tristezas também, mas faz parte da vida, porém, cada momento foi aproveitado intensamente.

E a todos aqueles que de alguma forma torceram por mim, ajudaram-me em oração, ou mesmo, os que me criticaram, não acreditaram em mim, que eu poderia vencer, mas agradeço mesmo assim, pois isso me fez crescer, amadurecer, fez-me mais forte, foi combustível para me superar dia após dia.

Minha gratidão e meu muito obrigado a todos, do fundo do meu coração.

O pior pecado que podemos cometer contra outros seres humanos não é odiá-los, mas sim ser indiferentes a eles, essa é a essência da desumanidade.

George Bernard Shaw

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do Estado na tutela do Preso, apontando casos específicos sobre o tema, bem como doutrinas e jurisprudências, sendo o artigo 37, § 6, o artigo 1º, III e o art 5º, XLIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), utilizados como base fundamental para o tema e a limitação do Estado para com os seus tutelados. O interesse pelo tema se deu a partir da observação da situação caótica e precária do atual sistema prisional do Brasil, onde os direitos e garantias fundamentais dos presos são diariamente violados, além tratamentos desumanos e degradantes, sendo estes vedados pela CRFB/88. A hipótese é que diante da falha estrutural das políticas públicas e a aplicação das leis estabelecidas no ordenamento jurídico, coube ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizar uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para que o Supremo Tribunal Federal (STF) intervisse em tal situação. A metodologia utilizada, foi através de pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos e jurisprudências, no método qualitativo, além de utilizar a metodologia descritiva e explicativa, iniciando com os conceitos sobre o assunto e ao final fazendo análise de casos sobre o tema. Inicialmente com o estudo do dever constitucional do Estado pela proteção da integridade física e moral dos presos, com base constitucional e jurisprudencial. Em seguida, parte-se para análise do conceito, evolução e os desdobramentos da responsabilidade civil, bem como a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as suas fases, assim como as excludentes de responsabilização estatal, trazendo casos específicos vividos rotineiramente pela população carcerária no Brasil. No final, analisando a ADPF 347 e o Estado de Coisa Inconstitucional, se procura responder a problemática de se existe ou não a necessidade da aprovação do mérito desta ADPF para que haja a efetivação do papel do Estado como responsável civilmente pela tutela do preso.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Responsabilidade Objetiva. Dignidade da Pessoa Humana. Sistema Prisional Brasileiro. Tutela do Preso.

RESUMEN

This work aims to analyze the civil responsibility of the State in the guardianship of the prisoner, pointing specific cases on the subject, as well as doctrines and jurisprudence, being article 37, § 6, article 1, III and Art 5, XLIX, of the Constitution of the Republic Federative of Brazil of 1988 (CRFB/88), used as a fundamental basis for the theme and the limitation of the state to its tutelados. The interest in this issue was based on the observation of the chaotic and precarious situation of the current prison system in Brazil, where the fundamental rights and guarantees of prisoners are violated daily, in addition to inhuman and degrading treatment, and these are sealed by CRFB/88. The hypothesis is that, in view of the structural failure of public policies and the application of the laws established in the legal order, the Socialism and Freedom Party (PSOL) would be responsible for a breach of Fundamental precept (ADPF) for the supreme Federal Court (STF) to intervene in such a situation. The methodology used was through bibliographic research of books, scientific articles and jurisprudence, in the qualitative method, besides using the descriptive and explanatory methodology, starting with the concepts about the subject and the end making Case analysis on the subject. Initially with the study of the constitutional duty of the State for the protection of the physical and moral integrity of prisoners, with constitutional and jurisprudential basis. Then, it is part for the analysis of the concept, evolution and the consequences of civil liability, as well as the civil responsibility of the State in the Brazilian legal order, pointing its phases, as well as the excludents of accountability State, bringing specific cases routinely experienced by the prison population in Brazil. In the end, analyzing the ADPF 347 and the state of unconstitutional thing, one seeks to answer the problem of whether or not there is the need to approve the merit of this ADPF so that there is the realization of the role of the State as responsible civilly for the guardianship of the prisoner.

Keywords: state Civil liability. Objective responsibility. Dignity of the human person. Brazilian prison system. Guardianship of the prisoner.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART.	Artigo
CC/02	Código Civil de 2002
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPB	Código Penal Brasileiro
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
LEP	Lei de Execução Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
§	Parágrafo
CI	Constituição do Império
ARE	Recurso Extraordinário Com Agravo
AGR	Agravo Regimental
RE	Recurso Extraordinário
AP	Ação Penal
RESP	Recurso Especial
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	18
3.1 Elementos	21
3.1.1 Conduta Humana (Ação ou Omissão)	23
3.1.2 Culpa Genérica ou Latu Sensu	25
3.1.3 Nexo de Causalidade	28
3.1.4 Dano ou Prejuízo	31
3.2 Tipos de Responsabilidade	33
3.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva	34
3.2.2 Responsabilidade civil Objetiva	36
3.2.3 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual	39
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	41
4.1 A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro	45
4.2 Teoria do risco administrativo	47
4.3 Causas Excludentes da responsabilidade civil do Estado	49
4.3.1 Fato exclusivo ou Culpa exclusiva da vítima	50
4.3.2 Fato ou culpa de terceiro	52
4.3.3 Caso Fortuito ou Força Maior	53
5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASOS DE TUTELA DO PRESO.....	54
5.1 Do dever Constitucional do Estado pela proteção da integridade física e moral dos presos	55

5.2 Suicídio do preso	57
5.3 Acidente de trabalho dentro do estabelecimento prisional	59
5.4 Agressões ou mortes Provocadas por parceiros de cela	62
6 UMA ANÁLISE DA ADPF 347 E DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	65
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado diz respeito a obrigação da Administração Pública arcar com a indenização dos danos patrimoniais ou até mesmo morais que venham a ser causadas por seus agentes a terceiros. Logo, este trabalho procurará comprovar que semelhantemente, nessa questão, se dá a responsabilidade do Estado em face das lesões e mortes de presos quando encontram-se sob a tutela do poder Estatal.

Neste sentido, é importante destacar que o objetivo neste trabalho não é de defender criminosos, de ser a favor da impunidade ou mesmo de penas mais leves, mas sim que seja respeitada a CRFB/88, bem como seus princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana e também a correta aplicação das leis que regem o cumprimento das penas no ordenamento jurídico brasileiro.

Não é porque um indivíduo cometeu um ato ilícito penal, desrespeitando regras estabelecidas no nosso ordenamento jurídico brasileiro, que o Estado vai tratar essa pessoa como um lixo, de forma contrária ao que está estabelecido em normas impostas ao Estado, mesmo esse indivíduo sendo a pior pessoa da terra, mas é um ser humano e merece ter seus direitos fundamentais e sua dignidade respeitada. Desta forma, analisaremos a responsabilidade civil do Estado na tutela do preso no tocante aos conceitos, jurisprudências, julgados e casos específicos ligados ao tema, que serão estudados em cada tópico deste trabalho.

Inicialmente será apresentado um esboço a respeito da Dignidade da Pessoa humana, consagrada como fundamento do Estado brasileiro, apresentando para o leitor seu conceito e sua importância constitucional para o ser humano, mesmo que este esteja com a sua liberdade cerceada pelo Estado, este sendo responsável pela guarda e proteção da integridade física e moral dos presos.

Assim sendo, para que se possa ter uma compreensão melhor do tema, será apresentada um breve esboço sobre o histórico da responsabilidade civil, percorrendo sobre seu conceito, elementos que o compõe, bem como sobre os tipos de responsabilidades, conceituando e fundamentando cada uma.

Nota-se que a evolução teórica da responsabilidade civil andou de mão dadas com o avanço social, onde a soberania absoluta do Estado, aos poucos foi cedendo espaço para o reconhecimento e aceitação dos direitos e garantias dos cidadãos.

Assim, seguiu-se para o estudo da responsabilidade civil do Estado, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro, descrevendo como foi sua evolução ao partir da teoria da irresponsabilidade total do Estado para a teoria do risco administrativo, sendo esta adotada na atualidade, onde essa responsabilidade objetiva advém do próprio risco pertencente a atividade do Estado, sendo que nesta situação, não se é mais preciso demonstrar o dolo ou culpa do agente que causou o dano. Devendo se atentar, assim como foi exposto em seguida neste trabalho, para as excludentes da responsabilização do Estado, estas devendo serem comprovadas pela Administração Pública.

Nesta perspectiva, poderemos constatar e entender de forma mais simples, que a responsabilidade do Estado é um instrumento de compensação, que tem a obrigação não só de ressarcir a vítima lesada, como também a desestimular a repetição da conduta do seu agente que causou o dano.

Dando seguimento ao Estudo, serão analisados casos e condutas específicos, onde nesta oportunidade serão apresentadas jurisprudências do entendimento dominante na atualidade acerca delas, como do dever constitucional do Estado pela proteção da integridade física e moral dos presos, suicídio do preso, acidente de trabalho dentro do estabelecimento prisional ou fora dele, supervisionado pelo Estado e agressões mútuas ou mortes de detentos provocadas por parceiros de cela ou por terceiros.

Finalmente, será feita uma análise da ADPF 347 e do Estado de Coisas Inconstitucional, com a finalidade de destacar os problemas estruturais vividos rotineiramente pela população carcerária do nosso país e quais as medidas estão sendo tomadas, onde neste momento nascerá a indagação de que “existe a necessidade da aprovação do mérito desta ADPF para que haja a efetivação do papel do Estado como responsável civilmente pela tutela do preso?”. Vale destacar que esta é a problemática central desta pesquisa, onde será apresentada fundamentadamente a resposta de acordo com a pesquisa feita e então

perceberemos a dimensão do problema que assola o sistema prisional brasileiro e que tem se aprofundado no Legislativo, no Executivo e no judiciário, que precisam de consonância e harmonia, trabalhando em conjunto para que possa-se resolver tal problema o mais rápido possível.

A metodologia de pesquisa utilizada, foi através de pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos e jurisprudências sobre o tema deste trabalho. Vale destacar que pesquisa bibliográfica é um tipo de investigação científica feita com base em textos como, por exemplo, livros, artigos científicos, revistas, conforme entendimento de Marconi e Lakatos (2017).

Neste sentido, julgou-se de suma importância delimitar a forma metodológica do trabalho de pesquisa, para que se tivesse um norte a seguir, delimitando parâmetros fundamentais para alcançar o resultado final do trabalho.

Desta forma, foi utilizado nessa pesquisa o método qualitativo, incluindo posicionamentos de diversos autores, doutrinadores, bem como bases constitucionais para embasamento do assunto foco desta pesquisa, além de utilizada a metodologia descritiva e explicativa, onde inicialmente se trabalhou os conceitos sobre o assunto e ao final fazendo análise de casos ligados ao tema.

A motivação para o tema se deu a partir de observações feitas à situação precária da atualidade do sistema prisional brasileiro, onde os seres humanos que se encontram encarcerados tem seus direitos e garantias fundamentais violados rotineiramente, recebendo inclusive tratamentos desumanos e degradantes, tratamentos estes que são expressamente vedados pela CRFB/88, situações essas que ganham destaque nas diversas matérias jornalísticas, com o intuito de pedir mudanças e melhorias, porém, continuam sem soluções.

2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Consagrada de forma expressa através do artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel supremo entre os fundamentos do Estado brasileiro. Eixo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não somente como razão para a decisão dos diversos casos concretos, mas principalmente como instrução para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõe a ordem jurídica em geral, e todo o sistema o sistema de direitos fundamentais, em particular. Foi após a segunda guerra mundial que o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana pelas constituições de vários países ocidentais tiveram um vasto aumento, isso, como forma de reação as ações praticadas durante o nazismo e o fascismo e contra o aviltamento desta dignidade praticado pelas ditaduras do redor de todo o mundo. A tortura, a escravidão e, posteriormente, as apavorantes e horríveis experiências feitas pelos nazistas com seres humanos, fizeram com que fosse despertada a consciência sobre a necessidade de proteção da pessoa, com o intuito de impedir sua redução a uma condição de simples objeto (NOVELINO, 2015).

Com a dignidade da pessoa humana estando prevista no texto constitucional e colocada como algo fundamental para todo ser humano, esta se coloca em uma posição ainda mais consagrada, no que diz respeito ao Estado ter que buscar maneiras ou condições de poder possibilitar as devidas condições para que todos os indivíduos possam ter uma vida honrada, ou seja, o ser humano sendo respeitado como um fim em si e não usado como um meio, instrumento ou objeto para atingir alguma finalidade desejada pelo Estado (TAVARES, 2010).

Segundo preceituam Farias, Rosenvald e Netto (2017), a dignidade da pessoa humana é protetiva e promocional. Ela será protetiva quando for no sentido de garantir um tratamento respeitável, não degradante, a todo e qualquer ser humano, defendendo a sua integridade psicofísica; E será promocional, quando for

no sentido de proporcionar as condições de vida ideais para que o ser humano adquira a sua liberdade e possa traçar a direção que queira conceder a sua existência.

Marcelo Novelino (2015) destaca que a dignidade da pessoa humana, em si, não é um direito, mas sim uma qualidade intrínseca a todo e qualquer ser humano, não importando sua origem, seu sexo, sua idade, sua condição social ou qualquer outro requisito. Assim, a dignidade do homem é algo absoluto, indestrutível. Vale destacar que o fato de a dignidade possuir um caráter absoluto, de não possuir variantes, no sentido de existirem pessoas com maior ou menor dignidade, isso não significa que este princípio da dignidade da pessoa humana seja absoluto, até porque, apesar de ter um peso bastante elevado na ponderação, o seu cumprimento, assim como o de todos os outros princípios, acontece em distintos graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Não havendo respeito a dignidade da pessoa humana, não haverá Estado de Direito, sumindo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o devido respeito ao princípio da soberania popular, que declara todo o poder emana do povo, com a consequência nefasta do final da democracia (MORAES, 2014).

Segundo Tavares (2010), a dignidade da pessoa humana é algo tão importante para cada ser humano que não como ser calculado o seu valor, proporciona liberdade para cada cidadão escolher os caminhos que pode trilhar, garantindo uma vida digna a todo e qualquer cidadão. Logo, notamos que a dignidade se trata de uma característica específica de qualquer ser humano que o faz ser diferente dos demais seres existentes.

A dignidade diz com a condição humana do ser humano e, por isso tutela uma relação com as imprevisíveis e ilimitadas manifestações da personalidade humana, e é nesta senda que se justifica a dificuldade de busca por uma definição do seu conteúdo (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017).

São vários os obstáculos que dificultam a tarefa de definir com precisão o que seja a dignidade da pessoa humana, porém, isso não impede que sejam identificadas as hipóteses nas quais ocorrem a violação do plano jurídico. A

consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro não significa, portanto, atribuir dignidade às pessoas, mas sim uma imposição aos poderes públicos dos deveres de proteção, respeito e promoção de todos os meios necessários para uma vida digna (NOVELINO, 2015).

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra responsabilidade é de origem latim “spondeo”, através da qual se ligava o devedor aos contratos verbais do direito romano. Onde apesar de possuir diversas acepções existentes, de abranger diversos ramos do direito, em regra, podemos dizer que nos traz uma ideia de restauração de equilíbrio, do cumprimento de uma contraprestação, de reparação do dano sofrido, decorrente do descumprimento ou da violação de uma determinada obrigação (GONÇALVES, 2017).

O termo responsabilidade é usado em qualquer contexto, circunstância ou acontecimento, onde qualquer pessoa, seja ela natural ou jurídica, deve responsabilizar-se ou assumir as consequências advinda de um ato, fato ou negócio jurídico danoso. Logo, percebe-se que qualquer atuação do ser humano pode ocasionar o dever indenizatório. Desta forma, o estudo da responsabilidade civil engloba integralmente o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar (VENOSA, 2017).

Na lição de Cristiano Chaves de Farias (2017) em direito civil a responsabilidade é ainda definida pelo seu sentido clássico, como obrigação de reparar os danos que infringimos pela nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar as penas impostas. Isto posto, tendo como uma noção exclusivamente jurídica de responsabilidade, é considerada uma obrigação de reparar o dano ou mesmo de sofrer as sanções ou penas impostas, podendo ter seu conceito firmado como resultado desse deslocamento.

Dessa forma, sobejam as duas obrigações: a de fazer, contrariada pela infração, e a de reparar ou sofrer as sanções ou penas impostas.

Vale Destacar, que não se pode confundir “responsabilidade” com “obrigação”, pois a responsabilidade nasce de um descumprimento obrigacional. Ou seja, quando a obrigação não é cumprida livre e espontaneamente, gerando o inadimplemento. Vejamos o que diz Carlos Roberto Gonçalves (2017):

Obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. (GONÇALVES, 2017, p. 13).

Quando é necessário identificar quem deve ser responsabilizado por algo, primeiro precisa-se saber a quem competia a obrigação de executar tal ato ou mesmo quem deveria adotar as medidas cabíveis e necessárias para evitar o acontecimento de determinado fato, pois se determinada pessoa se compromete a prestar serviços profissionais para um terceiro, assume a obrigação, um dever jurídico primordial; porém, se não cumprir a obrigação, estará violando o dever jurídico originário, resultando na responsabilidade, no encargo de reparar o prejuízo advindo da não execução da obrigação. E é neste sentido, que se observa a obrigação sendo a todo tempo um dever jurídico originário e a responsabilidade um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do primeiro. Diante disso, fica claro que (Gonçalves, 2017).

Isto posto, a responsabilidade civil nasce diante de uma transgressão obrigacional, pela não obediência a determinada norma definida em um contrato, ou mesmo por certa pessoa não se atentar para um preceito normativo que opera a vida (Tartuce, 2108).

A responsabilidade civil compõe o campo do direito obrigacional, uma vez que a obrigação advém de um ato ilícito, obrigação esta que é a de reparação do dano causado pelo autor. Logo, notamos que a obrigação trás o aspecto fundamental de o sujeito lesado cobrar ou exigir que o autor do dano proceda com o devido

ressarcimento, arcando com a consequência de cumprir a sua obrigação de reparação pelo ato ilícito que cometeu, e que em razão deste ato, decorreu um dano, lesando um terceiro (GONÇALVES, 2017).

Logo, a responsabilidade civil surge de uma determinada obrigação de indenizar ao terceiro lesado, diante do dano causado, seja de natureza moral ou mesmo patrimonial decorrente de ato cometido por ser humano. Neste sentido, entende-se que a responsabilidade civil diz respeito ao dever de reparar o dano causado, de maneira que a vítima seja ressarcida pelos danos que sofreu. Desta maneira, tem-se que a responsabilidade civil traz um rol de medidas que compele determinado sujeito a reparar o dano causado a terceiro, por ato próprio ou até mesmo de terceiro (TARTUCE, 2018).

Vemos que ocorre um interesse de equilibrar as relações, pois onde há direitos violados, entra obrigatoriamente o instituto da responsabilidade civil. Desta forma, o sujeito que agiu de maneira a transgredir determinada norma, será obrigado a arcar com os danos resultantes da sua conduta, restando a necessidade da restauração (GONÇALVES, 2017).

Diante do exposto até aqui, podemos concluir que a noção jurídica de responsabilidade civil subentende a atuação de uma pessoa de forma danosa, atuando por suposição ilicitamente, violando uma norma jurídica já existente (legal ou mesmo contratual), submetendo-se, desta maneira, às consequências do seu ato, pela obrigação de reparar (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2014)

Desta maneira, a responsabilidade civil encontra fundamento originário na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), onde em seu artigo 5º, incisos V e X já traz o direito a reparação do dano sofrido, porém, é no código civil de 2002 (CC/02) que podemos encontrar os dispositivos demasiadamente fundamentadores para o dever de reparação ou até mesmo compensação do dano sofrido.

Gagliano e Filho (2017) destacam a existência de um princípio intitulado de “proibição de ofender”, onde traz uma ideia de que há um limite objetivo da liberdade individual de uma pessoa em uma sociedade civilizada em favor do direito de outra pessoa. Nesse diapasão, podemos concluir que em se tratando do conceito de

responsabilidade civil no âmbito do direito privado, advém da agressão de um interesse acima de tudo particular, subordinando-se o infrator, ao devido pagamento de uma reparação ou compensação pecuniária à vítima, caso não possa restituir na mesma forma anterior das coisas danificadas.

Nas lições de Dias (2016) traz a importância da expressão responsabilidade civil que é usada na linguagem jurídica para a diferenciação de outros tipos de responsabilidades, bem como a penal, administrativa e trabalhista. Onde a responsabilidade civil estabelece o dever de o sujeito reparar o dano causado a terceiro de forma injusta, que é consequência de a premissa romana “não lesar ninguém”. É o tipo de responsabilidade que se averigua para que se possa requerer a reparação civil como forma de punição imposta a quem causou ou seja responsável pelo ato ilícito, através de indenizações ou mesmo do ressarcimento dos prejuízos causados ao terceiro lesado por ato ou omissão de outrem.

Neste diapasão, notamos que é na responsabilidade civil encontra-se o questionamento a respeito de se o dano sofrido pelo terceiro lesado deverá ou não ser ressarcido ou reparado pelo sujeito que causou, em que circunstâncias e de que forma deve ser estabelecido (GONÇALVES, 2017).

Isto posto, entende-se que a responsabilidade civil está ligada a todas as pessoas da sociedade, sem restrição de ninguém, uma vez que todo sujeito causador de dano a outrem, arcará com a responsabilidade de emanar o ressarcimento, da maneira que estiver estabelecido no ordenamento jurídico ou até mesmo de acordo entre as partes envolvidas (VENOSA, 2017).

3.1 Elementos

Cabe ressaltar que não se encontra unanimidade doutrinária com relação a quais os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar, sendo que alguns doutrinadores julgam serem três elementos e outros entendem serem quatro.

Em uma análise feita em sua obra, Tartuce (2018) analisou alguns doutrinadores como Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Sérgio Cavalieri Filho, onde se percebeu que estes doutrinadores entendem de maneira comum por serem os pressupostos ou elementos da responsabilidade civil: a conduta, o dano e o nexo causal. Sendo que destes 3 doutrinadores citados acima, apenas Carlos Roberto Gonçalves entende que são quatro os elementos, incluindo assim a “culpa ou dolo do agente”.

Nesse contexto, perdura o entendimento de que a culpa em sentido amplo ou genérico é sim um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, e com isso, perante análise dos doutrinadores destacados acima, pode ser considerada a existência de quatro elementos do dever de reparar, indenizar, sendo eles: conduta humana, culpa genérica ou lato sensu, nexo de causalidade e dano ou prejuízo (TARTUCE, 2018).

O artigo 186 do Código Civil de 2002 traz em seu bojo a premissa de que todo aquele que causar dano a outrem estará obrigado a reparar tal dano.¹ Contudo, se é necessário destacar que não podemos generalizar considerando que todas as condutas danosas advenham de um ato ilícito, até porque o artigo 188 do Código Civil de 2002, demonstra em seu rol tais situações.²

Neste sentido, entende FILHO (2012):

[...] Adernais, os casos de indenização por ato lícito são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso

1 Código Civil - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

2 Código Civil - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - **Art. 188**. Não constituem atos ilícitos: **I** - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; **II** - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II, c/c arts. 929 e 930, 1.285, 1.289, 1.293, 1.385, § 32 etc.). Nesses e em outros casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito (v. item 148.5). (FILHO, 2012, p. 34).

Existem situações especiais em que não constituem atos ilícitos, mesmo causando danos aos direitos do outro, pois o procedimento lesivo do agente, diante da causa de estar estabelecido em lei, não acarreta o dever indenizatório, porque esta mesma norma jurídica exclui a característica de ilícito. Diante disso, o artigo 188 do código civil de 2002 estabelece como atos não ilícitos: a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estado de necessidade (SILVA, 2012).

Neste mesmo sentido, entendem Gagliano e Filho (2017) que não é só através da conduta ilícita que nasce o dever de indenizar, mas nasce também da conduta humana de praticar ato lícito. Com isso, é necessário procedermos o nosso estudo de forma que possamos analisar logo mais abaixo acerca dos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil, considerando-os em quatro, a saber: conduta humana; culpa genérica ou *lato sensu*; nexos de causalidade e dano ou prejuízo, para que possamos ter uma compreensão melhor e mais apurada sobre a responsabilidade civil, de forma que fique claro e compreensível.

3.1.1 Conduta Humana (Ação ou Omissão)

No Caso da conduta humana, ela se divide ou pode ser comissiva, quando se trata de uma ação positiva; ou omissiva, em se tratando de uma ação negativa, logo, é um dos elementos essenciais à responsabilidade civil. Segundo preceituam Gagliano e Pamplona Filho (2017) a conduta humana possui como eixo indispensável o ato voluntário do agente, ou seja, o fato do sujeito proceder de forma capaz de gerar danos a outra pessoa.

Segundo o ilustre doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2012), podemos entender a conduta humana como um comportamento espontâneo que se externa por meio de uma determinada ação ou omissão, causando implicações judiciais, pois a ação ou omissão é o fato físico, objetivo, da conduta, tornando-se à vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.

Neste sentido, entende-se que a ação ou omissão são elementos que se referem a qualquer ação ou ato próprio, seja de terceiros, de coisas ou até mesmo de animais que estejam perante a guarda ou sob cuidados do agente, e que em decorrência de ação ou inexistência da mesma, que possua relação de causalidade para com a responsabilidade do sujeito, possa causar dano a outro (GONÇALVES, 2017).

A lei garante que ao ser empregada determinada conduta comissiva ou omissiva, que dessa conduta cause dano a outrem, haja a responsabilização civil da mesma. Logo, havendo uma ação, juridicamente reconhecida como oposta ao ordenamento jurídico, será classificada como um ato ilícito, pressupondo, desta forma, a conduta do sujeito. Assim, alude o doutrinador Paulo Nader (2016):

O dever de reparação pode ser uma decorrência da conduta do próprio responsável, de terceiro por cujos atos responda, como a situação em que se encontram os pais em relação aos atos de filhos incapazes (culpa in vigilando) ou o empregador em face de danos causados por empregados a terceiros (culpa in eligendo).¹³ Pode advir, ainda, de coisa inanimada ou de animal sob a sua guarda. Na culpa in vigilando, o agente, investido do dever de manter sob controle a conduta de alguém, se descuidar, não impedindo a danificação de direitos alheios. Na culpa in eligendo, a responsabilidade deriva da má escolha de quem desenvolve atividade de interesse do agente e sob o comando deste. Como se vê, nas culpas in vigilando e in eligendo o responsável mantém relação jurídica com o causador do prejuízo a terceiro. (NADER, 2016, p. 101).

Ainda seguindo lições de Gonçalves (2017), notamos em suas explicações que o código civil de 2002 prevê responsabilidade por ato próprio, dentre outros, como em casos de calúnia, difamação e injúria; de abuso de direito; de demanda de pagamento de dívidas não vencidas ou já pagas. Já a responsabilidade por ato de

terceiro pode ocorrer em casos de danos causados pelos filhos, curatelados e tutelados, onde os pais, tutores e curadores serão responsáveis pela reparação; Os farmacêuticos responsáveis por seus prepostos; Os hoteleiros, educadores e estalajadeiros, pelos que estiverem sob sua hospedagem ou educandos; As pessoas jurídicas de direito privado serão responsáveis por danos causados pelos seus empregados e as de direito públicos, pelos dos seus agentes. E, ainda, todos aqueles que de alguma forma participarem do produto do objeto do crime.

Infere Tartuce (2018) que a regra é a ação, comissão ou mesmo conduta positiva referente à imprudência e ao conceito romano de *culpa in comittendo*. A omissão, relacionada à negligência e à culpa *in omittendo*, é exceção diante da responsabilidade civil e que para a sua configuração é necessário que haja o dever jurídico de praticar o ato, assim como a prova da omissão da conduta. E que reforçando essa ideia, para a omissão, é indispensável que fique demonstrado que caso a conduta tivesse sido praticada, poderia se evitar o dano.

Assim, a ação é a forma mais comum de se exteriorizar a conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a deixar de praticar atos que possam lesar um terceiro, de sorte que a violação desse dever geral que todos tem de não praticar ato lesivo se obtém através de um fazer. Logo, a ação consiste em um movimento corpóreo comissivo, uma conduta positiva, como a destruição de alguma coisa alheia, a lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma não muito comum de comportamento, se caracteriza através da inércia, abstenção de alguma conduta devida (CAVALIERI, 2012).

3.1.2 Culpa Genérica ou Latu Sensu

Se tratando de culpa em seu sentido amplo diz respeito ao desrespeito de um dever jurídico atribuído a alguma pessoa, decorrente de um fato intencional, de uma omissão de diligência ou cautela; já em seu sentido estrito, a culpa é caracterizada

pela imprudência, imperícia ou negligência, sem nenhuma indicação de descumprir algum dever (DINIZ, 2008).

No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2012), a culpa é conceituada como conduta voluntária praticada de forma oposta ao dever de precaução, atenção, cuidado determinado pelo direito, com a geração de um evento danoso involuntário, contudo, previsto ou previsível.

De acordo com a doutrina, não é fácil estabelecer o conceito de culpa, se bem que não se tenha dificuldade de compreendê-la nas relações sociais e no caso concreto. Mas, em sentido amplo, a culpa está ligada a inobservância de um determinado dever que o agente deveria ser conhecedor e observar, pois não se pode afastar a noção de culpa do conceito de dever (VENOSA, 2017).

No instituto da responsabilidade civil não encontramos indícios do conceito referente a culpa, porém, notamos que a responsabilidade civil abarca a culpa estrita e o dolo que são ramos distintos e que juntas constituem a chamada culpa *lato sensu* ou genérica, estando esta presente no artigo 186 do CC/02.

Fazendo uma análise no mencionado artigo 186 do CC/02, é notável que logo ao iniciar o legislador nos mostra claramente o dolo quando fala de “ação ou omissão voluntária”, e em seguida se refere a culpa quando fala “negligência ou imprudência”. Desta forma, é possível se observar através da análise feita no artigo supracitado que a culpa e o dolo são elementos que constituem atos ilícitos, podendo sim ser motivadores para a responsabilidade civil, assim como também podemos ver no artigo 927 do CC/02: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002, n.p.).

Para se configurar a culpa é necessário que esteja presente a conduta do agente de forma voluntária, que a ocorrência do dano seja previsível, a falta de cuidado, visto que o agente pratica tal conduta de forma intencional, porém, não querendo o resultado (TARTUCE, 2018).

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2012), para se configurar a culpa do agente, são necessários alguns elementos, quais sejam: a conduta de forma

voluntária, ensejando um resultado involuntário; é necessária a previsibilidade; e ainda a ausência de cautela necessária.

De acordo com Maria Helena Diniz (2008), a teoria subjetiva trás a existência de várias distinções sobre a extensão e a natureza da culpa, e entre elas estão: A Culpa grave que diz respeito a quando houver dolosamente negligência extrema do agente, não prevendo aquilo o que é esperável ao popular dos homens, ou seja, esta é a modalidade da culpa que mais se assemelha ao dolo. Culpa leve que é quando o dano do direito pode ser conjurado com atenção ordinária. Culpa levíssima que é quando a lesão puder ser evitada através de uma atenção extraordinária ou habilidade especial e conhecimento ímpar.

Com relação ao dolo, elemento que junto com a culpa estrita constituem a culpa *lato sensu* ou genérica, constitui-se na vontade que o agente tem de cometer um ato de violação de direito, logo, o dolo é a violação determinada, de forma consciente, intencional de um dever jurídico, praticando ato lesivo intencionalmente, desejando seu resultado ou até mesmo assumindo os riscos consequentes do mesmo (GONÇALVES, 2017).

Para Maria Helena Diniz (2008), o dolo diz respeito a vontade consciente do agente em violar um direito, uma violação deliberada, direcionado a aquisição, ao alcance de um fim ilícito, de forma a alcançar o objetivo.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2018) o dolo da responsabilidade civil constitui-se em uma determinada violação de forma intencional do dever jurídico com o objetivo, foco de prejudicar ou causar dano a outrem, ou seja, trata-se de uma ação ou omissão voluntária que está elencada no artigo 186 do CC/02, artigo este já analisado anteriormente neste trabalho.

Sérgio Cavalieri Filho (2012) entende e destaca que é necessário a presença de dois elementos para a caracterização do dolo da responsabilidade civil, sendo eles: um é a representação do resultado, quanto ao que é previsível que vai acontecer, referente ao dano, ou seja, o agente tem uma antevisão de forma mental do resultado danoso e o aborda como objeto da sua ação; e o outro é a consciência

que o agente tem do ato ser ilícito, quando ele sabe que a sua conduta está contrária ao dever jurídico, ainda que lhe seja possível agir de outra forma.

Isto posto, percebemos que, na culpa, ocorre uma falta de cuidado, um ato involuntário, à medida que, no dolo, há um interesse manifesto de praticar a conduta ilícita, ou seja, o agente age de forma intencional, deliberada, com intenções reais de praticar lesão ou dano ao outro (GONÇALVES, 2017).

Neste mesmo sentido o ilustre doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2012) traz uma lição de que tanto no dolo como na culpa ocorre a conduta voluntária do agente, porém, no dolo a conduta já nasce ilícita, pois a vontade do agente vai em direção a concretização do resultado antijurídico, sendo que o dolo abrange a conduta do agente e a consequência danosa dele resultante; enquanto que na culpa a conduta nasce lícita, transformando-se em ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.

Assim sendo, para se obter a reparação da lesão ou dano sofrido, a vítima lesada geralmente tem que provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, de acordo com a teoria subjetiva, em grande parte das vezes, essa prova se torna muito difícil de ser obtida (GONÇALVES, 2017).

3.1.3 Nexo de Causalidade

Para que se possa imputar a culpa da lesão ou dano causado ao agente que deu causa ou praticou o mesmo, é necessário que exista o nexo causal, pois este é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano constatado, já que no art. 186 do CC/02 vem expressa no verbo “causar”. Se por acaso ocorreu o dano, mas a sua causa não está ligada com o comportamento do agente, neste caso, não existe a relação de causalidade e a obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2017).

Neste mesmo sentido entende Venosa (2017) que o nexo de causalidade é a ligação entre a conduta do agente e o dano, sendo por meio da averiguação da relação de causalidade que podemos concluir ou saber quem foi o responsável pelo dano. Ainda seguindo os seus ensinamentos, Venosa traz que em se tratando de responsabilidade objetiva, dispensa a culpa, mas nunca rejeitará o nexo de causalidade, pois se uma vítima sofrer uma lesão ou um dano e não conseguir demonstrar o nexo de causalidade que liga o ato danoso ao agente que o praticou, não tem como essa vítima ser indenizada pelo prejuízo sofrido.

O nexo de causalidade não está ligado somente a aspectos jurídicos, mas também está vinculado as leis naturais, uma vez que é necessário a ligação entre a causa e o efeito, com outros aspectos, especificamente a conduta do agente e o resultado ao qual se tenha obtido (CAVALIERI FILHO, 2012).

Com isso, notamos que é necessário que o fato que causou o dano tenha relação com a ação, de forma direta ou mesmo como uma consequência previsível, pois a responsabilidade civil não pode decorrer sem o nexo causal entre o dano e a ação que provocou o mesmo (DINIZ, 2008).

Conforme ensinamentos de Serpa Lopes *apud* Gagliano e Pamplona filho (2017) se destaca que uma das condições fundamentais à responsabilidade civil é a presença de um nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano decorrente desse fato. É uma noção teoricamente fácil e limpa de dificuldades, mas se trata de mera aparência, visto que a noção de causa é uma percepção revestida de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, onde os elementos que deram causa, os motivos de produção de um prejuízo, se proliferam no espaço e no tempo.

Há situações em que a responsabilidade civil poderá ser excluída, desde que não seja caracterizado o nexo causal. Dentre as diversas formas de exclusão da responsabilidade civil é a por culpa exclusiva da vítima, onde no entendimento de Maria Helena Diniz (2008), a vítima deverá assumir todos os danos e prejuízos, tendo em vista que o agente causador do dano foi apenas um instrumento do acidente, e nesse caso, não se pode falar em nexo de causalidade entre a ação do

agente causador e o dano causado ao terceiro. E para que fique mais claro, Maria Helena Diniz (2008) ainda dá um exemplo de exclusão da responsabilidade civil por culpa exclusiva da vítima que é quando um sujeito tenta suicidar-se, atirando-se perante as rodas de um veículo, neste caso, o motorista estará isento de qualquer constituição do dano.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014) se entende por causas excludentes da responsabilidade civil todas e quaisquer circunstâncias que, possa atacar um dos pressupostos gerais ou elementos da responsabilidade civil, de forma que rompa o nexo de causalidade, fulminando qualquer interesse indenizatório. E é nesse sentido que os autores supracitados neste parágrafo trazem em sua obra as seguintes excludentes de responsabilidade civil: Estado de necessidade; legítima defesa; exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal; caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Conforme ensinamento de Venosa (2012), o caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo de causalidade porque o aniquilam ou extinguem, por constituírem também causa estranha à conduta do visível agente motivadora direta do evento. Na verdade, em se tratando de caso fortuito e força maior, não existe relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o conseqüente resultado de dano sofrido.

Em se tratando desta questão, Maria Helena Diniz (2008) pode ser aqui citada, onde entende que: por culpa comum e por culpa de terceiro, são apresentadas como excludentes da responsabilidade civil e nos traz as devidas explicações, nos fazendo entender que na culpa concorrente o agente e a vítima concorrem cada um com sua parcela de culpa, sendo que resultam ou produzem o mesmo dano ou prejuízo, mas, cada um irá responder pelos seus atos independentes, na proporção em que causou o dano; por culpa comum, se o agente e a vítima causarem de forma culposa e conjunta o mesmo dano, onde neste caso, sucederá no ressarcimento das devidas reparações; e por último mas não menos importante, por culpa de terceiros, neste caso, seja por qualquer pessoa, desde que não seja o agente ou a vítima.

Assim sendo, conclui-se que o nexo de causalidade é um dos elementos ou pressupostos essenciais da responsabilidade civil, onde deve ser provado e o ônus da prova neste caso, será de responsabilidade do autor da demanda (DINIZ, 2008).

3.1.4 Dano ou Prejuízo

Do mesmo modo que os demais elementos ou pressupostos apresentados acima, o dano também é caracterizado como elemento ou pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil. Sendo isso possível porque, conforme explica em sua lição Gagliano e Pamplona Filho (2014), não estando presente o dano, não há o que se falar em indenização ou reparação.

Sem sombras de dúvidas, o dano ou prejuízo é o grande vilão da responsabilidade civil, pois não teria como se falar em indenização, nem em ressarcimento, se de fato não ocorresse o dano. Pode até existir responsabilidade sem culpa, mas não sem dano, pois este se encontra no centro da regra da responsabilidade civil, onde o dever de reparar ou indenizar só pode ocorrer quando um agente pratica ato ilícito a outrem, causando-lhe dano, sem ele não há indenização devida (CAVALIERI FILHO, 2012).

Na visão de Diniz (2011), o dano é um dos pressupostos ou um dos elementos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual. Uma vez que, não é possível haver ação de indenização se não houver a existência de um dano ou prejuízo. Só haverá a responsabilidade civil quando ocorrer o dano a ser reparado. Isso é desta forma, porque a responsabilidade é o resultado da obrigação de ressarcir, que de forma lógica, não poderá ser concretizada, se não houver nada para reparar.

Neste mesmo sentido, entende Gagliano e Pamplona Filho (2014) que nós poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo uma lesão a um interesse jurídico protegido, tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do agente infrator. É possível perceber, neste conceito, que a configuração do dano ou

prejuízo pode advir da agressão de direitos ou interesses personalíssimos (são os extrapatrimoniais), como por exemplo: aqueles apresentados pelos direitos da personalidade, principalmente, o dano moral.

Se a responsabilidade civil consiste em uma sanção, não há por que não se admitir que o dano moral seja ressarcido, misto de pena e compensação. Por isso, existem danos que o conteúdo não é dinheiro, nem mesmo uma coisa física comercialmente redutível a dinheiro, mas a dor causada, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, a sensação horrível de dor, de perda experimentada pelo terceiro lesado. O Dano moral que se reflete em ressarcimento pecuniário não afeta, *a priori*, os valores econômicos, apesar de que possa vir a repercutir neles. O dano patrimonial abarca o dano emergente e o lucro cessante, isto é, a real diminuição do patrimônio da vítima lesada e o que ela deixou de ganhar (DINIZ, 2008).

Aludem com propriedade e maestria os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2017) que o dano aqui discutido, tem que ser um dano indenizável, o qual é necessário possuir três requisitos, a saber: deve violar um direito jurídico protegido, tutelado; tem que ser um dano certo, não podendo assim ter dúvidas ou suposições; e o dano deve subsistir, onde não pode já ter sido reparado espontaneamente pelo terceiro afetado no momento da procura pelo poder judiciário para a devida responsabilização do agente infrator. Logo, entende-se que não são todos os danos sofridos que acarretarão responsabilização civil.

Diante desse contexto, é que Carlos Roberto Gonçalves (2017) explica que não havendo prova do dano, não há a possibilidade de ninguém ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material(patrimonial) ou até mesmo moral(extrapatrimonial).

O dano moral ou patrimonial é aquele que diz respeito a danos ou prejuízos causados em bem que podem ser conquistados financeiramente, economicamente, sendo que esses podem se subdividir em dano emergente e lucro cessante - que serão explicados no parágrafo a seguir – e são passíveis de avaliação econômica e de indenização (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

No que diz respeito ao dano material ou patrimonial, vale destacar e observar dois aspectos ou classificação, sendo eles: 1 – o dano emergente, que corresponde ao prejuízo efetivo experimentado pelo terceiro lesado, ou seja, o que a vítima perdeu; 2 – os lucros cessantes, que diz respeito àquilo que a vítima lesada deixou de lucrar razoavelmente por motivo do dano sofrido, ou seja, o que ela não ganhou (GAGLIANO E PAMPLONA, 2014).

Já se tratando do dano moral ou extrapatrimonial, diz respeito a quando a conduta lesiva do agente fere direitos da personalidade do terceiro lesado, como a imagem, a intimidade, a dignidade, a liberdade, o psicológico, conforme previsão legal da CRFB/88 que prevê em seu artigo 5º, V e X a possibilidade de reparação por dano moral, *in verbis*:

Art. 5º Todo são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, p. 6).

No citado dispositivo legal acima, pode-se notar que houve uma preocupação do legislador em responsabilizar o agente causador do dano aos direitos de personalidade do terceiro lesado. No entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2017) há uma diferença bastante notável do dano moral ou extrapatrimonial e do dano material ou patrimonial, e essa diferença está no fato de que no dano moral a responsabilidade atinge a busca pela reparação ou compensação do dano sofrido, enquanto no que diz respeito ao dano material o objetivo é a reparação.

3.2 Tipos de Responsabilidade

Assim como já foi dito, a responsabilidade tem por elemento central uma conduta de forma voluntária, porém violadora de um determinado dever jurídico. Torna-se, então, possível a dividir em diferentes tipos ou espécies, a depender de onde advém esse dever e qual o elemento subjetivo da citada conduta (CAVALIERI FILHO, 2012).

A responsabilidade civil, sendo fenômeno jurídico resultante da convivência conflituosa do homem na sociedade, é na ausência, um conceito singular. Entretanto, em função de algumas particularidades formais, se faz necessário estabelecer uma classificação, tomando por base a situação da culpa (responsabilidade civil subjetiva e objetiva) e em seguida, a natureza da norma jurídica violada (responsabilidade civil contratual e extracontratual), sendo este o entendimento de classificação dado pela doutrina (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

Com isso, julga-se necessário neste trabalho que venhamos a analisar cada uma destas classificações, para que haja uma maior compreensão do assunto e do tema proposto.

3.2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

Observando os artigos 186 e 927 do CC/02, ambos já abordados neste trabalho em momento anterior, percebemos que está positivada, a teoria aplicada pelo legislador como regra é a da responsabilidade civil subjetiva, onde nesta situação será aplicada quando houver o elemento ou pressuposto da culpa genérica, ou seja, quando houver a presença do dolo, a intenção de causar o dano ou da culpa restrita que é quando se tratar de imprudência, negligência ou imperícia. Desta forma, ainda de acordo com os artigos supracitados, percebe-se que é necessário haver a conduta do agente, o nexo causal, dano e culpa ou mesmo o dolo e ao lesado ou ofendido, caberá a responsabilidade de provar que foi lesado, demonstrando a culpa do agente infrator. O Código Civil de 2002, através do art.

186, optou por preservar a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2012).

Neste sentido, entende Carlos Roberto Gonçalves (2017) que a responsabilidade civil é subjetiva quando se fundamenta na percepção de culpa. Onde neste caso, se tem como pressuposto necessário para haver a indenização, a prova da culpa do agente. Ainda dentro dessa concepção, é necessário destacar que para que ocorra a responsabilização do agente causador do dano, é preciso que se configure se ele agiu com culpa ou dolo.

Segundo Paulo Nader (2016), na responsabilidade subjetiva, sendo esta a regra geral do nosso ordenamento jurídico, o dever de reparar o dano presume o dolo ou a culpa do agente. Seguindo esta orientação, caso o dano tenha sido provocado unicamente por quem sofreu as consequências, não caberá o dever de reparação por parte de outrem. Desta mesma forma, se sucedeu de caso fortuito ou força maior. Se ocorrer o desabamento de um prédio, vindo a provocar danos morais e materiais aos seus moradores, devido a algum erro de cálculo quando na sua fundação, neste caso, a responsabilidade civil ficará patenteada, uma vez que o profissional responsável agiu com imperícia. Mas se o fato jurídico teve origem de um abalo sísmico, não poderá haver a obrigação do ressarcimento pelo responsável da obra. Cabe ao lesado comprovar todos os requisitos que compõe os atos ilícitos, inclusive os danos sofridos.

A aceitação da responsabilidade sem culpa através do exercício de atividade que, de natureza, simboliza riscos para os direitos de outro, de forma genérica como é apresentada no texto do artigo 927, § único do CC/02, é uma inovação muito significativa, e sem sombra de dúvidas, um enorme avanço para nós, em matéria de responsabilidade civil, pois irá possibilitar para o judiciário a ampliação dos casos de danos indenizáveis (GONÇALVES, 2017).

Na visão de Maria Helena Diniz (2008), em se tratando de responsabilidade subjetiva, está firmada na culpa ou dolo através de ação ou mesmo omissão, lesiva a uma determinada pessoa.

Porém, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017), o fundamento que se dá a responsabilidade subjetiva, a culpa, poderá ou não ser considerada elemento da obrigação de indenizar ou reparar o dano causado.

Vale aqui um destaque para apontar que na teoria clássica, a culpa era considerada fundamento da responsabilidade. Onde segundo a teoria citada, chamada também de teoria subjetiva ou da culpa, dá a entender que a culpa seria fundamento da responsabilidade civil. Logo, não havendo culpa, não tem como se falar em responsabilidade (GONÇALVES, 2017).

Embora, Carlos Roberto Gonçalves (2017) preceitue que na responsabilidade civil objetiva seja diferente da subjetiva, pelo fato de na objetiva se dispensa totalmente a prova da culpa, bastando apenas que haja um nexo de causalidade entre a ação e o dano causado e que a responsabilidade civil objetiva não substitui a subjetiva, mas fica limitada aos seus limites; é possível notar que entre as responsabilidades subjetiva e objetiva existe um denominador comum, qual seja: a ocorrência dos danos e do nexo causal entre a conduta do agente ofensor e as consequências danosas causadas a vítima (NADER, 2016).

Assim sendo, a concepção que rege no Brasil é de uma regra dual de responsabilidade civil, em que é possível perceber que temos a responsabilidade subjetiva como regra geral inquestionável no sistema anterior, convivendo com a responsabilidade objetiva, principalmente em razão da atividade de risco ou dano causado desenvolvido pelo autor do dano, sendo que vai depender do caso concreto averiguado pela atuação judicial (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2014).

3.2.2 Responsabilidade civil Objetiva

Conforme já visto anteriormente, a CRFB/88 ao estabelecer sobre a responsabilidade civil, dispôs a teoria da culpa como sendo fundamento para o dever de indenizar. Contudo, após a edição do CC/02 e conseqüentemente do seu art. 927, parágrafo único, passou a aceitar a utilização da teoria da responsabilidade

objetiva, onde nesta, não há necessidade da culpa para tal responsabilização civil (GONÇALVES, 2017).

Ainda na seara constitucional, de acordo com o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe a responsabilidade objetiva em atenção à teoria do risco administrativo, onde em casos excepcionais, o nosso estado adota a teoria do risco integral.

Desta feita, aduz Gagliano e Pamplona Filho (2014) que perdurará a responsabilidade daquele que causou o dano, pouco importando a análise de seu elemento psíquico. Nota-se que, ao lado da responsabilidade advinda de um ilícito civil ou mesmo de abuso de direito, em cujas noções se encontram postas a ideia de culpa nos artigos 186 e 187 do CC/02, o magistrado poderá admitir a responsabilidade civil do infrator, sem nem se quer a indagação de culpa (responsabilidade objetiva), em duas situações, mencionadas no parágrafo único do referido dispositivo, sendo elas: a) nos casos especificados em lei: b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco, para os direitos de outrem.

Nessa perspectiva, indaga Venosa (2017) que tal alargamento sobre a noção da responsabilidade estabelece, na verdade, a maior inovação do código civil neste século em conteúdo de responsabilidade e sem dúvidas, postulará um cuidado, uma cautela extrema das novas jurisprudências.

É nesse sentido que Carlos Roberto Gonçalves (2017) indica tal inovação a respeito da teoria objetiva elencada no parágrafo único, do art. 927, do CC/02, onde estabelece a responsabilidade objetiva do agente que tirar proveito determinada ação, havendo ou não culpa, do exercício da atividade de risco, extremamente perigosa, acompanhando exemplos dos códigos que tratam sobre as mesmas ou semelhantes disposições, como por exemplo, Mexicano, Italiano, Libanês, Espanhol, Português e dentre outros.

Há que deixar claro aqui, que na responsabilidade civil objetiva a ação geradora do dano é lícita, mas que acabou causando dano ou prejuízo a outro, de

maneira que aquele que exerce, por ser responsável no que diz respeito a obrigação de cuidar, garantir para que dessa atividade não acabe resultando em prejuízo, deverá arcar com o dever de ressarcir, pelo simples cumprimento do nexos causal. Ainda seguindo a sua linha de raciocínio, é importante destacar que o perigo tem que advir do resultado do exercício da ação e não do comportamento do agente (DINIZ, 2008).

Entretanto, a lei impõe, a certas pessoas, em estabelecidas situações, que repare o dano causado sem culpa, e quando isso acontece, nomeia-se de responsabilidade legal ou objetiva, pelo fato de ser dispensável a culpa, satisfazendo-se apenas pelo dano e o nexos causal. Logo, nos casos de responsabilidade objetiva, não é necessário provar a culpa do agente causador do dano para que ele seja obrigado a reparar o prejuízo, pois em alguns casos esta responsabilidade será presumida, prevista em lei e em outros casos, ela é desnecessária, dispensável. Trazendo ainda essa teoria objetiva que todo dano é passível de indenização, e deve ser ressarcido, reparado por quem praticou ou está ligado a ele através do nexos de causalidade, independentemente de culpa (GONÇALVES, 2017).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2014), existem situações em que não é necessário se caracterizar a culpa e quando isso ocorrer, estaremos diante de uma situação pautada na responsabilidade civil objetiva.

Ainda no mesmo raciocínio esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2017) que em se tratando de culpa presumida, o ônus da prova é invertido, só precisando o autor da ação provar a ação ou omissão e o dano ou prejuízo resultante da conduta ou ação do agente, porque sua culpa já é presumida. Por exemplo, é o caso previsto no artigo 936 do código civil de 2002, que presume culpado o dono do animal que venha a causar dano a outro, mas faculta-lhe a provar os excludentes mencionados no artigo (força maior e culpa da vítima), com a inversão do *ônus probandi*, ou seja, se o agente não conseguir provar a existência de alguma das excludentes ali mencionadas, será considerado culpado e arcará com o ressarcimento ou indenização do dano, já que quanto a culpa, já é presumida.

Contudo, aquele que obtém lucro com uma determinada situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens assumidos ou dela resultantes. Neste sentido, entende-se que a responsabilidade civil objetiva é fundamentada no princípio de equidade, que existe desde o direito romano e tem como fundamento a ação exercida pelo agente, diante do perigo que pode vir a causar à vida, à saúde ou até mesmo a outros bens, dando ensejo ao nascimento de risco para terceiros, conforme artigo 927, parágrafo único do CC/02 (DINIZ, 2008).

A responsabilidade civil objetiva consiste num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem ganha os lucros, tem que suportar os riscos (GONÇALVES, 2017).

3.2.3 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil contratual provém de ato infracional ou violador de contrato e tem fundamento no artigo 389 do Código Civil de 2002 que diz: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos...”. Logo, se observa que os fundamentos não são os do artigo 186 – ato ilícito -mas sim nas devidas obrigações firmadas entre as partes em seu contrato. Já a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, que se funda em um ato ilícito, sendo este seu componente central, tem seu amparo normativo no artigo 186, que traz a definição de ato ilícito, e no artigo 927, que estabelece a reparação do dano como consequência do ato danoso, ambos do CC/02 (NADER, 2018).

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2017) existem três elementos básicos como diferenciadores entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo eles: a necessidade de uma relação jurídica preexistente entre o agente causador do dano e o lesado; o ônus da prova no tocante à culpa; e a diferença quanto à capacidade.

Conforme entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2012) a responsabilidade civil contratual juntamente com o dever indenizatório nasce com a infração ou desobediência a determinado vínculo obrigacional advindo de um contrato, enquanto na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana decorre de a transgressão de determinado dever jurídico exigido pela lei, logo, não sendo estabelecido em contrato, ou seja, negócios jurídicos.

Neste sentido, temos que quem de alguma forma viola dever jurídico *lato sensu* fica obrigado a compensar ou indenizar o dano causado. Esse dever sujeito a violação pode ter, assim, como origem, tanto uma determinada obrigação exigida por um dever geral do direito ou até mesmo pela própria lei quando se tratar de negócio jurídico existente. O primeiro caso configura a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, ao passo que o segundo, a responsabilidade civil contratual (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

Preexistindo um vínculo obrigacional, e o dever indenizatório é resultado do inadimplemento, neste caso, estaremos diante da responsabilidade contratual, também conhecida de ilícito contratual ou relativo; no caso de esse dever surgir decorrente de dano a direitos subjetivos, sem que entre a vítima e o infrator anteceda alguma relação jurídica que o proporcione, neste caso, estaremos diante da responsabilidade extracontratual, também conhecida como ilícito aquiliano ou absoluto (NADER, 2016).

A determinação de uma obrigação de indenizar é tradicionalmente atribuída aos danos contratuais ou decorrente de um ato ilícito. Diante dessa clássica ramificação, no sentido amplo a responsabilidade civil se evidenciou como uma obrigação de reparar danos, sendo eles decorrentes de uma transgressão de uma obrigação ou mesmo da ofensa a outros direitos alheios. Destarte, tem a responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana como sendo uma espécie de regime geral e a responsabilidade civil contratual, negocial ou obrigacional, como uma espécie de regime específico (FARIAS, 2017).

No tocante a culpa contratual o que devemos examinar é o descumprimento do contrato feito pelo devedor, à medida que, no que concerne a culpa aquiliana, o

que se dever averiguar é a conduta do agente com relação à culpa que resulta o dano (GONÇALVES, 2017).

A doutrina contemporânea, sob certos aspectos, entende haver certa semelhança nas duas modalidades, quando a culpa observada de forma singular é base genérica da responsabilidade. As duas se fundamentam na culpa. Porém, na culpa contratual, é examinado o inadimplemento como sua base e os termos e limites da obrigação. Enquanto na culpa aquiliana ou extracontratual, deve-se levar em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato. (VENOSA, 2017):

Em se tratando de responsabilidade civil contratual e extracontratual, Carlos Roberto Gonçalves (2017) alude que uma das mais importantes diferenças entre esses dois tipos de reponsabilidade é o ônus da prova, onde no caso da responsabilidade civil contratual, é obrigação do credor apenas mostrar que a prestação não foi cumprida, salvo em situações em que há a prova do acontecimento de qualquer uma das excludentes de responsabilidades permitidas, assim, poderá o devedor ser dispensado da indenização do dano, ao passo que em se tratando da responsabilidade extracontratual a vítima precisará provar (ônus da prova) que o evento danoso decorreu com dolo ou culpa do agente.

Sendo assim, podemos perceber que na responsabilidade civil contratual há um vínculo preexiste das partes relacionadas a um vínculo obrigacional, e neste caso, a culpa contratual será a violação ou o não cumprimento do dever de cumprir. Enquanto na culpa extracontratual não existe relação preexistente entre as partes a culpa a ser provada é a ofensa de um dever constituído por não causar dano a outro. Nesse seguimento de ideais, notamos que a culpa contratual o ônus da prova se transfere para o infrator e tem-se a culpa como presumida; à medida que na culpa extracontratual, quem deve provar a culpa é o agente lesado (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017).

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Para se caracterizar a responsabilidade civil do estado é necessário que tenha havido um descumprimento de determinada obrigação pactuada com um terceiro, quando se tratar de responsabilidade contratual; ou no caso de através de determinada conduta realizada pelos seus agentes, ocasionar dano ou lesão em um terceiro, violando um dever firmado em lei ou na ordem jurídica, como é o caso do dever geral de não causar dano a ninguém, quando se tratar de responsabilidade extracontratual (CAVALIERI FILHO, 2012).

Desta maneira, entende Maria Helena Diniz (2006) que o Estado poderá indenizar um terceiro lesado em casos de atos lícitos ou ilícitos, isto é, ainda que o ato ou ação seja legal, mesmo assim o Estado poderá ser responsabilizado e arcar com o da no que gerou ao terceiro afetado.

É do Estado o dever de ressarcir os danos causados a terceiros decorrentes de falta, falha ou mesmo uma má administração dos seus serviços, observados esses atos ilegítimos e indenizar ao terceiro que foi lesado por atos no exercício da função do Estado ou dos seus agentes. Neste caso, poderíamos dizer que a reparação é a responsabilização pelos atos ilegítimos e a indenização, pelos atos legítimos e provocados com a finalidade de exercer seus direitos como administração pública (CAVALIERI FILHO, 2012).

Para Maria Silvia Zanella Di Pietro (2008) é importante destacar que a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; logo, é errado falar em responsabilidade da administração pública, uma vez que, esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A titularidade é do Estado que se efetiva através das pessoas jurídicas que representam o mesmo, pois são seus agentes que no exercício das suas funções, ou mesmo as pessoas jurídicas que estão no polo de representatividade do Estado causaram danos a terceiros.

A responsabilidade civil do estado teve um desenvolvimento muito significativo no âmbito do Direito Público. Nasceu diante da irresponsabilidade integral do Estado, uma vez que naquele tempo, eram os governos absolutos que prevaleciam, possuindo o privilégio da imunidade, e alcançou a responsabilidade do

ente público, se baseando à princípio na culpa, sendo a fase civilista e mais tarde para a fase da responsabilidade sem culpa, sendo a fase publicista (FREITAS, 2001)³.

Na fase da irresponsabilidade do estado, também chamada de a teoria da irresponsabilidade estatal, a mesma era usada por volta do século XVIII, no tempo do Estado Absoluto, no Estado francês, na qual tinha por natureza privilegiar os soberanos, tornando-os imunes das responsabilidades decorrentes dos seus atos irregulares. Nesta época, o Sujeito Estado não se misturava com os seus agentes, deixando, dessa forma, a facilidade de o terceiro lesado impetrar ação indenizatória contra o agente, porém, nunca contra o Estado. Desta maneira, mesmo que o Estado prejudicasse aos administrados, estes não poderiam ou mesmo não possuíam meios para buscar as devidas reparações dos danos causados pelo Estado. Mas, com o tempo, essa teoria ou fase da irresponsabilidade do Estado foi perdendo força e dando espaço para a teoria ou fase civilista, que estava começando a se formar (CAVALIERI FILHO, 2012).

Na fase da teoria civilista, passou-se a aceitar a responsabilidade do estado para restituir pecuniariamente o terceiro lesado, no qual para ser feito esse ressarcimento, diferenciava-se atos de império e atos de gestão. Os atos do império diziam respeito às condutas do Estado, tendo como foco manter a existência e firmar o poder público. Enquanto, que os atos de gestão se tratava de ações ou atos estatais denominados de facultativos, que não se tratavam como essenciais para a existência do estado (CAHALI, 1996).

Ainda segundo Cahali (1996), pelo fato de os atos de império serem fundamentais, essenciais para o Estado e até mesmo por serem oferecidos com qualidade para a coletividade, estes, não poderiam estar sujeitos ao direito de

³ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado pelos danos causados às vítimas de crimes**. 2001. 238f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de História, Direito e Serviço Social de Franca da Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101461/freitas_mhda_dr_fran.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 abr. 2019.

reparação. Desta maneira, em que se tratasse de atos de gestão, o Estado acabava em se equiparando ao particular, estando neste caso, sujeito a reparar os danos gerados a um súdito por seus agentes ou prepostos, através de um ato claramente culposos.

Neste mesmo sentido, Alude de forma explicativa Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que inicialmente, ao ser feita uma distinção entre atos de império, que é a posição de supremacia do Estado com todos os seus privilégios e prerrogativas; e atos de gestão, que é a posição de igualdade com os particulares; O estado seria responsabilizado e responderia pelos atos de gestão nos moldes da responsabilidade civil pelo fato de outrem (empregado) desde que fosse comprovada a culpa do seu agente.

Na fase Publicista, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2003), começou tão somente a partir da decisão de conhecido e famoso caso Blanco em primeiro de fevereiro de 1873, no tribunal de conflitos.

Tem-se esse famoso e conhecido caso Blanco como um dos iniciadores que serviram de base para o nascimento de outras teorias ou fases que tratavam a respeito da responsabilidade do Estado, quando a menina Agnes Blanco, ao atravessar uma determinada rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete de Cia Nacional de Manufatura do fumo. O pai da menina entrou com uma ação civil de indenização, baseado no princípio de que o Estado era civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros, resultantes de ações danosas dos seus agentes (DI PIETRO, 2018).

Em explicação de Celso Antônio Bandeira de Melo, o famoso caso Blanco, se tratava de um acidente entre um veículo de uma empresa pública e a menina Agnes Blanco. Quando o pai da menina resolveu entrar com uma ação contra a empresa, surgiu então a dúvida de a quem caberia a competência para julgar tal caso, o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação. Formado o conflito de competência, o caso foi designado para o tribunal de conflitos, o qual julgou ser o Conselho do Estado competente, devendo este aplicar os princípios da administração pública para que fosse resolvido o conflito ali estabelecido.

Foi a partir desse momento que o direito francês começou, ainda que de forma lenta, a introduzir o direito administrativo, sendo este conduzido por princípios próprios apoio em interpretações de regulamentos administrativos e de leis, deixando a parte relativamente os princípios do direito privado (CAHALI, 1996).

4.1 A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

No ano de 1830, obedecendo as imposições da Constituição do Império (CI) o código criminal acabou sendo transformado em um código dois em um, sendo ele civil e criminal, se fundamentando nos critérios de justiça e equidade (GONÇALVES, 2017), se instituindo: a garantia da indenização, com a solução para com a dívida em benefício do lesado, ou a reparação do dano causado, quando isso for possível; o cálculo de todos os juros reparatórios, a totalidade da reparação; a hipoteca legal, a solidariedade, a possibilidade de transmitir o dever de reparar e do modo de indenização aos herdeiros, e a preferência do direito de reparar sobre o pagamento das multas e etc (DIAS, 2006).

A responsabilidade civil foi estabelecida de forma indireta na constituição republicana do Brasil de 1824 e na de 1891, onde elas estabeleciam textos que puniam os agentes do Estado que procedessem de forma misericordiosa ou negligente com a finalidade de prejudicar seus administrados. Entretanto, durante esse período, por não existir uma norma ou regulamento legal que predissesse a responsabilidade civil do Estado, doutrinadores e tribunais, em conformidade com as leis ordinárias já existentes, prediziam que a responsabilidade do estado era solidária com a dos seus agentes (DI PIETRO, 2018).

Para Carlos Roberto Gonçalves (2017) a evolução do direito brasileiro transitou perante duas fases, onde na primeira, a reparação estaria vinculada à uma condenação criminal. E na segunda, se adotou o princípio da independência da jurisdição criminal e civil.

Já no código civil de 1916, se vinculou à teoria subjetiva, onde nela se exige que prove a culpa ou o dolo do responsável pelo dano, para que ele possa ser obrigado a reparar o dano causado, porém, em alguns e poucos casos, era presumida a culpa do praticante do ato danoso (GONÇALVES, 2017).

Gonçalves (2017) alude que através do enorme desenvolvimento industrial e da proliferação de danos causados, foram que surgiram novas teorias, teorias estas que estariam determinadas a proporcionar uma maior proteção aos lesados.

Diante da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o Brasil admitiu ou estabeleceu através do seu artigo 37, parágrafo 6º, a responsabilidade civil objetiva baseado na teoria do risco administrativo, ou seja, tão somente o dano causado ao lesado, administrado, desde tenha sido decorrente de atividade ou ação do Estado, já seria o suficiente para se caracterizar a responsabilização civil do Estado (MEIRELLES, 2005).

Neste sentido, entende Maria Helena Diniz (2008) que o risco não anulou a culpa e que ela continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, constituindo dessa forma, a culpa e o risco lado a lado como fundamentos da responsabilidade civil. Entendimento esse, que também é corroborado por Gonçalves (2017), quando diz que nos últimos tempos a teoria do risco vem ganhando espaço, porém, sem substituir a teoria da culpa, mas cobrindo várias situações ou hipóteses em que quando se trata de recorrer às concepções tradicionais, estas são insuficientes para a proteção do lesado.

Ainda perante os ensinamentos de Gonçalves (2017), nos diz que a responsabilidade é vista de acordo com o elemento objetivo, ou seja, existindo ou não a culpa há a responsabilidade. Logo, a responsabilidade objetiva se fundamenta em um princípio de equidade, preexistente desde o tempo do direito romano: aquele que obtém lucro com uma determinada situação deve responder ou arcar com os riscos ou vantagens dela resultantes. Quem obtém os cômodos (lucros), deve arcar com os incômodos (riscos).

Dando seguimento em seu entendimento, o autor citado no parágrafo anterior traz que a responsabilidade objetiva, no direito moderno, se dá em dois lados: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo, onde através da teoria do dano objetivo, deve haver a reparação do dano, independente de culpa, desde exista um dano constituído, uma ou outra, em último caso, se aplicará a responsabilidade objetiva, aquela sem culpa. Onde desta forma, diante da nossa realidade, a tendência no nosso atual direito é que está se revelando de forma a conferir a noção da responsabilidade pela noção da reparação, o entendimento de culpa pelo entendimento do risco, da responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva. Com isso, podemos notar que no atual direito brasileiro, o que acontece é que se manteve fiel à teoria subjetiva conforme estabelecido nos artigos 186 e 927 do código civil de 2002, onde para que se tenha a responsabilidade, é preciso que exista a culpa. O ato de reparar o dano tem por objetivo a prática de um ato ilícito, sem prova de culpa, não existe a obrigação de ressarcir o dano (GONÇALVES, 2017).

4.2 Teoria do risco administrativo

Se fizermos uma breve verificação quanto ao histórico, notaremos que foi o Direito Francês que passou a redigir severas críticas com relação a ideia de culpa, passando a incrementar a teoria do risco administrativo, que basicamente, viria a se respaldar na responsabilidade objetiva, de maneira que aquele que desenvolvesse alguma determinada atividade de risco, pudesse responder ou assumir seus prejuízos (GAGLIANO A PAMPLONA FILHO, 2017).

Analisando o texto da CRFB/88, mais precisamente em seu artigo 37, parágrafo 6^o, notamos nele está previsto de forma expressa a responsabilidade objetiva do Estado, baseando-se na teoria do risco administrativo.

Conforme nos ensina Alexandre de Moraes (2014), a responsabilidade estabelecida no dispositivo constitucional citado acima necessita das seguintes exigências: o acontecimento de um dano; ação ou omissão administrativa; a ocorrência do nexo de causalidade entre o dano e a ação ou mesmo omissão administrativa e a inexistência de causas excludentes da responsabilidade do Estado.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2014) a teoria do risco administrativo nasce do direito público, tendo como iniciador o jurista francês Léon Duguit, e essa teoria passou a ser adotada à medida que se pode perceber que o Estado estava possuindo um poder maior com relação aos administrados, fazendo-se cada vez mais acentuada a sua interferência na vida dos seus administrados, colocando-os sob seu controle, diante das suas relações sociais e individuais. Ainda que sendo tutelados pelas leis e normas do ordenamento jurídico, aos particulares, teriam que exercer tremendos esforços, além dos seus limites, para que pudessem suportar os danos e prejuízos causados pela poderosa atividade ou ação do estado.

Diante disso, fundamentando-se na justiça social e com a finalidade de diminuir os impedimentos e as dificuldades que os indivíduos teriam que aguentar no caso de ser atingido pelas condutas dos agentes estatais, o Estado, pelo fato de ser mais poderoso, começou a ser responsabilizado para arcar com o risco natural que decorresse das suas ações (FILHO, 2013). Desta forma, surge a teoria do risco administrativo a qual protege a visualização da lesão sofrida pelo agente como

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 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.

resultado do funcionamento do serviço público, não sendo importante se foi bom ou ruim, tendo que haver o nexo causal entre o dano sofrido pelo administrado e a atividade estatal (STOCO, 2014).

Para finalizar, é de suma importância destacar que o risco administrativo não se encaixa como sinônimo de que o Estado tem a obrigação de arcar com os danos ou indenizar em todas e quaisquer ações lesivas suportadas pelo terceiro afetado, mas significa, apenas e tão somente, que o terceiro lesado fica dispensado de provar que houve culpa por parte da administração (MEIRELLES, 2016).

4.3 Causas Excludentes da responsabilidade civil do Estado

Conforme estabelecido pela nossa constituição da república federativa do Brasil de 1988, mais precisamente em seu artigo 37, parágrafo 6º, adotando a teoria do risco administrativo, existem situações onde o Estado pode se defender em ações indenizatórias por meio da quebra do nexo de causalidade, comprovando que tal dano amparado pela vítima não foi gerado por ação ou omissão administrativa. Diante disso, tem-se o entendimento doutrinário de como causas excludentes do nexo de causalidade: O fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro e caso fortuito ou força maior (OLIVEIRA, 2018).

Segundo preceitua Di Pietro (2018), por ser existência do nexo causal o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta poderá deixar de existir ou mesmo ocorrerá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano causado ou mesmo quando estiver atrelado a outras situações, ou seja, quando não for a única causa. Além do mais, não é a todo momento que os tribunais aplicam a regra do risco, as vezes buscando o socorro da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público (DI PIETRO, 2018).

Ainda seguindo os ensinamentos de Di Pietro (2018), é necessário destacar e nos atentar para o fato de além de existir e ser entendimento doutrinário pacífico sobre as causas excludentes da responsabilidade, sendo estes já citados neste

trabalho anteriormente, existe também atenuante da responsabilidade, que é apontada como a culpa concorrente da vítima.

Em conformidade com o que vimos anteriormente, existem situações em que se pode excluir ou atenuar (diminuir) a responsabilidade civil do Estado. A única condição ou situação em que a responsabilidade civil pode ser atenuada ou diminuída é através da existência de culpa concorrente da vítima, isto é, quando não existe culpa exclusiva do Estado. Desta forma, em situação de colisão entre um veículo que pertence ao ente público e a um terceiro (particular), em que tenha ocorrido imprudência de ambos os lados, o Estado não deverá responder pela totalidade do dano, devendo os devidos prejuízos ser dividido na dimensão da culpa de cada responsável (ALEXANDRE E DE DEUS, 2018).

4.3.1 Fato exclusivo ou Culpa exclusiva da vítima

A primeira causa que exclui o nexo de causalidade é o fato exclusivo ou culpa exclusiva da vítima, onde diz respeito a hipótese em que o dano ou prejuízo é causado por um fato exclusivo da própria vítima (autolesão). Desse modo, por exemplo, não existe responsabilidade civil do Estado quando um particular comete um suicídio. Contudo, em situações onde o Estado cooperar de alguma forma, por ação ou omissão com o suicídio, ficará configurada a responsabilidade, conforme já decidiu o STJ (Superior Tribunal de Justiça) com relação ao suicídio de preso no interior de um presídio quando ficar comprovada a omissão do Estado no seu dever exclusivo de garantir a vida e a integridade física dos presos.⁵ Neste diapasão, é preciso muito cuidado com essa questão da responsabilização do Estado em casos

⁵ Teses 9 e 10 da edição 61 da Jurisprudência em Teses do STJ. Posteriormente, o STJ afirmou a responsabilidade civil do Estado por permitir que militar, notoriamente depressivo, tivesse acesso à arma de fogo, tentando colocar fim à própria vida (STJ, 1.ª Turma, REsp 1.014.520/DF, Min. p/ acórdão Luiz Fux, DJe 01.07.2009, Informativo de Jurisprudência do STJ n. 397). Ainda de acordo com o STJ: “O Estado não responde civilmente por atos ilícitos praticados por foragidos do sistema penitenciário, salvo quando os danos decorrem direta ou imediatamente do ato de fuga” (Tese 11 da edição 61 da Jurisprudência em Teses do STJ).

de suicídio para não o transformar em “segurador universal”, motivo pelo qual é fundamental a análise, em cada caso concreto, se seria possível o Estado prever e evitar o acontecimento do dano (OLIVEIRA, 2018).

Neste sentido, faz-se necessário ressaltar que não é cabível a alegação de culpa (ou dolo) exclusiva da vítima em situação de suicídio de um detento, pois como o detento está sob a custódia do Estado, cabe ao Estado o dever de manter a integridade física e moral do preso, guardando-o inclusive do suicídio. Foi pensando dessa forma que o STF (Supremo Tribunal Federal) afirmou que o suicídio de detento caracteriza omissão ilegítima e constitui responsabilidade civil objetiva do Estado, que deverá arcar com a indenização de danos morais aos familiares do falecido⁶ (ALEXANDRE, 2018)

Há culpa exclusiva da vítima quando o dano ou prejuízo é resultado da intenção decidida do próprio lesado. São situações em que a vítima usa a prestação do serviço público para causar prejuízo a ela mesma. Como exemplos nós temos suicídio em estação de metrô; um sujeito que se lança da frente de uma viatura para ser atropelada (MAZZA, 2016).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018), nos casos em que ocorrer a culpa da vítima, é necessário diferenciar se essa culpa é exclusiva da vítima ou concorrente com o poder público; pois em se tratando de culpa exclusiva da vítima, o Estado não responde; mas em se tratando de culpa concorrente da vítima com o Estado, a responsabilidade será atenuada ou diminuída, sendo repartida entre o Estado e a vítima. Esta devida solução já era adotada e aplicada pela jurisprudência, porém, hoje está ainda mais pacificada e consagrada no CC/02, onde estabelece em seu art. 945 que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

⁶ STF – ARE: 700927 GO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 31/07/2012. Data de Publicação: DJE-153 DIVULG 03/08/2012 PUBLIC 06/08/2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22059736/recurso-extraordinario-com-agravo-are-700927-go-stf>>. Acesso em 21 abr. 2019.

4.3.2 Fato ou culpa de terceiro

Como segunda causa de excludente do nexo de causalidade temos o fato ou a culpa de terceiro, que surge nos casos em que o dano é produzido através de fato de terceiro que não tem nenhum ligame jurídico com o Estado. Neste sentido, temos como exemplo: o Estado não pode suportar a responsabilização, em regra, por crimes sucedidos no seu território; em casos de danos ou prejuízos causados por roubo no interior dos veículos das concessionárias de serviços públicos de transporte⁷, bem como o lançamento de pedras por terceiros contra os passageiros⁸, não caracterizam responsabilidade (OLIVEIRA, 2018).

Se a culpa é exclusiva e terceiro, não existe o nexo de causalidade entre o dano causado e a conduta do agente, motivo pelo qual não existirá a responsabilização civil do Estado (ALEXANDRE, 2018).

Neste sentido, entende Alexandre Mazza (2016) que a culpa de terceiro acontece quando o dano ou prejuízo pode ser outorgado a terceiro ou determinada pessoa a qual seja estranha aos quadros da administração pública. Nesta continuidade, nos traz como exemplo um dano ou prejuízo provocado por ações de multidões. Porém, neste caso do dano causado por atos de multidão, o Estado pode responder, desde que seja comprovada a sua culpa.

De acordo com ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018) a culpa de terceiro é reconhecida como excludente de responsabilidade, porém, não é sempre que essa é uma solução perante as inovações incorporadas pelo CC/02. Neste sentido, continua trazendo que em caso de destruição ou deterioração de coisa de outrem ou lesão a pessoa, com a finalidade de retirar o perigo iminente (como está previsto no Art. 188, II, do CC/02), a regra é de que a responsabilidade

⁷ STJ, 4.ª Turma, REsp 331.801/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 22.11.2004 p. 346, *Informativo de Jurisprudência* do STJ n.224.

⁸ STJ, 4.ª Turma, REsp 919.823/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 29.03.2010, *Informativo de Jurisprudência* do STJ n. 425

recai em quem praticou tais atos. Essa responsabilidade pode ser excluída com a chamada da culpa da vítima (estabelecido no artigo 929 do CC/02), porém, não se extingue com a culpa de terceiro, contra o qual é admissível que seja adotado o direito de regresso (previsto no artigo 930 do CC/02).

4.3.3 Caso Fortuito ou Força Maior

Muitos autores denominam caso fortuito como sendo os eventos humanos, como greves, arrastões, guerras e etc., e denominam força maior como os eventos naturais, como os furacões, os raios, as tempestades, entre outros. Já outros autores estabelecem conceitos totalmente distintos, estabelecendo o caso fortuito sendo os eventos naturais e a força maior sendo os eventos imputáveis aos homens (ALEXANDRE, 2018).

Diante disso, é notável que a doutrina diverge bastante a respeito da diferença entre caso fortuito e força maior. O fato é que, na prática, essa discussão ou divergência não ocasiona nenhuma consequência, pois o ordenamento jurídico isenta, no caso, um tratamento igualitário nas duas hipóteses, aceitando-as como excludentes do nexó de causalidade (artigo 393 do CC/02⁹). Vale destacar que o evento humano imprevisível parece com o fato de terceiro analisado no item anterior (OLIVEIRA, 2018).

Nesta linha, a respeito da diferenciação entre caso fortuito e força maior, Ricardo Alexandre (2018) explica o entendimento dos Tribunais Superiores (STF e STJ) da seguinte forma:

⁹ **CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 - Art. 393.** O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a celeuma perde importância prática, uma vez que estas Cortes têm atribuído aos eventos imprevisíveis, extraordinários, de força irresistível, externos à administração pública e que causem danos aos administrados, a qualificação de excludentes do nexo causal entre a atuação administrativa e o evento danoso, de forma a impedir a responsabilização do Estado pelos prejuízos causados. Assim, nos julgados de ambos os Tribunais, não há a preocupação em distinguir caso fortuito de força maior, mas apenas a tentativa de verificar a presença deles em cada caso concreto objeto de exame. (RICARDO ALEXANDRE, 2018, pg. 1102).

Com isso, podemos observar que tanto no dispositivo do CC/02 (artigo 393), quanto nos posicionamentos do STF e STJ, as expressões “caso fortuito ou força maior” estão separadas somente pelo elemento “ou”, demonstrando assim que, sendo as consequências parecidas, e sendo regidas pelo mesmo regime jurídico, não tem importância a diferenciação (ALEXANDRE, 2018).

É mister salientar que a distinção trazida pela doutrina entre fortuito externo (diz respeito ao risco diferente da atividade desenvolvida) e fortuito interno (diz respeito ao risco próprio ao exercício da própria atividade), onde afirmam que somente no caso de fortuito externo se rompe o nexo de causalidade e nos casos de fortuito interno, o Estado será responsabilizado (OLIVEIRA, 2018).

No caso de força maior, o Estado poderá ser responsabilizado se, associada a força maior, suceder omissão do Poder Público na execução de um determinado serviço. Como exemplo, é quando acontecem enchentes nas cidades advindas das chuvas, alagando casas e destruindo móveis, imóveis e bens ou objetos, neste caso, o Estado responderá se for comprovado que a execução de determinados serviços de limpeza dos bueiros, rios e galerias de águas pluviais seriam o bastante para evitar a enchente (DI PIETRO, 2018).

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TUTELA DO PRESO

Desde a detenção do sujeito, este fica sob o encargo de guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que ficam obrigados pelas medidas

tendentes a proteção de sua integridade corporal, resguardando-o de possíveis violências que possam vir a serem praticadas contra ele, seja por autoria dos agentes públicos, seja por meio de outros detentos, ou mesmo seja, igualmente, por autoria de estranhos (CAHALI, 2012).

Neste mesmo sentido, segundo Rui Stoco (2013), a partir da detenção ou prisão do sujeito, este fica sujeito a proteção, preservação, vigilância e responsabilidade das autoridades policiais ou mesmo administração penitenciária, dependendo, é claro, de onde esteja o preso. Neste caso, o estado fica obrigado a adotar medidas inclinadas à preservação e integridade física do preso, protegendo-o de qualquer violência que contra ele venha a ser praticada por outros presos com os quais mantém contato ou por companheiros de cela, mesmo que de forma acidental.

Desta forma, a partir do momento em que o Estado se encarrega pela responsabilidade de guardar pessoas ou bens, este fica obrigado a responder por decorrentes danos que vieram a sofrer, ainda que por parte de terceiro (ALEXANDRE E DE DEUS, 2018). Assim, seja qual for a lesão sofrida por presos através de ação dos agentes públicos ou mesmo através de ação de outros presos, acarreta a presunção absoluta do Estado, neste caso, não será permitido a alegação de inexistência de culpa por parte do Estado (STOCO, 2013).

Contudo, entende a doutrina que nesses casos, a responsabilidade do Estado é objetiva, pois o preso encontra-se sob o seu poder, tutela, vigilância e proteção, demonstrando a irrelevância de questionar se houve falha da administração, se existiu ou não omissão, falha ou falta no serviço, nem mesmo se ocorreu culpa do agente público ou mesmo culpa anônima, já que a responsabilidade surge tão somente da existência do nexo de causalidade e um dano entre o fato e o resultado lesivo (STOCO, 2013).

5.1 Do dever Constitucional do Estado pela proteção da integridade física e moral dos presos

O direito a integridade física e moral consiste em sendo o primeiro a intangibilidade física do ser humano, este merecendo ser protegido contra qualquer tratamento degradante, cruel, desumano ou tortura; e o segundo diz respeito a proibição de tratamento desonroso ou que cause qualquer tipo de sofrimento psíquico odioso ou desnecessário. Este direito à integridade física e moral está previsto no artigo 5º, inciso III da CRFB/88, que protege o ser humano contra tortura e tratamento degradante e desumano (RAMOS, 2017). Há também uma previsão no Código Penal Brasileiro (CPB de 1940), onde em seu artigo 38 estabelece que “o preso conserva todos os direitos e garantias não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Na esfera internacional, podemos observar esta previsão no art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), quando estabelece que “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Neste mesmo sentido, observamos a norma estabelecida nos artigos 5.1¹⁰ e 5.2¹¹ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Cabe ao Estado o dever específico de proteger a integridade física e moral dos presos que estão sob a sua tutela, durante o tempo em que estes perdurarem nesta situação. Este dever está previsto legalmente no art. 5º, inciso XLIX da CRFB/88, que de forma expressa, estabelece que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Segundo alude Netto (2017), o dispositivo legal citado anteriormente advém do princípio da proteção que se amplia para o Estado, que não é senão o encargo preventivo da responsabilidade civil se transformando em dever de agir do ente Estatal.

¹⁰ “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

¹¹ “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa Privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

5.2 Suicídio do preso

Em se tratando de suicídio do preso dentro do estabelecimento prisional, é entendimento do STF que há o dever por parte do Estado de indenizar os familiares do preso que se suicidou. Segundo o Ministro Gilmar mendes (ARE 700927 AgR / GO¹²), trata-se de responsabilidade civil objetiva, não precisando provar culpa ou omissão da Administração Pública, uma vez que a responsabilidade civil advém dos próprios riscos pertencentes ao local onde os presos ficam inseridos em razão da situação do cárcere imposta a eles pelo Estado, e é nesta senda que pelo fato do estado ter a responsabilidade de zelar pela integridade física e moral do preso que se encontra sob sua custódia, caracteriza tal responsabilidade, em razão da sua conduta omissiva, cabendo a indenização decorrente da morte do preso, ainda quem em casos de suicídio.

Desta forma, vale destacar que o Estado responde de forma objetiva por suas omissões quando for casos em que cabia a ele a obrigação legal e específica de atuar de maneira a evitar que a consequência danosa decorresse. Vejamos o posicionamento do STF:

Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido. Necessidade do revolvimento do conjunto fático

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 700927 AgR / GO. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe 17.09.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765255>. Acesso em 21 abr 2019.

probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.¹³

Ratificando o entendimento do STF, foi apreciado o RE 841526/RS interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que havia determinado o pagamento de indenização à família de um preso morto, onde este recurso teve a tese de repercussão geral e por unanimidade, o plenário do STF estabeleceu que “em Caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.¹⁴

Neste mesmo sentido se posiciona o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **SUICÍDIO DE PRESO CUSTODIADO EM UNIDADE PRISIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO NO SUSTENTO DA FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O acórdão regional está em consonância com o entendimento registrado nesta Corte Superior, no sentido que responde o Estado pelo suicídio ocorrido no interior de estabelecimento prisional. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no AREsp 474.233/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 18/06/2014.**

2. Esta Corte também já se posicionou no sentido de que "é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda" (AgRg no REsp 1.228.184/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁵

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 677139 AgR-EDv-AgR / PR. Plenário. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe 22.10.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279>. Acessado em 21 abril 2019

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estado tem responsabilidade sobre morte de detento em estabelecimento penitenciário. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313198>. Acesso em 21 abril 2019

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1307100 / PR. 1ª Turma. Relator: Ministro Sergio Kukina. Publicado no DJe 24.10.2014. Disponível em:

Diante do exposto, não nos resta nenhuma dúvida de que é dever do Estado e direito Subjetivo do preso a execução da pena de maneira humanizada, lhe assegurando os seus devidos direitos fundamentais, e de ter resguardada, protegida a sua integridade física e moral, ambos previstos e assegurados pela CRFB/88. Somente se considera violado o dever constitucional de proteção ao preso quando no caso concreto, a atuação do Estado for possível, no sentido de assegurar ao detento os seus direitos fundamentais, elemento inafastável para que seja configurada a responsabilidade civil objetiva do Estado, ocorrendo omissão específica quando este elemento for violado (RE 841526 / RS).¹⁶

5.3 Acidente de trabalho dentro do estabelecimento prisional

Da mesma forma que a instrução e a formação profissional do detento e do internado, o exercício de determinado trabalho durante o período do cumprimento da pena criminal constitui dever social e homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, cooperando para prevenir a prática de eventuais novos delitos e direcionar o retorno do executado para a convivência social metódica. O trabalho durante o cumprimento da pena criminal é estabelecido na Lei de Execução Penal (LEP), em seu artigo 41, II,¹⁷ com a finalidade educativa e artigo 28¹⁸, com a finalidade produtiva, com o dever de objetivar a formação profissional do agente que foi privado da sua liberdade (MARCÃO,2012).

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=suicidio+de+preso&b=ACOR&p=true&t=JUR I DICO&l=10&i=3>>. Acessado em 21 abril 2019.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841526 / RS. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJe 31.03.2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4645403>>. Acesso dia 21 abril 2019.

¹⁷ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

[...]

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

¹⁸ Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Vale observar que devido as peculiaridades em que é prestado e desenvolvido, o trabalho do detento não está submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas que é essencial que se observem, em relação à sua organização e dos métodos de execução, as devidas precauções ordinárias referentes à segurança e higiene (MARCÃO, 2012).

Há uma preocupação da LEP em entregar ao Poder Público a missão de organizar, coordenar e supervisionar os trabalhos desenvolvidos pelos presos, exposta no artigo 34, *caput* e § 1º.¹⁹ Inicialmente, indica uma fundação ou mesmo empresa pública. Estabelece no § 2º²⁰ deste mesmo artigo, a viabilidade da celebração de convênios com a iniciativa privada para poder serem implantadas oficinas de trabalho nos presídios (NUCCI, 2018).

Neste sentido, conforme citado por Marcão (2012), as condições de cárceres nas prisões são em quase unanimidade, degradantes e desumanas, o que faz com que ocorram muitos acidentes de trabalho, devendo nesses casos, a Administração Pública ser responsabilizada por tais ocorrências.

Neste sentido, há entendimento majoritário dos diversos tribunais espalhados por nosso país, dos quais temos alguns exemplos:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - INDIVÍDUO RECOLHIDO EM INSTITUIÇÃO PENAL - ACIDENTE DE TRABALHO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE CUSTAS - IMPROPRIEDADE. "Ao Estado incumbe zelar pela incolumidade dos presos, devendo indenizar os danos por estes sofridos nas prisões, independentemente

¹⁹ Art. 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1º. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. (Renumerado pela Lei nº 10.792, de 2003)

²⁰ § 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

de culpa dos servidores do presídio" (Ap. civ. n. 48.656, Des. Nilton Macedo Machado).²¹

O tribunal de justiça de Santa Catarina entendeu pela responsabilização civil objetiva do estado, tendo o mesmo como detentor dos cuidados e proteção dos presos sob sua tutela, ainda que não haja culpa por parte dos servidores da unidade prisional.

RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. Pleito de reparação material e moral em decorrência de acidente de trabalho ocorrido enquanto o autor cumpria pena no regime semiaberto. Manuseio de máquina sem equipamento de segurança, ou mesmo qualquer treinamento ou instruções de operabilidade do maquinário. Amputação da falange média do 2º e 3º quirodáctilos da mão direita. **Dever de indenizar inequívoco.** Direito/dever de trabalhar do preso que não exime a necessária preservação da incolumidade daquele que está, ainda, sob custódia estatal [...].²²

Analisando o julgado acima, nota-se que o tribunal de justiça de São Paulo entendeu ser o Estado responsabilizado por acidente ocorrido por detento enquanto cumpria a pena no regime semiaberto, uma vez que, o fato de o detento estar exercendo sua atividade laboral, não exclui a responsabilidade de o Estado preservar a sua integridade física.

Observando tais ponderações doutrinárias e jurisprudenciais, não há o que se questionar quanto a responsabilização do Estado por acidente de trabalho sofrido pelos presos que estão sob sua tutela. Desta forma, resta configurado que é dever

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. APC 99.018070-0. 2ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Filho. Publicado no DJe 03.05.2001. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5029901/apelacao-civel-ac-180700-sc-19990180700/inteiro-teor-11527538>>. Acessado em 21 abr. 19.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL: 00041608220118260099 SP 0004160-82.2011.8.26.0099, Relator: Fermino Magnani Filho. 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 21/07/2014. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7701250&cdForo=0&uuidCa ptcha=sajcaptcha_33cb9e65d9b44f80ad97ad04d14bbe8c&vICaptcha=vuP&novoVICaptcha=>>. Acesso dia 21 abr. 19

do Estado zelar pela proteção e segurança dos seus custodiados, com treinamento para o manuseio do maquinário e fiscalização enquanto estes realizam suas atividades laborais.

5.4 Agressões ou mortes Provocadas por parceiros de cela

O preso, mesmo diante da sua condição, permanece com a permanência dos seus direitos e garantias fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana, os direitos à vida, sua integridade física e moral, entre outros (MORAES, 2003).

Reforçando tal entendimento, o Código Penal Brasileiro estabelece em seu artigo 38 que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Segundo Stoco (2007), se um detento fere, mutila ou mata outro detento, o Estado deve responder objetivamente, pois todos os detentos estão sempre sujeitos a situações agudas de risco, próprio do ambiente proporcionado nas prisões onde convivem pessoas de alta periculosidade e, porque no ócio e confinados, estão sempre exacerbados e inquietos. Esses tipos de comportamentos dos detentos, amplamente identificados e estudados, são do conhecimento das autoridades, que, por isso, deve adotar as medidas necessárias e cabíveis para se precaver. Desta forma, toda e qualquer lesão que os presos sofram por ação dos agentes públicos, por ação de outros detentos, sejam parceiros de celas ou de celas distintas, ou mesmo de terceiros, leva à presunção absoluta (*jure et de jure*) da responsabilização do Estado, não sendo permitido a alegação da ausência de culpa.

Vejamos a seguir, com jurisprudências e decisões que o entendimento é majoritário de que havendo agressões ou mortes ocorridas dentro dos estabelecimentos prisionais, haverá a responsabilização objetiva do Estado, pois conforme já citado neste trabalho, ao passo que o indivíduo é encarcerado, surge

para a Administração Pública o dever de proteção, vigilância e manutenção da integridade do preso. Foi dessa forma que aludiu o Ministro do STJ, o relator João Otávio de Noronha no julgamento do REsp 713.682/RJ:

De início, ressalto que é dever e atividade do Estado assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral, sobretudo diante do preceito inscrito no art. 5º, XLIX, da CF. Saliento, outrossim, que vige, no ordenamento constitucional pátrio, a teoria do risco administrativo (CF, art. 37, 6º) que exige apenas, para fins de invocar a responsabilidade do poder público no desempenho de suas atividades e de seus deveres, a prova do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o fato. Diante disso, afigura-se inequívoca a conclusão posta no aresto recorrido de que, no caso, tem aplicação a teoria do risco administrativo, sendo, portanto, desnecessário questionar-se se o poder público agiu ou não de forma culposa. Efetivamente, se o Estado não possui um sistema penitenciário adequado, não conseguindo nem sequer manter satisfatoriamente a segurança dos detentos, responsabiliza-se de forma objetiva pelos danos inseridos nesse contexto.²³

O entendimento é claro de que há a responsabilização de forma objetiva do Estado, seguindo a linha da teoria do risco administrativo adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido, corroborando com este entendimento, temos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. HIPÓTESE EM QUE O ACÓRDÃO RECONHECEU EXPRESSAMENTE A OCORRÊNCIA DO NEXO CAUSAL. DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM QUANTIA NÃO IRRISÓRIA E NEM EXORBITANTE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PROVIDÊNCIA VEDADA, A PRINCÍPIO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO PIAUÍ A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência deste STJ é firme pelo reconhecimento de ser objetiva a responsabilidade civil do Estado, em casos de morte de pessoas que estejam privadas de sua liberdade e sob sua guarda, em estabelecimentos prisionais. 2. Somente

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 713682 / RJ 2004/0183026-8. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 2ª Turma. Data de Publicação no DJ: 11/04/2005 p. 286. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19322610/recurso-especial-resp-713682-rj-2004-01830268/inteiro-teor-19322611>>. Acesso em 22 abr. 2019.

em casos de exorbitância ou irrisoriedade, hipóteses ausentes no presente caso, é que se permite ao STJ, em sede de Recurso Especial, promover a alteração dos valores condenatórios dos danos morais e dos honorários advocatícios. 3. Agravo Interno do ESTADO DO PIAUÍ a que se nega provimento.²⁴

Nesta mesma linha de entendimento, se posiciona o Supremo Tribunal Federal (STF), que pelo fato de o preso estar sob a guarda do Estado, este teria a obrigação de protegê-los contra agressões, sejam oriundas de agentes públicos ou mesmo de companheiros de cela ou da prisão. O dever de garantir a integridade física e moral dos presos é inafastável e intransferível, motivo este, pelo qual o Estado deverá ser responsabilizado sempre que for notada a sua omissão quando o mesmo tinha a possibilidade de agir para intervir na consumação do ato danoso. Também é válido destacar que no entendimento do STF, em algumas situações o estado poderá responder também de forma subjetiva.

Vejamos tais posicionamentos do STF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. CF., art. 37, § 6º. I. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. – A falta do serviço – fraude do servisse dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexó de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. – **Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço**

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1402950/PI Agravo Interno no Recurso Especial 2013/0300099-7. Relator: Ministro Napoleão Mais Filho (1133). 1ª Turma. Data da Publicação no DJE: 10/04/2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em 22 abr. 2019.

público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. – RE conhecido e provido.²⁵

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL.²⁶

Em casos de mortes de detentos dentro do estabelecimento prisional, o dever de indenizar do Estado é específico, uma vez que possui previsão legal. Assim, sendo a responsabilidade de natureza objetiva, é perfeitamente cabível a condenação do Estado ao pagamento de indenizações às famílias dos presos, resultante do seu ato omissivo (TJRS, Apelação Cível 70069660512, 2016).

Isto posto, diante dos julgados apresentados acima, ficou demonstrado, de forma que não há dúvidas de que o Estado deve ser responsabilizado e responder pela segurança e integridade física dos presos que estão sob sua tutela.

6 UMA ANÁLISE DA ADPF 347 E DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Neste capítulo, analisaremos a Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347 que foi proposta em maio de 2015 pelo partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o STF, onde teve como objeto de demanda buscar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais (ECI), que diz respeito as atuais condições do sistema penitenciário brasileiro, que pela precariedade nas

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 382054 RJ. Relator: Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma. Data de publicação: DJ 01/10/2004 PP -00037 EMENT VOL-02166-02 PP-00330 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 157-164 RJADCOAS v. 62, 2005, p.38-44 RJT VOL 00192-01 PP-00356. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741399/recurso-extraordinario-re-382054-rj#!>>. Acesso dia 22 abr. 2019.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 638467 RS. Relator? Ministro Luiz Fux. Data de publicação: ACORDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22640418/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-638467-rs-stf/inteiro-teor-110891707?ref=serp>>. Acesso em 22 abr. 2019.

estruturas e serviços, acabam lesionando direitos fundamentais dos detentos, que mesmo eles estando na condição de presidiários, não perdem a qualidade de ser humano. Desta forma, se pretende a adoção de medidas estruturais por parte do Estado.

Importante destacar que sendo o estado de coisas inconstitucional o objeto que se busca reconhecimento desta demanda, diz respeito a questão de superlotação dos presídios, bem como as condições degradantes em que vivem os detentos nos estabelecimentos prisionais brasileiro, elementos estes que não são compatíveis com a nossa CF/88 e seus princípios, ficando clara nessa situação, a afronta aos preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tratamento desumano e até a tortura, o direito de acesso à justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e proteção dos presos, conforme estabelecidos na CF/88.

Diante o conteúdo já exposto em capítulos anteriores deste trabalho, é notável que no nosso país, temos um sistema prisional defasado, precário, onde diversos direitos dos presos são constantemente violados perante a omissão do Estado, no que diz respeito a cumprir com o seu dever, conforme estabelecido pela nossa constituição.

Conforme já aqui aludido, o Partido Socialista e Liberdade, em maio de 2015, ajuizou a ADPF 347, requerendo o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional referente ao nosso sistema penitenciário brasileiro, solicitando providências para sanar as lesões e omissões causadas pelos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal aos presos (STF - ADPF 347 MC / DF).

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento e outros (a/s) foram os responsáveis pela confecção da inicial, onde nela foi apresentada as várias lesões e violações aos preceitos fundamentais decorrentes de ações do Estado. Vejamos:

Assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal,

presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Consoante [...]. O Poder Judiciário, conforme aduz, não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia. Alega [...]. O Poder Legislativo estaria influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. [...].²⁷

Trouxe no mérito a respeito da situação caótica do sistema penitenciário brasileiro, argumentou que as prisões do Brasil eram “verdadeiros infernos dantescos”. Fazendo destaques para as situações de superlotações em celas, além de insalubres, imundas, com proliferação de doenças infectocontagiosas, para a comida detestável, falta de ventilação com temperaturas extremas, falta de água potável e dos produtos de higiene básica, frequentes homicídios, torturas, espancamentos e violência sexual contra os detentos, praticadas tanto por outros presos quanto por agentes estatais, falta de assistência jurídica, bem como o acesso ao trabalho e à saúde. Destacando que os estabelecimentos prisionais estão dominados por facções criminosas e que é muito comum encontrar nos mutirões carcerários, presos que a muito tempo já cumpriram suas penas e já deveriam estar soltos a muito tempo. Segundo ele, esses males podem ser prejudiciais para a segurança de toda a sociedade, uma vez que nos presídios ocorrem as “misturas”, colocando juntos presos com diferentes graus de periculosidade, sendo que isso não os ressocializa, mas acaba de certa forma contribuindo para a reincidência, fazendo com que essa taxa chegue a 70%, resultando em os estabelecimentos prisionais se transformando em verdadeiras “escolas do crime”.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC / DF. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe 09.09.2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 23 abr.2019.

A respeito deste assunto, trouxe o ministro Teori Zavascki em seu voto no julgamento do RE 580252/MS, que são intoleráveis as condições de vida nas prisões do nosso país e que na prática “presos não têm direitos”. Nas Palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação”.²⁸

Ainda no mérito, alude que esse drama vem se agravando pelo fato de a população carcerária estar crescendo mais e mais, com hoje o número dessa população devendo ultrapassar os 600.000, sendo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos, a China e a Rússia. Frisando que há inobservância de vários tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, como a convenção contra tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos e degradantes, pacto dos direitos civis e políticos e a Convenção Internacional de Direitos Humanos. Destacando ainda que tal cenário viola os direitos fundamentais estabelecidos na CF/88, alguns inclusive, já citados e abordados neste trabalho, como: o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1, inciso III; a vedação da tortura, do tratamento desumano ou degradante, previsto no art. 5º, inciso III e das sanções cruéis no art. 5º, inciso XLVII, alínea “e”, assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, fixado no art. 5º, inciso XLVIII, o que garante para os detentos a proteção e o respeito à sua integridade física e moral, conforme expresso no art. 5º, inciso XLIX, além do que prevê a presunção de não culpabilidade, fixado no art. 5º,

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC / DF. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe 09.09.2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 23 abr. 2019.

inciso LVII, os direitos fundamentais à saúde, a educação, a alimentação apropriada e o acesso à justiça, todos da CRFB/88.²⁹

Em se tratando do instituto do estado de coisas inconstitucional (ECI), segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁰, a ideia de um Estado Inconstitucional das coisas surgiu na corte constitucional colombiana no ano de 1997, e ocorre quando se é comprovado a existência de um quadro disseminado e generalizado da violação dos direitos fundamentais, causado imobilidade repetida e insistente do Estado em transformar a conjuntura de maneira que apenas mudanças estruturais da ação do Estado e a laboração de uma diversidade de autoridades podem modificar o cenário. Entende ele que são três os requisitos para o Estado de Coisas Inconstitucionais, sendo eles: 1 – que seja detectado uma violação generalizada dos direitos fundamentais, que atinja um número enorme de pessoas; 2 – falta de gerenciamento entre medidas administrativas, legislativas, orçamentárias ou até mesmo judiciais, ou seja, um erro estrutural do Estado que gere um agravamento na situação; 3 – Ao ser violados esses direitos, sejam exigidos a criação de ordens ou remédios, não apenas a um órgão específico, mas a vários órgãos para que sejam feitas mudanças estruturais, adotadas políticas públicas novas ou faça o reparo das que já existem e etc.

Nesta seara, entende-se que a técnica da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional dar permissão ao juízo constitucional, que em se tratando do Brasil, é o STF, para a imposição aos poderes públicos para que sejam tomadas ações de urgência e necessárias para excluir as violações massivas dos direitos fundamentais, assim como supervisionar a sua execução de forma efetiva (ADPF 347 MC / DF).

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC / DF. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe 09.09.2015. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em 23 abr. 2019.

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisasinconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 23 abr. 2019.

Assim sendo, segundo Márcio André Lopes Cavalcante, a suprema corte não irá mais resolver problemas particulares e singulares, mas irá proteger o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, o que de certa forma, acaba gerando uma lide estrutural, uma vez que há um número muito elevado de seres humanos que tem os seus direitos violados, principalmente as que estão sob a tutela do estado em estabelecimentos prisionais.

Neste sentido, de acordo com análise realizada por Márcio Cavalcante, foi requerido na ADPF 347 que fosse reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal a violação dos direitos fundamentais sofrida pela população carcerária através do Estado de Coisas Inconstitucional e que fossem expedidas as subseqüentes ordens com o intuito de resolver tal situação:

[...].

c) quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro;

d) estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão;

e) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e

f) abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de "compensar" o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal.

O STF deveria obrigar que o CNJ: g) coordene um mutirão carcerário a fim de revisar 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 pleiteadas nas alíneas "e" e "f" acima expostas.

O STF deveria obrigar que a União: h) libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.³¹

³¹CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em 23 abr. 2019

Sendo assim, no final de agosto e início de setembro de 2015, em duas oportunidades, houve o julgamento das 8 cautelares solicitadas na ADPF 347 e vale destacar que ainda não foi julgado definitivamente o mérito desta arguição.

Em seu voto, o relator Ministro Marco Aurélio (ADPF 347 MC/DF, 2015), disserta sobre toda a problemática que vem destruindo o sistema penitenciário brasileiro, o qual vem sofrendo com violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos no que diz respeito à dignidade humana, integridade física, psíquica e moral. Alude ainda sobre a precariedade das instalações dos presídios e delegacias, a superlotação carcerária, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, se configuram como tratamento degradante, ultrajante e indigno de pessoas que se encontram sob sua tutela. Apontou ainda para as penas privativas de liberdade que são aplicadas em nosso país, que se tornam penas cruéis e desumanas, fazendo com que os detentos se tornem em “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes impedido todo e qualquer direito à existência mínima salubre e digna.

Ainda em seu voto, o ministro relator entende que existe sim o Estado de coisas inconstitucional, destacando quais são os direitos fundamentais violados por esse fenômeno:

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea —eII); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). (ADPF 347 MC/DF, 2015, p. 7).

Segundo o Relator, tal problemática quanto ao estado de coisas inconstitucional tem ligação direta com a omissão do Estado na garantia dos direitos

e princípios fundamentais dos presos, onde essa responsabilidade por esse estágio em que chegamos, não pode ser atribuída a um só poder, mas aos três (Legislativo, Executivo e Judiciário), e não somente a União, mas também aos Estados e Distrito Federal. Existem falhas gravíssimas no que tange as políticas públicas que versem sobre o sistema prisional, bem como na interpretação e aplicação da Lei Penal, onde esse quadro inconstitucional de violação generalizada e constante dos direitos fundamentais vem aumentando cotidianamente em razão de ações e omissões diversas falhas estruturais dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, mostrando uma estagnação e incapacidade das autoridades públicas competentes em superá-los.

Segue o voto do Relator Ministro Marco Aurélio:

Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;

e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

É como voto. (ADPF 347 MC/DF, 2015, p. 23 e 24).

Assim, após o voto do relator, veremos a seguir como votou cada um dos outros ministros participantes deste julgamento. O Ministro Gilmar Mendes deu seu voto favorável ao pedido cautelar que diz respeito a ser obrigado as audiências de custódias e com relação ao descontingenciamento do fundo penitenciário. Segundo ele, utilizar a tecnologia da informação na execução penal irá trazer muitos benefícios, como por exemplo, estatísticas seguras de como se encontra a situação prisional do Brasil, haja vista que na atualidade os dados existentes não são atualizados e completos. Destacou ainda uma proposta para a criação de um plano de trabalho para que haja um treinamento aos juízes sobre o sistema prisional e medidas alternas a prisão, pois em seu entendimento, os juízes devem observar a situação prisional na hora das suas decisões judiciais.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin concordou em parte com o voto do relator, onde das 8 cautelares pedidas, ele deferiu somente três, sendo elas: a realização de audiências de custódia, com o prazo máximo de 90 dias, onde deve assegurar que o preso seja apresentado ao juiz em até 24 horas contadas a partir do momento em que este foi preso; a liberação dos valores do fundo penitenciário e da realização de mutirões carcerários, coordenados pelo Conselho Nacional de Justiça, afim de possibilitar que todos os processos de execução penal de penal que estejam em curso no Brasil e tratem sobre a aplicação de penas privativas de liberdade possam ser revisados.

O Ministro Luiz Roberto Barroso declarou seu voto em sentido favorável ao provimento de três cautelares igualmente providas pelo relator e pelo Ministro Edson Fachin, porém, solicitou a expansão do prazo de cumprimento em um ano, acrescentando que os Tribunais de Justiça também devem realizar mutirões carcerários. No demais, julgou de ofício a determinação de que fosse encaminhado ao relator pelo Governo Federal, dentro do prazo de um ano, análises do cenário prisional no que diz respeito as quantidades e valores, para que assim, a suprema corte tenha fundamentos precisos para efetuar o julgamento do mérito desta ação.

No bojo do seu voto, o Ministro Teori Zavascki entendeu ser necessário o provimento da cautelar determinando a realização de audiência de custódia o mais

rápido possível e deu provimento a cautelar do fundo penitenciário, com a finalidade de não ocorrer contingenciamento pelo Poder Executivo. Para ele, visivelmente parece que o problema se encontra na falta de projetos, e não na no problema financeiro de falta de dinheiro, mas declara já ter ouvido isso antes e concorda que seja uma medida apropriada.

A Ministra Rosa Weber ao dispor seu voto, acompanhou o relator, no que diz respeito as cautelares sobre audiência de custódia, observando os devidos prazos estabelecidos pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), e a liberação do Fundo Penitenciário Nacional acumulado para que seja usado para a finalidade que foi criado, além de acolher o prazo proposto pelo Ministro Edson Fachin.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux seguiu de forma integral o relator, fazendo a observação de que muitos juízes ao elaborar suas sentenças, não colocam as devidas motivações das suas decisões, mesmo isso sendo uma regra estabelecida no nosso ordenamento jurídico brasileiro. Logo, diante desta situação, segundo ele, existe sim um ECI.

Ao dispor sobre o seu voto, a Ministra Carmem Lúcia concordou com o voto do relator, destacando que é necessário existir um diálogo com a sociedade sobre este assunto. Apresentando dados sobre o sistema carcerário do Brasil, afirmou que tais estatísticas demonstram a existência do ECI e que na visão dela, esse tipo de estabelecimento prisional do Brasil está falido, e como solução, precisam ser elaborados novos projetos para se efetivar o cumprimento das leis.

O Ministro Celso de Mello entrou para o rol dos que em seu voto, seguiu de forma integral o relator. Destacou que os recursos voltados para o fundo penitenciário nacional, devem ser utilizados para a finalidade a qual foi criado, não podendo ser esses valores utilizados para outras coisas e nem muito menos serem bloqueados.

Da mesma forma, O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu integralmente o voto do relator, acolhendo o reconhecimento do ECI em que se encontra o nosso país no que se diz a execução penal, ao sistema carcerário.

Vale destacar que o STF julgou apenas os pedidos cautelares, não julgou definitivamente ainda o mérito da ADPF 347. Conforme vimos no resumo dos votos dos ministros, na inicial foram pedidas oito cautelares e o reconhecimento do ECI, porém, mesmo com todos os ministros reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional da situação vivida pelos presos no sistema prisional brasileiro, foram concedidas parcialmente as cautelares, sendo deferidos apenas os pedidos “b” e “h”, onde o primeiro diz respeito as audiências de custódia e o segundo diz respeito ao descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional.

Com relação aos pedidos “a”, “c”, e “d”, o Supremo Tribunal Federal julgou não ser necessário ter que ordenar a juízes e tribunais para fizessem o que foi pedido nestas cautelares, uma vez que já está estabelecido na CRFB/88 e nas leis ser deveres obrigatórios de todos os magistrados. Logo, não faria sentido o STF julgá-los obrigatórios, pois isso estaria apenas reforçando o que já está previsto, motivo pelo qual tais pedidos foram indeferidos.

No tocante aos pedidos “e” e “f”, que também foram indeferidos, o Supremo Tribunal Federal entende que ele não pode assumir o papel dos outros dois poderes no tocante as suas tarefas, ou seja, que deve ser superado pelo judiciário os bloqueios políticos e institucionais sem afastar os outros poderes dos devidos procedimentos de criação e execução das soluções essenciais.

Ainda neste julgamento, o STF acolheu a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso para que fosse determinado à União, aos Estados, especialmente ao Estado de São Paulo, que encaminhassem ao STF informações sobre o sistema prisional dentro do prazo de um ano, para que os dados coletados por essa pesquisa sejam utilizados como parâmetro do futuro julgamento do mérito da ação.

Para facilitar ao leitor o entendimento a respeito deste julgamento, vejamos como foi a votação e o resultado no quadro a seguir:

- Tabela de votação dos Ministros do STF:

Nome dos Ministros	Pedidos de Medida Cautelar Formulados na Inicial:								Estado de C. I.
	a	b	c	d	e	f	g	h	
Marco Aurélio (Relator)	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✓
Gilmar Mendes	✗	✓	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓
Edson Fachin	✗	✓	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓
Luiz Roberto Barroso *	✗	✓	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓
Teori Zavascki	✗	✓	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓
Rosa Weber	✗	✓	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓
Luiz Fux	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✓
Carmem Lúcia	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✓
Celso de Mello	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✓
Ricardo Lewandowski	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✓

* Julgou de ofício a determinação de que fosse encaminhado ao relator pelo Governo Federal, dentro do prazo de 1 ano, análises do cenário prisional no que diz respeito às quantidades e valores, para que assim, a suprema corte tenha fundamentos precisos para efetuar o julgamento do mérito desta ação. Proposta acolhida pelos outros ministros (ADPF 347 MC/DF, 2015).

Pode-se observar um equilíbrio no tocante aos votos dos ministros com relação aos pedidos “a”, “c” e “d”, com um apertado empate nos votos, sendo que 5 deles (Marco Aurélio – Relator, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Celso de Mello e em Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski) votaram pelo provimento dos pedidos e 5 deles (Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Teori Zvascki e Rosa Weber) negaram provimento, o que corresponde a cada lado possuindo 50% dos votos, o que não acarretou no deferimento de tais pedidos.

Os pedidos “e” e “f” foram rejeitados por todos os ministros.

O pedido “g” recebeu apenas dois votos a favor, sendo um do ministro Edson Fachin e outro do Ministro Luiz Roberto Barroso, apenas 20% de votos a favor e foi negado pelos outros oito ministros, logo, com uma reprovação referente a 80% dos votos, motivo pelo qual foi indeferido também.

Assim, pode-se perceber que os pedidos “b”, “h” e o ECI (Estado de Coisas Inconstitucional) foram deferidos com 100% dos votos, ou seja, todos os ministros concordaram em dar provimento a tais pedidos, sendo eles os únicos aprovados e constituindo o resultado deste julgamento, já que vence a maioria dos votos.

Após análise dos votos e do julgamento parcial, fica a seguinte indagação, sendo esta a problemática analisada nessa pesquisa: existe a necessidade da aprovação do mérito da ADPF 347 para que haja a efetivação do papel do estado como responsável civilmente pela tutela do preso?

Conforme já foi aludido neste trabalho, o sistema prisional brasileiro está falido, com penas abusivas, tratamentos degradantes e desumanos, ambientes insalubres, que somente trazem prejuízos para quem ali perdura, sendo falho na ressocialização, onde quem adentra no sistema prisional não sai melhor, mas pior, pois o status do sistema carcerário no Brasil hoje é de “escola do crime”.

Com isso, para que haja a efetivação do papel do estado como responsável judicialmente pela tutela do preso não há necessidade da aprovação do mérito da ADPF 347, uma vez que conforme já tratado nesse trabalho, o Brasil adotou a responsabilidade objetiva do Estado se baseando na teoria do risco administrativo firmada no artigo 37, § 6 da CRFB/88, onde se caracteriza pelo acontecimento de um dano; ação ou omissão administrativa; ocorrência do nexo de causalidade entre o dano causado e a ação ou omissão administrativa, observando para as causas que permitam excludentes de responsabilidade do Estado.

Neste sentido, diante de todo o exposto, não resta dúvida que ao Estado cabe a responsabilidade pela tutela dos presos que estão sobre sua custódia, cabendo-lhe o dever de proteger a integridade física e moral deles, respeitando a dignidade da pessoa humana e os demais preceitos fundamentais estabelecidos no ordenamento jurídico.

Agora, para que haja melhoria no tratamento e cuidado dos presos tutelados pelo Estado, para que as normas sejam aplicadas e respeitadas da maneira correta, sim, é necessário que haja a aprovação do mérito da ADPF 347, porque mesmo o

STF, ao indeferir a maioria das liminares, 6 pra ser preciso, alegando que não havia sentido em deferi-las por conta de já serem ordens estabelecidas na CRFB/88 e nas leis, os ministros reconheceram que há falhas nas políticas públicas e execução das mesmas para o sistema carcerário brasileiro, há um descaso, há um desrespeito a vários direitos fundamentais, há falhas dos Estados e dos outros poderes, que estão estagnados sem fazer nada para resolver tal situação, pois houve nesse julgamento a decisão para que em um ano fosse entregue o relatório da situação carcerária do Brasil para que fosse usada como parâmetro no julgamento do mérito da ação, porém já se passaram quatro anos e nada, ou seja, a prova do descaso com um situação tal delicada e séria, pois estamos tratando de vidas. Logo, deve-se julgar o mérito da ação o mais rápido possível, deferindo-as com o intuito de melhorias, ações a serem feitas para resolver o problema carcerário do Brasil, com o Estado não ficando impune, respondendo na media da sua responsabilidade; a CRFB/88 e leis do nosso país, sendo respeitadas, bem como a dignidade da pessoa humana e outros preceitos fundamentais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, com conceitos sobre o assunto e apresentação de vários casos que estão relacionados ao tema, notamos que no sistema prisional brasileiro, inúmeros são os detentos que são submetidos a terem seus direitos fundamentais violados. E foi justamente antevendo esse cenário caótico que a CRFB/88 estabeleceu regras básicas de como devem ser tratados aqueles que estão submetidos ao sistema carcerário, conferindo-lhes direitos e tecendo obrigações ao Estado.

Sendo o Estado o único possuidor do direito da condenação e restrição do sujeito que comete o crime, tem o dever de assegurar a esses sujeitos um tratamento que possa garantir a sua dignidade. Não é possível que haja seja qual for o tipo de restrição no que diz respeito aos direitos fundamentais essenciais para uma vida digna.

Ainda assim, não é isso o que ocorre na realidade do sistema prisional do Brasil, pois o que vemos na realidade é uma situação oposta ao estabelecido no nosso ordenamento jurídico, onde não se tem um ambiente apropriado para que os presos sejam ressocializados, sendo desrespeitados a grande maioria dos direitos que estão previstos para os detentos, mesmo estando assegurados constitucionalmente.

Diante disso, se faz necessária o estudo da responsabilidade do Estado na tutela do preso, no que diz respeito os vários desrespeitos, violações e transgressões sofridas pelos presos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe de forma acertada em seu artigo 37, § 6 que é de responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviço público, responder pelos danos que forem causados por seus agentes a terceiros, por atos comissivos ou omissivos. Analisando este dispositivo, notamos que o dever do Estado de indenizar não são decorrentes de apenas atos culposos, mas que também ocorrem

no transcorrer normal das suas devidas atribuições e que resultem em danos aos administrados.

Nota-se que o Brasil adotou a teoria do risco administrativo, principiando da premissa de que toda e qualquer atuação Estatal é realizada em prol do interesse da coletividade, mesmo que, acidentalmente, acarrete danos aos membros da sociedade, sendo-lhes impostos o ônus não sustentado pelos demais, devendo o Estado arcar com o dever indenizatório por esses danos.

Desta forma, o fato de existir a possibilidade de causar danos, trás como consequência para a Administração Pública o dever objetivo indenizatório resultante da ação lesiva causada à vítima, isso independente de ficar demonstrado culpa ou dolo. Neste sentido, para que seja configurada a responsabilidade civil objetiva do Estado, é necessário apenas que seja comprovado a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre os dois. Há que deixar claro que existem alguns casos de excludentes da responsabilidade civil do Estado, sendo eles o fato exclusivo ou culpa exclusiva da vítima, fato ou culpa de terceiro e o caso Fortuito ou Força Maior, sendo que nessas situações o Estado deve comprovar a ocorrência de tais fatos.

Portanto, não há dúvidas de que a partir do momento da prisão ou detenção do indivíduo, este está submetido à proteção, guarda, vigilância e a responsabilidade do Estado, que contrai o dever de adotar todas as medidas necessárias para que a integridade física e moral do seu tutelado seja preservada, ficando o Estado obrigado a protegê-lo de lesões causadas por terceiros, como em casos de agressões, e de si mesmo, no tocante ao suicídio. Logo, percebemos que seja qual for a lesão sofrida por detentos que estão sob a tutela do Estado, seja ela por conduta de agentes público, seja por ato de outros internos ou de terceiros, acarreta na presunção absoluta de responsabilização estatal, não sendo admitido ser alegado ausência de culpa. Para a doutrina, conforme já demonstrado neste trabalho, há o entendimento majoritário que a responsabilidade do Estado é objetiva nestes casos, pois o detento fica sob a guarda, poder, vigilância e proteção do Estado, não sendo necessário se questionar se houve falha, omissão ou falha do

serviço da Administração Pública, nem mesmo se houve culpa do agente público ou culpa desconhecida.

Seguindo para os casos específicos examinados neste trabalho, com relação ao dever constitucional do Estado pela proteção da integridade física e moral dos presos, fundamentado na CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso XLIX, fixa que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, logo, é dever específico do Estado agir de forma que proteja e garanta a integridade dos presos durante o tempo em que estes estejam sob sua tutela.

No que tange ao caso de suicídio de presos nos estabelecimentos prisionais ou mesmo na cela de uma delegacia, da análise feita na jurisprudência, tem-se o entendimento, de acordo com o STF de que o Estado é responsável de forma objetiva pelas suas omissões, contanto que seja específica esta omissão. Logo, o nexo causal entre as omissões do poder público e as lesões sofridas por particulares só se caracterizará quando for o caso de que o Estado detinha o dever legal para agir de maneira que impedisse o evento danoso e ainda assim não arcou com sua obrigação legal específica de evitar o efeito lesivo.

No caso de Acidente de trabalho executado dentro do estabelecimento prisional ou até mesmo fora dele sob a fiscalização do Estado, a Administração Pública deve demonstrar a sua obrigação através da disponibilidade e supervisão do uso de equipamentos de proteção individual, nos devidos treinamentos para o manuseio de maquinário de maneira correta e segura, tendo o Estado que dar todo o suporte necessário para a proteção e segurança dos presos, sendo responsabilizado de forma objetiva nas vezes em que seu descumprimento acarretar danos aos presos.

No tocante a agressões ou mortes de presos provocadas por companheiros de cela ou por terceiros, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, agressões recíprocas e mortes de presos ocorridas dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros motivam a responsabilidade objetiva do Estado, já que ao passo que o ente estatal encarcera o sujeito, nasce para a Administração Pública o dever de guarda e preservação da integridade do detento.

Neste sentido, diante da situação caótica em que se encontra o sistema prisional no Brasil, no mês de maio do ano de 2015, o PSOL (Partido Socialista e Liberdade impetrou uma ADPF 347, requerendo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no tocante ao sistema carcerário do Brasil e a admissão de novas medidas estruturais diante das lesões e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Ocorreu o Julgamento desta ação no STF em agosto e setembro de 2015, porém de forma parcial, tendo sido reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, abordando que a responsabilidade por esta situação caótica atual não pode ser atribuída a somente um poder, mas aos três, Legislativo, Executivo e Judiciário, tanto da União, como dos Estados e do Distrito Federal; e sendo apreciadas apenas as 8 cautelares, das quais somente 2 foram deferidas, sendo elas “b” e “h”, onde a primeira diz respeito as audiências de custódia e a segunda diz respeito ao Fundo Penitenciário Nacional.

Apesar de ser importante a aprovação do mérito desta ADPF no sentido de haver uma melhoria na efetivação das normas aplicadas, no tratamento e cuidado com os presos que estão sob a tutela do Estado, conforme já aludido no capítulo anterior, a conclusão que foi possível chegar com esta pesquisa, é de que não é necessária a aprovação do mérito desta ADPF para a efetivação do papel do Estado como responsável civilmente pela tutela do preso, uma vez que conforme já aludido continuamente neste trabalho, diante do que está firmado na CRFB/88, o Brasil adota a teoria do risco administrativo, sendo atribuída ao Estado a responsabilidade objetiva nestes casos, pois cabe a ele adotar medidas para proteger e garantir a integridade dos presos sob sua custódia. Nota-se que há um descaso do Estado com relação a tal assunto e que mesmo estando estabelecido na legislação como tem que ser, conforme foi citado pelos ministros nos casos de indeferimentos das cautelares, não tem sido feito assim, os poderes estão estagnados, há uma grave falha nas políticas públicas e aplicação das leis para com o sistema carcerário, e com isso, é necessário que o Estado arque com suas responsabilidades, não fugindo do problema, mas que busque adotar novas medidas para resolver tal

problema, respeitando sempre a Carta Magna, os direitos fundamentais e os princípios estabelecidos por ela, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, é imprescindível que o Legislativo, Executivo e Judiciário trabalhem juntos para que venham conseguir chegar a soluções concretas e produtivas para resolver esse problema caótico que se encontra o sistema prisional brasileiro e a forma inconstitucional como os presos vem sendo tratados pelo Estados e seus agentes. Nota-se que há uma inexistência de medidas e ações legislativas, administrativas e orçamentárias, o que resulta numa desordenada falha estrutural do sistema, gerando graves ofensas aos direitos dos detentos, além de uma eternização e um agravamento neste quadro.

Encontrou-se dificuldades nessa pesquisa, como o colhimento de informações com julgados e jurisprudências ligados ao tema, bem como aos seus subtemas, fazendo uma análise em cada um deles, assim como na análise da ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional, dos seus desdobramentos e resultados.

Com isso, nota-se a importância do tema e desta pesquisa, apontando aqui que esta pesquisa deve ser continuada, de maneira que possa acompanhar o andamento do processo desta ADPF, bem como o julgamento do seu mérito e se as decisões vão ser acatadas pelos poderes, e também se terá o empenho de todas as autoridades responsáveis para que haja uma melhora nesta situação carcerária do país, no tratamento dos presos, no respeito a constituição e a dignidade da pessoa humana dos detentos, pois não bastam as decisões ficarem no papel, mas serem aplicadas na prática, com novas políticas públicas, ações e cada um fazendo a sua parte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DE DEUS, João. **Direito Administrativo**. – 4. Ed., ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1307100 / PR. 1ª Turma**. Relator: Ministro Sergio Kukina. Publicado no DJe 24.10.2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=suicidio+de+preso&b=ACOR&p=true&t=JURI DICO&l=10&i=3>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC / DF. Plenário**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe 09.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 23 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC / DF. Plenário**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe 09.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 23 abr.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC / DF. Plenário**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe 09.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 23 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 700927 AgR / GO. 2ª Turma**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe 17.09.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765255>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580252/MS**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Publicado no DJe em 17/05/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+580252%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ahmcru1>>. Acesso 23 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 677139 AgR-EDv-AgR / PR. Plenário.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe 22.10.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 841526 / RS. Plenário.** Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJe 31.03.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4645403>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisasinconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 23 abr. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em 23 abr. 2019.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo.** 31. Ed. rev. Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Clara Angélica Gonsalves. **A responsabilidade civil do empreendedor diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado.** 1. ed. - Curitiba, PR, 2016.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil.** 11. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** – 16 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** – Responsabilidade Civil. 26 ed – Saraiva – 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro.** Volume 7. 21 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4ª ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

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

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado pelos danos causados às vítimas de crimes**. 2001. 238f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de História, Direito e Serviço Social de Franca da Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101461/freitas_mhda_dr_fran.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 abr. 2019.

MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo**. – 42. Ed. Atual. Até a Emenda Constitucional 90 de 15.09.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 30. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 1: parte geral**. – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 7: Responsabilidade Civil.** – 6 ed. ver., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado.** 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** – 10. Ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal.** - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** – 6. Ed. Ver., atual. E ampl. -Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portuques/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70069660512, da 9ª Câmara Cível.** Apelantes/ apelados: Maina Almeida da Silva, e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069660512&num_processo=70069660512&codEmenta=6952471&templntTeor=true>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Revisão Crítica da responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro.** TRF4, 25 out. 2004. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao003/paulo_sanseverino.htm>. Acesso em: 04 abr 2019

SILVA, Maria Beatriz Tavares da Silva [Coord.]. **Código Civil Comentado.** 8 ed.. São Paulo: Saraiva. 2012.

STF – ARE: 700927 GO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 31/07/2012. Data de Publicação: DJE-153 DIVULG 03/08/2012 PUBLIC 06/08/2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22059736/recurso-extraordinario-com-agravo-are-700927-go-stf>>. Acesso em 21 abr. 2019.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. rev., atual e reform. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.