

## **Inovatio Juris**

*Inovatio Juris Journal*

2(1): 138-173, 2023

ISSN: 2764-6300

### **Artigo**

# **A TUTELA DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL, POR OMISSÃO, NA CUSTÓDIA DO DETENTO À LUZ DAS JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

STATE GUARDIANSHIP AND CIVIL LIABILITY, BY OMISSION, IN THE CUSTODY OF THE DETAINED IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCES OF THE SUPERIOR COURTS

Recebimento do original: 02/05/2023  
Aceitação para publicação: 09/06/2023

## **Normandia Ferreira De Carvalho**

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito de Garanhuns-FACIGA/AESGA. E-mail: normandiabr@hotmail.com

**RESUMO:** Atualmente, a responsabilidade civil é um instituto bastante flexível, pois busca em sua totalidade atender às demandas sociais cada vez mais insurgentes. O método utilizado foi uma revisão bibliográfica utilizando uma análise jurisprudencial e de bibliografia reconhecida, proporcionando maior familiaridade com o problema e facilitando a construção dos argumentos que irão fundamentar a responsabilidade do Estado em relação ao detento. Objetivou-se analisar a responsabilidade civil extracontratual do Estado em condutas omissivas na custódia de detentos.

Verifica-se que apesar da discussão contrária de alguns doutrinadores à cerca de qual teoria a ser aplicada quando da responsabilidade por omissão, parte dos doutrinadores tende para defender que a responsabilidade civil do Estado, mesmo na omissão, seja a responsabilidade objetiva, teoria esta adotada pelos Tribunais Superiores atualmente, em casos específicos como visto. Observa-se que a Constituição Federal em seu art. 5º, Inciso XLIX, consagra a regra de que aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral, não comportando este dispositivo qualquer alteração ou emenda, embasando assim a defesa de que mesmo estando segregados esses indivíduos possuem direitos e garantias que devem ser respeitados em todos os seus aspectos acima de qualquer ressalva, mesmo quando no caso de morte em decorrência de suicídio, pois, o Estado também tem o dever de vigilância.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil, Responsabilidade Extracontratual, Jurisprudências, Superior Tribunal Federal.



Artigo está licenciado sob forma de uma licença  
Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

## 1. Introdução

Para compor o presente artigo, utilizou-se o método de revisão bibliográfica utilizando uma análise jurisprudencial e de bibliografia reconhecida, proporcionando maior familiaridade com o problema e facilitando a construção dos argumentos que irão fundamentar a responsabilidade do Estado em relação ao detento.

O presente artigo procura expor a tutela do Estado e a responsabilidade civil, por omissão, na custódia do detento à luz das jurisprudências dos tribunais superiores, descrevendo desde os aspectos gerais da responsabilidade civil, a questões onde há omissão do Estado,

como a morte, suicídio, fugas, higiene até a superlotação das unidades prisionais. Tal questionamento surgiu a partir de estudos sobre a crise do Estado que não consegue promover leis eficazes, inflamando o sistema com a falta de um planejamento administrativo eficiente que não realiza de forma ampla e efetiva o cumprimento das condutas institucionalizadas.

Percebe-se um descaso nítido quanto à situação dos encarcerados que, colocados em celas superlotadas e sem a mínima condição de sobrevivência digna, estão sujeitos à ociosidade e à deterioração contínua do caráter, sendo expostos ainda mais a influência criminal arraigada dentro dos presídios. A temática supracitada é controversa, não só em sede doutrinária, mas também jurisprudencial. Tratando-se de um tema de tamanha complexidade e conflito na doutrina, o estudo teve como problema: qual a espécie de responsabilidade civil tem o Estado por condutas omissivas na custódia dos detentos?

Tal tema é justificado pela importância de discutir os aspectos referentes a responsabilidade do Estado no dever de preservar a integridade física do custodiado. Constituiu-se o objetivo deste trabalho analisar a responsabilidade civil extracontratual do Estado em condutas omissivas na custódia de detentos.

## **2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil tem projeção, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e a causalidade entre o fato culposo e o dano. Atualmente, ela é um instituto bastante flexível, pois

busca em sua totalidade atender às demandas sociais cada vez mais insurgentes. Sendo assim, visando maior compreensão sobre esse estudo, faz-se necessário a abordagem de diversos pontos, sendo essencial analisar o conceito, bem como as espécies da responsabilidade civil em conformidade com a doutrina e a legislação em vigor.

Segundo Gonçalves (2017, p. 19) pode-se afirmar que “[...] responsabilidade exprime ideias de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.” Com fulcro nesse entendimento, observa-se que com base na responsabilidade não se pode prejudicar ninguém, devendo sempre que possível existir a obrigação reparar o dano provocado.

Responsabilidade civil é aquela que se apresenta no contexto da obrigação na reparação dos danos patrimoniais e sucumbe com a indenização. Segundo Diniz (2009, p. 34), pode definir-se como a aplicação de medidas que obriguem a reparação do dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão do ato do próprio imputado, da pessoa por quem ele responde, de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil é um episódio jurídico decursivo das relações de conflito do homem na sociedade, e, portanto, é um conceito uno, incindível. Tal visa restaurar o equilíbrio infringido pelo dano com a intenção de restituir a vítima o que foi lesado. A conceituação de Cavalieri (2014, p. 14) ressalta que a responsabilidade civil, em seu sentido etimológico e jurídico exprime a ideia de obrigação, encargo e contraprestação.

De Plácido e Silva (2008, p. 642) definem o instituto da

responsabilidade como sendo:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

A conduta do agente é fator preponderante para que aconteça a responsabilidade civil, insurgindo-se, como consequência, o dever de reparação e para que haja essa configuração deverá decompor-se nos seguintes elementos: a conduta (positiva ou negativa), o dano e o nexo de causalidade.

Assim, Venosa (2003) indica quatro pressupostos para que passe a existir o dever de indenizar, afirmando que “[...] os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e finalmente, culpa”, trazendo na culpa, a introdução à doutrina subjetiva sob o preceito de que cada um responde pela própria culpa- *unuscuique sua culpa nocet*.

Já Diniz (2003) afirma que são três os pressupostos ação ou omissão, dano e a relação de causalidade. Porém, o dolo também pode aparecer na responsabilidade civil e vai existir quando houver a intenção de causar o dano com o desejo do resultado agindo com a intenção de provocá-lo.

## 2.1 Conceito e evolução histórica

Desde as primeiras organizações de sociedades, assim como nas

civilizações pré-romanas advém da concepção de vingança privada, uma forma grosseira de assim explicar a original reação particular contra um mal sofrido. Vigorava aqui a Lei de Talião, consubstanciada pela ideia “olho por olho, dente por dente”. Bastava o dano efetivamente sofrido pela vítima para provocar “a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido” (GONÇALVES, 2009b, p. 04), encontrando traços na Lei das XII Tábuas, que determinava o *quantum*, nas obrigatoriedades, regulando cada caso em concreto, sem se basear no princípio da responsabilidade civil.

Para Gagliano e Pamplona (2015, p. 55) “[...] um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquila*, cuja importância foi tão grande que deu nome redesignando a responsabilidade civil delitual ou extracontratual.” Aqui a conduta será medida pelo grau da culpa do causador.

Após esse período o Estado assume o *ius puniendi* e retoma o papel de punir os transgressores da lei, surgindo aqui a ação de indenização oriunda da responsabilidade civil. A partir dos princípios e normas romanas, a responsabilidade civil foi sendo aperfeiçoada e mais notoriamente no direito francês ocorrendo que foram sendo estabelecidos princípios que influenciavam outros povos, o direito à reparação quando houvesse culpa, mesmo que leve, separando-se a responsabilidade civil e penal.

No Brasil, o sistema de responsabilidade civil se dava de forma simples, resumindo-se em um único parágrafo do Código Civil de 1916, sendo modificado ao longo do tempo. Inicialmente, “[...] a reparação civil era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal” (GONÇALVES, 2009b, p. 09). O Código Civil de 2002 adota em regra a teoria subjetiva da



responsabilidade civil exigindo a prova cabal da culpa do agente que deu causa ao dano.

Esta exposição é explanada no art. 186, do atual Código Civil definindo que todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito. Em apertada síntese, a compreensão de responsabilidade civil subjetiva é devidamente sustentada no ato culposo do agente, o qual deverá ter causado um dano a alguém.

## **2.2 Espécies de responsabilidade civil**

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposos, porém difere da objetiva somente quanto a forma, que traz o dolo e a culpa como fatores irrelevantes juridicamente, sendo que será apenas necessário o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente para que se caracterize o dever de indenizar, mas nas duas se enquadram a obrigação de indenizar e reparar o dano gerado, diferenciando-se a respeito da existência ou não de culpa por parte do agente que deu causa ao dano sofrido pela vítima.

Por um determinado período da história a responsabilidade subjetiva era bastante para resolver todas as questões da sociedade, porém a doutrina e jurisprudência entenderam que somente este modelo que era baseado apenas na reparação dano, não daria conta das novas demandas existentes e essa mudança decorreu da evolução da sociedade industrial e os recorrentes acidentes de trabalho. Ressalta-se a necessidade de maior proteção a vítima, onde surge a culpa presumida invertendo o ônus da

prova e solucionando a dificuldade daquele que sofreu dano, demonstrando a culpa do responsável pela ação ou omissão (STOCO, 2007, p. 157).

A teoria do risco surge como base dessa espécie de responsabilidade, em que se dispensa a obrigatoriedade de se provar a culpa para que o dever de indenizar prevaleça. Assim, o Código Civil de 2002 mesmo ainda trazendo como regra a responsabilidade subjetiva ajusta-se adotando também a responsabilidade objetiva em seu art. 927: “[...] haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (VADE MECUM, 2017, p. 210).

No Brasil, a matéria dual de responsabilidade civil torna-se regra geral coexistindo entre si. Essas ponderações advêm da transgressão ao preceito essencial do *neminem laedere* que significa que ninguém deve ser lesado pela conduta alheia.

De acordo com a natureza do dever jurídico, a responsabilidade pode ser devidamente classificada em contratual e extracontratual.

Na responsabilidade contratual a configuração se dá em razão de celebração de contrato, que sendo inexecutado descumpri-se um acordo de vontades entre as partes, dando origem assim a um ilícito contratual. Viola-se o dever oriundo decorrente de um vínculo contratual entre as partes.

As obrigações nascem da manifestação entre as partes declaradas unilateralmente dentro das manifestações idôneas constituídas a partir de certas exigências estabelecidas em lei, em casos preordenados. E, segundo Cavalieri preleciona (2014, p. 31): “[...] se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente



chamado ilícito contratual, por isso, frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos”.

Ressalta-se que esse pacto pode acontecer de forma tácita ou expressa, ou seja, a parte espera que sua vontade seja atendida e a outra parte obriga-se a atendê-la, mesmo que este acordo seja verbal, adquire-se uma obrigação e conseqüentemente firma-se um contrato.

Mantendo tal ideia, Gagliano e Pamplona (2015, p. 62) ressaltam que:

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

A partir dessa circunstância na responsabilidade extracontratual ou aquiliana a culpa será provada pela vítima. Os deveres jurídicos aqui originam-se de lei ou de ordenamento jurídico tido como integral. A violação do dever não está conjecturada em contrato algum e não existe relação jurídica prévia entre o ofensor e a vítima.

### **2.3 Elementos da responsabilidade civil**

Como já bem detalhado, tem-se que a responsabilidade civil é a representação mais aparente da atividade humana, nesse contexto queda-se que a ação ou omissão humana voluntária é requisito totalmente necessário para que se configure a responsabilidade civil.

Integra-se aqui a conduta culposa partindo da conduta humana

como fator de importante relevância jurídica, pois falar em culpa isoladamente pressupõe apenas relevância conceitual. Entende-se por conduta a forma voluntária de exteriorização de condutas omissivas ou comissivas. A “[...] ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo” (CAVALIERI, 2014, p. 38), sendo pressuposto para a configuração da responsabilidade civil, pois a conduta é a expressão mais concreta da ação humana, apenas o homem poderá ser civilmente responsabilizado. Para Gonçalves, (2017, p. 24):

A ação humana é classificada em positiva e negativa. A primeira representa-se pela execução de conduta ativa, positiva. A segunda é de clareza mais sutil, trazendo a atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Dessa forma, analisa-se o art. 186 do Código Civil que traz a obrigação de indenizar a todo "Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Havendo a reparação tem que ocorrer a prática de uma conduta culposa voluntária seja negativa ou positiva. Aqui o agente tem compreensão do que faz e para que haja o dever de reparar sua conduta *a priori* tem que ser contrária ao direito, porém também poderá haver a responsabilidade civil sem haver antijuricidade. Contudo, não só existirá o dever de indenizar apenas com a conduta lícita que causou o dano, pois a responsabilidade civil também advirá da transgressão de direito que causa prejuízo a alguém.

A voluntariedade na conduta humana é o núcleo fundamental, que advém da liberdade de escolha do agente imputável, que contém discernimento indispensável na consciência daquilo que vai fazer. A conduta humana é definida por Diniz (2003, p. 37) como “[...] o ato humano,

comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, [...] que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.

Assim, sem a voluntariedade não há ação humana e conseqüentemente não existirá a responsabilidade civil, pois é o ponto chave da conduta humana ou ação voluntária, com base no entendimento de Cavalieri (2014, p. 38), “[...] a ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta”, e assim a “[...] ação consiste em movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante”. Já a omissão é identificada pela inércia, desistência de certa conduta adequada.

Para que haja a responsabilidade civil é imprescindível que aconteça o dano ou prejuízo. Sem a prática desse elemento não haveria o que indenizar e, conseqüentemente, não haveria a responsabilidade.

Qualquer que seja a espécie de responsabilidade analisada, o dano é elemento indispensável para sua configuração, sendo, portanto, seu ponto de toque. Dentro deste elemento, segundo Gagliano e Pamplona Filho, (2015, p. 82), “[...] dano ou prejuízo seria lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Observa-se que dentro desse conceito, configuram-se os prejuízos por decorrência da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (os extrapatrimoniais), que são tradicionalmente classificados como danos patrimoniais e moral.

Assim, como conceitua Reis (1995, p. 1), “[...] a concepção normalmente aceita a respeito do dano envolve uma diminuição do

patrimônio de alguém, em decorrência da ação lesiva de terceiros”.

A partir do conceito de dano, há que classificá-lo em suas duas modalidades tradicionais que são: o dano material ou patrimonial e o dano moral ou extrapatrimonial.

O dano patrimonial, também chamado de material, atinge os bens jurídicos de valor econômico integrantes do patrimônio da vítima, atinge assim as coisas corpóreas e as incorpóreas.

Para Varela (2011, p. 611):

[...] o dano patrimonial é susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão pelo menos indiretamente, por meio de indenização.

Sendo espécies de dano material ou patrimonial surgem os danos emergentes e o lucro cessante. Por dano emergente entende-se que é a imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito, enquanto que o lucro cessante é a perda do ganho esperável, é a frustração da expectativa de lucro, consistindo na diminuição potencial do patrimônio da vítima.

Nesse sentido, assinala Dias (1973, p. 347):

Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido a vítima. Ai estão identificados o dano positivo ou *damnum emerges* e o lucro frustrado ou *lactun cessans*. As duas modalidades do dano podem, todavia, coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o caso concreto.

O dano moral ou extrapatrimonial é aquele que é causado por perda não patrimonial, que vem da violação aos direitos da personalidade, causando transtornos emocionais, dor, vexame, humilhação. Nessa forma

de dano, o lesado poderá ser indenizado, visto que sofreu impacto relevante em seu íntimo.

Nesse tema os direitos à honra, ao nome, à dignidade, à privacidade, são a essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana, integrando a personalidade, constituindo valores diversos dos patrimoniais exigindo assim, tutela jurídica independente. Para Cavalieri (2014, p. 108), “[...] o dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade”.

A avaliação para o dano moral será individualizada, porque depende de cada caso concreto e a indenização advém como forma de compensação pelo dano sofrido. “O dano moral abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada” (CAVALIERI, 2014, p. 109).

Atualmente, o dano moral tem caráter amplo, diante da imensidão de direitos fundamentais, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos, sendo, portanto, insusceptível de avaliação pecuniária.

No que tange ao Nexo de causalidade, trata-se do liame entre a conduta do agente (positiva ou negativa) unida ao dano e como ponto desse encontro observa-se o nexo causal. As teorias que tentam explicar o nexo de causalidade são: a equivalência das condições (*conditio sine qua non*), a causalidade adequada e a causalidade direta imediata.

Na equivalência das condições (*conditio sine qua non*), que traz para toda circunstância que haja ocorrido para o dano pode ser considerada uma causa.

São considerados todos os antecedentes que participaram da cadeia de fatos que resultaram no dano. Esta teoria é atualmente adotada pelo

Código Penal Brasileiro em seu art. 13, “[...] o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa à ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (VADE MECUM, 2017, p. 540).

A segunda teoria é a da causalidade adequada, a qual traz o juízo da probabilidade, nem todas as condições serão causa, mas somente aquela que for mais devida para que se produza o evento no caso, o fato danoso.

A terceira teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexos causal) assevera que a reparação surge quando o fato danoso é decorrente direto e imediato de alguma causa. A causa é o antecedente fático ligado a um vínculo necessário ao resultado danoso, que determina este como consequência sua direta ou imediata.

Essa é a teoria adotada pelo Código Civil, expresso no art. 403 que preconiza: “[...] ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (VADE MECUM, 2017, p. 175).

Porém, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada dispensando a prova da relação causal a respeito do resultado ulterior da conduta do agente, para que se assegure ao nexos de causalidade uma maior elasticidade que em nenhuma das teorias poderia ser sustentada.

### **3 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO**

A responsabilidade extracontratual do Estado versa sobre o dever que o poder público tem de reparar danos a terceiros, pois é resultante de



comportamentos da Administração Pública, incidindo em casos excepcionais. A responsabilidade é do Estado que é a pessoa jurídica.

Por sua vez, sob esse aspecto, Meirelles (2017, p. 779) define a responsabilidade da Administração como sendo “a que impõe a Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las”, considera-se aqui, a responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública que incide em casos especiais e devidamente analisados, sob o aspecto da capacidade do estado e das pessoas que o representam.

### **3.1 Teorias da responsabilidade extracontratual**

A evolução da responsabilidade civil do estado passa por três teorias no que diz respeito ao presente tema: a teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas (teoria dos atos de império e de gestão; e teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva) e teorias publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço; e teoria do risco).

A teoria da irresponsabilidade aplicada em primeiro momento da história repousava sobre a ideia fundamental de soberania: O Estado ditava as regras e detinha autoridade incontestável (DI PIETRO 2017), os súditos não podiam agir contra ele, partiu daí os postulados de que o rei não pode errar (*the king can do now wrong; Le roi NE peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada o príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*).

Cumprе resumir, que a partir das teorias civilistas, adotou-se os princípios do direito civil, apoiados na ideia da culpa. Essa teoria é conhecida como teoria civilista da culpa, em que há uma equiparação do Estado com o indivíduo, obrigando-o a indenizar os danos causados aos particulares, igualando-se nas mesmas situações em que tais obrigações existirem para os indivíduos, aplicando-se a ambos o direito comum.

Esta distinção partiu da ideia da forma mais branda em relação à teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros, separando assim, os atos do império onde o rei era insuscetível de errar e os atos de gestão praticados pelos prepostos.

A doutrina civilista serviu de estímulo para o art. 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, mas antes disso ainda surge outra teoria de cunho Publicístico, onde se desvincula do direito civil para estruturar-se no direito público.

As teorias publicistas surgem da falta de fundamentação das teorias civilistas, pois consolidando-se no Direito Público e também o Direito Administrativo, afastava-se assim, a responsabilização do Estado pelos danos eventuais causados que não poderiam se abrigar no Direito Privado (Direito Civil), pois haveria demasiada ilogicidade.

Nessa linha de raciocínio, conforme Di Pietro (2017, p. 818), “[...] surgem as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral”.

A definição de serviço é a base para que se compreenda essa teoria, entendendo que a parte principal dessa tese é embasada na

continuidade e perfeição do serviço público, que de forma alguma causaria danos a terceiros por não funcionar perfeitamente.

Assim como afirma Di Pietro (2017, p.819), a teoria da culpa do serviço procura, que pode ser nominada culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, busca desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário.

Portanto, se o Estado proporcionar um serviço que não funcione, ou que funcione com falhas ou atrasado causando prejuízos a terceiros, haverá a obrigação estatal com a sua responsabilização, afastando, assim, a individualização e culpa do agente público, mas a responsabilidade do Estado é subjetiva porque é baseada na culpa (ou dolo).

Posteriormente, foi adotada pelo Conselho de Estado francês a teoria do risco, lastreada na responsabilidade objetiva do Estado, em que se deve verificar apenas o nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano sofrido pelo administrado, sendo prescindível a demonstração de culpa.

Para Di Pietro (2017, p. 819):

É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito; por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.

Subsiste uma consonância quando se fala em responsabilidade objetiva, que é averiguada a partir do funcionamento do serviço público, sem interessar assim se foi regular ou não. Nesse mesmo sentido, leciona Meirelles (2016, p. 781) que: “[...] não se exige qualquer falta do serviço

público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado”. Desse modo, a administração pública independente de comprovação do dolo ou culpa dela, será obrigada a ressarcir os danos causados contra os administrados.

### **3.3 Excludentes da responsabilidade civil do Estado**

As causas excludentes de responsabilidade civil são todas as condições que, atacam um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompem o nexo causal, e fulminam qualquer intenção indenizatória. As excludentes são: caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro, que serão devidamente analisadas.

O nexo de causalidade, elemento fundamental da responsabilidade civil do Estado, passa a não existir quando o serviço público não der causa ao dano, ou quando não for a causa única. São causas excludentes da responsabilidade, que sustentam a eliminação do nexo causal em meio à conduta e o dano: a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Por força maior, entende-se como o acontecimento imprevisível que se baseia em dois elementos de grande importância que são: o requisito objetivo, que é a inevitabilidade do evento; e o elemento subjetivo: quando não há culpa na geração do evento.

No entanto, mesmo ocorrendo o evento da força maior, o estado ainda poderá ser responsabilizado, quando ocorrer a omissão do Poder Público na realização de algum serviço, porém será aplicada a responsabilidade subjetiva.

Quando houver culpa da vítima, é necessário observar se houve a culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público. Na culpa exclusiva da vítima, o Estado não responderá pelo dano, pois se quebra o nexo de causalidade; na culpa concorrente, haverá a divisão entre Estado e vítima sobre a incidência da responsabilidade, influenciado na redução do valor da indenização devida pelo Estado.

Conforme o art. 945 do Código Civil: “[...] 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”, que é a solução aplicada e defendida pela jurisprudência. A culpa de terceiro, traz a participação de pessoa diversa da vítima e do causador do dano, sendo verdadeiramente o causador da conduta danosa. Aqui, também se rompe o nexo causal e atribui-se exclusivamente a terceiro o fato, pois, “[...] a princípio, desde que haja a atuação causal de um terceiro, sem que possa imputar participação do autor do dano, o elo de causalidade restaria rompido” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 173), o que torna a questão tormentosa para a jurisprudência por não haver texto expresso em lei para que o entendimento seja pacificado.

#### **4. A TUTELA DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL, POR OMISSÃO, NA CUSTÓDIA DO DETENTO, JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

A princípio, abordou-se a responsabilidade extracontratual do Estado, como conceituação, as teorias que norteiam esse tema, bem como

as excludentes da responsabilidade, destacando suas principais causas.

Para melhor compreensão em relação à responsabilidade do Estado quanto à custódia do detento, faz-se necessário analisar algumas decisões dos tribunais superiores à luz da jurisprudência, a fim de se consagrar a responsabilidade objetiva a partir da Constituição Federal.

#### **4.1 Morte do detento**

Mesmo com o posicionamento de alguns doutrinadores como: José Cretella Júnior, Celso Antônio Bandeira de Mello e em consonância com os mesmos, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que trazem como fundamentos a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva em caso de omissão, “[...] a maioria da doutrina parece pender para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em casos de sua omissão” (DI PIETRO; 2017, p. 827), entendimento esse defendido por Yusef Said Cahali, Odete Meduar e Celso Ribeiro Bastos.

Por certo, a morte do detento pode ocorrer decorrente do homicídio, acidente, morte natural e por suicídio. No entanto, não é aceitável que o Estado não veja o detento como cidadão que possui todas as garantias constitucionais simplesmente por estar recluso, ainda existe ali um ser em sua totalidade, dotado em sua essência de dignidade, bem jurídico que é absoluto.

Percebe-se que das mais graves violações suscitadas no art. 5º, XLIX, a mais relevante será certamente a morte do detendo custodiado pelo Estado, que dentro da inobservância do dever específico de proteção, positivado nesse artigo constitucional, perde sua vida dentro de um sistema



prisonal de total abandono.

O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou esse entendimento por meio da seguinte tese: “em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento” (Tema 592, da repercussão geral).

Referido tema foi decorrente do julgamento do RE 841.526, cuja ementa segue transcrita:

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. **2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.** 3. **É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).** 4. **O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. [...]**<sup>10</sup>. Recurso extraordinário DESPROVIDO (STF - RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016) (BRASIL, 2016, p. 1). (grifo nosso)

Mesmo não tratando especificamente de homicídio, entende o STF que, tanto no suicídio quanto no homicídio existe a responsabilidade do

Estado e o dever de reparação, pois deveria assegurar a integridade física, moral e o respeito à sua vigilância.

Dentro desse aspecto, a temática da responsabilidade civil do Estado quanto a morte do detento é analisada de forma ampla diante da responsabilização estatal objetiva no dever de indenização de forma integral, tanto os causados por ação ou omissão aos seus custodiados, dada a posição de garantidor do segregado.

Não é porque o indivíduo cometeu um ato ilícito que deve ser abandonado na proteção dos seus direitos. O Estado negligencia através do sistema prisional a incolumidade daqueles que estão sob sua custódia, desrespeitando as normas constitucionais e é neste sentido que se questiona qual o limite da responsabilização do Estado pelos danos causados àqueles que estão sendo administrados.

José Cretella Júnior (1980, p. 251-2) afirma que é necessário a observância, em caso de óbito, não é relevante para responsabilidade civil do Estado, sendo o preso morto, cometido suicídio, a pessoa jurídica pública responde pela morte por culpa *in vigilando*. Então, admite-se que a teoria objetiva, mesmo na omissão, tendo por objetivo sempre o dever de proteção à vítima, no caso em tela, os detentos, que sofrem com a conduta omissiva do Estado que tinha o dever de evitar o dano, porém, não o fez, pois cada detento está exposto à situação de riscos inerentes à convivência derivada da grave superlotação carcerária juntamente com as péssimas condições dos presídios porque passa todo o Sistema Prisional do Brasil.

Em análise ao Recurso Extraordinário que foi interposto, onde a Relatora foi a Min. Carmem Lúcia, que deu provimento restabelecendo a

sentença condenatória proferida no caso, pelo Juízo de Primeiro Grau, firmando-se no entendimento do STJ onde, a morte do detento atrai a forma da responsabilidade objetiva do Estado, devidamente fundamentado no art. 37,§ 6º da Constituição Federal da República (BRASIL, 2010) tem-se demonstrado de forma inequívoca a tese da responsabilidade objetiva do Estado, assim vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. CONDOTA OMISSIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE nº 594.902/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 2/12/10); AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. OMISSÃO ESTATAL. INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AGRAVO IMPROVIDO. I - O Tribunal possui o entendimento de que o Estado se responsabiliza pela integridade física do preso sob sua custódia, devendo reparar eventuais danos. Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à existência denexo causal entre a omissão do Estado e o resultado morte, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravo regimental improvido” (AI nº 799.789/GO-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º/2/11); “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 594.902/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 2/12/10) (BRASIL, 2008, p. 1) (grifo do autor)

A discussão em tela poderá também ser analisada a partir dos Recursos Especiais nº 215.981 com Relator Min. Néri da Silveira, Segunda Turma; do RE 481.210 Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma; e RE

272.839 Rel. Min. Gilmar Mendes, que consignou em seu voto: “[...] uma das hipóteses do reconhecimento da responsabilidade do Estado, consubstancia-se no dever de vigilância que lhe é atribuído”, todos no sentido de reafirmar a responsabilidade objetiva na morte dos segregados.

Em julgado AREsp 346952, com Relator o Ministro OG Fernandes em 15/10/2013, configurou-se o entendimento da responsabilidade objetiva do Estado:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de morte de preso custodiado em unidade prisional. 2. Para que se examine a alegativa de que não há nexos de causalidade entre o ato ilícito e o dano, na hipótese, faz-se necessário o revolvimento dos elementos fático-probatórios da demanda, o que não é permitido no âmbito do apelo especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. A redução do quantum indenizatório a título de danos morais apenas é possível, caso verificada a exorbitância do valor fixado pela Corte de origem, o que não ocorreu no caso. Precedente: AgRg no REsp 1325255/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/6/2013, DJe 17/6/2013. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 346.952/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 23/10/2013)(BRASIL, 2013, p. 1)

Nesse julgado, ficou fixado valor indenizatório à família do detento no valor de R\$ 30 mil, por omissão do Estado na custódia do segregado, ficando caracterizada a obrigação de indenizar imputada a entidade estatal, com base no art. 5º, XLIX, que assegura ao preso à integridade física como direito fundamental.

Porém, em caso de morte natural do detento, o Estado não será responsabilizado, salvo quando o detento possui uma doença preexistente e não recebe os devidos cuidados, pois mesmo que o Estado não seja o

responsável pela sua doença tem o dever de zelar pela sua vida e saúde.

#### **4.2 O suicídio do detento**

O entendimento que também predomina é de que mesmo no suicídio do detento a responsabilidade do Estado não será excluída, pois estaria presente a inobservância do seu dever específico de proteção. Tal prerrogativa serviu de base para várias decisões o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 841.526 (BRASIL, 2016), já mencionado, onde foi configurada a responsabilidade objetiva do Estado. A doutrina majoritária, na questão do suicídio, não se chegou em nenhum momento a questionar qual aplicação da teoria, pois de fato, inexistiu o rompimento do nexo causal, elemento de essencial importância para que se configure qualquer das teorias.

Todavia, se faz necessário observar o dever que a Administração Pública tem em antever acontecimentos dentro das carceragens como no caso do suicídio. A Administração Pública, na observância de que alguns detentos já apresentam em seu histórico distúrbio psiquiátrico, faz uso de medicamentos controlados, é usuário de drogas, ou que manifestem algum tipo de comportamento de que necessite de acompanhamento psicológico durante a sua custódia, que acaso não ocorra, poderão quaisquer desses sintomas, resultar em suicídio, aqui restará demonstrada a falta do serviço do Estado que não previu, quando deveria, o evento danoso.

No julgamento do REsp 1.671.569/SP o STJ deixou claro que é possível aos familiares do detento pleitear o pagamento de indenização



por danos morais, em caso de suicídio deste, senão veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SUICÍDIO. DETENTO. CADEIA PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MATERIAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se de pedido de indenização por dano material e moral contra o Estado de São Paulo em decorrência de suposto suicídio de detento por autoenforcamento, ocorrido em cela da Delegacia de Investigações Gerais da cidade de Marília/SP. 2. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública é objetiva, pois é dever do estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia, portanto mostra-se equivocada a interpretação realizada pelo egrégio Tribunal bandeirante.

3. A melhor exegese da norma jurídica em comento é no sentido de que o nexo causal se estabelece entre o fato de o detento estar preso, sob proteção do Estado, e o seu subsequente falecimento. Não há necessidade de se inquirir sobre a existência de meios, pela Administração Pública, para evitar o ocorrido e, muito menos, se indagar sobre a negligência na custódia dos encarcerados.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 1671569/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017)

Extrai-se o seguinte excerto desse julgado, em que se arbitra o *quantum* indenizatório:

Diante do exposto, conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, para, restabelecendo a sentença, fixar os danos morais em R\$ 62.200,00 (sessenta e dois mil e detentos reais). A correção monetária de indenização por dano moral incide a partir da data do arbitramento (Súmula 362/STJ), no caso a data da sentença. Os juros moratórios, no caso de indenização por dano moral, correm a partir da data do evento danoso (Súmula 54/STJ).

Contudo, sabe-se que não seria o recolhimento à custódia do Estado que geraria o nexo de causalidade para que ocorresse o suicídio, mas as condições precárias dos estabelecimentos prisionais que



despreparados para perceber as reais necessidades dos apenados que chegam a dar fim a própria vida, e que trazem no resultado morte a configuração da omissão Estatal.

No RE 841.526, onde foi condenado o Rio Grande do Sul, o Min. Luiz Fux, deixou claro que: "[...] se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade Civil do Estado" (BRASIL, 2016, p. 1), não prosperando assim a teoria de que o suicídio do detento configure causa da excludente da responsabilidade civil.

Nesse ínterim, a crise do Estado que não consegue promover leis eficazes, inflama o sistema penitenciário com a falta de um planejamento administrativo eficiente que não consegue de forma ampla o cumprimento das condutas institucionalizadas, percebendo um descaso nítido quanto à situação dos encarcerados, com superlotação, sem condições dignas de sobrevivência, sujeitos a ociosidade e a deterioração contínua do caráter, pois estão expostos ainda mais a influência criminal arraigada nos presídios.

Devidamente positivado no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade civil estatal se sujeita à teoria do risco administrativo nas condutas comissivas, e excepcionalmente, nas omissivas desde que fora afastada a teoria civilista. É, portanto, dever do Estado e direito inegável do detento que sua pena seja cumprida de forma humanizada, com as devidas garantias de que sua integridade física e moral sejam absolutamente preservadas como prescreve o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

A violação do direito constitucional acontece quando o Estado que tem o dever de garantidor, não atua de forma efetiva na proteção ao

detento. O nexo de causalidade é postulado na omissão do Estado em relação ao dano sofrido pelo detento nos casos em que o poder público tem o efetivo dever e possibilidade de agir para que se obste o resultado danoso, porém não o faz. Assis (2007, p. 1) entende que a problemática do descaso com a saúde do detento é censurável, a superlotação das celas, a precariedade e insalubridade que tornam as prisões um ambiente propício a epidemias e contágio de doenças, além de fatores estruturais aliados a alimentação precária, sedentarismo, uso de substâncias ilícitas fazem com que o preso que entrou sadio saia da prisão com algum comprometimento de saúde.

Nesse sentido, é o tema 365, da repercussão geral do STF:

Considerando que **é dever do Estado**, imposto pelo sistema normativo, **manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos**, inclusive morais, comprovadamente **causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento**. (BRASIL, 2017, p. 1)(grifo nosso).

O caráter ressocializador e humanitário cada vez fica mais distante, pois a custódia dos detentos em nefastas condições viola o princípio do direito civil também aplicado à esfera penal consubstanciado no art. 5º que dispõe: "[...] na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (BRASIL, 1942, p. 1). O que parece ocorrer é uma penalização mais dura do que a própria lei, pois o Estado condena o apenado a pagar a pena e a também pagar pela falta das condições mínimas de sobrevivência quando de sua permanência no cárcere privado.

Com base no exposto, é devidamente configurada a falta de

segurança e descontento da população carcerária, além das rebeliões e das fugas em massa. Outro fator de grande importância e que complementa as informações acima é a falta de efetivo nas penitenciárias, facilitando a ação dos presos e aumentando o número de fugas.

Na conceituação da teoria do dano direto e imediato, que era exigência do Supremo Tribunal Federal para que fosse caracterizado o nexo de causalidade, conforme leciona Di Pietro (2017, p. 829) aduz que “[...] só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano direto e remoto, quando para a produção deste, não haja causa sucessiva”.

Nesse sentido, já se pronunciou o STJ:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **ART. 535, II, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. DISSENSO PRETORIANO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 126/STJ.**

1. Não se conhece do recurso por violação do art. 535, II, do CPC quando a recorrente se limita a transcrever os embargos de declaração e afirmar que as questões ali apontadas como omissas deveriam ter sido examinadas. Deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.

2. O nexo de causalidade e, portanto, a responsabilidade civil do Estado foram excluídos, no acórdão recorrido, com base nas peculiaridades existentes no caso concreto como o lapso temporal entre a conduta criminosa e a fuga do presidiário e também a distância entre o local do ato e o estabelecimento prisional. Esses elementos reforçam a inexistência da divergência pretoriana, ante a ausência de similitude fática entre os julgados confrontados.

3. O STJ apenas tem reconhecido a responsabilidade civil estatal por omissão, quando a deficiência do serviço tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido, situação não constatada nos autos.

4. Apesar de haver fundamentação fulcrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não foi apresentado pela agravante recurso extraordinário, o que reclama a aplicação do óbice da Súmula 126/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(STJ – AgRg no AREsp 173.291/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA,

SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012)

Todavia, em determinadas situações vêm-se mitigando a aplicação da teoria do dano direto e imediato, conforme o se observa do seguinte julgado do STF:

**EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão.** Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (STF - RE 409203, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-03 PP-00480 RTJ VOL-00200-02 PP-00982 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 268-298 RMP n. 34, 2009, p. 281-302)(BRASIL, 2009, p. 1) (grifo nosso).

Considerou-se acima, a omissão do Estado em cumprir a Lei de Execução Penal, como causa suficiente de responsabilizar diretamente o Estado pelo crime de estupro praticado por fugitivo de penitenciária, pois o criminoso encontrava-se submetido ao regime aberto, mas não retornou à prisão, invadindo a casa das vítimas exigindo dinheiro e acabando por estuprar uma criança de 12 anos de idade. Em suas palavras o Min.

Joaquim Barbosa (BRASIL, 2007, p. 1) assim asseverou:

Se a lei de execução penal houvesse sido aplicada com um mínimo de rigor, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições que originalmente lhe foram impostas. Por via de consequência, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime que cometeu, num horário em que deveria estar recolhido ao presídio.

Evidenciou-se a omissão do Estado no cumprimento de sua obrigação fiscalizadora, causa da fuga e conseqüentemente a prática do delito em questão, pois o mesmo ao tempo em que praticou o ato deveria estar recluso e nesse caso, o Estado deveria impedir que os presos custodiados reingressassem ilegalmente à sociedade constatando a ausência de vigilância ou falha do serviço público o que veio a caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A responsabilidade civil visa à reparação a um dano sofrido como conseqüências de atos lícitos e ilícitos, obrigando o causador do dano a restabelecer a coisa ou adimplir com a obrigação.

Mais especificamente a responsabilidade extracontratual do Estado versa sobre o dever que o poder público tem de reparar danos a terceiros, quando os danos resultam de comportamentos da Administração Pública, incidindo em casos excepcionais como no caso dos detentos que são administrados pelo Estado.

Verifica-se que apesar da discussão contrária de alguns doutrinadores à cerca de qual teoria a ser aplicada quando da responsabilidade por omissão, parte dos doutrinadores tende para defender



que a responsabilidade civil do Estado, mesmo na omissão, seja a responsabilidade objetiva, teoria esta adotada pelos Tribunais Superiores atualmente, em casos específicos como visto.

Respondendo à problematização apresentada, verificou-se que em julgados recentes, os Tribunais Superiores têm decidido no sentido de que a responsabilidade do ente público é objetiva, pois justifica-se a obrigação de reparar o dano causado, quando por omissão o Estado deixa de prestar a assistência devida já que é possuidor do direito de cerceamento da liberdade dos detentos e sob esta ótica deve proporcionar o efetivo exercício da garantia fundamental que é a preservação da dignidade humana assegurada pela Carta Magna.

Observa-se que a Constituição Federal em seu art. 5º, Inciso XLIX, consagra a regra de que aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral, não comportando este dispositivo qualquer alteração ou emenda, embasando assim a defesa de que mesmo estando segregados esses indivíduos possuem direitos e garantias que devem ser respeitados em todos os seus aspectos acima de qualquer ressalva, mesmo quando no caso de morte em decorrência de suicídio, pois, o Estado também tem o dever de vigilância.

Por fim, se avalia que mesmo com a doutrina majoritária defendendo que a responsabilidade por omissão, se dê de forma subjetiva, a linha de entendimento que tem predominado nos julgados a respeito do tema, como nos casos, de lesão à integridade física ou moral dos detentos, da responsabilidade civil do Estado é objetiva ante a regra do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que confirma a teoria do risco administrativo, sem fazer distinção se a conduta do Poder Público é comissiva (ação) ou





omissiva não precisando a vítima, no caso os detentos ou familiares, a depender do caso, provar a culpa.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, J. **Da responsabilidade civil**. 5 ed; v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ASSIS, R. D. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. 2007 Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BASTOS, L. R. **Manual para elaboração de projetos, relatórios de pesquisas, teses, dissertações e monografia**. 6 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2003.

BERTUCCI, Janete Lara de Oliveira. **Metodologia básica para elaboração de trabalhos de conclusão de cursos: ênfase na elaboração de TCC de Pós-graduação Latu Senso**. São Paulo. Atlas 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário 841.526/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016 (repercussão geral) (Info. 819). Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000262951&base=base Monocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000262951&base=base%20Monocraticas). Acesso em 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário 173.291/PR**, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 07/08/2012 (repercussão geral) (Info. 819). Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000262951&base=base Monocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000262951&base=base%20Monocraticas). Acesso em 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **Recurso Extraordinário 409.203**. Rel. para o Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Julgado em 20/4/2007. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>. Acesso em 28 mai. 2018.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **AgRg no AREsp: 346952/PE**. 2013/0158015-1 Rel. Min. OG FERNANDES, Julgado em 15/10/2013, Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24314015/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-346952-pe-2013-0158015-1-stj>. Acesso em 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma **Recurso Extraordinário nº 418.566/PB-AgR**. Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 28/3/08. Disponível em [stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=187...24/...](http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=187...24/...) Acesso em 12 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário 594.902/DF**, Relator: Min. Cármen Lúcia, julgado em 09/11/2010, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 01-12-2010 PUBLIC 02-12-2010 EMENT VOL-02443-02 PP-00328). Disponível em <https://www.legjur.com/noticias/3044/stj-2-t-responsabilidade-civil-do-estado-dano-m>. Acesso em 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **Recurso Extraordinário 1671569/SP**. Rel. para o Acórdão Min. Herman Benjamin, Julgado em 27/06/2017. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/585786248/agravo-em-recurso-especial-aresp-1271675>. Acesso em 14 de jun. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 03 de abr. 2018.

BRASIL. **Lei No 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Texto compilado. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm). Acesso em 28 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 914/2003**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm). Acessado em: 15 de fev. 2018.



BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942:** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Texto Compilado). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm). Acesso em 28 mai. 2018.

CABRAL, M. M. **Da Responsabilidade civil do condutor do veículo automotor:** uma abordagem sob as perspectivas da teoria do risco. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil.** 6 ed. São Paulo, Malheiros, 1999a

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade civil.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2001b

DIAS, J. A. **Da Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009a

DINIZ, M. H. **Curso de Direito civil Brasileiro:** Responsabilidade Civil. Vol.7. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003b

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo:** responsabilidade civil. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIUZA, C. **Direito Civil: curso completo.** 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** V.3: responsabilidade civil. V. 7. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro.** Vol. 4: Responsabilidade Civil. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil.** 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009a.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 4. ed. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2009b.



LAKATOS, E. M; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica:** técnicas de pesquisa. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINELA, F. **Direito Administrativo 2.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, C. R. **Direito Penal Esquemático:** Parte Geral. Vol. 1. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

MEIRELLES, H. L.; BURLE FILHO; J. E. **Direito administrativo brasileiro.** Atualizada até a Emenda Constitucional 90, de 15. 9.2015. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

REIS, C. **Dano Moral.** 4. Ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, S. **Direito Civil.** Volume IV, Editora Saraiva, 19 ed. São Paulo, 2002.

SEVERINO, A.J. **Metodologia do Trabalho Científico.** São Paulo: Cortez, 2016.

SILVA, D. **Vocabulário jurídico conciso.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VADE MECUM. **Obras coletiva de autoria da Editora Saraiva.** Colaboração Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VARELA, J. M. A. **Das obrigações em geral.** vol. I, Ed. 9. reimp., Almedina, Coimbra, 2012.

VENOSA, S. S. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. Vol.4. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2003.