



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

THEDY GONÇALO FERREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DE CASOS DE
HOMICÍDIOS DE PRESIDIÁRIOS**

**SOUSA - PB
2007**

THEDY GONÇALO FERREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DE CASOS DE
HOMICÍDIOS DE PRESIDIÁRIOS**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^o. Dr. Robson Antão de Medeiros.

**SOUSA - PB
2007**



F383r Ferreira, Thedy Gonçalo.
A responsabilidade civil do Estado diante de casos de homicídios
de presidiários. / Thedy Gonçalo Ferreira. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

49 f.

Orientador: Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Responsabilidade Civil - Estado. 2. Homicídios no sistema
prisional. 3. Presidiários - homicídios. 4. Direitos Humanos. I.
Medeiros, Robson Antão de. II. Título.

CDU: 343.91(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Thedy Gonçalo Ferreira

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DE CASOS DE
HOMICÍDIOS DE PRESIDIÁRIOS**

**Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande,
em cumprimento aos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.**

Aprovado em: _____ de _____ de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

**Robson Antão de Medeiros – Pós-doutor – UFCG
Professor Orientador**

**Maria Marques Moreira Vieira
Professor (a)**

**Thiago Marques Vieira
Professor (a)**

Dedico esta minha conquista aos meus pais, Raimundo Ferreira (*in memoriam*) e Maria Gonçalo, que no exemplo de simplicidade e honestidade, ensinaram-me o real sentido da vida e a nunca desistir quanto aos sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e pelo seu permanente amor revelado na infinita beleza da existência humana e na construção desse trabalho acadêmico, onde traz em si o meu enorme desejo de deixar minha contribuição à sociedade no afã de permanecer em nós a viva esperança de alcançarmos a prática de um direito justo e concreto.

Agradeço aos meus pais pelo incentivo e orientação a uma vida pautada na luta e na sabedoria de extrair de cada instante a oportunidade de ser e fazer feliz, independente das circunstâncias da vida.

Aos meus queridos irmãos Thieny e Thiago, que fazem parte na construção deste sonho.

Agradeço ao anjo que Jesus colocou em minha vida personificado na pessoa de Rita Bezerra Fernandes, minha segunda mãe, que sonhou comigo todos os sonhos que lhe apresentei e sempre me encorajou dizendo que: "medo é manha".

Aos amores silentes que ensinaram-me, particulamente nesta etapa da vida, que existem acontecimentos que não combinam com as explicações. Foram feitos para o silêncio.

Agradeço a orientação e atenção recebidas do Professor Robson Antão de Medeiros, meu orientador neste trabalho.

Aos Professores João Bosco Marques de Sousa Júnior e Maria dos Remédios de Lima Barbosa, com quais aprendi que o essencial valor do ser humano está em apresentar-se pequeno mesmo quando é um grande; grande não apenas em conhecimentos jurídicos, sobretudo, grande em humanidade, caráter e simplicidade.

Agradeço aos amigos de caminhada que tanto me ajudaram: Fabíola, Júnior, Rafaela, Lindalva e Marcleide, amigos-irmãos que os terei por toda a vida.

Aos amigos Eduardo Pordeus e Jailton Araújo que depositaram em mim uma grande confiança na construção deste trabalho e que me ajudaram demasiadamente para que o mesmo ficasse pronto, através das brilhantes idéias e sugestões. Obrigada, amigos!

Aos funcionários da Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - Campus de Sousa, em especial à Rejane Lucas.

O Direito, considerado como causa final, colocado em meio da engrenagem caótica dos fins, das aspirações, dos interesses humanos, deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho, e desde que se depare, deve terraplanar toda a resistência que lhe opuser barreiras.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

A sociedade brasileira encontra-se acobertada pelos ideais do Estado Democrático de Direito, a partir dos preceitos estabelecidos com a Constituição Federal de 1988, bem como pela primazia dos Direitos Humanos. No entanto, vislumbra-se na cotidianidade, claramente, que determinados direitos fundamentais são freqüentemente violados, em especial o direito à vida, exatamente quando se visualiza a situação das vítimas de delitos nos estabelecimentos prisionais, no que tange à omissão do Poder Público. Diante disso, a Constituição Federal denota particular preocupação no que se refere à defesa da dignidade da pessoa humana, sendo esta aplicada e observada em todos os fundamentos e ações do Estado. Trilha-se, pois, pelos modernos conceitos de responsabilidade civil estatal, de molde a alcançar o resguardo da vida e da incolumidade dos presidiários, uma vez que é função primordial do Poder Público promover o bem-estar de todos. Embasado em análise dialética e em pesquisa bibliográfica, proceder-se-á a estudos de casos na jurisprudência brasileira, no afã de identificar-se a Responsabilidade Civil do Estado em relação aos homicídios de presidiários, ocorridos dentro dos estabelecimentos prisionais, quando se exige, no âmbito do judiciário, a reparação pela violação do valor maior, que é a vida.

Palavras-chave: Responsabilidade – Indenização – Estado – Dignidade humana.

ABSTRACT

The Brazilian society finds itself protected the ideals of a democratic state from the precepts established by the Federal Constitution of 1988, and the primacy of human rights. However, there is in daily, clearly, that certain fundamental rights are often violated, in particular the right to life, exactly when viewing the situation of victims of crime in prisons, with respect to the omission of the Public Power. Therefore, the Federal Constitution denotes particular concern with regard to the defense of human dignity, and this is implemented and observed on all grounds and actions of the state. Track is therefore by modern concepts of state liability in order to achieve the defense of life and without brands of prisoners, as it is key function of the Public Power promote the welfare of all. Grounded in dialectic analysis and bibliographic research, shall be the case studies in the Brazilian case, in zeal to identify themselves to Civil Liability of the State in relation to the murder of prisoners, which occurred within the prisons, when required, within the judiciary, to repair the breach of greater value, which is the life.

Key-words: Responsibility – Compensation – State – Dignity Human Being.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – artigo.

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

CF. 88 – Constituição Federal de 1988.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TJ-GO – Tribunal de Justiça de Goiás.

TJ-RO – Tribunal de Justiça de Rondônia

TJ-RS – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande.

SUMÁRIO

Resumo.....	7
Abstract.....	8
Lista de siglas e abreviaturas.....	9
Introdução.....	11
CAPÍTULO I – Noções Gerais da Responsabilidade Civil.....	13
1.1. Uma visão elementar da Responsabilidade Civil.....	13
1.2. Análise histórica da Responsabilidade Civil.....	15
1.3. Considerações sobre as espécies da Responsabilidade Civil.....	17
1.3.1. Responsabilidade Civil subjetiva.....	18
1.3.2. Responsabilidade Civil objetiva.....	19
1.3.3. Responsabilidade Civil contratual.....	19
1.3.4. Responsabilidade Civil extracontratual ou aquiliana.....	20
1.4. Natureza jurídica da Responsabilidade Civil e a Função da Reparação Civil.....	20
CAPÍTULO II – Responsabilidade Civil do Estado.....	22
2.1. Noções Gerais.....	22
2.2. Evolução das teorias sobre a Responsabilidade Civil do Estado.....	23
2.2.1. Teoria da Irresponsabilidade.....	23
2.2.2. Teorias Subjetivistas.....	25
2.2.2.1. Teoria da culpa	25
2.2.2.2. Teoria da culpa administrativa.....	26
2.2.2.3. Teoria da culpa anônima.....	26
2.2.2.4. Teoria da culpa presumida.....	27
2.2.2.5. Teoria da falta administrativa.....	27
2.3. Teorias Objetivistas.....	28
2.3.1. Teoria do risco administrativo.....	28
2.3.2. Teoria do risco	28
2.3.3. Teoria do risco	29
2.4. Discrepância doutrinária e jurisprudencial a respeito da teoria adotada no sistema jurídico brasileiro.....	30
2.5. Teoria adotada no sistema jurídico brasileiro.....	34
CAPÍTULO III – A questão dos direitos humanos à luz da Constituição Federal de 1988	35
3.1. A falta de concretização da Constituição Federal.....	37
CAPÍTULO IV – A Responsabilidade Civil do Estado diante de casos de homicídios de presidiários.....	41
Considerações Finais.....	46
Referências.....	49

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto ciência social, tem necessidade de manter-se sempre em adequação com as transformações e evoluções da sociedade, preservando a sua finalidade e a sua força. Destarte, diferentes problemas de convivência social, em determinados momentos históricos, geraram conflitos ideológicos e materiais, onde alguns desses conflitos culminaram com a materialização de normas de proteção de direitos que passaram a reger inúmeros ordenamentos jurídicos de vários povos, tornando-se conquistas irrenunciáveis das sociedades, como os direitos humanos fundamentais.

Os Direitos Humanos são universais e indivisíveis, cada vez mais alargam-se para manter efetivo o seu objetivo, que é dar eficácia jurídica e prática à dignidade humana em suas mais variadas facetas, exigindo-se, portanto, a permanência de instrumentos sociais capazes do resguardo e efetivação desses ideais.

Encontram-se inúmeras discrepâncias, particularmente à luz dos princípios da doutrina civil-constitucional, no cerne da questão da Responsabilidade Civil do Estado nos casos de homicídios de presidiários sob a sua custódia, como se verá no decorrer deste trabalho, tudo a desafiar um tratamento sistemático. Dessa maneira, é que se revela o quão é importante aprofundar o debate quando se trava a respeito da efetivação dos direitos humanos.

Cada vez mais ganha espaço um direito civil calcado nos preceitos constitucionais, apresentando um perfil inteiramente social, comprometido com os valores máximos do ordenamento jurídico, que são os extrapatrimoniais. Vê-se que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e nas regras da Constituição Federal vigente passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, principalmente.

A materialização deste moderno fenômeno é reconhecido pela mais respeitada doutrina como “verticalização das leis” ou “constitucionalização do Direito”. Em referência a mencionado efeito, observar-se-á que o direito civil atual já não se baliza a regular de forma impessoal as relações entre

particulares, mas adquiriu um cunho eminentemente social, fulcrado na nova ordem constitucional, a qual se erige em fonte maior da matéria.

A proposta deste trabalho debruçar-se-á sobre a investigação e a análise de três aspectos, tidos como essenciais para o entendimento do tema: conhecer o surgimento e a evolução do instituto da Responsabilidade Civil, fundamento do Estado Democrático de Direito; o desenvolvimento jurídico da Responsabilidade Estatal; e por último, analisar-se-á a divergência acerca do regime a ser adotado nas hipóteses de responsabilidade do Estado por omissão: subjetivo ou objetivo, apontado o posicionamento mais razoável no que concerne à indagação base desta pesquisa – É o Estado responsável pelos casos de homicídios de presidiários sob a sua custódia?

CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Expressa-se a responsabilidade civil na ordem jurídica brasileira, de maneira incontestada, como um instituto jurídico polêmico, tendo em vista a evolução por ele apresentada, tanto no que se refere aos seus fundamentos, à sua extensão e à sua densidade.

Deveras, depreende-se da cotidianidade social que a responsabilidade civil encontra-se em expansão, conformando-se, pois, com todas as atividades humanas. Por isso que a cada momento em que há uma lesão sofrida pelo homem, no que concerne ao seu patrimônio ou à sua personalidade, gera-se, respectivamente, um desequilíbrio patrimonial ou moral. Daí por que se pode incidir a evocação da responsabilidade civil de molde a realizar, através da aplicação de seus fundamentos, a solução e a recomposição do *status quo ante* ou a indenização do dano.

1.1. UMA VISÃO ELEMENTAR DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na ânsia de não se deixarem irressarcidas as vítimas de atos ilícitos, tem-se como consequência uma larga procura ao poder judiciário para o ajuizamento de ações de indenização das mais variadas espécies.

O instituto da responsabilidade civil compõe o direito obrigacional, uma vez que, como consequência da prática de um ato ilícito, surge para o autor a obrigação de recompor o *status quo* anterior ao dano; em outras palavras, o dever de reparar o dano ocasionado, sendo esta obrigação de natureza pessoal que se resolve em perdas e danos.

A grande característica da obrigação é traduzida no direito conferido ao credor de exigir, através de instrumentos legais, o adimplemento da prestação devida, sendo, pois, o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

O Código Civil pátrio apresenta como fonte das obrigações: a vontade humana, que é traduzida nos contratos, nas declarações unilaterais da

vontade e os atos ilícitos; e a vontade do Estado, que é manifestada através das Leis.

Oportuno destacar que as obrigações oriundas dos atos ilícitos são as que se constituem através de ações ou omissões culposas ou dolosas, praticadas com violação a um dever de conduta, das quais acarretam danos para terceiros, tendo como consequência a obrigação de indenizar ou ressarcir o prejuízo ocasionado.

A jurisprudência francesa, assim, influenciou demasiadamente a evolução do instituto da Responsabilidade Civil no direito brasileiro (GAGLIANO, 2004, p. 13).

Deparar-se-á, na seara deste instituto, com as seguintes indagações: O prejuízo sofrido pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou, independente de qualquer circunstância? E quais as condições para estimar-se e ressarcir o dano ocasionado?

Imperativo torna-se compreender que a Responsabilidade Civil é um fenômeno social e não apenas um simples instituto jurídico delimitado em seus contornos legais; o mesmo apresenta-se com feições profundas e amplas, já que quem pratica um ato ou incorre em uma omissão que ocasione dano, deverá suportar as conseqüências da sua conduta. Desse modo, trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social.

Etimologicamente, a palavra “responsabilidade” expressa a obrigação que alguém tem de assumir as conseqüências jurídicas de sua conduta e/ou atividade. Referida palavra tem origem no verbo latino *respondere*.

No ordenamento jurídico pátrio, vigoram as normas que tutelam a boa convivência social, não admitindo lesões a estes interesses. Assim, a responsabilidade surge nas situações em que uma pessoa, física ou jurídica, deve arcar com as conseqüências de um ato, ou fato, ou negócio que causou danos a outrem.

Admite-se que a responsabilidade tem como escopo a restauração do equilíbrio patrimonial e/ou moral que antes existia e foi rompido com o evento danoso.

1.2. ANÁLISE HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Seguindo a teoria clássica, a responsabilidade civil é alicerçada pelos pressupostos, a saber: a existência de um dano; a culpa do autor do dano; e a relação de causalidade entre o fato culposo e o dano.

Na Antigüidade não havia a perquirição do elemento “culpa”. Ademais, os danos por si só autorizavam uma reação imediata e instintiva do ofendido, inexistindo qualquer regra ou limitação. Por isso, a vingança privada vigorava diante da inexistência do “Direito”. Segundo as palavras de Alvino Lima (1999, p. 10), a vingança era a “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido, solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.”

Nas primeiras sociedades organizadas, como também nas civilizações pré-romanas, já apontava-se em caráter rudimentar indícios da origem do instituto em comento traduzida, portanto, na concepção de vingança privada, era compreensível como legítima, do ponto de vista humano, a reação contra o mal provocado por outrem.

Com o tempo, restou esmaecida a utilização da vingança privada e a composição econômica, que antes voluntária, passa a ser obrigatória, e ao demais disso, tarifada.

Somente com os romanos, iniciou-se a distinção entre a “pena” e a “reparação”, a partir da diferenciação entre os delitos públicos – que eram traduzidos pelas ofensas mais graves, que afetavam a ordem pública – e os delitos privados. Quando o delito praticado era de caráter público, a pena pecuniária imposta ao ofensor era recolhida aos cofres públicos, enquanto que, nos delitos privados, a pena pecuniária era para a vítima (GONÇALVES, 2005, p 5).

Diante da existência de um evento danoso que rompia com o equilíbrio social, passa o Direito Romano a entendê-lo como elemento desencadeador de intervenção social por parte do Estado, passando a regular tal fenômeno – Pena de Talião, da qual, encontram-se traços na Lei das XII Tábuas.

Oportuno destacar que havia uma carência de sistematização dos institutos no Direito Romano, já que a sua elaboração desenvolveu-se em decorrência do admirável trabalho dos romanistas, apoiados nas decisões dos juízes e dos pretores, assim como, também, nas constituições imperiais.

Em estudo à Lei das XII Tábuas, verifica-se tênue evolução do instituto da Responsabilidade, uma vez que nela ficam patentes os registros da concepção da idéia de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Destarte, o Estado intervinha para que o autor de um dano, através de uma solução transacional, pagasse à vítima a título de pena, uma importância em dinheiro e/ou outros bens, evitando que o autor do evento danoso sofresse a mesma ação que ele havia praticado na vítima.

Destacada evolução histórica da Responsabilidade Civil, aconteceu através da *Lex Aquilia*, onde sua importância foi tão significativa que passou a conceituar os novos contornos da responsabilidade, qual seja a Responsabilidade Civil delitual ou extracontratual. A partir de então, as multas fixas passaram a ser substituídas por uma pena proporcional ao dano causado.

Neste percurso histórico, a respeito da Lei Aquilia, Alvino Lima (1999, p. 22-23) obtempera que:

A Lei Aquília não se limitou a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixadas, editadas por certas leis anteriores, pela reparação pecuniária do dano causado, tendo em vista o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito e atendendo, a princípio, ao valor venal; mais tarde, estendeu-se o dano ao valor relativo, por influência da jurisprudência, de sorte que a reparação podia ser superior ao dano realmente sofrido, se a coisa diminuísse de valor, no caso prefixado.

O grande avanço do instituto da Responsabilidade Civil adveio com o direito francês; este conseguiu aperfeiçoar e sistematizar o que havia no direito romano, no que se refere a este instituto. Estabeleceram-se determinados princípios para a Responsabilidade Civil, tais como: direito à reparação sempre que houvesse culpa, mesmo que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual, que caracterizava as pessoas que descumpriam os contratos. Portanto, era a generalização do princípio

aquiliano, o de que a culpa, ainda que em caráter levíssimo, obriga o ofensor a indenizar a vítima.

Com tímidos avanços, o direito francês conseguiu paulatinamente aperfeiçoar as idéias românicas com relação ao instituto da Responsabilidade Civil, já que, por seu turno, compreenderam que abandonar o critério da enumeração de hipóteses de composição permitiria a evolução para o instituto e geraria conformidade entre o direito e as necessidades sociais; destarte, estabeleceram um princípio geral da Responsabilidade Civil. Firmava-se, então, no Direito o instituto da Responsabilidade Civil.

Nunca é demais lembrar que o Estado trouxe para si a função de punir a partir da idéia de distinção entre os delitos públicos e privados. E com o *jus puniendi* monopolizado pelo Estado, nasce a ação de indenização.

Como ciência social, o Direito necessita acompanhar as transformações sociais para estar sempre apto e capaz de atender aos clamores sociais nas mais diversos maneiras, a Revolução Industrial trouxe grande desenvolvimento industrial e econômico, ocasionando assim um elevado aumento na ocorrência de acidentes e danos, por conseqüência aperfeiçoaram-se os postulados da Responsabilidade Civil, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.

1.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ESPÉCIES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao analisar o artigo 186 do Código Civil pátrio de 2002 (2003, p. 434), onde dispõe:

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Depreende-se deste dispositivo legal que os elementos formadores da Responsabilidade Civil, são a saber: a conduta humana, podendo esta ser comissiva ou omissiva; o dano e o nexo de causalidade dentre o dano provocado e ação do agente.

As teorias explicativas sobre a Responsabilidade Civil do Estado encontram-se no bojo do presente estudo e têm suporte em posicionamentos que vão desde a irresponsabilidade absoluta até teorias com grande amplitude de reparabilidade.

Denota-se que cada teoria que tenta explicar os fundamentos da Responsabilidade, traz em si o pensamento social e jurídico contemporâneo à época, possibilitando uma consonância entre o “Direito” e as necessidades sociais ora existentes, permitindo-se, assim, que em cada sociedade (uma após a outra) proporcionassem paulatinamente a evolução dos princípios que regem o instituto.

1.3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Em consonância com a teoria clássica, o elemento “culpa” fundamentava a responsabilidade civil. Então, a aludida teoria passou a ser chamada de “subjetiva”, uma vez que apenas reconhecia-se a existência da responsabilidade quando comprovada a culpa do agente causador do dano, elencando a culpa como pressuposto necessário para gerar uma indenização.

A noção básica da Responsabilidade Civil, no bojo da doutrina subjetiva, segue o esteio do princípio segundo o qual cada indivíduo responde por seus atos. E por caracterizar um fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova da culpa do réu.

Contudo, identificam-se hipóteses em que o ordenamento jurídico brasileiro atribui a responsabilidade à alguém por dano que não foi por ele causado, mas sim, por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. Nesses casos surge uma responsabilidade indireta, onde o elemento culpa não é preterido, o que ocorre é a sua presunção, em decorrência do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu.

1.3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

No âmbito da teoria objetivista, em determinadas situações, impostas pela lei ou por ocasiões em que haja risco, há a reparação de um dano cometido sem culpa. Isto porque, nesta teoria, prescinde-se do elemento culpa, efetivando-se o dever de reparar apenas pela existência do dano e o nexo de causalidade.

A teoria objetivista da Responsabilidade Civil encontra-se erigida sobre o fundamento do risco da atividade exercida pelo agente. Destarte, o indivíduo passa a ser obrigado a reparar o dano, ainda que a sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade consegue ultrapassar da idéia de “culpa” para a de “risco”, onde esta última é reconhecida como “risco-proveito”, fundamentando-se no princípio pelo qual é reparável o dano causado a outrem em decorrência de uma atividade realizada em proveito do responsável.

1.3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

A responsabilidade contratual tem origem no inadimplemento de obrigação contratual. Em conformidade com o acima aludido, compreende-se que a responsabilidade contratual nasce da violação a um dever preexistente. Sendo que, a depender da natureza da norma infringida pelo agente causador do dano, a responsabilidade poderá ser contratual ou extracontratual. Esta divisão traz em si um caráter eminentemente didático.

Na responsabilidade contratual, há a violação de um dever de adimplir o que ficou estipulado, que passa a constituir o objeto do negócio jurídico. Faz-se necessário que a vítima e o autor do dano tenham, anteriormente, firmado um “acordo”, já existindo, destarte, uma relação jurídica entre ambos. Ao depreender as características da responsabilidade contratual, é possível compreender que nesta a culpa é presumida, invertendo-se o ônus da prova, onde a vítima deverá apenas comprovar que a obrigação antes acordada não foi adimplida, restando ao devedor provar que não agiu com dolo ou culpa ou até mesmo que o seu inadimplemento estava acobertado por

alguma excludente do elo de causalidade admitida em lei: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

1.3.4. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Quando o dano a ser reparado é consequência direta da violação de um preceito legal, que teve como nascedouro uma atuação ilícita do agente causador da lesão, diz-se que ficou configurada a responsabilidade extracontratual.

Na responsabilidade extracontratual, o dever de indenizar é decorrente da violação de um dever de cunho negativo, ou seja, a obrigação de não causar danos a ninguém. Por via de consequência deste fundamento, a culpa deve ser comprovada pela vítima. Nesta teoria, inexistente qualquer vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano, quando da ocorrência do ato ilícito.

1.4. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A FUNÇÃO DA REPARAÇÃO CIVIL

Já foi apontado que a Responsabilidade Civil surge, em regra, da prática de um ato ilícito; em outras palavras, decorre da violação da ordem jurídica, produzindo assim um desequilíbrio social; ressalvadas as hipóteses legais, que possibilitam a reparação em atividades lícitas, reparação esta fundada no risco da atividade exercida. Nestes casos, a reparação é exigida pelo reconhecimento do direito positivo de que os danos causados, em determinada ótica, já eram potencialmente previsíveis, em virtude dos riscos profissionais das atividades realizadas, por envolverem interesses de outros.

Urge asseverar, portanto, que a natureza jurídica da Responsabilidade Civil é sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária. Nesse sentido, posiciona-se Carlos Alberto Bittar (apud GAGLIANO, 2004, p. 21):

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal da potencialidade de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranqüilo das relações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido. [...] Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa – ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais – repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer o ônus relativo, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.

Ademais, o escopo jurídico do instituto da Responsabilidade Civil converge com os ideais de justiça e equidade, através do qual os interesses da vítima são resguardados. Dessa forma, é ofertado amparo legal (Constituição Federal/Código Civil) para que o direito e/ou patrimônio lesado(s) seja(m) recompensado(s) ou ressarcido(s), de modo que seja respeitada a natureza do bem jurídico tutelado (vida, patrimônio, entre outros).

A reparação civil revela-se como elemento basilar de equilíbrio social, tendo como escopo precípua a manutenção da ordem social, isso porque a reparação traz em si a vertente compensatória do dano à vítima; a punição do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva.

A primeira vertente da reparação revela-se na reconstituição do estado anterior ao dano causado. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando na ocorrência de impossibilidade, é imposto um pagamento indenizatório, em importância equivalente ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Quanto à idéia de punição do ofensor, esta gera um efeito punitivo à falta de atenção e cautela quando na prática de seus atos.

No que concerne a vertente de desmotivação social da conduta lesiva, esta se concretiza de maneira indireta, uma vez que ao se tornar pública a punição aplicada ao autor do dano, explícito está que condutas semelhantes não serão aceitas. Alcança-se, assim, o equilíbrio e a segurança social, ideais perseguidos pelo Direito.

CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Analisar-se-ão, nas próximas linhas, os elementos e pressupostos necessários para se caracterizar a responsabilização do Estado pelos prejuízos ocasionados aos particulares quando da sua atuação.

Deste modo, poderão ser calcados, ao vislumbrarem-se os delineamentos da evolução do instituto, no que toca a responsabilização do Poder Público, como os avanços sociais e políticos da humanidade construíram um “Estado garantidor” de direitos e deveres aos indivíduos, em consonância com o surgimento da idéia de que o Estado deve ser responsável sempre que os seus atos, ou a falta destes, causarem prejuízos aos cidadãos.

2.1. NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Diante da sistematização jurídica atual, a responsabilidade do Estado passa a ser erigida sob dois aspectos, a serem analisados.

Em um primeiro momento, compõe-se a Responsabilidade Civil como instituto que tem aporte no princípio da legalidade, portanto, afeito à necessidade de manter-se resguardada a premissa de que o administrador público apenas pode realizar aquilo que é posto em lei. Assim, mencionado aspecto é evidenciado no Código Civil e na Constituição Federal brasileira, quando não deixam indenes as práticas danosas também oriundas da Administração Pública perante direitos e garantias da pessoa humana.

Tão importante quanto o aspecto da legalidade é analisar a responsabilidade civil, em um segundo momento, como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, tendo em vista ser erigido a patamar constitucional o resguardo da dignidade da pessoa humana como consentâneo da segurança jurídica.

No que concerne ao âmbito de instituto jurídico, a responsabilidade estatal encontra os seus contornos e normas de efetivação estabelecidos em consonância ao direito positivo pátrio. E, tratando-se da responsabilidade estatal pela ótica de princípio norteador de Estado de Direito,

passa a desempenhar, pois, a função de vetor para edição e interpretação das normas de direito público, sendo inaceitável a permanência de normas que tragam em seu bojo idéias contrárias ao princípio da responsabilidade do Estado.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade do Estado não se encontra estanque, posto que desempenha o papel de instituto jurídico garantidor do princípio da legalidade, como já frisado.

Como consequência deste último, afirma-se como instituto garantidor de direitos individuais ampliativos da esfera jurídica dos administrados, tendo como exemplo os serviços públicos, onde o dever de reparar surge sempre que o Estado, ou quem lhe represente, por ação e omissão, quando da prestação dos serviços públicos, vier a causar aos indivíduos um dano, ou até mesmo quando o dano for decorrente da ausência da prestação de determinado serviço não instituído, nos casos em que teria sido obrigatório criá-los.

2.2. EVOLUÇÃO DAS TEORIAS EXPLICATIVAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Em sede do presente tema, historicamente, a doutrina detém posicionamentos diversos que vão desde a total irresponsabilidade estatal até alcançar a teoria do risco integral.

Percorre-se, neste momento, sobre os aspectos mais importantes de cada uma delas, buscando entender as suas respectivas características de maior ou menor grau de responsabilização do Estado por condutas danosas de seus agentes.

2.2.1. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

A idéia de que o Estado não era responsável por ato algum, refere-se a uma fase histórica bastante acentuada do absolutismo, onde o Estado caracterizava-se por sua soberania, destarte, encontrando-se de maneira

formal e hierárquica acima dos seus súditos. Era o Estado que realizava o Direito, daí estar acima de qualquer indagação a respeito de conceitos valorativos de certo ou errado, justo ou injusto.

Igualmente, marcou aquela época o contexto econômico caracterizado pelo liberalismo, onde o Estado pouco intervinha na sociedade, havendo assim pouca participação do mesmo nas relações privadas, ocorrendo intervenções estatais apenas para dirimir eventuais conflitos de caráter setorial.

O brocardo inglês "*The king can do no wrong*" (O Rei nada faz de errado) expressa essa fase histórica, onde se recusava a possibilidade de responsabilização estatal como consequência do Poder do Estado.

Em virtude do avançar do tempo e do surgimento do Estado de Direito, a teoria da irresponsabilidade sofreu algumas gradações conceituais, onde o surgimento da distinção doutrinária entre os atos de império¹ e os atos de gestão² também propiciou significativamente essa gradação.

Neste sentido, o Estado não poderia responder pelos danos oriundos da prática de atos de império; assim, as atividades estatais que apresentavam um caráter de soberania e condições hierarquicamente superiores aos demais não geravam o dever de indenizar.

No que tange aos atos de gestão, os mesmos traziam estreita semelhança com os atos do direito comum – direito privado. Vislumbrou-se que o Estado ora agia à semelhança dos particulares; destarte, na ocorrência de tais casos se fazia necessária a responsabilização pelos danos causados a outrem, uma vez que se encontrava em situação de igualdade jurídica com os demais indivíduos.

A dicotomia apresentada entre os atos de império e os atos de gestão trouxe grande contribuição à época, já que conseguiu implantar a idéia de que o Estado não era um ente supremo, alicerçado acima do bem e do mal. Contudo, tal idéia também apresentava em seu cerne uma consequência um

¹ Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento.

² Atos de gestão são os que a Administração Pública não se utiliza da supremacia sobre os destinatários. É o que ocorre, por exemplo, nos atos puramente de administração de bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados.

tanto quanto delicada, pois verificou-se a grande dificuldade na vida prática de distinguir os atos de império dos atos de gestão do Estado (REGO, 2006, p.42).

2.2.2. TEORIAS SUBJETIVISTAS

Na esteira da evolução ideológica da responsabilidade, ocorreram significativas mudanças em seu fundamento e em seu campo de aplicação. Em virtude desta maturação, a teoria da absoluta irresponsabilidade estatal cede espaço para as teorias subjetivistas, onde a responsabilização passa a ter o fundamento da culpa. Por seu turno, para que haja a responsabilidade do Estado, nas teorias subjetivistas é imperiosa a presença da culpa do agente, e conseqüentemente, a sua comprovação.

2.2.2.1. TEORIA DA CULPA CIVILÍSTICA

Nesta modalidade da teoria subjetiva, ocorria a atribuição da responsabilidade ao Estado a partir do pressuposto de que os agentes estatais figuravam na condição de prepostos, de representantes do Estado.

Deveras, incorrendo o Estado (através dos seus agentes) em culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, o dever de indenizar estava configurado já que causou danos a terceiros.

Oportuno elucidar quanto à culpa *in vigilando*, sendo a mesma uma incúria no dever de vigilância; por seu turno, a culpa *in eligendo* é traduzida na má escolha daquele em quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação.

Nessa etapa ideológica da responsabilização por culpa, o Estado deveria responder, na forma do direito privado, igualmente como o patrão respondia pelos atos dos seus empregados.

Contudo, na ação de reparação de danos, a vítima teria o ônus de comprovar a existência do elemento anímico culpa por parte de um

determinado agente do Estado, sendo necessário especificar o causador do dano para que o Estado respondesse pelo ato culposo do seu agente.

2.2.2.2. TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

Depara-se, no âmbito desta teoria, com uma intermediação entre a responsabilidade alicerçada na culpa e a objetivação da responsabilidade.

Nos contornos da teoria da culpa administrativa o agente público, que anteriormente era visto apenas como preposto estatal diante da hipótese de ensejar um dano, estaria realizando-o em nome do Estado, já que era tido como um instrumento do mesmo.

Para aferir a existência da responsabilidade do Estado, passou-se a adotar novos parâmetros, quais sejam, a culpa *in commitendo* e a culpa *in omittendo*. A culpa *in commitendo* restava caracterizada quando da prática de uma ação, de um ato positivo, enquanto a culpa *in omittendo* era decorrente de uma omissão, quando presente o dever de não se abster.

2.2.2.3. TEORIA DA CULPA ANÔNIMA

Na teoria retro-mencionada – culpa administrativa, a responsabilidade estatal era direta, em decorrência da conduta dos seus agentes. No entanto, esta teoria apresentava um demérito, pois se exigia a identificação do indivíduo que provocou o dano.

Diante da grandeza da atividade estatal e da impessoalidade na prestação de serviços públicos, a vítima encontrava um grande obstáculo para a efetivação da sua pretensão indenizatória, já que era extremamente difícil especificar o agente causador do prejuízo.

Exatamente para dirimir referidas situações foi que se difundiu a teoria da culpa anônima, onde a responsabilização do Estado estava configurada apenas com a prova de que a lesão ocorrida foi consequência

direta da atividade pública, dispensando, assim, a necessidade de identificar o agente que a produziu.

2.2.2.4. TEORIA DA CULPA PRESUMIDA

No que concerne a teoria da culpa presumida é possível encontrar uma espécie de variante da teoria da culpa administrativa. A teoria da culpa presumida é revelada na existência de presunção da culpa do Estado, abrindo espaço, contudo, para a adoção do critério de inversão do ônus da prova. Daí ser considerada como uma variante da teoria anterior, pois admitia a responsabilização estatal apenas através da comprovação do dano, no entanto estabelecia a possibilidade de comprovação da não ocorrência da culpa estatal.

2.2.2.5. TEORIA DA FALTA ADMINISTRATIVA

Esta teoria desenvolveu-se pelo viés de que a falta do serviço estatal era suficiente para caracterizar a culpa da Administração, dispensando-se a necessidade de investigar a existência de culpa por parte do agente estatal, sendo suficiente apenas a ocorrência da falta do serviço.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1998, p. 411):

(...) a culpa do estado ocorre com o não funcionamento do serviço público (inexistência), com o seu funcionamento atrasado (retardamento), ou ainda, quando funciona mal (mau funcionamento). Nestes três casos, ocorrerá a culpa do serviço, independentemente de qualquer inquirição a respeito da falta do funcionário.

Neste diapasão, depara-se com a idéia de que para caracterizar a presente teoria faz-se necessário, além dos elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade, a consideração sobre a omissão estatal; urge demonstrar que, se não tivesse ocorrido a omissão, haveria possibilidades de evitar o dano.

2.3. TEORIAS OBJETIVISTAS

Mesmo ocorrendo a maturação ideológica no que se refere ao fundamento da responsabilização civil, alcançando o viés da inversão do ônus da prova e desprezando tanto a perquirição da culpa quanto a especificação do agente causador do dano, passou-se a indagar nos mais variados ordenamentos jurídicos a possibilidade de uma responsabilização civil apoiada tão somente na prova do dano e no nexo de causalidade.

2.3.1. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A teoria epigrafada reveste-se da idéia de que, para que ocorra a responsabilização do Estado, necessário se faz a ocorrência de dano oriundo de ato "lesivo e injusto", não analisando se houve ou não culpa do Estado ou dos seus agentes. A teoria do risco administrativo encontra apoio no risco que a atividade estatal necessariamente gera, onde os pressupostos, são a saber: a existência de um ato ou fato administrativo; a existência de um dano; a ausência de culpa da vítima.

Urge salientar que o risco administrativo não aponta o reconhecimento inquestionável da responsabilização do Estado; há formas de exclusão como a culpa exclusiva da vítima, a força maior entre outras.

2.3.2. TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Com a teoria do risco integral, o instituto da Responsabilidade Civil conseguiu alcançar a sua consagração. Neste contexto, não se admitia qualquer idéia de exclusão da responsabilidade, sempre que restasse comprovado o dano causado a terceiros por atos estatais.

Ademais, a aplicação desta teoria conduzia ao reconhecimento da responsabilização, independente da situação, contanto que estivessem

presentes os elementos essenciais (dano, nexa e ato). Resta claro que a teoria em comento despreza quaisquer excludentes de responsabilidade, passando a Administração Pública a assumir todos os riscos de dano provenientes da sua atuação.

Em uma análise crítica, a teoria do risco integral aponta circunstâncias extremas e despreza o bom senso jurídico, pois quer transformar o Estado em um “segurador universal”. As idéias defendidas por esta teoria não podem ser aceitas, pois permitem precedentes de abusos e desvios.

2.3.3. TEORIA DO RISCO SOCIAL

A teoria do risco social também é tida como “responsabilidade sem risco”. A fundamentação desta teoria reside na idéia de que o Estado deve cuidar da harmonia e do equilíbrio social. Na hipótese de ocorrer a quebra desse equilíbrio, quando da efetivação de um dano, passa a ser do Estado o dever de reparar tal evento. O viés da responsabilização estatal na teoria em tela reveste-se do escopo de socializar para compensar, deixando para trás os fundamentos ostentados pelas outras teorias, que se manifestavam na idéia de individualizar o dano, para reprimir o seu autor e para compensar a vítima.

Para José de Aguiar Dias (1994, p. 411) a teoria em análise poderia ser aplicada nas situações em que sejam desconhecidos os autores dos delitos, nos casos em que estes empreendam fuga sem deixar bens ou sejam insolventes.

Por consequência da tese em análise, o Estado assumiria o ônus da reparação do dano para não deixar a vítima sem a devida reparação, permanecendo ressalvado o direito de regresso contra o indivíduo que praticou o evento danoso.

Nos contornos da teoria do risco social, encontra-se a última fase da evolução (até o momento) da responsabilidade estatal. Neste sentido, Saulo

Casalo Bahia (1995, p. 94) pondera que seu advento é mais anunciado do que acontecido.

2.4. DISCREPÂNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA TEORIA ADOTADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A grande divergência que reside no cerne do tema em enfoque, que é a Responsabilidade Civil do Estado, encontra-se traduzida na responsabilização do Estado por atos omissivos decorrentes da atividade estatal.

Para autorizada parte da doutrina (Celso Antonio Bandeira de Mello, Di Pietro, Maria Helena Diniz, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Lucia Valle Figueiredo, entre outros) e da jurisprudência, sendo esta a corrente majoritária, tendo como expoente Celso Antônio Bandeira de Melo, a responsabilidade estatal seria objetiva apenas nas hipóteses de atos comissivos, em outras palavras, nos atos em que o Estado atua de maneira positiva. Assim, é cabível a exegese da aplicação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2006, p. 19), que preceitua:

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

Os defensores da referente doutrina buscam, também, embasamento no artigo 43 do Código Civil pátrio de 2002 (BRASIL, 2003, p. 147), onde dispõe:

Art. 43 As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Diante do estabelecido nos diplomas normativos retromencionados, consagra-se a idéia de que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado respondem pelos danos que seus funcionários “causem” a terceiros; contudo, deve-se analisar se o ato causador do dano é

revestido de elementos omissivos ou comissivos, já que esta distinção definirá se a responsabilidade naquela hipótese será objetiva ou subjetiva.

Imperioso apontar que não haverá distinções quanto à categoria do ato; entretanto, persiste a possibilidade de ação regressiva contra o agente quando tiver havido culpa deste.

Seguindo, principalmente, o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Melo (1981, 167-169), é forçoso reconhecer a existência de uma relação causal entre o dano e aquele que o gerou (agente causador), já que o preceito constitucional assevera em relação a prejuízo "causado" por agente público.

O ponto central deste pensamento é traduzido na distinção entre "causa" e "condição", sendo esse elemento lógico e fundamental para a correta compreensão da tese defendida pelos estudiosos do direito acima aludidos. Neste diapasão, a causa é o evento que produz diretamente um efeito, enquanto que a condição é um acontecimento cuja ausência permite a realização de um efeito, não produzindo por si só o efeito, mas, sua presença impediria a realização dele.

Todavia, para os casos em que a lesão é decorrente de uma omissão do Estado, faz-se necessária a aplicação da responsabilização subjetiva. Ademais em mencionadas circunstâncias são exigidos os elementos básicos da responsabilidade civil, que são: o dano, o nexos causal e a culpa, onde esta passa a ser analisado de maneira menos rigorosa, não sendo preciso especificar o agente causador do dano, necessitando-se apenas a comprovação da "insuficiência culposa" do serviço público.

Do exposto acima, depreende-se que a doutrina majoritária entende e defende que a responsabilidade estatal decorrente de atos omissivos, deverá ser subjetiva, enquanto no que tange aos atos comissivos a responsabilidade deverá abarcar o caráter objetivo. Se o Estado não praticou ato algum, não poderá ser tido como autor do dano, e, não sendo o autor do dano, só haverá possibilidade de responsabilizá-lo nas circunstâncias de estar obrigado a impedi-lo.

A rigor, a responsabilidade, seria conseqüência tão somente do descumprimento do dever legal de impedir o evento danoso.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1981, 937) assevera que:

(...) se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem o ilícito ensejador do dano evitado quando, de direito, devia sê-lo.

Mencionado posicionamento, inclusive, coaduna-se com o que foi erigido na Constituição Federal de 1946 (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 48), conservando-se ainda alguns seguidores tanto em doutrina como na seara jurisprudencial, a pretexto de que o Estado não pode ser responsabilizado por tudo o que acontece, apresentando-se como um “grande segurador”, indenizando e reparando todas as desgraças e infortúnios.

Passa-se a analisar os fundamentos embaixadores da doutrina que apresenta entendimento contrário ao da vertente acima mencionada, no que tange à teoria a ser aplicada quando da ocorrência da responsabilização estatal decorrente de atos omissivos.

Estudiosos como Álvaro Lazzarini, Gustavo Tepedino, Toshio Mukai, Hely Lopes Meirelles, Diogenes Gasparini, Celso Ribeiro Bastos, Weida Zancaner Brunini, entre outros, convergem na tese da teoria objetivista da responsabilidade a ser aplicada quando da omissão estatal, refletida do seguinte modo (MUKAI, 1987):

(...) as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito. (...) causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo 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 não fazer).

A omissão do agente público, desde que causa primária do dano praticado por terceiro, é reconhecida como motivo e não como uma simples condição do evento danoso, do qual enseja a aplicação da teoria objetiva, conforme expõe Gustavo Tepedino (1999, 13):

(...) não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. A Constituição

Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da Administração Pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dos quais se destaca o da isonomia e o justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o art. 15 do Código Civil, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.

Em análise ao artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 constata-se a adoção exclusiva da teoria objetiva para a responsabilidade civil do Estado, quer seja em hipóteses de atos omissivos, quer seja em atos comissivos.

Curial enfatizar que a responsabilidade civil do Estado pela reparação dos danos causados aos cidadãos traz em si um dos mais caros fundamentos do Estado de Direito, do qual é corolário inevitável: o princípio da isonomia, tendo em vista não se mostrar razoável a tese de um Poder Público irresponsável no que diz respeito às suas práticas danosas.

Neste sentido, é o entendimento de Héctor José Escola (apud, BORGES, 2006, p. 19):

O Estado de Direito, que com nossa organização constitucional adotamos, e cujos princípios e postulados regem e obrigam ao próprio Estado, em salvaguardar dos direitos e interesses de cada um dos seus habitantes, sem deixar de ter em mira a prevalência do interesse público, impõe necessariamente que o Estado seja responsabilizado pelo resultado prejudicial dos atos que cumpra, que incidam sobre os particulares, e que possa ser obrigado a ressarcir tais prejuízos, na medida em que seja justo e razoável.

Acha-se plenamente fundamentada na Constituição Federal de 1988 e em lei infraconstitucional a concepção da responsabilidade civil objetiva do Estado por atos de seus agentes, desconsiderando a perquirição do elemento "culpa". A ordem jurídica contemporânea brasileira logrou, pois, grande êxito ao estabelecer no direito positivo a responsabilização estatal tendo como fim o amparo a vítima. Daí ser oportuno transcrever a lição de Medauar (2004, p. 3), para quem:

Há um nítido caminho da responsabilidade do Estado, sempre em prol da vítima, e me parece, fazendo uma apreciação geral, que não poderíamos ter um retrocesso nisso. A questão da responsabilidade do Estado precisa caminhar mais ainda, sempre colocando no centro dos estudos a vítima, que é na verdade a tônica dos estudos que vêm sendo feitos sobre a responsabilidade civil do Estado.

A bem da verdade nota-se ao realizar um breve exame, em particular, no Código Civil brasileiro, em muitas das suas disposições, facilmente percebe-se que a orientação lá contida está em sintonia com o moderno entendimento de maior amparo à vítima, conforme depreende-se do pensamento acima aludido.

2.5. TEORIA ADOTADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Em sede de direito positivo, a teoria prescrita para a responsabilidade civil do Estado, tanto para atos omissivos ou comissivos, é a teoria objetiva. Contudo, permanece a discussão a respeito do tema, já que não há entendimento pacífico, tanto na seara doutrinária como na jurisprudencial.

De fato, denota-se que a Responsabilidade Civil prevista na Constituição Federal de 1988 é essencialmente objetiva e que prescinde da investigação do elemento culpa, como pressuposto para a obrigação de indenizar.

A essa evidência, é patente que a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro é a objetiva, não somente pela nova visão de reparabilidade que passa a permear as mentes dos juristas e dos aplicadores do direito, por se encontrar estabelecido tanto em lei infraconstitucional, mas, primordialmente, por estar amparada na Norma Ápice brasileira.

CAPÍTULO III - A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A análise dos direitos humanos revela à realidade de descaso existente no estado brasileiro quanto a aplicação destes direitos mais elementares, em particular, da situação dos apenados.

A busca de resguardar os direitos da pessoa humana, através da ordem jurídica, é fator primordial para a civilização das sociedades democráticas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê os direitos de todos os cidadãos, em outras palavras, prevê os direitos humanos como fonte essencial para todos os outros direitos mencionados. Os artigos que assentam os direitos são encontrados no Título II, Capítulo I: "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

No caput do artigo 5º da CF. 88 (BRASIL, 2006, p. 15), revela-se o ideal de construir um ordenamento onde o homem é centro e o fim do direito:

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

Diante da inobservância dos direitos humanos, Bobbio (1992, p.25) assevera:

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos(humanos), qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Dessa forma, o valor da pessoa humana, agregado àquilo que se convencionou chamar de humanismo ou de direito natural, tem o condão de estabelecer os contornos e alcance do direito positivo brasileiro.

Hodiernamente, discute-se (em sede doutrinária e jurisprudencial) acerca da nova concepção de Estado. Passa-se a reconhecer o Estado, como Democrático, Social e Humanitário de Direito, apresentando como parâmetros

a preocupação com a forma de aplicar e de resguardar os direitos, garantias e liberdade públicas de todo homem.

O humanismo constitucional destaca-se por conta do valor que confere ao homem enquanto pessoa, de conformidade com o princípio autônomo e individual de conscientização e responsabilidade que impulsiona para o reconhecimento da plenitude do ser humano na ordem social e jurídica, através do respeito incondicional àqueles direitos mínimos e fundamentais.

Revela-se imperiosa a análise, através dos termos da Constituição Federal de um Estado, enquanto elemento normativo de valores e normas efetivas para as transformações e evoluções esperadas por vários setores da sociedade, em especial, por àqueles mais fragilizados, como os reclusos em estabelecimentos prisionais, que vivem sem o devido amparo legal no que tange aos mais simples e basilares direitos e garantias (o mínimo existencial).

Dessa maneira, Flávia Piovesan (2007, p.60) assevera, acerca do constitucionalismo, as funções para resgatar a defendida e brindada idéia de direitos humanos nas seguintes palavras:

A Constituição brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos do País. O texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático "pós-ditadura". Após 21 anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF-88), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.

Nesta esteira, é forçoso concluir que os aclamados direitos naturais passaram a compor a legislação e, gradativamente, foram proclamados nos textos constitucionais. Assim, é que identifica-se no Constitucionalismo, inspirado no Humanismo, viabilizando uma cultura há bem mais de cinquenta anos, voltada à sua construção permanente de um Constitucionalismo integral e efetivo, precedendo possibilidades para a validade dos direitos da pessoa humana como parte integrante do Estado Democrático de Direito.

3.1. A FALTA DE CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, elemento fundante e norteador do Estado Democrático de Direito, é expressão maior do pacto social, revelando-se como acordo de vontades políticas desenvolvidas em um determinado espaço de tempo, que permite a consolidação das pretensões de justiça social, resguardando aos cidadãos do Estado em suas mais diversas facetas (individual, coletiva e difusa).

Contudo, aponta-se que o mister do constitucionalismo não se restringe em ter como elemento basilar uma coleção de regras e princípios que pontilham a vida em sociedade, mas, sobremaneira, tem o papel de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o exercício de valores básicos capazes de orientar uma sociedade justa, digna e solidária.

Baseada nos cientistas do direito que se debruçam sobre a teoria constitucional, essencialmente para os estudiosos da Itália, Alemanha e Espanha, as expressões “neoconstitucionalismo”, “verticalização das leis” ou “constitucionalismo de direitos” passam a apontar um novo modelo jurídico de Estado Constitucional (FREIRE, 2007, p. 78).

Demais disso, depreende-se do fenômeno de normatização da Constituição Federal que o referido diploma legal deve ser aplicado e observado não apenas como uma compilação de orientações e regras que viabilizam as relações em sociedade, mas sim, em caráter absoluto, como um vetor que denota a aplicação equânime do “Direito”.

Imprescindível reconhecer, ainda, que o diploma em análise é uma construção axiológica e teleológica que impõe a compreensão, a interpretação e a aplicação de princípios jurídicos, com vistas a amparar cada indivíduo em sua particularidade e para potencializar a concretização de um direito justo.

Ao refletir a lição de Kant (2004, p. 90), tem-se que a pessoa é um fim em si mesmo, não se podendo converter em instrumento para a realização de um eventual interesse atentatório da sua dignidade. Em outras palavras, em decorrência da normatividade dos valores da Constituição, o ser humano passou a ocupar o centro e o fim do ordenamento jurídico. Por isso se

robustece a idéia de um direito “humanizante” reforçado pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que foi elevado à condição de valor supremo dos sistemas jurídicos democráticos.

Conforme expõe Sarlet (2007, p. 67), há um gradativo reconhecimento e positivação da dignidade da pessoa humana, entendendo-se como:

(...) irreversível tendência a ser saudada com entusiasmo e esperança, sem que com isto se esteja recaindo na ingenuidade de reconhecer que a positivação jurídica, por si só, não tem o condão de impedir violações concretas da dignidade das pessoas.

Entretanto, mesmo na existência de diplomas legais consagradores dos direitos humanos (tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), a incorporação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana adveio apenas com o surgimento da Lei Fundamental Alemã de 1949, onde ficou estabelecido, em seu artigo 1.1., que “a dignidade do homem é intangível e os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la” (FREIRE, 2007, p.81). A Lei Fundamental Alemã foi, portanto, o ponto de partida para que o princípio da dignidade humana passasse a permear o constitucionalismo ocidental.

Em consonância com as evoluções jurídicas e sociais de todo o mundo ocidental, na Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é pedra angular essencial a compor o rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III), juntamente com outros princípios, como o princípio republicano, o princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio federativo, o princípio da separação dos poderes, entre outros.

É curial registrar o pensamento de Sarlet (2007, p. 64), para quem:

(...) a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional mesmo em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade de assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º), além de assegurar à



criança e ao adolescente o direito a dignidade (artigo 227, *caput*). Assim, antes tarde do que nunca – pelo menos ainda antes da passagem para o terceiro milênio -, a dignidade da pessoa e, nesta quadra a própria pessoa humana mereceram a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva.

Oportuno considerar o caráter de essencialidade que o princípio da dignidade da pessoa humana traz em si para a efetivação do Estado Democrático de Direito, pois passa a ser traduzido como norma basilar do ordenamento jurídico brasileiro. Neste diapasão, urge trazer à baila a lição de Flávia Piovesan (2000, p. 54-55):

A dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se ao lado dos direitos e garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Vislumbra-se que a dignidade da pessoa humana deve ser vivenciada numa perspectiva comunitária, inclusive devendo ser reclamada quando da ingerência ou abstenção na aplicação e/ou no respeito do princípio em tela pelos órgãos estatais. Diante disso, nota-se que por se encontrar estabelecido no cerne do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana expressa os anseios a serem perseguidos pela sociedade civil, refletindo-se, primordialmente, através do direito positivo.

O professor Clèmerson Merlin Clève (in: SARLET, 2007, p. 21), acerca da essencialidade do constitucionalismo a favor dos direitos da pessoa humana, entende que:

Está-se a referir, portanto, a uma *dogmática constitucional emancipatória e principiológica*, que toma o Estado não como realidade em si justificada, mas, antes, como construção voltada à integral satisfação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais de atuação positiva. Neste compasso, o Estado, desde o prisma jurídico, só guarda sentido quando a serviço da dignidade da pessoa humana. Logo, não são os direitos fundamentais que haverão de ficar à disposição do Estado (em particular das maiorias ocasionais). Antes, é o Estado que haverá de permanecer à disposição dos direitos fundamentais.

Diante de todo o exposto, tem-se em conta as inúmeras formas como o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de sobejamente positivado, é maltratado, de modo particular quando se reveste na forma

omissiva do poder público, referente à questão da violação de direitos, freqüentemente ocorrida nos estabelecimentos prisionais no Brasil.

A bem da verdade, o valor supremo que é a vida, serve de aporte para a atuação do Estado, essencialmente, no que se reveste na proteção da integridade física e moral do indivíduo. Nesse percurso, questiona-se a participação e as formas de reparação civil quando do não cumprimento do estabelecido na Lei Maior.

Ora, a implementação dos direitos e garantias da pessoa humana precede a uma diretiva dos poderes públicos, que hão de conferir, além do previsto em lei, uma praticidade à cidadania de todo ser humano. Uma violação a direitos humanos é tão degradante que pode por em risco toda uma ordem constitucional e, pois, toda violação requer uma reparação. Essa idéia de humanidade é especialmente lembrada por Sarlet (2007, p. 130), para quem:

(...) ninguém será capaz de negar que entre nós – e lamentavelmente cada vez mais – a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que de outros) é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida seja pelo incremento assustado da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, neste passo, de uma existência com sabor de humanidade.

A prática da já aludida forma de constitucionalismo em favor da dignidade humana urge ser contextualizada no âmbito de um Estado promotor do humanismo. Sabe-se que os direitos humanos não são direitos afeitos somente a bandidos ou somente a favelados, como é comum ser noticiado na mídia em ou discutido incultamente em alguns setores da sociedade. Pelo contrário, todos merecem igual tratamento e respeito, porque são iguais em dignidade, e não seria diferente na questão dos presidiários, quando se identifica a forma absurda como são tratados nas prisões – objeto deste trabalho.

CAPÍTULO IV - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DE CASOS DE HOMICÍDIOS DE PRESIDIÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2006, p. 18) reza em seu artigo 5º, inciso XLIX, *in verbis*: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Entretanto, a partir do noticiado na imprensa nacional, bem como a partir da experiência acadêmica no assunto, é flagrante o desrespeito a direitos humanos diuturnamente contra os presidiários dentro dos estabelecimentos prisionais.

O descaso da situação carcerária atual revela, sem meias palavras, o péssimo tratamento da condição humana e, portanto, exige-se do Estado um engajamento e, também, uma responsabilidade de molde a afastar uma cultura avessa a vida digna nos presídios.

Ao permanecer inerte ante a absurda realidade carcerária brasileira, onde não há a mínima possibilidade de efetivar o intento de ressocialização e reeducação do indivíduo, prescritos na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), o Estado viola direitos e fere princípios constitucionais.

Tenta-se, demonstrar neste estudo que vidas humanas são ceifadas neste cenário degradante: não há segurança para o preso; falta higiene; condições mínimas de saneamento; educação; saúde; e o Poder Público não pode se furtar da expectativa e da responsabilidade de promover a cidadania para todos em quaisquer circunstâncias.

Em outras palavras, a realidade do cárcere é assustadora; não por ser aplicada a privação da liberdade aos cidadãos, que por práticas delitivas, encontram-se nos estabelecimentos prisionais. É pública e notória a falta de concretização dos preceitos da Constituição Federal, revela-se nos maus tratos aplicados a que os apenados são expostos, como também na inobservância dos direitos fundamentais e humanos a eles inerentes.

Muitas vezes o descaso é tamanho que se deixam de realizar ações contidas em imposições legais, caracterizando um comportamento estatal aquém dos padrões mínimos elencados em lei, verificando-se como

conseqüência danos irreparáveis que ensejam, indubitavelmente, a reparação por parte do Estado. Mas, como já se sabe, a vida não tem preço!

Cotidianamente, há registros na mídia da ocorrência de mortes de presidiários nos cárceres; mortes essas oriundas de rebeliões, de rixas entre facções criminosas, entre outros motivos. Dessa forma, pertinente é a indagação sobre a Responsabilidade Civil do Estado pelos casos de homicídios de presidiários sob a sua custódia. Mais ainda, o que se denota importante é realçar a discussão em torno da lamentável falta de concretização da própria Constituição Federal no Brasil.

As práticas que ferem a dignidade da pessoa humana levam a crer, infelizmente, na concretização da figura do homem como coisa, ou até mesmo como animal irracional, uma vez que se esquecem da personificação do homem como titular de direitos e fundamento maior para as ações do Estado, seja ele pertencente a mais alta hierarquia política, ou seja ele, um presidiário (todos são iguais em respeito e direitos humanos).

Quanto ao presidiário, vítima maior dos descasos aqui aludidos, entende-se ser um indivíduo que adentrou no mundo do crime, e recebeu a pecha de marginal, passando a ser considerado como o pior dos seres humanos e devendo ser relegado à sua própria sorte ou ausência dela.

Essencial asseverar que a pena não pode ser considerada como vingança social, mas sim como condição de ressocialização e recuperação do indivíduo que praticou algum delito. Não se justifica, assim, no momento atual, a possibilidade de violação à integridade física e psíquica do presidiário quando o sujeito, autor de um delito, encontra-se recolhido em estabelecimentos prisionais sob a custódia do Estado para pagar a sua pena.

Como corolário da justiça social e da preservação da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico apresenta, de maneira expressa, o dever do Estado de velar pela segurança e incolumidade daqueles a quem mantêm encarcerados, pelo período em que cumprem as suas penas.

A bem da verdade, pouco se verifica a aplicação dos direitos fundamentais e humanos no mundo do cárcere. Logo, a retórica dos direitos humanos exige, indiscutivelmente, efetividade, também, neste ambiente.

No bojo da dialética da responsabilização do Estado pelos casos de homicídios de presidiários sob a sua custódia, ainda não há pacífico entendimento nos tribunais ou até mesmo na doutrina. Contudo, encontra-se na jurisprudência e na doutrina brasileira uma maior aplicação da teoria objetiva como resposta equânime do Estado para os administrados na ocorrência de danos.

A ordem jurídica pátria (majoritariamente) entende como fundamento cristalino que a morte de detento em estabelecimento prisional gera, inegavelmente, a responsabilidade do Estado em caráter objetivo, uma vez que a vítima estava sob a proteção da Administração Pública.

Deve, pois, a Administração manter-se nos padrões de vigilância e de zelo conforme estabelecidos na Constituição Federal e em demais leis infraconstitucionais, com vistas a garantir a preservação da integridade física e moral, protegendo os detentos de eventuais ações violentas que possam ocorrer, sejam elas levadas a cabo por agentes públicos, por detentos e até mesmo por terceiros estranhos a relação prisional.

Neste sentido é o entendimento do TJ-RJ (2003):

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO EM PENITENCIARIA. DANO MORAL. INDENIZACAO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DEVER DE GUARDA. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1 - A responsabilidade objetiva por danos oriundos de pessoas sob a guarda do Estado aplica-se, também, em relação, àqueles que se encontram sob a sua guarda, como é o caso de interno em estabelecimento prisional. 2 - Provado, então, o evento, nexo causal entre o dano e a falha do dever de guarda do detento, que lhe impõe zelo por sua integridade física, caracterizado está o dever de indenizar. 4 - Devida a indenização por dano moral consistente na reação emotiva da qual a Autora seria poupada não fora a ocorrência da trágica e súbita morte de seu filho. 5 - Desprovemento do recurso. (sic)

O Tribunal de Porto Velho – RO segue o pensamento acima exposto (2004):

Indenização. Responsabilidade objetiva. Morte de preso. Custódia do Estado. Danos morais. Fixação do quantum. Danos materiais. Prova insuficiente. Exclusão. Verba Honorária. Equidade. A responsabilidade do Estado é objetiva, bastando para sua configuração a relação causal entre o fato e o dano.

O valor fixado a título de indenização por dano moral não possui caráter de reposição econômica, mas tão-somente a intenção de amenizar o sentimento de perda.
(sic)

Neste percurso, é curial salientar o posicionamento do TJ-GO (2003), que entende da seguinte maneira:

MORTE DE DETENTO EM PENITENCIARIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SENTENCA CONFIRMADA. Duplo grau obrigatório de jurisdição. Aplicação da teoria do risco administrativo, cabendo ao Estado a responsabilidade decorrente da atividade administrativa de guarda de pessoas perigosas. Nexo de causalidade entre a omissão específica do Estado, que deixou de cuidar da integridade física dos detentos, não reprimindo organização criminosa atuante no Sistema Penitenciário e a morte das vítimas. Sentença confirmada. (sic)

Reafirmando a inteligência de que o Estado deve atuar como protetor maior da segurança jurídica do apenado, traz-se o definido na exegese do TJ – RJ (2003):

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. MORTE DE RECLUSO EM UNIDADE PRISIONAL DO ESTADO. E OBJETIVA, FUNDADA NO RISCO ADMINISTRATIVO, A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PUBLICO. A PARTIR DA DETENCAO, O INDIVIDUO E COLOCADO SOB A GUARDA E RESPONSABILIDADE DAS AUTORIDADES POLICIAIS, QUE SE OBRIGAM PELA PRESERVACAO DA SUA INTEGRIDADE CORPORAL, PROTEGENDO-O DAS EVENTUAIS VIOLENCIAS QUE POSSAM SER PRATICADAS PELOS AGENTES PUBLICOS, POR OUTROS DETENTOS E POR TERCEIRAS PESSOAS. DANO COMPROVADO. OMISSAO ESTATAL COM A SEGURANCA DO DETENTO. FATO PREVISIVEL. CULPA IN VIGILANDO. NEXO ETIOLOGICO. DESPROVIMENTO DO APELO. (sic)

Fica reforçado, diante da análise jurisprudencial acima exposta, que é dever do Estado responder pelo dano decorrente da atividade administrativa, de modo particular, a de que zelar pela integridade física e psicológica daqueles que se encontram sob sua custódia.

Nesta senda, assevera Silvio Rodrigues (1999, p.13):

Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrado no ordenamento jurídico de todos os

povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de reparar.

A responsabilidade estatal nos casos de homicídios de presidiários reveste-se, além da proteção à vida, da primazia do princípio da legalidade, como elemento basilar para a atuação da Administração, uma vez que o Poder Público somente poderá fazer ou deixar de fazer determinado ato desde que esteja prescrito em lei.

Verifica-se, portanto, na conduta omissiva do Estado que o ente público tem o dever de agir conforme estabelecido em lei. Entretanto, quando por omissão desobedece à lei, gera como consequência um ato ilícito, que deve ser reparado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Civil é um instituto jurídico de amplo alcance e densidade, por isso apresenta-se esmiuçado nas mais diversas facetas apresentadas pelo dinamismo vida moderna.

Toda atividade que provoca prejuízo a terceiros carrega em si o problema da Responsabilidade Civil, que não é um instituto jurídico estanque, revelando-se através da sua extensão e profundidade, como um fenômeno social.

A Responsabilidade Civil deriva da agressão a um interesse particular, sujeitando-se assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior do bem violado, em outras palavras, é um instituto jurídico com o escopo de restabelecer o equilíbrio violado pelo dano causado.

Quanto ao seu fundamento a Responsabilidade Civil poderá ser Subjetiva ou Objetiva. Receberá a responsabilização civil a conceituação de Subjetiva quando para a sua aplicação fizer necessário a perquirição do elemento “culpa”, sendo preciso para a sua caracterização a existência simultânea de uma conduta; um dano; a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o evento danoso. Será a responsabilidade civil de caráter Objetivo, quando prescinde-se da investigação da “culpa”, baseando-se apenas na coexistência de um evento danoso; de uma conduta omissiva ou comissiva e o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a ação do agente.

A ordem jurídica brasileira é pacífica quanto ao entendimento de o Estado ser responsável por suas condutas comissivas através da exegese da teoria objetiva da responsabilidade civil, fulcrada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. Contudo, a divergência doutrinária e jurisprudencial em relação ao tema da responsabilidade estatal é traduzida quando da indagação quanto as condutas omissivas, qual teoria a ser aplicada.

Há a corrente doutrinária que aponta, para as condutas omissivas, a responsabilização estatal com feições da teoria subjetivista, amparando-se no argumento de que a palavra “causarem” assentada no artigo 37, parágrafo 6º, da Norma Ápice brasileira, refere-se exclusivamente aos atos comissivos, desencadeadores diretos de determinados efeitos, não sendo aplicável as condutas omissivas, já que as mesmas “condicionam” o surgimento de um evento danoso, em outras palavras, são condutas que apenas condicionam e não “causam” o evento danoso.

Para a doutrina que apresenta entendimento contrário, defende-se que a teoria objetiva deve ser sempre aplicada quando referente a responsabilização estatal, não permitindo-se a distinção entre condutas omissivas ou comissivas. Já que resta-se evidente através da análise do mencionado artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 43 do Código Civil pátrio de 2002, que a responsabilização do Estado por danos por ele ocasionados deve ser objetiva, restando a perquirição da culpa ou do dolo apenas quando argumenta-se da possibilidade de ação regressiva do Estado em face do agente causador do dano.

O fundamento dos direitos humanos oferta uma força essencial para consolidar as ações dos poderes constituídos com a finalidade de elevar os ideais e os princípios da dignidade da pessoa humana.

O Estado tem inúmeros encargos e responsabilidades para a promoção da cidadania para todos e, por isso, não pode se furtar no que diz respeito à dignidade nos estabelecimentos prisionais.

A pena privativa de liberdade não pode ser considerada como vingança social, mas sim como condição de ressocialização e recuperação do indivíduo que praticou algum delito. Não se justifica assim no momento atual a possibilidade de violação à integridade física e psíquica do presidiário quando se encontra recolhido em estabelecimentos prisionais para pagar a sua pena.

Havendo maltrato a direitos e a garantias fundamentais, cabe perfeitamente ao indivíduo buscar na tutela jurisdicional a reparação do bem

violado ou ameaçado de violação, a partir do que, a lei oferta e do que os princípios constitucionais enriquecem.

A análise histórica do tema da responsabilidade civil remete, assim, à compreensão do respeito permanente aos direitos humanos e o Estado fica inserido na ótica de promotor do bem comum e responsável por todos os seus atos. A gritante realidade dos presidiários reclama a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Ora, a implementação dos direitos e garantias da pessoa humana precede a uma diretiva dos poderes públicos, que hão de conferir, além do previsto em lei, uma praticidade à cidadania de todo ser humano. Uma violação a direitos humanos é tão degradante que pode por em risco toda uma ordem constitucional e, pois, toda violação requer uma reparação.

Diante de todo o exposto, tem-se em conta as inúmeras formas como o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de sobejamente positivado, é maltratado, de modo particular quando se reveste na forma omissiva do poder público, referente à questão da violação de direitos, freqüentemente ocorrida nos estabelecimentos prisionais no Brasil.

A bem da verdade, o valor supremo que é a vida serve de aporte para a atuação do Estado, essencialmente, no que se reveste na proteção da integridade física e moral do indivíduo. Nesse percurso, questiona-se a participação e as formas de reparação civil quando do não cumprimento do estabelecido na Lei Maior.

REFERÊNCIAS:

- AZEVEDO, Márcio Alan Rodrigues de. GARCIA, Jaci Rene Costa. *Princípios constitucionais: a matriz hermenêutica como possibilitadora da concretização dos princípios* <<http://www.unifra.br/professores/jaci/Artigo-Hermen%C3%AAutica.doc>>. Acesso em: 04 nov. 2007
- BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. *Revista da faculdade de direito da UERJ*. ns. 6 e 7. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BRASIL, Código Civil (2002). *Novo código civil e legislação correlata*. 1 ed. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de edições técnicas, 2003.
- BRASIL, Constituição Federal (2003). 10 ed. Brasília: Senado Federal. 2003.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do estado*. Rio Janeiro: Forense, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Apresentação. In: SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 9. ed., São Paulo. Atlas, 1998.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. vol .1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FREIRE, Ricardo Maurício. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Editora Juspodivm. Salvador. 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade Civil. 2º ed.. São Paulo: Saraiva, 2004. v.3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. tradução HOLZBACH, Leopoldo. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MEDAUAR, Odette. Jornada sobre gestores Públicos e responsabilidade civil da administração pública. *Boletim de direito administrativo* 1. ed. NDJ, jan. 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20ª ed., rev. e atual. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego, FREITAS, Juarez (org.). Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo. Malheiros editores, 2006.

MUKAI, Toshio. Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente. Conferência pronunciada no *II Simpósio Estadual de Direito Ambiental*. Curitiba, 1987.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonand, 2000.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 19826/2004. 27 ago. 2004. Disponível em: http://www.meuhd.com.br/clientes/jml_par_Responsabilidade_Civil_do_Estado_Morte_de_Preso_Caso_U%C3%AA.doc. Acesso em: 4 nov. 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. vol. 4. São Paulo. Saraiva: 1999.

RONDONIA, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Apelação cível nº 100.001.2002.015468-1. 02 set. 2004. Disponível em: <http://www2.tj.ro.gov.br/apsg/new/inteiroteor.jsp?seqAcordao=35409>. Acesso em: 04 nov. 2007.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do estado por conduta omissiva. Disponível em: <http://www.direitovirtual.com.br/artigos.php?details=1&id=200>. Acesso em: 2 nov. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados micro-sistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Revista da faculdade de direito da UERJ*, ns. 6 e 7. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.