



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
DULCINÉIA SALES DE OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AOS
HOMICÍDIOS EM PRESÍDIOS

CAMPINA GRANDE-PB

2010

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
DULCINÉIA SALES DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AOS
HOMICÍDIOS EM PRESÍDIOS**

Monografia apresentada junto ao
Curso de Direito da Universidade
Federal da Paraíba, na área de
Direito Civil, como requisito para
a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Flávia de
Paiva Medeiros de Oliveira

CAMPINA GRANDE-PB

2010

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

O48r Oliveira, Dulcinéia Sales de.
 A responsabilidade civil do Estado quanto aos homicídios em presídios [manuscrito] / Dulcinéia Sales de Oliveira. – 2010.
 59 f.
 Digitado.
 Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.
 “Orientação: Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira, Departamento de Direito público”.

1. Direito Civil Título.

21. ed. CDD 345


DULCINÉIA SALES DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AOS
HOMICÍDIOS EM PRESÍDIOS**

Monografia apresentada junto ao
Curso de Direito da Universidade
Federal da Paraíba, na área de Direito
Civil, como requisito para a obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Flávia de
Paiva Medeiros de Oliveira

BANCA EXAMINADORA



Orientadora: Prof^ª. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAIBA



Prof^ª. Ms. Raïssa de Lima e Melo
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAIBA



Prof^º. Esp. Plínio Nunes Souza
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAIBA

Campina Grande, 14 de dezembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a DEUS, que é único Digno de toda Honra e toda Glória, pela minha vida e por ter me dado a graça de voltar à universidade;

Ao meu esposo e minhas filhas, que renunciaram o meu convívio por mais de cinco anos, obrigada pela compreensão e carinho. Amo vocês.

Aos meus familiares, pais, irmãos que me incentivaram e me apoiaram sempre nos desafios que tive;

Obrigada, professora Flávia, minha orientadora, por ter compartilhado do seu conhecimento de maneira tão peculiar e me auxiliado neste trabalho, Deus há de lhe retribuir sempre;

Aos amigos e colegas de turma, vivemos bons e agradáveis momentos, com muita alegria;

Dedico-lhes esta conquista com muita gratidão.

*“A causa que defendemos, não é só
nossa, ela é igualmente a causa de todo
o Brasil. Uma República Federal
baseada em sólidos princípios de justiça
e recíprocas conveniências uniria hoje
todas as Províncias irmãs, tornando
mais forte e respeitada a Nação
Brasileira.”*

Bento Gonçalves

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a Responsabilidade Civil do Estado, principalmente quando ocorrem homicídios dentro dos presídios. Sendo o Estado agente responsável por garantir e proteger os direitos dos seus administrados, deve através de políticas públicas lhes proporcionar uma vida no mínimo digna, não devendo causar danos aos seus tutelados, sob pena de responder objetivamente por sua conduta comissiva (ação) ou omissiva (omissão), devendo pagar indenização, no caso específico deste trabalho, aos familiares dos apenados. Para abordarmos o assunto em tela, valemo-nos de uma vasta pesquisa doutrinária e jurisprudencial, evoluindo a partir das diversas teorias que informaram o tema, até se chegar atualmente à Teoria do Risco Administrativo, adotada por nossa Constituição, tendo como fundamento principal o seu artigo 37, § 6º. Trata-se da Responsabilidade Objetiva, ficando a vítima desobrigada de provar o fator culpa, sendo necessário apenas que esteja configurando a conduta do Estado, o nexo de causalidade e o prejuízo suportado pelo administrado, para que haja a responsabilização estatal, por conseguinte, o dever de indenizar o particular. Percebemos que apesar de haver divergências na doutrina, quanto à conduta omissiva ser tratada sempre subjetivamente, em que para se poder exigir reparação estatal, a vítima deverá comprovar a culpa do Estado. O entendimento pacificado nos tribunais e da doutrina majoritária é de que independe de culpa estatal, devido o poder público, pelo Risco Administrativo, torna-se responsável por sua ação ou omissão. Todavia, isto não significa que a administração pública será sempre responsabilizada em virtude de todo e qualquer dano que provoque ao particular. Como regra geral, é preciso demonstrar que a atuação do ente público seja de forma direta (através de seus agentes públicos), seja por omissão na prestação de serviço, teve influência primordial no efetivo evento danoso, ou seja, a relação de conduta, dano e nexo de causalidade devem estar configuradas, aí sim a responsabilidade será sempre objetiva por conduta comissiva ou omissiva. Salientamos que há casos em que haverá a exclusão desta responsabilização, quando ocorrerem os elementos que a excluem, tais como: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior ou danos causados por terceiros. De modo geral, pudemos ver em diversos julgados e casos apresentados na mídia e sites da internet, a patente omissão do Estado, quanto ao caos que se encontra o Sistema Penitenciário Brasileiro, onde vivem milhares de brasileiros em condições subumanas, quando constitucionalmente há garantias que precisam ser efetivadas pelo Estado e este não poderá jamais abrir mão desta função: o dever de guarda e de cuidado dos que estão sob sua tutela, tendo como base o princípio da dignidade humana. Por não agir de forma para mudar a situação destes apenados como prescrito em lei, responderá sempre que uma vida for ceifada dentro dos muros das penitenciárias brasileiras.

Palavras chaves: ATIVIDADE PÚBLICA – CONDOTA OMISSIVA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

ABSTRACT

This research aims to analyze the Civil Liability of the State, especially when there are homicides inside the prisons. The State is the official organ responsible for securing and protecting the rights of its managed. Through its public policies It should provides them a dignified life. The State should never be the guilty of cause harm to their subjects, otherwise It will be responsible for its conduct objectively commissive (action) or omission and for that, should pay damages to the family members of inmates. To approach the issue we made use of extensive research in doctrine and jurisprudence, from the various theories that that did approach the subject to the Administrative Risk Theory, as adopted by our Constitution, in its Article 37, § 6°. This theory deals with the Strict Liability, where the victim is relieved of proving the guilt factor, requiring only that the State conduct is configured, causation and damage suffered by the subordinate. If these factors are presents, there is a State responsibility, therefore, the duty to indemnify the individual. We realize that despite differences in doctrine relative to the conduct by omission always be treated subjectively, where in order to demand compensation from the State, the victim must prove the State's guilt, the understanding in the Courts and for the pacified majority doctrine is that, regardless of the State' fault, the government is responsible for its action or its omission, based the Administrative Risk above named. However, it does not mean that the government will always be liable for any damage causing to the individual. As a general rule, man must prove that the performance of a Public Entity, directly (through its officials), or by the omission of service had a role in effective damaging event, i.e. the connection of conduct, damage and causation must be configured. Only then there will always be objective responsibility for conduct or omission commissive. However, there are cases where the exclusion of liability can takes place. It occurs when the elements that allow this exclusion are presents, which are: the exclusive fault of the victim, the fortuitous cases, force majeure or damage caused by third parties. In general, we could note in several cases judged and presented in the media, (TV, websites, radio) the clear omission of the State, about the Brazilian Penitentiary System's chaos, where millions of brazilians live in subhuman conditions, despite the Constitution ensure guarantees that must be implemented by the State. The State can never give up this role: the duty of custody and care of those under its tutelage, based on the principle of human dignity. By not acting to change the status of these inmates as prescribed by Law, the State will respond whenever a life is cut short within the walls of brazilians prisons.

Keywords: PUBLIC ACTIVITY – OMITTED CONDUCT - LIABILITY.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
2. <i>Evolução histórica.....</i>	10
1.1 <i>Conceito de Responsabilidade Civil.....</i>	13
1.2 <i>Espécies de Responsabilidade Civil:.....</i>	15
1.2.1 <i>Responsabilidade Subjetiva ou Teoria da Culpa.....</i>	15
1.2.2 <i>Responsabilidade Objetiva ou Teoria do Risco.....</i>	16
1.3 Elementos da Responsabilidade Civil:.....	17
1.3.1 <i>Conduta.....</i>	17
1.3.2 <i>Elemento Anímico.....</i>	19
1.3.2 <i>Nexo de Causalidade.....</i>	19
1.3.3 <i>Dano.....</i>	20
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	22
2.1 <i>Evolução da Responsabilidade Civil do Estado.....</i>	24
2.1.1 <i>Teoria da Irresponsabilidade do Estado.....</i>	25
2.1.2 <i>Teorias Civilistas.....</i>	26
2.1.3 <i>Teorias Publicistas.....</i>	27
2.1.3.1 <i>Teoria da Culpa Administrativa ou da Culpa do Serviço.....</i>	27
2.1.3.2 <i>Teoria da Responsabilidade Objetiva ou do Risco.....</i>	28
2.2 <i>Excludentes.....</i>	30
2.3 <i>Tipos de conduta que ensejam a responsabilidade civil do Estado.....</i>	33
2.3.1 <i>Conduta comissiva.....</i>	34
2.3.2 <i>Conduta omissiva.....</i>	35
2.4 <i>Responsabilidade Civil do Estado decorrente de Conduta Omissiva.....</i>	39
2.4.1 <i>Princípio da Legalidade e a Conduta Omissiva.....</i>	44
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTOS AOS HOMICÍDIOS EM PRESÍDIOS.....	46
3.1 <i>Natureza Jurídica.....</i>	49
3.2 <i>Requisitos para a caracterização.....</i>	51
3.3 <i>Análise de casos.....</i>	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

A noção de responsabilidade surge num momento em que o homem passa a ter consciência da necessidade de convivência harmônica e respeitosa perante a sociedade, cuja responsabilidade aqui é natural, e se faltar esta consciência surge o ordenamento social para lhe impor limites e posturas comportamentais com o intuito exclusivo do desenvolvimento do grupo social e o bem estar coletivo.

Somos obrigados a viver uns com os outros e precisamos de regras de proceder, sem as quais seria o caos. Em todo o tempo ou lugar em que os seres humanos coexistam, seja na família ou na sociedade, há e sempre haverá regras e princípios e normas de condutas para orientarem a atuação das pessoas nas suas relações sociais. Daí, porque a vida em sociedade, sendo uma condição natural do homem, necessita de organização, regulamento e ordem nestas relações. Esta ordem é realizada pelo Direito, que nada mais é do que o conjunto ordenado de princípios e regras tendentes a viabilizar a vida em sociedade.

Com a modernidade, novas invenções e tecnologias, o aumento populacional aproximou e acirrou muito estas relações pessoais, daí surgirem motivos para conflitos e colisão de direitos. Surgem os danos, por prática de atos ilícitos, nas mais diversas relações, desde a familiar até nas relações entre o Estado e os membros de uma nação. É neste enfoque, que o presente trabalho objetiva discorrer: a responsabilidade civil do Estado quando deixa a desejar na função de tutor e garantidor dos direitos dos subordinados, quando age comissivamente ou às vezes de forma omissiva, em especial quanto aos homicídios em presídios.

Analisaremos os aspectos peculiares dessa responsabilidade, quais as formas de incidências e as causas em que ela se configura. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 adotou a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, baseada no Risco Administrativo, segundo o qual, cabe ao Estado responder pelos atos de que seus agentes nessa qualidade causem danos a outrem, pelo risco inerente à sua atividade, conforme preceitua o artigo 37, § 6º da Constituição vigente: *“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.”*

CAPÍTULO I – A RESPONSABILIDADE CIVIL.

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA:

No início da civilização humana, a responsabilidade civil fundava-se na vingança grupal ou coletiva que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor, pela ofensa a um de seus componentes. O instituto evoluiu para uma reação individual, ou seja, a vingança pública, em que os homens faziam justiça com suas próprias mãos, fundamentados na Lei de Talião, que é conhecida até hoje pela expressão “*olho por olho, dente por dente*”¹.

O poder público, neste caso, intervinha apenas para ditar como e quando a vítima poderia ter o direito de retaliação, ensejando no lesante dano idêntico ao que foi produzido. No Direito Romano prevaleceu à noção básica do delito, no qual a vingança privada tornou-se o fator genérico que pairava sob a idéia predominante de responsabilidade, não se distanciando, com isso, das civilizações que o precederam.

Depois surgiu a idéia da composição voluntária, prevalecendo o entendimento de que seria mais racional a reparação do dano por meio de prestação da *poena* (prestação através de uma pena) e outros bens, do que cobrar a pena de Talião. Após essa fase, surgiu a composição legal, em que o ofensor era punido pelo Estado de modo muito tímido, como a fratura de um osso e ofensas ordinárias como violências leves, bofetadas, golpes, etc.

A evolução só ocorreu com a introdução, nos conceitos jus-romanísticos, da *Lex Aquilia de Damo*², que derivou dos tempos da República e sedimentou a idéia de reparação pecuniária, em face do valor da *res* (coisa). Com relação à culpa, há controvérsias entre os autores a respeito de suas origens. De um lado, sustentam que a idéia de culpa era estranha à Lei Aquilla; de outro, afirmam que esta lei não a negava, defendendo sua presença como elementar na responsabilidade civil (*In Lege Aquilia ET levíssima culpa venit*).

¹ Como bem esclarece Orlando Estevão Da Costa Soares: “*Esse período histórico, como se sabe, constituiu a denominada vingança privada, que evoluiu no sentido da vingança divina (ou sacral, realizada em nome de Deus) e, finalmente, cristalizou-se, na vingança pública (em nome do Estado), nos tempos modernos*” (SOARES, Orlando Estevão da Costa. *Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudências*. 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 01).

² VENOSA. Silvio de Salvo, *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral*. Volume 2 – Editora Atlas, 2003, p.18/19.

Foram surgindo certos princípios gerais e a responsabilidade evoluiu sob o prisma de seu fundamento, se baseando no dever de reparar o dano não somente quando houvesse culpa, a *responsabilidade subjetiva*, como também pela *Teoria do Risco*, denominada *responsabilidade objetiva*, em que todo risco deve ser garantido, independentemente da existência de culpa ou dolo do agente causador do dano, neste caso, o Estado.

O Brasil jamais acatou a teoria da irresponsabilidade do Estado e, ainda que não houvesse à época dos fatos normas legais expressas que determinasse a responsabilização estatal pelos seus atos, tanto à jurisprudência como a doutrina trataram de afastar aquela antiga orientação³.

A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 178, n. 29, dispunha que: “*Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por serem efetivamente responsáveis por seus subalternos*”. A Carta de 1891, em seu artigo 82, repetiu a mesma redação do citado dispositivo.

Pela leitura do preceito imperial poder-se-ia, em um primeiro momento, aludir ao fato de que somente o funcionário era responsável pelo evento danoso excluindo-se então, do âmbito de atuação da norma, a pessoa política. Porém, conforme relata Di Pietro (2002)⁴, havia leis ordinárias que previam a responsabilização do Estado como sendo solidária à do agente público. Tal situação foi acolhida pela jurisprudência pátria.

Com o advento do Código Civil de 1916, passa-se a acatar a teoria subjetiva como regra no direito positivo brasileiro. Dispunha o artigo 15 do citado diploma: “*As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano*”.

Ainda que o preceito citado demonstrasse claramente o caráter subjetivo da responsabilidade estatal através da expressão “... *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei...*”, uma vez que era necessária a demonstração de culpa do funcionário para ulterior responsabilização do Estado, a má redação do dispositivo levou alguns doutrinadores a defenderem a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - Direito Administrativo. 14ª edição - Editora Atlas. São Paulo, 2002 Op. cit., p.528.

⁴ Op. cit. Nota 3, p. 528.

Vale aqui citar a lição de Hely Lopes Meirelles (1998), que assim elucida a questão: *“Temos para nós que o questionado art. 15 nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado”*⁵.

As Constituição de 1934 bem como a Carta de 1937 assim trataram a questão: *“Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”*. Restava acolhido o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, com fundamento na teoria subjetiva da responsabilidade estatal.

Somente com o advento da Constituição de 1946 é que foi introduzida normativamente em nosso país a *teoria da responsabilidade objetiva do Estado*. Assim dispunha o artigo 194 do citado diploma legal: *“As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”*. E, no parágrafo único do mesmo artigo, lia-se: *“Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”*.

O Diploma de 1967, bem como a Emenda nº 1 de 1969, repetiram a norma da Carta de 1946 acrescentando, apenas, que a ação regressiva – *objeto do parágrafo único* – movida pela Administração contra o funcionário caberia em caso de culpa ou dolo do mesmo.

Por sua vez, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, § 6º, determina que: *“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”*.

O Código Civil de 2002, ainda que não tenha repetido a norma do artigo 15 do código Civil de 1916, determina, em seu artigo 43 que: *“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito de regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”*. Ainda que tenha previsto tal responsabilidade, o texto legal do Código Civil é atrasado em relação ao dispositivo constitucional, uma vez que omite as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

⁵ MEIRELES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 23 ed. Editora Atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

É com fundamento neste dispositivo, que faremos uma abordagem mais pormenorizada acerca das características e elementos constitutivos da responsabilidade estatal, bem como por qual teoria optou legislador pátrio ao conceber referido dispositivo, o dano passível de indenização, quais as causas que afastam ou atenuam o dever de ressarcir do Estado pelo dano causado a terceiros.

1.2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL:

O vocábulo Responsabilidade vem do verbo latino *Respondere*, ou seja, o fato de alguém se constituir garantidor de algo. A origem do nome não nos auxilia muito no conceito atual, uma vez que seu significado original seria “*posição daquele que não executou o seu dever*”, ou ainda, “*a idéia de fazer com que se atribua a alguém, em razão da prática de determinado comportamento, um dever*”⁶. Juridicamente relevante seria a responsabilidade imposta àquele que, com sua conduta comissiva ou omissiva, violou bem juridicamente protegido, gerando para ele uma sanção.

Bem salientou *Serpa Lopes*⁷:

A violação de um direito gera a responsabilidade em relação ao que o perpetrar. Todo ato executado ou omitido em desobediência a uma norma jurídica, contendo um preceito de proibição ou de ordem, representa uma injúria privada ou uma injúria pública, conforme a natureza dos interesses afetados, se individuais ou coletivos.

Portanto, a *responsabilidade civil* é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. Em direito, a Teoria da Responsabilidade procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outrem e que medida está obrigada a repará-lo. Esta reparação é feita quase sempre através de indenização, e na forma pecuniária. Este dano pode ser à integridade física, moral ou aos bens de uma pessoa.

⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, 14 edição, São Paulo, Editora Saraiva, p.5.

⁷ LOPES, Miguel de Serpa. Curso de direito civil. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 8, p.550-551.

A responsabilidade civil no sentido lato sensu consiste na obrigação de reparar os danos causados a outrem, pela violação de direitos seja resultante de inadimplemento, da má execução ou do atraso do cumprimento das obrigações negociais, seja resultante da violação de direitos alheios (direitos estes absolutos tais como: os direitos da personalidade, os direitos reais e os direitos sobre bens imateriais que também são merecedoras da tutela jurídica).

A responsabilidade civil em stricto sensu significa a segunda categoria de obrigações que consiste de reparar danos resultantes do dever geral de *neminem laedere* (a ninguém ofender) conforme o art. 927, caput do CC de 2002, senão vejamos: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*” Também há a obrigação de ressarcir danos causados nas obrigações negociais que se ampara no art. 389 do CC: “*Não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.*” O princípio *neminem laedere* (a ninguém ofender) que inspirou normas da legislação ordinária afigura-se de forma indissociável da norma secundária infraconstitucional devendo, portanto, integrá-la na interpretação e aplicação do caso concreto de responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, *na acepção estrita ou técnica* é tradicionalmente chamada *de extracontratual* enquanto que a responsabilidade negocial é usualmente chamada *de responsabilidade contratual*.

A responsabilidade civil tem por finalidade precípua o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano. Por isso, no nosso ordenamento jurídico a responsabilidade civil não é só abrangida pela idéia do ato ilícito, mas também o ressarcimento de prejuízos em que não se cogita da ilicitude da ação do agente ou até da ocorrência de ato ilícito, garantida pela Teoria do Risco, haja vista a idéia de reparação ser mais ampla do que meramente o ato ilícito.

O princípio que sustenta a responsabilidade civil contemporânea é o da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição do prejudicado ao *status quo*. Neste diapasão, a responsabilidade civil possui dupla função na esfera jurídica do prejudicado:

- a) Mantenedora da segurança jurídica em relação ao lesado;
- b) Sanção civil de natureza compensatória.

1.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL:

Podemos afirmar que a responsabilidade civil pode se apresentar sob vários aspectos, sendo ela de natureza civil, penal ou administrativa. Vamos nos ater neste trabalho a responsabilidade civil de natureza civil, quais sejam:

1) Quanto ao seu **fundamento**, poderá ser:

- a) *Responsabilidade subjetiva* – presente sempre o pressuposto *culpa ou dolo*. Portanto, para sua caracterização devem coexistir os seguintes elementos: *a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano*.
- b) *Responsabilidade objetiva* – não há a necessidade da prova da *culpa*, bastando à *existência do dano, da conduta e do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a ação do agente*. A responsabilidade está calcada no risco assumido pelo lesante, em razão de sua atividade.

Vamos nos debruçar sobre as definições das responsabilidades citadas acima, de forma mais detalhada, senão vejamos:

1.3.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU TEORIA DA CULPA:

Esta chamada de *teoria clássica e tradicional da culpa*, que pressupõe sempre a existência de culpa (*lato sensu*), abrangendo o dolo (pleno conhecimento do mal e direta intenção de praticá-lo) e a culpa (*stricto sensu*), violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar, mas que descumpre por negligência, imprudência ou imperícia. Se estes atos impliquem em violar o direito alheio e traga prejuízo a outrem, surge, portanto a obrigação de indenizar.

A doutrina da *responsabilidade subjetiva* tem como extremos legais: a) a existência de um dano contra o direito; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato imputável ao agente; c) a culpa deste, isto é, que ele tenha agido com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

O *Código Civil Brasileiro* filiou-se à *teoria da culpa*. É o que se pode verificar no artigo 186 do novo diploma, que erigiu o dolo e a culpa com fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Em princípio, para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa; sem prova desta inexistente obrigação de reparar o dano. A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em outros dispositivos.

É o que discorre o artigo 186, do novo Código Civil: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

1.3.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU TEORIA DO RISCO:

Na *responsabilidade objetiva* a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Segundo esta teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Portanto, a teoria que melhor explica a responsabilidade objetiva é a do *risco criado*, pelo qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente que cria risco a direitos ou interesses alheios. Nesta teoria não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma, que é potencialmente geradora do risco a terceiros.⁸ Como se verifica, na teoria do risco criado a responsabilidade civil é realmente objetiva, por prescindir de qualquer elemento subjetivo, de qualquer fator anímico; basta a ocorrência de dano ligado causalmente a uma atividade geradora de risco, normalmente exercida pelo agente.

⁸ PEREIRA. Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 284/285.

1.4 . ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL:

Para que tenhamos uma melhor noção da essência da Responsabilidade Civil do Estado, se faz necessário que enfoquemos preliminarmente os elementos constitutivos da Responsabilidade Civil, haja vista ser esta o embasamento teórico daquela. Sabendo que a responsabilidade objetiva reflete a não necessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência de culpa do agente ou do serviço, bastando à configuração da relação de causalidade entre a conduta do Estado e o resultado danoso ao administrado para que haja a responsabilização do ente estatal. Para que esteja devidamente configurada esta responsabilidade é imperiosa a existência de pressupostos básicos, como disciplina o artigo 186 do Código Civil, quais sejam:

1.4.1 CONDUTA (Ação ou Omissão):

A *Conduta* é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, causando com isto, conseqüências jurídicas. A Lei se refere a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha causar dano a outrem.

A responsabilidade pode derivar de **ato próprio** (Arts. 940, 953, CC e ss) conforme prescreve o dispositivo citado acima:

“Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”; “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.”

De **ato de terceiro** que esteja sob a guarda do agente (Art. 932, CC):

“São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”.

E, ainda, de **danos causados por coisas** (Art.937, CC): *“O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.”* Como também por **animais** (Art.936, CC): *“O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior ”*, que lhe pertençam.

Podemos dizer, portanto, que a conduta seria um comportamento humano, *comissivo ou omissivo, voluntário e imputável*. Por ser uma atitude humana exclui os eventos da natureza, voluntário no sentido de ser controlável pela vontade do agente, quando de sua conduta, excluindo-se, aí, os atos inconscientes ou sob coação absoluta; imputável por poder ser-lhe atribuída à prática do ato, possuindo o agente discernimento e vontade e ser ele livre para determinar-se.

1.4.2 – ELEMENTO ANÍMICO:

Como elemento anímico da responsabilidade civil tem-se: *o dolo e a culpa*. O primeiro é a vontade deliberada, intencional de praticar a conduta e conseguir o resultado. O segundo é a aquisição do resultado mediante conduta não voluntária, ou seja, sem que o agente tenha a vontade manifesta de praticá-la. A culpa usualmente é configurada nos contornos da *negligência, imprudência e imperícia*, pela falta de diligência que se exige do homem médio. Como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o Código Civil em alguns casos presume a culpa, como no caso do artigo 936; em outros, responsabiliza o agente independente de culpa, como no parágrafo único do artigo 927 e no artigo 933, sendo leis especiais também admitem, em hipóteses específicas, casos de responsabilidade independentemente de culpa, fundada no risco. Vejamos o que dita estes dispositivos:

“O dono ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. (Art. 936, CC)

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente 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 dos outrem. (Art.927, parágrafo único, CC)

As pessoas indicadas nos incisos I a V, do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (art.933, CC)

1.4.3 – O NEXO DE CAUSALIDADE:

O *nexo de causalidade* consiste na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. Vem expresso no verbo “*causar*”, empregado no artigo 186, já citado anteriormente. Sem ele, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente o nexo de causalidade e, também, a obrigação de indenizar. As excludentes da

responsabilidade civil, como *a culpa da vítima e o caso fortuito e a força maior* (Art. 393, CC), rompe o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do agente, vejamos o artigo:

O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizados.

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

1.4.4 – DANO:

O dano representa uma circunstância elementar ou essencial da responsabilidade civil, ele está presente tanto na Teoria da Responsabilidade Subjetiva como na Teoria da Responsabilidade Objetiva. Configura-se quando há lesão sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos pelo direito, relacionando-se a sua própria pessoa (moral ou física), aos seus bens e direitos.

Para o *dano* ser passível de indenização há necessidade de apuração de alguns requisitos: *atualidade, certeza e subsistência*. O dano atual é aquele que efetivamente já ocorreu. O dano certo é aquele fundado em fato certo, e não calcado em hipóteses. A subsistência consiste em dizer que não será ressarcido o dano que já tenha sido reparado pelo responsável.

O *dano* poderá ser *patrimonial* ou *moral*. **Patrimonial** é aquele que afeta o patrimônio da vítima, perdendo ou deteriorando total ou parcialmente os bens materiais economicamente avaliáveis. Abrange *os danos emergentes* (o que a vítima efetivamente perdeu) e *os lucros cessantes* (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar), referendado no artigo 402, do Código Civil: “*Salvo exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar.*” Já o **dano moral** corresponde à lesão de bens imateriais, denominados bens da personalidade (honra imagem, etc.).

O *dano* também pode ser *reflexo* ou *em ricochete*, correspondendo ao fato de uma pessoa sofrer, por reflexo, um dano, que primariamente foi causado a outrem. Por exemplo,

uma separanda que deixa de receber pensão alimentícia em razão da superveniente incapacidade física do ex-marido, esta decorrente de ato ilícito praticado por terceira pessoa.⁹

A inexistência de dano torna sem objeto a pretensão a sua reparação. Às vezes a lei presume o dano, como acontece com a Lei de Imprensa, que pressupõe a existência de dano moral em casos de calúnia, injúria e difamação praticadas pela imprensa. Acontece o mesmo em ofensas aos direitos de personalidade.

⁹ Op. cit. Nota 6, p. 42; SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *Direito Civil: responsabilidade civil*, São Paulo, Editora Atlas, 2000, pág.91.

CAPÍTULO II - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:

Já é pacífico o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro admite que o Estado possa causar prejuízos aos seus administrados, através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, resultando-lhe a obrigação de recompor tais danos. A responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, compatível com sua situação jurídica, pois potencialmente tem o condão de proporcionar prejuízos maiores.

Atualmente, o assunto está regulamentado no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que trouxe duas inovações em relação às Constituições anteriores: substituiu a expressão “*funcionários*” por “*agentes*”, mais ampla, e estendeu essa responsabilidade às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (concessionárias, permissionárias): “*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.*”

O novo Código Civil tratou do assunto no artigo 43, *verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito de regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

De início, interessante a esta análise acerca do conceito de responsabilidade civil do Estado, muito bem elucidado pelo ilustre jurista Yussef Said Cahali¹⁰:

No desenvolvimento das funções que lhe são próprias e na realização dos fins colimados, o Estado desdobra-se em organismos e órgãos, estruturando-se segundo uma aparelhagem complexa, sem prescindir, todavia, do elemento humano, da pessoa física, na execução daquelas tarefas: são seus agentes, seus funcionários, seus servidores, seus

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

prepostos, aos quais delega atribuições ou poderes para agir, de tal modo que os atos por estes praticados representam atos da própria entidade estatal.

Assim, e na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

A atividade funcional do Estado, como ser abstrato, realidade acidental, formada de relações de seres substanciais, os seres humanos, se efetiva mediante a ação destes, pessoas físicas, seus agentes, mas no seu nome e por sua conta, como centro de atribuições e operações. A cada um desses agentes corresponde um círculo de atribuições, para ser objeto do exercício de poderes e cumprimento de deveres, que exteriorizam a personalidade do Estado, como ser capaz de direitos e obrigações. Dada a complexidade e amplitude das atribuições do Estado, em razão das suas altas funções, é impossível o exercício delas por um só agente, mas se impõe seja por uma pluralidade deles. “A manifestação das vontades de ditos agentes, segundo as respectivas atribuições, forma a vontade unitária da pessoa jurídica, Estado-sociedade, pois são a eles imputadas como sua vontade”¹¹.

Portanto, a Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a ação da Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários.

¹² (grifo meu)

Logo, o servidor, no exercício de função pública, manifesta a vontade do Estado. A relação entre Estado e agente público é orgânica, pois não existe atuação do Estado sem atuação do agente.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 21ª Edição, 2007, pp. 962.

¹² Yussef Said Cahali, *Responsabilidade Civil do Estado*, 3ª Edição, 2007, p. 15.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.¹³

2.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público passou por diversas fases: a) *a da irresponsabilidade do Estado*, representada pela frase universalmente conhecida: *the king can do not wrong*; b) *a civilista*, representada pelo art.15 do antigo CC/16, que responsabilizava civilmente as pessoas jurídicas de direito público pelos atos de seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros. Aqui a vítima tinha que provar a culpa ou do dolo do agente público; c) *a publicista*, a partir de 1946 quando a questão passou a ser tratada em nível de direito público, regulamentada pela Constituição Federal. A responsabilidade passou a ser objetiva, mas na modalidade do risco administrativo (não na do risco integral, em que o Estado responde em qualquer circunstância), sendo tranqüila nesse sentido a atual jurisprudência. (GONÇALVES, 2007)

Assim a vítima não tem mais o ônus de provar a culpa ou dolo do agente público, mas admite a inversão do ônus da prova. O Estado exonerar-se-á da obrigação de indenizar se provar culpa exclusiva da vítima, força maior ou ainda fato exclusivo de terceiro.

Vamos nos debruçar um pouco sobre cada uma das fases a seguir:

¹³ Op. Cit. Nota 10, p.963.

2.1.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO:

Esta teoria prevaleceu durante o período dos Estados Absolutistas, pois a idéia era de que o Estado por ser soberano a sua atuação não poderia ser contestada por seus súditos; era um ente com poderes divinos, e ao exercer a tutela do direito não erraria, nem agiria contra seus princípios. O Estado, representado por seus governantes, agia em favor e interesse de todos, não sendo, portanto, responsabilizado pelos seus atos.

Por esta concepção, se houvesse a responsabilização do Estado quando dos seus atos, era o mesmo que colocá-lo em pé de igualdade com os seus súditos e isto não se admite num Estado Absolutista e Totalitário, pois violaria a sua soberania. No decorrer do tempo, ainda sob este entendimento, houve uma evolução gradativa desta teoria, onde passou a ser admitida a responsabilidade pessoal dos funcionários ou agentes públicos, no entanto, mantida a irresponsabilidade do Estado. Ficava bem clara a distinção entre sujeitos: os funcionários seriam responsabilizados, o Estado não.

Com o advento do Estado de Direito, esta noção de que o Estado era poderoso e intangível, que o torna insuscetível de provocar danos e ser responsabilizados por eles, é contestada, já que preconiza que ao Estado devem ser atribuídos direitos e deveres comuns a todas as pessoas jurídicas. A Teoria da Irresponsabilidade Estatal começou a ser questionada e combatida no século XIX, pelos juristas e doutrinadores, que não concordavam com esta falta de responsabilização, quando por atos comissivos ou omissivos na sua conduta e estes resultassem de danos a outrem, visto que o Estado tinha a função primordial de tutelar o Direito.

2.1.2 TEORIAS CIVILISTAS:

Com a rejeição da Teoria da Irresponsabilização do Estado, e já se admitindo que ele deva ser tratado como pessoa jurídica, detentora de direitos e deveres, na sua função pública, deve assim responder. Para esta teoria, baseada nos Princípios do Direito Civil, um dos principais elementos para caracterizar esta responsabilidade deveria está ligada à *idéia de culpa*, ou seja, quando o sujeito não agiu intencionalmente (dolo) ou sem as devidas precauções (culpa em sentido estrito), por negligência, imprudência e imperícia, como já falamos anteriormente.

Ainda, não havia total reconhecimento da responsabilidade estatal pela culpa, já que para fins de responsabilização era necessário que fossem distinguidos os *atos de impérios* e *atos de gestão*, atos estes possíveis de danos.

Vejamos como Maria Sylvia Zanella Di Pietro os distingue:

Os primeiros seriam os praticados pela administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, impostos unilateralmente e coercitivamente ao particular, independente de autorização judicial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam os praticados pela administração em situação de igualdade com os particulares, para conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços¹⁴.

Como se vê os primeiros atos seriam insuscetíveis de gerar responsabilização, pois seriam realizados pelo Rei, que não erraria e os segundos, seriam os possíveis de responsabilização, pois seriam os praticados pelos seus agentes e deveriam arcar com o ônus, só que deveria haver a comprovação da culpa. Muitas críticas foram feitas, pois o Estado, como sempre se eximia da responsabilização.

Esta doutrina foi absolvida e serviu de inspiração ao artigo 15 do nosso código civil anterior de 1916, que consagrou a Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado: “As

¹⁴ Op. cit. Nota 3, p. 526.

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

2.1.3 TEORIAS PUBLICISTAS:

São teorias de responsabilidade civil do Estado, fundamentadas em princípios de Direito Público. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“A responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais do serviço e a imposição de conciliar direitos do Estado com os direitos privados”* (2002:526).

A partir daí, começaram a surgir estas teorias, que se classificaram em:

2.1.3.1 TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO OU DA CULPA ADMINISTRATIVA:

Esta teoria procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou-se a falar em culpa do serviço público.

A evolução desta teoria teve suas raízes na chamada *Teoria do órgão*, onde o Estado e o seu agente público seriam uma só entidade identificada de modo uno, pois à vontade e a ação do Estado são manifestadas pelos seus agentes. Celso Antonio Bandeira de Melo (1996) descreve muito bem esta relação entre o Estado e seus agentes:

Assim como o Direito constrói a realidade (jurídica), pessoa jurídica para ela as realidades (jurídicas) vontade e ação, imputando o querer e o agir dos agentes à pessoa do Estado. Em suma: não se biparte Estado e agente (como se fossem representante e

*representado, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são consideradas como unidade*¹⁵.

Com isto, não se admite mais a separação de funções e de responsabilidade, tendo em vista a unidade de atribuições de ambos. Deste modo, essa teoria foi consagrada pela doutrina de PAUL DUEZ,¹⁶ que defendeu a tese de que o lesado, não precisava mais identificar o agente estatal que provocou o evento danoso, mas que apenas provasse o mau funcionamento do serviço público, para responsabilizar o Estado.

Tendo como base a terminologia francesa “*faut du service publique*”, essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer destas situações, ocorre à *culpa (faut) do serviço* ou também chamado *acidente administrativo*, incidindo, portanto, a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

No plano prático, e tendo em consideração a pessoa do lesado, a teoria do risco é defendida com o argumento de que permite sempre reparar o dano sofrido, mesmos aqueles casos em que, por um motivo qualquer, o lesado não logra estabelecer a relação causal entre o prejuízo e a culpa do causador deste.

2.1.3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU DO RISCO ADMINISTRATIVO:

Esta teoria tem com base o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os bônus decorrentes da atuação do Estado é repartido por todos, os prejuízos também o são. O Estado deve indenizar o prejudicado utilizando recursos públicos.

Levando-se em conta que a Administração Pública no exercício de suas atividades pode causar riscos aos administrados, deve, portanto o Estado suportar o ônus de sua atividade, independente de culpa de seus agentes, bastando apenas que seja verificada a

¹⁵ MELO, Celso Antonio Bandeira de. *CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO*. 8ª edição, São Paulo, Malheiros Editora – 1996, pág.581-582.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 551.

relação de causalidade entre a ação administrativa (funcionamento do serviço público) e o dano (prejuízo) sofrido pelo administrado. Cumpre ressaltar, que o ponto alto desta teoria, é afastar de vez a idéia da culpa, que não é mais preciso ser provada pela vítima para obter o seu ressarcimento em face do Estado.

A princípio, a responsabilidade civil fundou-se na *doutrina da culpa*, adotada pelo Código Civil de 1916. A multiplicação de oportunidades e das causas de danos evidenciou que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir os casos de reparação. A doutrina objetiva nasceu devido às técnicas de juristas que sentiram a necessidade de um novo elemento para desempenhar mais ampla cobertura para a reparação do dano.

Portanto, a corrente da *responsabilidade civil objetiva* é aquela que defende a responsabilidade civil como *fundamento não apenas na culpa, mas também no risco*, ou seja, quem desenvolve determinada atividade deve arcar com os riscos da atividade que podem, inclusive, criar riscos para terceiros. Temos, então, que a responsabilidade objetiva visa à estimulação do cuidado que as pessoas devem possuir com estados e condições adquiridas. Esta corrente tem caráter predominantemente social.

Segundo ensinamentos da doutrinadora Odete Medauar¹⁷, dois são os preceitos que respaldam a concepção da responsabilidade objetiva do Estado. São eles:

Em primeiro lugar, o próprio sentido de justiça (equidade), *o neminem laedere* (não ofender ninguém), *o alterum non laedere* (não se pode ofender ninguém), que permeia o Direito e a própria vida, em virtude do qual o causador de prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano. No caso da Administração, a multiplicidade e amplitude de suas atividades e as suas prerrogativas de poder, ensejam risco maior de danos a terceiros. Por outro lado, nem sempre é possível identificar o agente causador, nem sempre é possível demonstrar seu dolo ou culpa. Melhor se asseguram os direitos da vítima ante o tratamento objetivo da responsabilidade da Administração.

Em segundo lugar, o preceito da igualdade de todos ante os ônus e encargos da Administração, também denominado “*solidariedade social*”. Se, em tese, todos se beneficiam das atividades da Administração, todos (representados pelo Estado) devem compartilhar do ressarcimento dos danos que essas atividades causam a alguns. (grifo meu)

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.429.

2.2 – EXCLUDENTES:

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for *a causa* do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, *quando não for a causa única*. Além disso, nem sempre os tribunais aplicam a regra do risco integral, socorrendo-se, por vezes, da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público.

A responsabilidade civil do Estado deixará de existir quando presente determinada situação, aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado ao particular, podendo excluir totalmente a responsabilidade ou atenuá-la. São apontadas como *causas excludentes: a força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e no campo contratual, a cláusula de indenizar*. A doutrina costuma denominá-las de situações que rompem o nexo causal. Portanto, em tais casos a ausência de uma conduta comissiva ou omissiva do Estado na incidência do fato que gerou o dano, leva-o a não responder por ele. Cabe lembrar que na maioria das hipóteses a presença de uma excludente de responsabilidade atenua ou extingue o dever de ressarcir, justamente por atenuar ou extinguir a relação de causalidade. Vejamos estas principais excludentes:

O caso fortuito ou força maior – muitos doutrinadores defendem a idéia de que estas expressões são sinônimas e é inútil distingui-las. Na verdade, não são, reforça Sílvio de Salvo Venosa¹⁸, quando diz que ambos atuam no campo da responsabilidade civil, pois no caso de *força maior* (*act of God*, ato de Deus, no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como terremoto, inundações, incêndios não provocados; enquanto que o caso fortuito decorreria de atos humanos, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridades (fato de príncipe). Ambas as figuras equivalem-se, na prática, por afastarem o nexo causal.

Para alguns autores *a força maior* se ligaria aos eventos de imprevisibilidade e irresistibilidade, situações normalmente imprevisíveis. *No caso fortuito* o dano decorre de um ato humano, que gera um ato danoso e alheio à vontade do agente, embora muitas vezes seja

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Teoria Geral da Obrigações e Teoria Geral*. Volume 2, Editora Atlas, 2003.

previsível, é também algo natural ou humano a que se não pode resistir, ainda que possível previsibilidade.

Os efeitos de ambos são sempre os mesmos. Não sendo imputável à Administração Pública, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexos de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração. O artigo 393 já citado anteriormente do nosso Código Civil não os definiu separadamente, vejamos o que diz tal artigo:

O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles responsabilizado.

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

O maior número de casos julgados pelos tribunais diz respeito à responsabilidade civil do Estado quando o dano sofrido pelo particular tem a culpa exclusiva na culpa individuada do seu agente público (funcionário) por ação ou omissão, na culpa anônima ou deficiência do serviço público (embora ocorrido o dano por ocasião de acontecimentos naturais). Em outros casos, o dano resulta de casos fortuitos e de força maior, de fatos inevitáveis, alheios à ação ou omissão do Estado, não se configurando, portanto nestes casos a responsabilidade objetiva do Estado.

A culpa da vítima – o evento danoso pode derivar da *culpa exclusiva* ou *concorrente* da vítima; no primeiro caso desaparece completamente a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima; no segundo, sua responsabilidade se atenua, pois o evento danoso deflue tanto de sua culpa, quanto da vítima.

A culpa exclusiva da vítima elide o dever de indenizar porque impede o nexo causal. Já na culpa concorrente da vítima, a responsabilidade e consequentemente, a indenização são repartidas, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa de cada um, como conclui Caio Mário da Silva¹⁹ (1999): “A

¹⁹ PEREIRA. Caio Márcio da Silva, *Responsabilidade Civil*. 8ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense.1999, p.299.

solução ideal, portanto, é especificar matematicamente a contribuição da culpa da vítima para o efeito danoso”.

Neste sentido, se posta o artigo 945 do atual Código Civil, da seguinte forma:

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.

O fato de terceiro – tem-se por terceiro aquele que não faz parte da relação jurídica, ele está além da vítima e do causador do dano. O assunto vem regulado de forma indireta nos artigos 929 e 930 do CC: “*Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado*”, pois a questão é de difícil deslinde, já que o problema é saber se o fato pode exonerar o causador do dano do dever de indenizar, interferência desse terceiro. Estes artigos não tratam diretamente da culpa exclusiva de terceiro, mas apenas admitem a possibilidade de terceiro. Nada impede a vítima de ingressar com a ação diretamente contra o terceiro causador do dano. Muitas vezes, é difícil isto na prática, pois este terceiro não é identificado pela vítima.

O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível. De qualquer modo, na maioria das vezes, é muito rara a admissão do fato de terceiro como excludente na jurisprudência nacional. Sem contar que o artigo 942, parte b do caput do CC, estabelece a responsabilidade solidária para todos os causadores do dano: “... e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

2.3 TIPOS DE CONDOTA QUE ENSEJAM A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:

É certo que o Estado poderá causar danos aos administrados por ação ou omissão. Mas, nos casos de conduta omissiva há entendimentos diversos no sentido de que esta não constituiria fato gerador da responsabilidade civil estatal, visto que nem toda conduta omissiva retrata uma desídia do Estado em cumprir um dever legal.

O Estado seria o responsável civilmente quando este somente se omitir de um dever legal de obstar a ocorrência do dano, ou seja, sempre que o comportamento do Estado ficar abaixo do padrão normal que se costuma exigir.

Sabendo que a Responsabilidade Civil do Estado surge a partir do instante em que há a configuração do dano concreto ao administrado, por isso determinamos vários comportamentos administrativos que podem desencadear a obrigação de indenizar do Estado. Tais situações ocorrem quando há:

- a) *Uma conduta comissiva do Estado* – quando o próprio comportamento do Estado causa o dano, devido as suas funções administrativas;
- b) *Uma conduta omissiva do Estado* – quando da inércia ou da omissão do Poder Público, o evento danoso foi alheio à vontade estatal, mas ocorreu quando o Estado tinha o dever de evitar.
- c) *Situações de risco* – embora o Estado, não cause o dano, propicia ou ocasiona o surgimento de situações ensejadoras de risco, sendo o Poder Público o responsável pelo evento danoso, se e quando este venha a ocorrer.

Nas condutas comissivas e omissivas, o dano sofrido pelo particular é imputado diretamente ao Estado. Vamos nos ater neste trabalho em discorrer apenas nas condutas comissivas e omissivas.

2.3.1 CONDOTA COMISSIVA.

Condutas comissivas ou positivas são aquelas situações geradas a partir de uma ação, devido à atividade estatal, e para a responsabilização estatal, estas condutas são as mais frequentes a provocar danos a outrem. Mas, para tanto é necessário que haja o nexo de causalidade entre a conduta comissiva do Estado e o dano sofrido pelo administrado. São exemplos de tais situações: o abalroamento de veículo particular por uma viatura da polícia militar em diligências; obras na via públicas que prejudicam imóveis vizinhos; desvalorização de imóveis residenciais situados em ruas que a administração pública para melhorar o trânsito, orienta o fluxo de veículo no sentido mão e contramão, aumentando a circulação de veículos na área, etc.

Em tais circunstâncias, a atividade pública que provoca tais danos ao patrimônio particular, poderá advir tanto de *atos ilícitos* realizados pelos agentes públicos, violadores do princípio da legalidade, como também de *atos lícitos*, realizados de acordo com os ditames legais pertinentes e que, inobstante a isto, causem prejuízos a terceiros. Neste último caso, a responsabilidade do Estado baseia-se no postulado da justa distribuição dos encargos públicos, quando a atividade administrativa, revertendo-se em benefícios para a coletividade, importar ônus ou sacrifícios para uma parcela dos administrados.

Portanto, sempre será indenizável o ato que, embora revestido de licitude e legitimidade, devidamente motivado pela satisfação do interesse público, cause dano especial ou anormal ao administrado.

Os atos lícitos passíveis de serem praticados pela Administração Pública são divididos em duas categorias básicas: *Os atos jurídicos* e *os atos meramente materiais*. Os atos jurídicos são aqueles expedidos pela Administração, ou por quem lhe faça às vezes, e produzem efeitos concretos como no caso de uma portaria baixada por um secretário municipal, que transforma uma via pública em calçada, prejudicando um estacionamento rotativo devidamente licenciado e aberto ao público para funcionar em tal via, e a sua exploração econômica.

Os atos meramente materiais são aqueles praticados pelos seus agentes públicos, mas destituídos de quaisquer efeitos jurídicos imediato, mas podem causar danos a terceiros, como no caso já citado acima, de uma viatura policial se envolver em acidentes de trânsito

quando de diligências; infecção causada a pacientes de hospital municipal por comida estragada; realização de obras públicas que depreciam economicamente imóveis residenciais, etc.

É importante salientar que, no que concerne à atividade lícita do Estado, ancorada com toda licitude e legalidade, o ato impositivo de sacrifício, somente será indenizável quando causa ao administrado um dano ou constrangimento anormal, e não um mero aborrecimento ou uma mera restrição de direito, tão comum na vida em sociedade. Todos que vivem em sociedade devem assumir as restrições ou encargos de caráter ordinário resultantes da perseguição constante do interesse público, sem que isso gere obrigações indenizatórias para o Estado.

No que tange aos *atos ilícitos*, estes podem ser de *caráter jurídico* ou *simplesmente material*. Como *conduta ilícita de caráter jurídico*, temos uma apreensão irregular de mercadorias ou a interdição indevida de estabelecimento comercial. Como conduta oriunda de *atos simplesmente materiais*, temos o falta de espaço de detentos em cadeias públicas. No entanto, os danos provenientes de atividades ilegais, que resultem em indenização do Estado, há de ser anormal e especial. Por anormal, entenda-se que o transtorno deve exceder os limites naturais inconvenientes próprios da vida em sociedade. Especial, quando o dano é relativo a uma pessoa ou um grupo de pessoas.

2.3.2 CONDUCTAS OMISSIVAS

Conductas omissivas são aquelas que ligam a conduta ao evento, porque o imperativo jurídico determina um “*facere*” para evitar a ocorrência do resultado e interromper a cadeia de causalidade natural, e aquele que deveria praticar o ato exigido, pelos mandamentos da ordem jurídica, permanece inerte ou pratica ação diversa da que lhe é imposta. Assim, a conduta omissiva surge porque alguém não realizou determinada ação, previamente estabelecida. Sua essência está propriamente em não ter agido de determinada forma.

Segundo Cavalieri Filho:

*A omissão é **específica** quando é motivo direto do dano; [...] e **genérica** quando é motivo indireto do dano. Assim, na **omissão específica**, “a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento. Nesse caso, o Estado se omite diante de um dever específico e expressamente consagrado no ordenamento jurídico. Já, na **omissão genérica**, o Poder Público infringe um dever geral de fiscalização.”²⁰*

Desta forma, pode-se dizer que a *responsabilidade estatal por ato omissivo* é sempre decorrente de ato ilícito, porque havia um dever de agir imposto pela norma ao Estado que, em decorrência da omissão, foi violado. Para ser apurada esta responsabilidade por conduta omissiva deve-se indagar qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso, isto é, qual fato gerou decisivamente o dano e quem estava obrigado a evitá-lo. Assim, o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, ex. enchente, mas sim por não ter praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível.

Não se têm dúvidas quanto ao cabimento da aplicação da teoria objetiva na responsabilidade estatal nas condutas comissivas, porém diferentemente ocorre com relação às condutas omissivas, pois surgiu na doutrina e jurisprudência brasileiras uma polêmica quanto ao seu cabimento. A respeito disto, temos duas posições, uma que segue os argumentos de Celso Antonio Bandeira de Mello (1999), que defende a teoria da responsabilidade subjetiva, cuja base legal era a aplicação do artigo 15 do antigo Código Civil²¹; e outra, sustentada por vários autores, que defende a teoria da responsabilidade objetiva, aplicando-se, por conseguinte, o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (1998) deve ser aplicada a teoria subjetiva à responsabilidade do Estado por conduta omissiva. Para isto o autor argumenta que a palavra

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

²¹ Artigo 15 do Código Civil de 1916: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

“causarem” do artigo 37, parágrafo 6º, Constituição Federal, somente abrange os atos comissivos, e não os omissivos, afirmando que estes últimos somente “condicionam” o evento danoso.

Comentando o supracitado artigo constitucional, ensina:

*De fato, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.*²²

Maria Helena Diniz (1998) também entende que a teoria subjetiva é a que deverá ser aplicada a estes casos de conduta omissiva do Estado, haja vista ter-se a necessidade de ser avaliada a culpa ou dolo. Ensina, ainda, que o artigo 15 citado acima foi modificado somente em parte pelo artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Corroborando os ensinamentos acima, a ilustre doutrinadora Odilia Ferreira da Luz (1997) entende que:

*Isto não significa, necessariamente, adoção da tese objetiva com exclusividade, pois ainda existe a responsabilidade decorrente da falta de serviço, que é a regra: na verdade, coexiste a responsabilidade objetiva e subjetiva, esta fundada na “faute de service” e não na culpa do agente público (a não ser nos casos em que o Estado se iguale juridicamente ao administrado).*²³

Entre estes juristas também estão Caio Tácito e Themístocles Brandão Cavalcanti. O próprio Aguiar Dias, embora manifeste preferência pela responsabilidade objetiva, admite que predomine a teoria subjetiva quando da falta do serviço²⁴.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p.623-624.

²³ LUZ, Odilia Ferreira, *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.298.

²⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.664.

Encontramos, também, algumas decisões dos tribunais brasileiros²⁵ neste sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – REVOLTA DA POPULAÇÃO – BOMBA – CULPA – Para obter a indenização contra o Estado por ter sido o autor atingido por uma bomba durante incidentes de revolta da população pela majoração das passagens de ônibus, necessária se faz à comprovação da culpa do Estado no fato (TJ RJ, Ap. 4545/90 – 6ª Câmara Cível – Rel. Des. Pestana Aguiar – julgado em 19.03.91).

RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE MANTIDO EM HOSPITAL MUNICIPAL – Necessidade de comprovação da ocorrência de comissão ou omissão decorrente de imprudência, negligência ou imperícia quer por parte do médico, quer por parte da pessoa jurídica de direito público (TJSP, RT 775/247).

INDENIZAÇÃO – Furto de veículo estacionado livremente, à noite, em via pública – Inocorrência da denominada “faute du service”, quando o Poder Público devia agir ou não agiu, agiu mal ou tardiamente – Ordenamento jurídico, ademais, que não adotou a teoria do risco integral – Verba indevida – Inteligência do art. 37, § 6º, da CF (TJSP – RT 782/235).

²⁵ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4365>>.

2.4 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE CONDUTA OMISSIVA:

Como já vimos anteriormente à responsabilidade civil do Estado por condutas comissivas, é unânime o entendimento da doutrina e da jurisprudência, fundamentado no dispositivo constitucional do artigo 37, § 6º da CF/88, quanto ao fato da responsabilidade de Estado ser objetiva, não havendo necessidade nenhuma da prova da culpa, sua ou de seus agentes. Mas, quanto à responsabilidade civil por condutas omissivas, há divergências, e já detalhamos alguns doutrinadores que defendem a responsabilidade subjetiva para estas condutas omissivas. Desta forma, vamos agora discorrer sobre a outra corrente que defende a responsabilidade objetiva para ambas as condutas, que é o fundamento deste trabalho.

Toshio Mukai (1999) observa, com propriedade, o conceito de causa:

As obrigações, em direito, comportam causas, podendo estas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito. Ora, causas, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo o fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer, ou de não fazer).²⁶

José de Aguiar Dias (1979), adepto da responsabilidade objetiva, ao expor o seu entendimento sobre o termo causa, assim preceituou:

Só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um, podendo evitar a consequência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria, se não houvesse a

²⁶ MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 530.

*conjugação deles, esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas.*²⁷

Conclui Aguiar Dias (1979) que a inércia do Estado empenha responsabilidade civil a este e a conseqüente obrigação de reparar integralmente o dano causado, na forma do artigo 37 parágrafo 6.º da Constituição Federal; portanto, a responsabilidade é objetiva.

Odete Medauar (1999) entende que a responsabilidade do Estado, fundamentada na *Teoria do Risco Administrativo*, apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos jurídicos, regida pela *Teoria da Responsabilidade Objetiva*. Entende, ainda, que a adoção da responsabilidade objetiva do Estado traz, por conseguinte, o sentido de igualdade de todos ante os ônus e encargos deste e o próprio sentido de justiça [equidade]. Acrescenta que como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou culpa, melhor se asseguram os direitos da vítima através da aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado²⁸.

Na mesma linha de raciocínio Celso Ribeiros Bastos (1999) analisa a responsabilidade do Estado, ensinando que tal entendimento já se encontra sedimentado atualmente e, não há, portanto, que se questionar sobre o elemento subjetivo da culpa entre o dano e o comportamento que o provocou.²⁹

Hely Lopes Meirelles (1998), da mesma forma, defende a tese da responsabilidade objetiva, dispondo que esta se fundamenta no risco proveniente de sua ação ou omissão, que visam à consecução de seus fins.³⁰

Preleciona Weida Zancaner Brunini (1981) que a teoria objetiva é aplicada na responsabilidade do Estado. Porém, a teoria subjetiva ainda permanece na relação Estado-funcionário, quanto ao direito de regresso do Estado contra seu agente, pois condicionada está à culpabilidade deste.³¹

²⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 664.

²⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.430.

²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 190

³⁰ MEIRELES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23 ed. Editora Atual. São Paulo: Malheiros, 1998 p.530

³¹ BRUNINI, Weida Zancaner, *Da Responsabilidade extracontratual da administração pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 32.

Yussef Said Cahali(1995) também é no sentido de que o artigo constitucional acolhe, sob o manto da responsabilidade objetiva, tanto a conduta omissiva quanto a comissiva.³²

A jurisprudência pátria é majoritária no sentido de que a responsabilidade do Estado por conduta omissiva é objetiva. Com efeito, os julgados³³ abaixo denotam o exposto:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MORTE DE DETENTO. O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF, art. 5º, XLIX) sendo dever do Estado, garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente. Assassinado o preso por colega de cela quando cumpria pena por homicídio qualificado responde o estado civilmente pelo evento danoso, independentemente da culpa do agente público. Recurso improvido. Por unanimidade, negar provimento ao recurso. (STJ, RESP 5711, decisão 20.03.1991, Ministro Garcia Vieira).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MÁ EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – RISCO ADMINISTRATIVO – DANO E NEXO DE CAUSALIDADE. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa (comissiva ou omissiva); c) do nexo causal entre o dano e a ação administrativa. – O Município tem, por obrigação, manter em condições de regular o uso e sem oferecer riscos, as vias públicas e logradouros abertos à comunidade (TJ – RJ – Ap. 7613/94 – 6ª C.Civ. – Rel. Dês. Pedro Ligiéro – apud COAD 75286).

³² Op. cit. Nota 10.

³³ Op. cit. Nota 23.

INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – Sinistro ocasionado pela falta de serviço na conservação de estrada – Ausência de prova de culpa do particular, bem como de evento tipificador de força maior – Comprovação do nexo de causalidade entre a lesão e o ato da Administração – Verba devida – Aplicação da teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, § 6º, da CF (TJMG, RT 777/365).

*RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Homicídio praticado por preso liberado, temporariamente, durante o Natal e que não retornou na data marcada. Hipótese onde houve descuido, pelo órgão policial, no cumprimento do dever de recapturar. Ocorrência de **faute du service**. Caracterização de responsabilidade objetiva do Estado. Art. 107 da CF (antiga, atual 37, XXI, § 6º). Indenização devida. Ação procedente. Recurso não provido" (In "RJTJSP, vol. 96, pág. 154 e 155").*

Carlos Roberto Gonçalves³⁴, ao discorrer sobre a responsabilidade por atos omissivos, enfatiza a posição do Superior Tribunal Federal onde já decidiu que a atividade administrativa a que alude o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, abrange tanto a conduta comissiva como a omissiva. No último caso, desde que a omissão seja a causa direta e imediata do dano. Um dos julgamentos refere-se a acidente ocorrido nas dependências de escola municipal, por omissão da administração em evitar que uma criança, durante o recreio, atingisse o olho da outra, acarretando-lhe a perda total do globo ocular direito. (RE 109.615-RJ, Rel. Min. Celso de Mello)

Ocorre que em todos os casos em que o Estado é chamado a ressarcir prejuízos decorrentes de *conduta omissiva*, bem assim nas *comissivas*, poderá ele defender-se demonstrando a presença de quaisquer das circunstâncias *excludentes de responsabilidade*. Poderá, ainda, demonstrar que o dano *não é especial nem anormal* ou *que não tinha o dever de agir*, como já discorreremos sobre isto. Este largo espectro de defesas leva à conclusão de que mesmo que se aplique, em todos os casos, a *teoria do risco administrativo* e, portanto, a

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Sinopse Jurídicas - Direito das Obrigações- Parte Especial (Responsabilidade Civil)*, Tomo II, 4ª ed. – Editora Saraiva, 2007, p. 44-45.

responsabilidade objetiva, o Estado não estará sendo erigido à condição de segurador universal. Ademais, se o Estado se omite no seu dever de agir conforme os padrões médios de exigência da população, assim causando lesões ao patrimônio das pessoas, melhor seria mesmo que fosse erigido a tal condição. Não é este, contudo, o caso.

A razão está mesmo com Odete Medauar (1999), que argumenta em preciosa síntese:

*Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. [...] Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir*³⁵.

Por esses entendimentos, podemos concluir que o comportamento omissivo do Estado deve ser considerado como *causa do dano*, e não *simples condição deste*, como entende a corrente doutrinária subjetivista, anteriormente citada. Portanto, o parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição Federal contempla, além da responsabilidade por atos comissivos, aquela decorrente da conduta omissiva.

³⁵ Op. cit. Nota 26, p.430.

2.4.1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A CONDUTA OMISSIVA

O poder administrativo concedido à autoridade pública restringe-se, portanto, ao desempenho das funções públicas de acordo os limites fixados pela lei. Tendo em vista que todo e qualquer ato da autoridade administrativa deve conformar-se com a lei e, por consequência, com o interesse público, tal poder não enseja carta branca para arbítrios ou favoritismos por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, Geraldo Ataliba (1998) defende que:

*Pelo princípio da legalidade afirma-se, de modo solene e categórico, que, sendo o povo o titular da coisa pública e sendo esta gerida, governada e disposta a seu (do povo) talante (...) os administradores, gestores e responsáveis pelos valores, bens e interesses considerados públicos são meros administradores, que, como tais, devem obedecer à vontade do dono.*³⁶

O princípio da legalidade ordena que a administração pública somente possa fazer ou deixar de fazer algo, desde que prescrito por lei.

Na responsabilidade do Estado por conduta omissiva, o agente tem o dever de agir, estabelecido em lei, mas, desobedecendo à lei, não age. Por não ter agido, causou um dano ao particular. Portanto, trata-se de uma conduta ilícita, isto é, contrária à lei. Logo, feriu-se o princípio da legalidade. Como o interesse social tem por objetivo a manutenção da ordem pública no sentido de viabilizar a harmonia social, importante ressaltar a gravidade de uma conduta ilícita e omissiva.

Tal conduta omissiva, ao ofender direito individual do administrado, passa a se sujeitar à correção pela via judicial ou à reparação em decorrência do silêncio do administrador.

Ocorre, porém, que em sua grande maioria, os atos administrativos são atos vinculados. Mesmo nos atos discricionários também pesa tal princípio, visto que a margem de

³⁶ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125.

liberdade de decisão que a norma autoriza ao agente possui, sempre, um limite, posto pela própria norma.

CAPÍTULO III - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS HOMICÍDIOS NOS PRESÍDIOS.

No artigo 5º, caput da nossa Constituição Federal, estão enumeradas as garantias constitucionais mais importantes e preciosas reafirmando a base do princípio da dignidade humana, para todos os que residem no país, senão vejamos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...) (grifo meu)

Estas garantias contidas no dispositivo constitucional mais se assemelham a uma promessa ou possibilidades, do que realmente a uma garantia constitucional efetiva que possam alcançar *todos os brasileiros*, e porque não dizer, até os estrangeiros, que residem no país, ou aqueles que estão de passagem por aqui. As pessoas vivem assustadas, com medo, devido à falta de segurança, com greves por partes dos agentes de segurança, rebeliões em presídios, sistema penitenciário precário, causando super lotação de presos por falta de vagas, ausência de investimentos nesta área, e principalmente a falta de aplicabilidade da lei.

Devido ao caos que permeia o sistema penitenciário brasileiro, por falta de vontade política quanto à investimentos sérios neste setor, têm ocorrido violências dentro dos muros destas instituições prisionais, atingindo os apenados, os agentes públicos que trabalham no setor, em decorrência das revoltas e rebeliões, brigas de presos de facções rivais, causando a morte de detentos, funcionários e administrados.

O Estado é responsável civilmente pelas mortes ocorridas dentro do sistema penitenciário, seja por atos de seus agentes ou por atos de terceiros, porque tem o dever constitucional de guardar e dar segurança aos que ali vivem, em razão da responsabilidade objetiva que lhe impõe o dever legal de velar pela sua integridade física e moral dos presos.

Assim, a morte de presidiários em decorrência de *ato comissivo ou omissivo* na vigilância, segurança ou assistência médica, resulta em direito à indenização em favor da família da vítima.

Ressalte-se que um preso recolhido a um estabelecimento penitenciário encontra-se no mesmo, não por vontade própria, mas sim por condução coativa do Estado, com a finalidade de cumprir pena que decorre de uma sentença criminal condenatória, de modo que, cabe ao Estado o dever intransferível de garantir a integridade física daquele preso.

Ademais, a Constituição Federal no artigo 5º, XLIX garante: “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”. A Lei de Execução Penal no seu artigo 40 estabelece que: “*impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios*”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu: “*se o indivíduo estava sob a proteção do Estado, quando recolhido à prisão, daí resulta que a responsabilidade por sua morte, causada por outros presos, deve ser debitada ao Estado*”³⁷.

Mais recentemente, o STF deliberou:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença. (STF -

³⁷ Site do STF: www.stf.gov.br – 1ª T. j. 19.11.76 – RTJ 85/923.

RE 215981 / RJ – 2ª Turma – j. 08/04/2002 - DJ -31-05-02 - Rel. Min. Néri da Silveira). (grifo meu)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), também, já se pronunciou a respeito da matéria, senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MORTE DE DETENTO. “O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF/88. Art. 5º, XLIX) sendo dever do estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente.” (grifo meu)

Assassinado o preso por colega de cela quando cumpria pena por homicídio qualificado responde o Estado civilmente pelo evento danoso, independentemente da culpa do agente público. Recurso improvido. (STJ - RESP 5711 / RJ – 1ª Turma - DJ: 22/04/1991 – Rel. Min. Garcia Vieira).³⁸

Na esfera de Tribunal de Justiça, o Rio Grande do Sul, há pouco tempo assentou:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. HOMICÍDIO. PRESÍDIO. Por força do disposto no artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal é assegurado, aos presos, o respeito à integridade física e moral.

O detento, recluso em casa de detenção, sob custódia, impõe ao Estado o dever legal de vigilância para evitar que qualquer preso venha a sofrer danos pessoais. É incumbência que cabe aos agentes públicos evitar que as pessoas recolhidas às prisões sofram danos e resguardá-las contra agressões praticadas por terceiros. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. 24 fls. (embargos infringentes nº 70002352920, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. Osvaldo Stefanello, julgado em

³⁸ Site do STJ: www.stj.gov.br - STJ - RESP 5711 / RJ – 1ª Turma - DJ: 22/04/1991.

23/11/2001) (TJRS - EI Nº 70002352920 – Rel. para acórdão Desa”.
Ana Maria Nedel Scalzilli)³⁹.” (grifo meu)

A desembargadora Ana Scalzilli (2001) lembrou no julgado acima, o princípio constitucional do artigo 5º, inciso 49, em que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Segundo o desembargador, Carlos Alberto Bencker, que votou no mesmo sentido, neste mesmo julgado, permanece ínsito ao cidadão aprisionado também o seu direito à dignidade.

Com efeito, o Estado da Paraíba, não fica fora das estatísticas e casos de homicídios, pois também tem sido cenário sombrio de execuções freqüentes de presidiários nos últimos meses, certamente responderá perante as famílias enlutadas das vítimas pela incapacidade gestora de preservar as vidas humanas sob sua guarda e responsabilidade, que foram ceifadas pela inoperância administrativa do Sistema Penitenciário⁴⁰.

3.1 – NATUREZA JURÍDICA.

A responsabilidade civil do Estado é um instituto essencial à construção do Estado democrático de direito, pois assegura os direitos do cidadão em face de um injusto dano causado pelo Poder Público a seu patrimônio. Sendo, portanto, uma obrigação de reparar danos causados a outrem.

O legislador brasileiro sempre objetivou, de forma clara, a evolução da responsabilidade do Estado, afastando-a da culpa e aproximando-a do risco. A responsabilidade objetiva civil do Estado por comissão já é um tema pacificado, tanto doutrinariamente como no campo jurisprudencial.

³⁹ Site do TJRS: TJRS - EI Nº 70002352920, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis.

⁴⁰ Site CorreioForense, João Pessoa, PB, disponível em 26 abr 2004, :

http://www.correioforense.com.br/coluna/idcoluna/155/titulo/morte_em_presidio__indenizacao_do_estado.html . Acessado em 28.08.10.

Entretanto, a responsabilidade civil estatal por omissão é ainda bastante divergente, uma vez que a doutrina e a jurisprudência ainda não se coadunaram. De um lado encontram-se os defensores da responsabilidade subjetiva, seguindo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e cuja base era o artigo 15 do Código Civil de 1916, dando uma interpretação diferente ao artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Segundo ele, a palavra “*causarem*” lá contida, abrange somente os *atos comissivos e não os omissivos*, afirmando que estes condicionam o evento danoso, não sendo a sua verdadeira causa.

Vimos também à opinião dos que defendem a responsabilidade objetiva entendendo que a responsabilidade subjetiva seria aceitável apenas no período da vigência do antigo Código Civil de 1916. E que esse dispositivo foi revogado com a promulgação da Constituição Federal de 1946, que passou a focar de *forma objetiva* a responsabilidade civil do Estado, enfoque esse que foi sacramentado pela Carta Magna promulgada em 1988.

E essa é a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva defendida nessa obra monográfica. O referido mandamento constitucional, não faz distinção quando afirma que “*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*”.

O intérprete e o aplicador do direito não podem fazer distinções ou acréscimos que não estejam inseridos na lei, como faz, data venia, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) ao querer interpretar o vocábulo “*causarem*” como referente apenas a atos comissivos. A perquirição da culpa só se faz exigível nas ações de regresso do Estado.

A comprovação da culpa, além de significar um retrocesso na evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, restaura uma situação de desigualdade entre o cidadão (vítima) e o Estado (agente). Como oportunamente salienta Augusto Vinícius Fonseca e Silva: “*A conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é reconhecimento da cidadania e concretizante do princípio da igualdade material.*”⁴¹”

⁴¹ SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e, **Revista CEJ**, 2004, p.10

3.2 – REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO

Para que seja configurada a responsabilidade civil do Estado, se faz necessário à presença dos elementos que compõem e caracterizam a responsabilidade civil, quais sejam: a) *a alteridade do dano*, b) *a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo [ação] ou negativo [omissão] do agente público*, c) *a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha nesta condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva*, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e d) *a ausência de causa excludente da responsabilidade*.

Para que seja indenizada, a vítima deve provar que o dano por ela suportado é originado de atuação estatal. Para isso, é necessária a comprovação desses. Cumpre ressaltar que o simples fato da pessoa ser agente público não enseja a responsabilidade do Estado, ele deve praticar o ato no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Como vimos, para que o Estado indenize a vítima, esta deve provar a existência do ato lesivo, o dano e o nexo de causalidade entre ato e dano. Por este motivo, a responsabilidade civil do Estado funda-se na idéia de causalidade.

Como a teoria do risco administrativo admite a existência de excludentes e atenuantes vinculadas à idéia de causalidade, para que o Estado não seja obrigado a indenizar o particular, deve o mesmo provar que não foi o mesmo que deu causa ao dano (excluindo sua responsabilidade) ou que sua atividade não foi à única causa do dano (atenuante).

O Estado pode alegar como excludentes de responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

O entendimento centrado do STF demonstra que no julgamento sobre a responsabilidade civil estatal será sempre analisado os requisitos em cada caso concreto, sob o enfoque da responsabilidade objetiva, sem, contudo, excluir a aplicação da forma subjetiva, se o caso assim proceder. Vejamos o que discorreu o Ministro Celso de Mello, em um dos seus julgados:

O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. [RDA 137/233 – RTJ 55/50 - STF – RE 109.615 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 02.08.1996].

3.3 – ANÁLISES DE CASOS:

São inúmeros os casos de homicídios em presídios em todo país, chamando atenção inclusive de autoridades internacionais, quando foi necessário a intervenção da OEA quando recebeu as denúncias de maus tratos e violências dentro do Presídio Urso Branco em Rondônia, através da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴², *in verbis*:

OEA convoca Brasil para prestar esclarecimentos sobre violações de direitos humanos em presídio

Presídio Urso Branco, em Rondônia, teve mais de 100 homicídios em oito anos. Casos recentes de violência evidenciam que a situação permanece grave.

Nesta quarta-feira, dia 30 de setembro, o Brasil participa de uma audiência pública sobre a situação do presídio Urso Branco, localizado em Porto Velho, Rondônia. A audiência será na sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, em San José, na Costa Rica, e tratará do cumprimento das medidas provisórias expedidas por esse tribunal contra o Brasil.

⁴² Site 10 Justiça Global Brasil: <http://global.org.br/programas/oea-convoca-brasil-para-prestar-esclarecimentos-sobre-violacoes-de-direitos-humanos-em-presidio/>, postado em 30 de setembro de 2009.

A ausência de controle do Estado sobre o presídio e os recorrentes casos de mortes e torturas, foram denunciadas à OEA pela Justiça Global e pela Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho, depois do massacre de 30 presos em 2002. No mesmo ano, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana a cumprir medidas provisórias para garantir a vida e a integridade pessoal dos internos do Urso Branco, investigar os acontecimentos e adequar o presídio às normas internacionais de proteção dos direitos humanos às pessoas privadas de liberdade.

(...).

Apesar das resoluções da Corte, os casos de tortura, maus-tratos e ameaças à vida dos presos continuam a ocorrer de maneira frequente no interior da unidade.

(...)

*Em oito anos, foram mais de 100 mortes violentas contabilizadas dentro do presídio. Em outubro de 2008, a Procuradoria Geral da República solicitou a intervenção federal em Rondônia baseada no relatório “**Urso Branco: A Institucionalização da Barbárie**”, produzido pela Comissão Justiça e Paz de Porto Velho e pela Justiça Global. (...). O caso ainda aguarda decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). (grifo meu)*

Vejamos mais um caso de homicídio em unidades prisionais noticiados na mídia brasileira, aqui um homicídio de adolescente:⁴³

Morte de adolescente em presídio de Coronel Fabriciano tem forte repercussão

A morte do adolescente de 16 anos, dentro do presídio de Coronel Fabriciano tem repercutido em todo o estado. (...).

⁴³ Site Plox, disponível em : <http://www.plox.com.br/caderno/pol%C3%ADcia/morte-de-adolescente-em-pres%C3%ADdio-de-coronel-fabriciano-tem-forte-repercuss%C3%A3o>, editado em 17/03/2010.

O caso: O menor infrator Luís Felipe Samora dos Santos, de 16 anos, foi assassinado na cela 21, noite desta segunda-feira (15), por volta das 19h. Segundo os agentes penitenciários, eles ouviram um tumulto na cela e encontraram o rapaz com um lençol em torno do pescoço, caído ao chão. Dois garotos de 16 anos e outro de 15 teriam confessado o crime. (...). A unidade prisional foi inaugurada em 19 de novembro de 2008 e recentemente foi alvo de denúncias de tortura, mas este é o primeiro caso de homicídio ocorrido em suas dependências.

Diante do exposto, percebemos que o Estado precisa ser responsabilizado sempre, e pagar indenizações às famílias das vítimas, talvez seja só esta a linguagem conhecida pelo poder estatal, quando tem que desprender recursos financeiros, pois este tipo de investimento social e humanitário não traz benefícios aparentes em curto prazo, conseqüentemente, não se reverterá em barganha nas campanhas eleitorais.

A omissão patente do Estado, ante aos homicídios e a violência que é acometida a população carcerária brasileira, não pode ficar impune, todos os tribunais devem fazer justiça pela incapacidade e inércia em agir, em promover políticas públicas, voltadas para o sistema penitenciário. É princípio constitucional que precisa ser efetivamente garantido, e pelo descumprimento da lei, devido a esta conduta omissiva, deverá responder civilmente por tais delitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente trabalho foi pensado no sentido analisar a posição do Estado perante os administrados, quando do cumprimento das suas obrigações e funções. E uma das suas funções é o objeto deste trabalho: garantir a proteção e a guarda da vida dos apenados que estão sob sua tutela.

Como a Responsabilidade Civil é um assunto de grande importância nas relações privadas e entre o Estado e o particular, protegendo direitos e obrigações. Iniciamos primeiramente, conceituando a responsabilidade civil, seus elementos constitutivos, características, analisando a evolução deste conceito, tendo como base as teorias que o fundamentaram ao longo do tempo, com o foco primordial, na relação estatal e o administrado, através da responsabilização do poder público ante os danos provocados e decorrentes destas relações.

A responsabilização do Estado civilmente ocorreu através de um processo longo de formação doutrinária e jurisprudencial para se chegar ao estágio atual da Responsabilidade Civil do Estado de forma objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa ou dolo. Tudo como meio de fazer justiça e trazer o Estado a sua responsabilidade, já que tem como escopo de suas funções, tutelar e garantir direitos a todos os seus subordinados. Portanto, deverá também assumir o ônus de seus erros, quando estes provocam danos ao patrimônio do particular.

Através do estudo realizado nesta monografia, conhecemos as causas que levam o Estado a responder perante o administrado, sem a comprovação da culpa (Responsabilidade Objetiva), bastando apenas que haja demonstrado o prejuízo suportado pela vítima, pela conduta ilícita ou lícita de um agente público ou privado, quando este for empresa prestadora de serviços públicos. Os atos que corroboram para a responsabilização estatal, tanto poderão ser pela conduta comissiva (ação) ou pela conduta omissiva (omissão – deixar de agir quando deveria); neste trabalho, a responsabilidade civil do Estado quanto aos homicídios nos presídios, se dá pela *conduta omissiva* e na forma de *responsabilidade objetiva*, devido o seu dever de cuidado e guarda daqueles que estão sob sua responsabilidade, conforme dispositivo constitucional, constante no art.5º, caput.

Por todo o exposto, conforme demonstrado em todo o trabalho há de se considerar a relevância da responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão, com a adoção da *teoria do risco administrativo*. Todavia, sem os extremos do risco integral, haja vista a necessidade de se proteger o lesado ante a dificuldade deste na demonstração da culpa oriunda de um serviço inadequado, e respaldado, ainda, na interpretação decorrente do que estatui o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que pontifica o entendimento pela não distinção entre *condutas comissivas e omissivas* que causarem danos a terceiros.

Este dispositivo constitucional é claro ao discorrer que o Estado responde independente de culpa, por estas condutas, sendo frágeis e contraditórios todos os argumentos utilizados pelos doutrinadores a fim de sustentar a tese de que se aplica a Teoria Subjetiva na responsabilização das condutas omissivas estatais. Ademais, o novo Código Civil, ao trazer tal regra no artigo 43: “*as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito de regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo*”, corroborou a norma constitucional, no sentido de que será verificada a culpa ou o dolo somente em ação regressiva do Estado em face do agente causador do dano.

Com respaldo do entendimento majoritário dos doutrinadores e da jurisprudência nacional e adotada hoje por nosso ordenamento jurídico, podemos consolidar nossa opinião de que a responsabilidade civil do Estado nos homicídios em presídios, por sua conduta omissiva, tem caráter objetivo e que por este motivo deva o Estado ser responsabilizado, devendo sempre reparar o dano aos familiares do apenado morto, pagando por isto, uma justa indenização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- _____. Código Civil Brasileiro, *Vade Mecum* - Códigos 4 em 1 – 4ª ed. – 2008 – Editora Saraiva, São Paulo.
- _____. Constituição Federal Brasileira, *Vade Mecum* - Códigos 4 em 1 – 4ª ed. – 2008 – Editora Saraiva, São Paulo.
- _____. Lei nº: 7.210/1984. *Leis das Execuções Penais*, *Vade Mecum* - Códigos 12 em 1 – 3ª edição – 2007 – Editora Saraiva, São Paulo.
- ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITAR, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991.
- BRUNINI, Weida Zancaner, *Da Responsabilidade extracontratual da administração pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- CAHALI, Yussef Said , *Responsabilidade Civil do Estado*, 3ª Edição, 1995. Revista dos Tribunais.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*. 14ª edição - Editora Atlas. São Paulo, 2002.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1979;
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 12ª edição, atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, Volume 7.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. **Jus Navigandi, Teresina**, ano 8, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4365>>. Acesso em: 17 ago.2010.

- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Sinopse Jurídicas - Direito das Obrigações- Parte Especial (Responsabilidade Civil), Volume 6 - Tomo II*, 4ª ed., – Editora Saraiva, 2007.
- LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de Direito civil*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 8.
- LUZ, Odilia Ferreira, *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23 ed. Editora Atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 21ª Edição, 2007.
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição, São Paulo, Malheiros Editora – 1996.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MONTEIRO. Washington de Barros – *Curso de Direito Civil – Direitos das Obrigações – 2ª parte*, Edição revista e atualizada, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, de acordo com o NNC/02, Editora Saraiva, São Paulo – SP.
- PEREIRA. Caio Márcio da Silva, *Responsabilidade Civil*. 8ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998;
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 14 edição, São Paulo, Editora Saraiva.
- SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *Direito Civil: responsabilidade civil*, São Paulo, Editora Atlas, 2000.
- SILVA, Antônio Julião da. *Responsabilidade pelos crimes praticados por foragidos dos estabelecimentos prisionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/494>>. Acesso em: 21 out. 2010.
- SILVA, Augusto Vinicius Fonseca e, *Revista CEJ*, 2004.
- Site CORREIOFORENSE, João Pessoa, PB, ano 2004, 26 abr 2004: Disponível em http://www.correioforense.com.br/coluna/idcoluna/155/titulo/morte_em_presidio_in_denizacao_do_estado.html . Acessado em 28.08.10.

- Site **Justiça Global Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, ano 2009, 30 set 2009: *Disponível em <http://global.org.br/programas/oea-convoca-brasil-para-prestar-esclarecimentos-sobre-violacoes-de-direitos-humanos-em-presidio>*. Acessado em 23.11.10.
- Site **Plox**, Maceió, AL, ano 2010, 17 mar 2010: *Disponível em <http://www.plox.com.br/caderno/pol%C3%ADcia/morte-de-adolescente-em-pres%C3%ADdio-de-coronel-fabriciano-tem-forte-repercuss%C3%A3o>*. Acessado em 23.11.10.
- Site TJRS: www.tjrs.gov.br. Acessado em 20.10.10.
- Site STF: www.stf.gov.br. Acessado em 20.10.10.
- Site STJ: www.stj.gov.br. Acessado em 20.10.2010.
- SOARES, Orlando Estevão da Costa. *Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense.
- MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- VENOSA. Silvío de Salvo, *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral*. Volume 2 – Editora Atlas, 2003.