

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

DANILO BEZERRA LAUANDE FONSECA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO SISTEMA PRISIONAL:
Pelos danos à integridade física e moral dos presos por ação perpetrada por
outros detentos

São Luís - MA
2016

DANILO BEZERRA LAUANDE FONSECA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO SISTEMA PRISIONAL:
Pelos danos à integridade física e moral dos presos por ação perpetrada por
outros detentos

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão – UFMA
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Ruan Didier Bruzaca
Almeida Vilela

São Luís - MA
2016

DANILO BEZERRA LAUANDE FONSECA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO SISTEMA PRISIONAL:

Pelos danos à integridade física e moral dos presos por ação perpetrada por outros detentos

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

Examinador 1
Universidade Federal do Maranhão

Examinador 2
Universidade Federal do Maranhão

A Deus; A Jesus, o Caminho, a Verdade e a Vida (João 14:6).

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela sua bondade e misericórdia constates em minha vida. Obrigado, em nome do Senhor Jesus, por sempre estar comigo, abençoando-me e cuidando de mim para que eu continue crescendo e me aperfeiçoando em todas as áreas da minha vida, tudo para Tua honra e para Tua glória.

Aos meus queridos pais, Giorgianni e Inúbia, pelo constante apoio, cuidado, compreensão, paciência, carinho em todas as horas e amor incondicional.

A minha irmã Maíse, sempre fraterna em todos os momentos da minha vida. Obrigada por sempre estar comigo, me incentivando, compartilhando coragem e alegria.

Aos meus familiares, em especial aos meus avós, por todo o carinho, compreensão e união. Obrigada por serem cada um, a sua maneira, tão importantes nesta jornada.

Aos amigos e amigas, que trago desde a escola, assim como àqueles que adquiri na Universidade, por todas as conversas, risos, auxílios, apoio e companheirismo.

Ao Prof. Me. Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela, pela valiosa orientação na construção deste trabalho.

Aos professores da Universidade Federal do Maranhão, por todos os ensinamentos transmitidos ao longo desses anos.

À Universidade Federal do Maranhão, por ser a instituição que propicia este grande passo na minha formação profissional.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho tem como ponto central a responsabilidade civil do Estado pela integridade física e moral dos detentos dentro do sistema prisional, tratando-se de como se dá tal responsabilidade, sobretudo nos casos em que o dano é resultado da ação lesiva dos demais detentos. Nesse sentido, buscar-se-á destacar os elementos e aspectos jurídicos fundamentais que norteiam a teoria geral da responsabilidade civil estatal no Brasil; reafirmar a ideia do cidadão preso como um verdadeiro sujeito de direitos, destacando-se, dentro da legislação constitucional e infraconstitucional, como tais direitos lhes são assegurados e o evidente hiato que existe entre o ideal normativo e a realidade prática enfrentada pelos encarcerados; e, finalmente, apresentar-se-á os fundamentos jurídicos que enfatizam a responsabilidade e o dever do Estado de guarda, proteção e cuidado dos presos custodiados, culminando, assim, na possibilidade de responsabilização civil objetiva do ente estatal pelos danos à integridade física e moral dos detentos, ainda que resultantes de um comportamento omissivo do agente público, como é o caso dos danos suportados pelos presos por ação lesiva dos seus próprios de cárcere.

Palavras-chave: Estado; responsabilidade civil; detentos; integridade física e moral

ABSTRACT

This work focuses on the civil responsibility of the State for the physical and moral integrity of detainees within the prison system, dealing with how such responsibility occurs, especially in cases where the damage is the result of the injurious action of the other detainees. In this sense, we will seek to highlight the elements and fundamental legal aspects that guide the general theory of state civil liability in Brazil; To reaffirm the idea of the citizen arrested as a true subject of rights, standing out, within the constitutional and infraconstitutional legislation, how these rights are guaranteed to them and the evident gap that exists between the normative ideal and the practical reality faced by the prisoners; and, finally, the legal foundations that emphasize the responsibility and duty of the State of custody, protection and care of the prisoners in custody, culminating, therefore, in the possibility of objective civil responsibility of the state entity, which will stand for the damages to the physical integrity and morality of detainees, even if they result from an omissive behavior of the public agent, as is the case of the damages sustained by the prisoners by action injurious of other prisoner.

Key words: State; civil responsibility; prisoners; physical and moral integrity

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

LEP – Lei de Execuções Penais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	13
2.1	Evolução das teorias de responsabilização do Estado.....	13
2.1.1	Fase da irresponsabilidade do Estado.....	13
2.1.2	Fase da responsabilidade subjetiva estatal.....	14
2.1.3	Fase da responsabilidade objetiva estatal.....	16
2.2	Responsabilização civil estatal no direito brasileiro – o art. 37, §6º, da CRFB/88: elementos definidores.....	18
2.2.1	Sujeitos: Pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.....	18
2.2.2	Da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade.....	20
2.2.3	Do dano indenizável.....	24
2.2.4	Nexo de causalidade.....	26
3	DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS DETENTOS NO CONTEXTO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	30
3.1	A realidade do sistema prisional brasileiro: das violações a direitos e garantias legais e constitucionais ocorridas dentro do cárcere.....	30
3.2	Os direitos dos reclusos e a Constituição Federal de 1988.....	37
3.3	Dos direitos do preso na Lei de Execuções Penais.....	41
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO SISTEMA PRISIONAL.....	46
4.1	Responsabilidade do Estado e a proteção da integridade física e moral dos detentos como direito constitucional fundamental.....	46
4.2	Responsabilidade do Estado ante o dever de guarda e proteção dos presos custodiados.....	49
4.3	Responsabilidade civil do Estado pelos danos à integridade física e moral dos detentos quando provocados pelos companheiros de cárcere.....	51
5	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo se apresenta com um conjunto de regras jurídicas e princípios que regem e direcionam a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa. Para o Direito Administrativo, especialmente, os princípios revestem-se de importância sobretudo para auxiliar na compreensão, consolidação e interpretação do regime jurídico-administrativo, o que inclui suas normas, seus institutos etc.

Por certo, um dos mais importantes dentre tais princípios e que constitui um dos importantes pilares desse ramo do Direito Público Interno, é o chamado princípio da “supremacia do interesse público sobre o privado”, o qual, em síntese, preconiza que o interesse público, em regra, deve prevalecer e se impor sobre os interesses particulares.

A Administração Pública e seus administrados, nesse sentido, não estão, pode-se assim dizer, em um mesmo patamar jurídico. Diante dessa manifesta desigualdade jurídica existente entre a Administração e administrados, é evidente, pois, a existência, em nosso ordenamento jurídico, de inegáveis privilégios e prerrogativas em favor Poder Público. Por outro lado, é igualmente correto dizer que não existe uma supremacia absoluta do interesse público, constituindo, pois, em uma noção relativa.

A atuação do Estado está sujeita, pois, a certas limitações, tais como, por exemplo: o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito (limites expressos no texto constitucional), além dos direitos e garantias fundamentais, bem como os princípios que norteiam o regime jurídico-administrativo, sejam eles implícitos (razoabilidade, proporcionalidade, motivação etc.) ou expressos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Assim, o Estado, sob a alegação de que age na defesa do bem comum, da finalidade pública e do interesse da comunidade, não pode atuar de maneira arbitrária e irrestrita, de modo a cometer eventuais excessos injustificáveis, desproporcionais e exagerados, passando por cima, sem que arque com as consequências advindas de seus atos, devendo-se, pois, ser devidamente responsabilizado por eventuais danos causados aos particulares no desempenho e exercício da função administrativa.

As pessoas jurídicas de direito público e prestadoras de serviço público, nesse cenário, não estão imunes à responsabilização por eventuais danos causados a terceiros, de modo que, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, estão legalmente obrigadas a reparar civilmente os danos à esfera juridicamente protegida de outrem e que lhes

sejam imputáveis em decorrência das condutas de seus agentes, sejam tais condutas lícitas ou ilícitas, comissivas ou omissivas.

Nesse cenário, o presente trabalho monográfico busca destacar a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a um determinado agente específico, qual seja: o preso. Sabe-se que o ambiente carcerário, no estado deficiente e precária no qual se encontra atualmente, mostra-se como um espaço evidentemente perigoso, eis que são constantes e inúmeros os riscos existentes à integridade dos presos custodiados.

Nesse sentido, este estudo parte da seguinte problemática: poderá o Estado ser responsabilizado civilmente de forma objetiva diante da ocorrência de danos à integridade física e moral dos detentos quando decorrente da ação lesiva dos seus próprios companheiros de cárcere, tendo em vista que se trata de situação de dano ocorrido em virtude de um comportamento omissivo do ente estatal?

Assim, este estudo tem como objetivo geral analisar juridicamente como se desenvolve a responsabilidade civil do Estado diante danos à integridade física e moral dos presos quando perpetradas pela ação lesiva de outros detentos dentro do cárcere.

Particionado o trabalho em três capítulos, o primeiro deles tem como objetivo específico a análise dos principais aspectos jurídicos e históricos que norteiam a teoria geral da responsabilidade civil estatal no direito brasileiro. No Brasil, como foi destacado anteriormente, a responsabilidade civil do Estado está prevista constitucionalmente no art. 37, § 6º da CRFB/88, o qual preceitua 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, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Primeiramente, analisar-se-á o histórico teorias de responsabilidade civil do Estado, tendo-se em vista que este tema, seguindo a própria evolução do conceito e da ideia de Estado, já passou por um longo período de evolução e até hoje, inclusive, ganha elementos de adaptação ao desenvolvimento social, sempre conciliando a necessária proteção ao administrado. Grande parte dessas teorias foram desenvolvidas e exportadas de outros países, eis que se torna fundamental estabelecer quais teorias são adotadas no âmbito do direito brasileiro, de que forma elas foram incorporadas e etc.

Além disso, serão analisados os elementos definidores da responsabilidade civil do Estado, quais sejam: sujeitos; conduta lesiva; dano indenizável e nexo de causalidade. No tocante à conduta lesiva do Estado, mostraremos que este poderá vir a ser responsabilidade não

somente pelos atos ilícitos, mas também pelos atos lícitos que eventualmente causem danos a terceiros, danos estes que podem resultar tanto de uma conduta estatal comissiva, quanto omissiva, eis procurar-se-á, igualmente, trazer, oportunamente, os principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para sustentar e fundamentar as ideias e teses expostas.

No segundo capítulo, por sua vez, o principal objetivo é colocar em foco a figura do preso como um cidadão sujeito ativo de direitos, ocasião em que procurar-se-á, inicialmente, destacar realidade prisional a qual é submetida o detento atualmente no Brasil, sendo esta evidentemente marcada inúmeras deficiências em diversos setores e serviços, pelas péssimas condições estruturais de quase totalidade dos nossos estabelecimentos prisionais e, sobretudo, caracterizada por graves e contínuas violações a direitos fundamentais mais básicos.

Nesse sentido, buscar-se-á mostrar, assim, que o cárcere, ao invés de representar um ambiente apto e propício a reabilitação e reinserção do preso, passa a se constituir em um ambiente notadamente perigoso e com riscos constantes à integridade física e moral dos apenados, riscos estes advindos, inclusive, da ação lesiva dos próprios companheiros de prisão.

Contrastando-se com tal realidade, será demonstrado que, ao contrário do que se possa imaginar, a legislação é bastante completa sentido de discriminar e detalhar os direitos que são legalmente devidos ao preso enquanto submetidos ao cárcere, demonstrando a preocupação do legislador em cuidar para que execução da pena se dê da forma mais humana e digna possível ao preso.

Assim, será dado destaque as disposições constantes na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210 de 1984) e no texto constitucional que asseguram aos presos uma série de direitos que lhes devem ser preservados no contexto do cumprimento da pena privativa liberdade, sobretudo a preservação à sua incolumidade física e moral, sendo, pois, dever e responsabilidade do Estado a guarda e proteção dos presos custodiados, protegendo-os, inclusive, contra eles próprios.

Por fim, no capítulo derradeiro, com bases nas informações e premissas construídas ao longo dos capítulos anteriores, dar-se-á enfoque à responsabilidade do Estado dentro do sistema prisional, ocasião em que será destacado que o Estado deve responder civilmente, de forma objetiva, pelos danos à incolumidade física e moral detentos enquanto submetidos ao cárcere.

Tal responsabilidade deve permanecer ainda que resultante de comportamentos omissivos dos agentes públicos e da ação lesiva de terceiros dentro do cárcere, como é o caso dos danos suportados pelos detentos em decorrência da ação danosa de seus companheiros de cela, tendo em vista o dever específico imposto ao Estado de assegurar a integridade física e

moral dos presos e a sua responsabilidade de guarda e proteção dos indivíduos que estão sob sua custódia.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Evolução das teorias de responsabilização do Estado

É fundamental que, primeiramente, se faça uma digressão histórica acerca de como se desenvolveu e evoluiu o fenômeno da responsabilidade civil do Estado ao longo da história. Tal análise histórica não deve ser negligenciada, uma vez que ela permite entender de que forma chegou-se às teorias de responsabilidade estatal atualmente, além de proporcionar uma melhor compreensão acerca dos elementos caracterizadores e definidores de tal responsabilidade.

Pois bem, conforme ensina Fernanda Marinela (2013, pp. 985-988), historicamente, a responsabilidade civil do Estado passou fundamentalmente por três fases principais¹: (a) irresponsabilidade do Estado; (b) responsabilidade subjetiva do Estado e (c) responsabilidade objetiva do Estado.

2.1.1 Fase da irresponsabilidade do Estado

Em um primeiro momento da história, é possível identificar a chamada Teoria da Irresponsabilidade Estatal, segundo a qual o Estado não respondia pelos eventuais danos e prejuízos praticados contra terceiros, prevalecendo máximas do tipo: “*The King can do no wrong*” (o rei nunca erra) e “*quod principi placuit legis vigorem*” (aquilo que agrada ao rei tem força de lei) (MAZZA, 2013, pp. 318-319).

Também chamada de “Teoria Feudal” (MAZZA, 2013, p. 318), ela encontrou seu apogeu no período dos Regimes Absolutistas. Nesse período, o Estado era orientado por princípios religiosos e carismáticos, o monarca era dotado de poderes plenos e absolutos e prevalecia o direito ilimitado para administrar por parte do soberano, cujos atos não eram submetidos ao crivo da legalidade.

Nesse sentido, conforme explica Yousef Said Cahali (1995, p. 18), o conceito fundamental da teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados principais:

- 1) na soberania do Estado, que por natureza irredutível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano é impossível

¹ Evidentemente que cada país seguiu um processo próprio de evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, sendo que os eventos que marcam a transição de uma teoria para outra igualmente sofrem variações a depender do direito positivo. Nesse sentido, tomamos por base os eventos e as datas relacionadas à transição das fases evolutivas nos países ocidentais europeus e, fundamentalmente, no Brasil.

de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o Direito Organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo Direito; 3) daí, e como corolário, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados não em representação do ente público, mas *nomine próprio*.

No Brasil, tal teoria possui valor meramente histórico, uma vez que o país nunca chegou a incorporar a teoria da irresponsabilidade civil do Estado em seu ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a Constituição de 1824, a primeira do país após sua independência em 1822, por exemplo, ainda que não trouxesse qualquer referência no que se refere à responsabilização civil do Estado por eventuais danos e prejuízos causados a terceiros e apesar de fortemente influenciada pelos ideais déspotas centralizados na figura do Imperador no exercício das atribuições do chamado Poder Moderador, já previa em seu Artigo 179, XXIX: "os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos"².

2.1.2 Fase da responsabilidade subjetiva estatal

A partir do final do Século XVIII e início do Século XIX, a ideia de responsabilidade do Estado passa a ganhar cada vez mais força (MELLO, 2008, pp. 986-989), uma vez que Teoria da Irresponsabilidade estatal já não se mostrava condizente com o ideário do Estado Liberal de Direitos, qual seja, a de um Estado que deve se submeter juridicamente ao Direito criado por ele próprio, configurando-se, pois, em um sujeito dotado de personalidade e capaz de direitos e deveres como todos os demais entes, não se justificando, nesse sentido, a sua irresponsabilidade, uma vez que, sendo a Administração Pública submissa ao ordenamento jurídico, esta deve ser responsabilizada pelos atos que pratica e que são decorrentes do exercício da atividade administrativa.

O marco dessa transição foi a histórica decisão tomada pelo Tribunal de Conflitos na França em 1873 no chamado “caso Blanco”:

[...] Em fevereiro de 1873, sob a relatoria do conselheiro David, o Tribunal de Conflitos analisou o caso da menina Agnes Blanco que, brincando nas ruas da cidade de Bourdeaux, foi atingida por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da criança entrou com uma ação de indenização fundada na ideia de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros na prestação de serviços públicos. O Aresto Blanco foi o primeiro posicionamento definitivo favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas. Por isso, o ano de 1873 pode ser considerado o divisor de

² Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

águas entre o período da irresponsabilidade estatal e a fase da responsabilidade subjetiva (MAZZA, 2013, p. 319).

Nascia então a fase da chamada responsabilidade subjetiva do Estado, segundo a qual, valendo-se de elementos próprios da responsabilidade civil no âmbito do direito privado, a responsabilização apareceria quando da constatação de algum ato ilícito culposo (ou doloso) praticado por algum agente público (ou privado prestador de serviço público) ou de falha na prestação dos serviços estatais (a chamada “culpa anônima” ou *faute du service*). Como afirma Fernanda Marinela (2013, p. 985), tal espécie de responsabilidade se assenta em quatro elementos fundamentais, quais sejam: “a conduta estatal; o dano, condição indispensável para que a indenização não gere enriquecimento ilícito; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou o dolo”.

No Brasil, é possível encontrar referências à teoria da responsabilidade subjetiva do Estado no Código Civil de 1916, o qual, em seu artigo 15³, estabelecia que

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 direito de regresso contra os causadores do dano

Tal entendimento foi reforçado na vigência das Constituições de 1934 e 1937, as quais além de preverem a chamada teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, estabeleceram ainda uma responsabilização subsidiária entre o agente estatal e a Fazenda Pública: “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” (art.171, Constituição de 1934).⁴

Apesar de representar um grande e importante avanço em relação à fase anterior da irresponsabilidade civil estatal, a teoria subjetivista não se ajustou de forma perfeita às relações de direito público “diante da hipossuficiência do administrado frente ao Estado. A dificuldade da vítima em comprovar judicialmente a ocorrência de culpa ou dolo do agente público prejudicava a aplicabilidade e o funcionamento prático da teoria subjetiva” (MAZZA, 2013, p. 320). Criou-se então a necessidade do desenvolvimento de uma teoria que melhor se adequasse à essa evidente desigualdade jurídica existente na relação entre Administração Pública e os particulares.

³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.

2.1.3 Fase da responsabilidade objetiva estatal

Nesse cenário, tem-se o surgimento da chamada Teoria Objetiva da Responsabilização Civil do Estado. Diferentemente da fase anterior, aqui, não há um apoio no elemento subjetivo para a configuração da responsabilização, desapegando-se, assim, da lógica do direito civil

[...] a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno encontra-se hoje inteiramente fora do conceito civilista da culpa, situando-se decisivamente no campo do direito público. Efetivamente, é nesse direito, não no direito privado, que vamos localizar o fundamento da responsabilidade, que se baseia em vários princípios (equidade, política jurídica), sendo, porém, o mais importante o da igualdade de ônus e dos encargos sociais. A responsabilidade do Poder Público não mais se baseia, portanto, nos critérios preconizados no direito civil (MONTEIRO *apud* CAHALI, 1995, p. 23).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 989-990) conceitua a responsabilidade objetiva como “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e do dano”.

Em síntese, portanto, pode-se dizer que a responsabilidade objetiva é aquela que se limita à verificação de três elementos objetivos, quais sejam: I- conduta; II – dano e; III - o nexo de causalidade (entre a conduta e o dano). Ao se limitar à simples verificação de tais elementos, a teoria da responsabilidade objetiva abre mão de dois elementos muito comuns na responsabilidade civil tradicional. O primeiro deles trata-se do elemento subjetivo, uma vez que considera irrelevante a necessária demonstração do dolo culpa na conduta estatal lesiva para gerar o dever de indenizar por parte do Poder Público. Além de tal elemento subjetivo, também se torna dispensável a demonstração do elemento “ilicitude” para fins de responsabilização estatal, a qual pode decorrer de um ato lícito ou ilícito do Estado - o que será mais detalhadamente analisado em tópicos seguintes.

Cumprido ressaltar ainda que essa Teoria Objetiva possui duas vertentes distintas (MAZZA, 2013, p. 326). A primeira é a chamada teoria do risco administrativo, a qual assenta-se na ideia de que a atividade administrativa é uma atividade notadamente arriscada, sendo que é impossível anteder, ao mesmo tempo e de forma igual, todos os interesses de todos os administrados

Assim, o Estado, ao assumir a responsabilidade de exercer tal atividade, passa a ser responsabilizado de forma objetiva pelos danos decorrentes dos riscos inerentes à atividade

administrativa, mas, conforme a situação concreta, poderia invocar as chamadas excludentes de responsabilidade, tais como: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro etc., ocasião em que ficaria caracterizado o rompimento do nexo causal entre a conduta lesiva e o dano indenizável, afastando-se o dever de indenizar por parte do Estado.

A segunda, por sua vez, é a chamada teoria do risco integral. Tal teoria é a “modalidade extremada da doutrina do risco administrativo” (MEIRELLES, 2010, p. 683) e sustenta que a responsabilidade objetiva estatal é, como o próprio nome já denuncia, integral, ou seja, ela ocorrerá em todas as situações, não se admitido a invocação das chamadas excludentes de responsabilidade por parte do Estado, o qual passa a ocupar uma posição de garantidor universal dentro do meio social.⁵

Desde a Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro é objetiva, ou seja, o Estado, a partir de então, passou a responder objetivamente pelos danos causados por atos de seus agentes. Atualmente, esta responsabilidade está estampada no art. 37, § 6º, Constituição Federal de 1988. Segundo tal dispositivo: “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”.⁶

A Carta de 1988 adotou, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade do risco administrativo, transferindo-se a análise da culpa/dolo do agente público no contexto da ação regressiva a ser ajuizada pelo Estado em face daquele agente cuja conduta ocasionou o dano ao lesado.

Por outro lado, em alguns casos excepcionais, a doutrina brasileira também aponta para aplicação da responsabilidade objetiva na modalidade risco integral, caso em que, conforme já assinalado, a indenização será devida sempre que o Estado ocasionar prejuízos a particulares, sem possibilidade de valer-se de qualquer cause excludente de responsabilidade. Nesse sentido, dentre tais casos, pode-se citar: os casos dos danos decorrentes da atividade nuclear; nas situações de danos decorrentes de ataques terroristas, danos ambientais e etc. (MAZZA, 2013, p. 327).

⁵ Conforme ensina Alexandre Mazza (2013, p. 326) acerca da teoria do risco integral, “sua admissibilidade transformaria o Estado em um verdadeiro indenizador universal”.

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

2.2 Responsabilização civil estatal no direito brasileiro - o art. 37, §6º da CRFB/88: elementos definidores

No presente tópico, serão analisadas as nuances de responsabilidade civil estatal, a partir do estudo dos principais elementos definidores da responsabilidade civil estatal em nosso ordenamento jurídico com base no referido dispositivo constitucional supracitado. A análise de tais elementos é essencial, uma vez que, ausente qualquer um deles, não haverá responsabilidade civil do Estado, no caso.

2.2.1 Sujeitos: Pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público

Conforme já citado, o art. 37, §6º do texto constitucional, ao tratar da responsabilidade civil do Estado, estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de culpa e de dolo.

A partir da leitura do referido comando constitucional é fundamental frisar que a responsabilidade do “Estado”, como ente personalizado, é objetiva, mas a responsabilidade do agente, por sua vez, é subjetiva. Aqui não há, pois, responsabilidade objetiva do agente, eis que este responde subjetivamente perante o Estado em ação de regresso, conforme tenha atuado dolosa ou culposamente, dependendo do caso, ou seja, a análise do elemento subjetivo, para fins de responsabilização do agente, nesse caso, é essencial.

Prosseguindo, conforme preceitua o texto constitucional já citado, a responsabilidade abarca não somente as pessoas jurídicas de direitos público, mas também todas as pessoas jurídicas de direito privado que atuem na prestação de algum serviço público.

Nessa primeira categoria (pessoas jurídicas de direito público) encaixam-se os integrantes da chamada Administração Pública Direta (União; Estados; Distrito Federal; Territórios; Municípios), além das autarquias, fundações e associações públicas, bem como todos os seus agentes, independentemente da atividade ou função exercida, bastando a identificação do regime público - desde que agindo na qualidade de agente público, a saber

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas para a realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado ou ato ou

omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público, e não como pessoa comum. Para a vítima é indiferente pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa (MEIRELLES, 2010, pp. 686-687).

Por outro lado, no que diz respeito às pessoas jurídicas de direito privado, como é o caso das empresas públicas, das sociedades de economia mista, de concessionárias e permissionárias, por exemplo, estas, em regra, devem responder objetivamente quando se encontrarem na qualidade de prestadoras de um serviço público, uma vez que, aqui, está se tratando de todos aqueles agentes que de alguma forma atuem por delegação na execução de um determinado serviço público. É necessário, portanto, para que se possa aplicar a responsabilidade objetiva nos termos do art. 37, §6º, CRFB/88, que as pessoas jurídicas de direitos privado sejam prestadoras de serviço público e que o dano causado tenha surgido quando da prestação desse serviço, daí a importância do termo “nessa qualidade” utilizado pelo legislador constitucional originário.

Vale ressaltar ainda que a pessoa jurídica de direito privado, nesses casos, será responsabilizada objetivamente seja a vítima efetivamente usuária do serviço público ou não, uma vez que o texto constitucional não faz tal diferenciação, utilizando simplesmente a expressão “terceiros” para se referir ao sujeito paciente da ação lesiva ensejadora de responsabilização civil. Inclusive, importa frisar que, desde 2009, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 591874, este é também o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal sobre a questão

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO.

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuário e não-usuário do serviço, segundo decorre do art. 37, §6º, da Constituição Federal

II – A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado a terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. [...] (STF. RE 591874. Plenário. Min. Rel. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 26/08/2009).

Aqui, cabe fazer uma importante observação. Nas situações que envolvem as pessoas jurídicas de direito público, o Estado responde objetiva e primariamente pelos danos causados, uma vez que, nesses casos, irá responder por ato lesivo provocado por agente a ele

vinculado, ou seja, por ato de um agente público. Por outro lado, nos casos em que o dano é oriundo da conduta lesiva das pessoas jurídicas privadas prestadoras de um serviço público, onde há uma descentralização do serviço público, temos uma situação diversa

É relevante esclarecer que, quando há descentralização, uma nova pessoa assume essa obrigação, pessoa que é dotada de capacidade jurídica, que tem aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e que, portanto, deve arcar em primeiro lugar com os danos inerentes à sua atuação. Todavia, não tendo condições econômicas para pagar os prejuízos, o Estado será chamado à responsabilidade.

Portanto, **o Estado responde pelos danos causados por outra pessoa jurídica em segundo lugar, conforme a seguinte ordem: primeiro paga a pessoa jurídica que presta os serviços e, caso essa não tenha condições financeiras, o Estado é chamado a responsabilidade.** Nessa hipótese, o Estado terá que indenizar a vítima por um ato de um agente de outra pessoa jurídica, agente que não faz parte de seus quadros, o que se denomina **responsabilidade subsidiária** (MARINELA, 2013, p. 992, grifo do autor).

2.2.2 Da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade

No que diz respeito à conduta lesiva ensejadora de responsabilização estatal, é importante diferenciar três situações principais e que comumente geram o dever indenizar por parte do Estado: a responsabilidade decorrente de condutas comissivas; os danos resultados dos comportamentos omissivos e as situações especiais de risco assumidas pelo Estado.

No primeiro caso (conduta comissiva), aplicar-se-á, com regra, a responsabilidade objetiva, ou seja, independente da demonstração de culpa ou dolo na conduta do agente (MARINELA, 2013, p. 993). Nessas situações, também não é irrelevante a demonstração de que o ato lesivo é ilícito, ou seja, é irrelevante, pois, assim como ocorre em relação ao elemento subjetivo, a necessária demonstração do elemento “ilicitude” na conduta comissiva estatal, não sendo necessária para fins de ensejar a responsabilização civil do Estado, de modo que a conduta do agente público, lícita ou ilícita, que cause danos ao particular, gera a responsabilidade do ente público

[...] A ilicitude ou não do ato, por si só, não diz nada acerca da exclusão da obrigação de reparar. Tanto os lícitos, como os ilícitos, na ordem jurídica brasileira, podem dar ensejo à indenização. Naturalmente, o mais comum é que a responsabilidade civil surja como consequência de atos ilícitos, porém nada impede, em certos casos, que o legislador impute o dever de reparar como consequência de um ato lícito, à luz de certas especificidades (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2014, p. 667).

Quando tal responsabilidade decorre de uma conduta ilícita estatal, o fundamento do dever de indenizar é o princípio da legalidade, o qual foi violado em razão da conduta

praticada em desacordo com a legislação. Por outro, quando a responsabilidade decorre de uma conduta lícita, o dever de indenizar, com bem colocam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p.808), tem como base o princípio da isonomia, uma vez que parte-se da ideia de que não seria justo que o Estado, atuando na garantia do benefício e do bem-estar de toda uma coletividade, cause prejuízos a uma determinada pessoa, fazendo com que esta suporte por si um prejuízo desproporcional e que extrapole os riscos e as restrições ordinárias, comuns e naturais decorrentes da vida em sociedade

Quando lícitas, o bem jurídico violado é o princípio da isonomia, tendo a indenização o objetivo de recompensar o excessivo ônus sofrido por um administrado, enquanto a sociedade está se beneficiando com a ação estatal [...].
Nas condutas comissivas ilícitas, o dever de indenizar é reconhecido com maior facilidade, para isso basta lembrar que, se na ação legítima há responsabilidade, imagine nas ilegítimas em que o dever é ainda mais claro. O fundamento par essa responsabilidade é o princípio da legalidade, podendo ser reconhecida tanto nos atos materiais, quanto nos atos jurídicos. (MARINELA, 2013, p. 993)

Nesse sentido, são exemplos do primeiro caso (atitude comissiva ilícita): “dano decorrente de determinação estatal de apreensão de edição de revista sem procedimento legal” (MARINELA, 2013, p. 993); espancamento de um detento por policiais ou agentes penitenciários dentro da prisão e etc. Já em relação ao segundo caso (atitude comissiva lícita) poderíamos citar como exemplo um dano a determinado bem de particular em virtude de situação decorrente de requisição administrativa

Por outro lado, nos casos de danos resultantes das condutas omissivas do Estado, ou seja, nos casos em que o Estado deixa de agir e, em virtude de tal inércia, não consegue impedir um evento lesivo ao particular, a CRFB/88 não traz qualquer regra expressa no que diz respeito à responsabilidade civil por eventuais danos ocasionados das omissões do Poder Público, existindo, pois, forte controvérsia principalmente nos Tribunais Superiores, no sentido da adoção da teoria subjetivista ou objetivista.

No âmbito doutrinário, a doutrina majoritária reconhece “a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, estando assim o dever de indenizar condicionado à comprovação do elemento subjetivo, a culpa e o dolo” (MARINELA, 2013, p. 994).

O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, segue a linha de que a responsabilidade nos casos de omissão seria subjetiva

[...] Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização se houver

culpa do preposto. (STJ, REsp 721.439, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 31/08/07)

Nesses casos, portanto, além da ocorrência do dano indenizável, do nexos causal e da omissão, é fundamental, para que possa falar no dever de indenizar por parte do Estado, a constatação de que o dano resultou da má ou ineficiente prestação do serviço público no caso concreto, o que deve advir do dolo ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia por parte do Poder Público (presença do elemento subjetivo da omissão estatal).

O STF, por sua vez, como será melhor focado posteriormente neste trabalho, procura tradicionalmente adotar a linha de que a responsabilidade objetiva do Estado engloba tanto os atos comissivos como os omissivos, partindo-se do pressuposto de que o art. 37, §6º da CRFB/88, dispositivo núcleo da responsabilidade civil objeto do Estado, não faz qualquer distinção ou ressalva entre a conduta comissiva e a omissiva estatal como exigência para desencadear a responsabilidade objetiva da Administração Pública

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. **1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e a omissão do Poder Público.** 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido” (STF. ARE 754.778 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 19/12/2013, grifo nosso)

Nesses casos que envolvem a omissão do Poder Público, alguns importantes aspectos precisam ser destacados, tendo-se em vista que, além dos elementos básicos definidores da responsabilização estatal (conduta, dano, nexos e elemento subjetivo), “orienta-se ainda o cumprimento de outros aspectos fundamentais para que o Estado seja condenado à indenização, para evitar a punição exagerada e desproporcional do ente” (MARINELA, 2013, p. 995).

Nesse sentido, é fundamental ressaltar, por exemplo, que a omissão do Estado (dolosa ou culposa) que deva gerar responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir (ou ele deixou de agir ou agiu deficientemente), ou seja, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 997), “só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe

impunha obstar ao evento lesivo”. Nesses casos, pois, a responsabilização estatal tem como fundamento o princípio da legalidade

Em linhas gerais, sustenta-se que o Estado só pode ser condenado a ressarcir prejuízos atribuídos à sua omissão quando a legislação considera obrigatória a prática da conduta omitida. Assim, a omissão que gera a responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir. Em outras palavras, os danos por omissão são indenizáveis somente quando configurada omissão dolosa ou omissão culposa. Na omissão dolosa, o agente público encarregado de praticar a conduta decide omitir-se e, por isso, não evita o prejuízo. Já na omissão culposa, a falta de ação do agente público não decorre de sua intenção deliberada em omitir-se, mas deriva de negligência na forma de exercer a função administrativa (MAZZA, 213, p. 331).

Além disso, como uma exigência para ensejar a responsabilidade civil estatal nos casos de omissão, deve-se atentar para saber se o dano causado era evitável, ou seja, deve-se verificar se o Estado, no caso concreto, agiu de forma insuficiente, fora dos padrões normas e esperados, podendo ter impedido o resultado danoso, mas não o fez, ou seja, é fundamental não somente que o Estado esteja juridicamente obrigado a evitar o dano, mas também que ele tinha todas as condições de evita-lo.

Por fim, importa mencionar ainda aquelas situações em que o dano ou a ação lesiva não é gerado diretamente pelo Estado, mas que ele, assumindo o risco de sua atitude, cria situação decisiva para a ocorrência do dano

Nesse sentido, é o próprio poder público quem contribui para a ocorrência da situação geradora de lesão aos interesses de terceiros (teoria do risco criado ou risco suscitado), ou seja, é o próprio Estado quem constitui, por conduta sua, os riscos e fatores que resultem de forma decisiva na ocorrência do evento lesivo. Nesse caso, a responsabilização do Estado será objetiva, ainda que não haja uma conduta direta do agente público.

Em linhas gerais, a doutrina brasileira segue a ideia de que tal responsabilidade objetiva por omissão geralmente será verificada nas situações em que o Estado tiver alguém ou algo sob sua custódia

Os exemplos mais comuns são: o preso morto na cadeia por outro detento; a criança vítima de briga dentro da escola pública; bens privados danificados em galpão da Receita Federal.

Em Todas essas hipóteses, o Estado tem o dever de indenizar a vítima do dano, mesmo que a conduta lesiva não tenha sido praticada por agente público (MAZZA, 2013, pp. 332-333)

Tal discussão será oportunamente aprofundada no capítulo derradeiro do presente trabalho monográfico, quando da análise dos aspectos que envolvem a responsabilidade civil do Estado dentro sistema prisional.

2.2.3 Do dano indenizável

O dever de indenizar, obviamente, pressupõe a ocorrência do dano, sendo ele, pois, o fato jurídico deflagrador da responsabilidade civil. Nesse sentido, um ponto fundamental a ser destacado é que dano juridicamente reparável poderá pressupor ou não a existência de um dano econômico, uma vez que o ordenamento jurídico, à luz dos direitos e garantias previstos no texto constitucional, admite perfeitamente que o Estado possa ser responsabilizado pelos danos materiais ou morais que cause aos particulares (art. 5º, V e X, CRFB/88).

O dano patrimonial ou material é aquele atinge a relação existente entre o indivíduo e bens passíveis de valoração econômica, produzindo efeitos lesivos ao patrimônio corpóreo da pessoa. O dano moral, por sua vez, constitui

[...] os prejuízos experimentados na esfera íntima ou subjetiva do indivíduo; atua no âmbito de sua consideração pessoal, atingido a intimidade, a honra, as afeições ou um segredo, mas também pode ter aspectos da vida em sociedade, como, por exemplo, a reputação, o conceito que a sociedade forma determinada pessoa, a consideração ou, ainda, a identificação. É muito comum a caracterização desse tipo de dano em agressões infamantes, humilhantes, discriminações, divulgação indevida de fato da intimidade do indivíduo, cobranças vexatórias, dor em razão de falecimento de pessoas amadas, além de outras (MARINELA, 2013, p. 1001).

Em se tratando de responsabilidade civil do Estado, contudo, não é todo e qualquer dano resultante da conduta estatal que dá margem à deflagração do mecanismo ressarcitório. Como já foi exposto em tópico anterior, é possível que o evento suporte fático do dano esteja ligado a uma conduta estatal lícita ou ilícita do Poder Público, eis que, nesse sentido, alguns elementos e aspectos precisam ser observados.

Sendo decorrido de conduta ilícita (dano antijurídico) do Estado, exige-se apenas que o dano seja: (a) certo (real e concreto) – valorado economicamente e de possível demonstração - devendo a indenização abranger aquilo que o lesado perdeu (danos emergentes) e aquilo que comprovadamente deixou de ganhar (lucros cessantes); e (b) jurídico, ou seja, que fere um direito alheio preexistente e protegido juridicamente quando da época da ocorrência do ato lesivo, pois “quem não fere direito alheio não tem por que indenizar” (BANDEIRA DE

MELLO, 2009, p. 1004). A mera ocorrência de prejuízo material/moral, nesse sentido, não é suficiente para a caracterização do dano indenizável.

Por outro lado, se o prejuízo é decorrente de uma conduta lícita do Estado, é necessário, para a caracterização do dano indenizável, cumular-se às exigências cabíveis aos danos resultantes de atos ilícitos (dano certo e jurídico) mais duas outras. Nesse caso, exige-se também que o dano seja especial e anormal, uma vez que

[...] não há, em tais casos, um ato ilícito a ser reparado; a atividade do Estado é juridicamente perfeita, representando forma regular de restrição administrativa ao direito do particular; a causa determinante da indenização não se equipara àquela que legitima a reparação do dano resultante do emprego anômalo, deficiente ou abusivo dos poderes da Administração (CAHALI, 1995, p. 79).

Nesse sentido, “especial” é aquele dano particularizado, ou seja, com sujeito(s) identificado(s) ou determinado(s), sendo, pois, relativo a determinada pessoa ou grupo. Trata-se de uma noção fundamental, uma vez que, levando-se em conta que no exercício da atividade administrativa são comuns situações em que o interesse público se sobreponha sobre os interesses particulares, nesses casos, para que o prejuízo eventualmente produzido possa gerar uma pretensão indenizatória ao administrado, torna-se imprescindível que este (o prejuízo) seja singular e não universal, de modo que se torne possível a identificação de determinada pessoa ou grupo de pessoas figurando como prejudicados em razão da atividade estatal, ao passo que o restante da sociedade tenha sido, digamos, poupada de tais prejuízos.

“Por isso não estão acobertadas, por exemplo, as perdas de poder aquisitivo da moeda decorrentes de medidas econômicas estatais inflacionárias” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 1007), pois, neste caso, o prejuízo recai sobre toda uma coletividade.

O dano anormal, por sua vez, é aquele cuja gravidade é maior do que um simples aborrecimento, ou seja, trata-se de um evento danoso que excede os meros dissabores e aborrecimentos exigíveis ou tolerados da vida cotidiana. Nesse sentido, o mero incômodo não é hábil a ensejar a responsabilidade civil do Poder Público.

Por fim, acerca da definição e extensão dos conceitos de “anormalidade” e “especificidade, Yussef Said Cahali (1995, p. 79-80), alerta para alguns inconvenientes que podem surgir quando diante do caso concreto

Se o conceito de “dano singular e não universal” pode ser deduzido de circunstâncias objetivas, no que afeta uma pessoa ou um determinado grupo mais ou menos numerosos de pessoas, já o mesmo não pode ser referido quanto à “excepcionalidade ou anormalidade do dano”, pois aqui se faz presente uma certa carga de sensibilidade

do julgador na aferição valorativa dos incômodos e prejuízos causados a certos particulares com a obra pública realizada a benefício de toda uma coletividade (...). Mas o dano individual, particularizado, não se identifica com a mesma facilidade quando se cuida de prejuízos ou incômodos resultantes de obras de maior extensão, de interligação urbana, como nos casos de viadutos, pistas de rolamento rápido (“elevados”) e “metrô” (CAHALI, 1995, p. 79-80).

Nesse sentido, a anormalidade e a singularidade do dano nem sempre são elementos simples de serem identificados, eis que, em meio a análise de situações práticas, uma série de inconvenientes e dúvidas tendem a surgir e acabam por gerar soluções diversas e não uniformes por parte dos tribunais, não exatamente por uma questão da existência de contradições conceituais, mas sim em razão das próprias peculiaridades que envolvem os casos concretos, os quais, inevitavelmente, serão analisados sob a ótica pessoal de cada julgador.

2.2.4 Nexos de causalidade

Conforme já abordado anteriormente no presente estudo, a responsabilidade objetiva, adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, limita-se à verificação de três elementos objetivos essenciais para fins de responsabilização do Estado, dentre os quais, além do dano e da conduta, está o nexo de causalidade, o qual consiste exatamente no elo necessário que une a conduta estatal ao dano experimentado pelo terceiro lesado. Nesses termos, pode-se dizer que, existindo um evento lesivo (dano) e estando tal evento ligado pela causalidade à conduta do Estado, a este se impõem o dever de indenizar.

Acerca dessa necessária relação de causalidade entre a conduta e o dano, é fundamental destacar que o ordenamento jurídico brasileiro, nesses casos, segue a Teoria da Causalidade Adequada. Nesse sentido, para que haja responsabilidade civil do Estado, é fundamental que se comprove que a conduta do agente público, por si só, foi suficiente a ensejar o dano ao administrado, ou seja, uma vez demonstrada que o evento lesivo decorreu pura e simplesmente da conduta do agente público, o Estado deve responder. Nesses termos, pois, não é qualquer vínculo existente entre conduta e dano que satisfaz plenamente o elemento do nexo causal.

Outro aspecto importante a ser mencionado acerca do elemento nexo de causalidade é que o Brasil, conforme já exposto no primeiro tópico deste capítulo, adota, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade do risco administrativo, a qual admite as chamadas excludentes de responsabilidade, ocasião em que estaria configurado a quebra do nexo causal, afastando-se, pois, a responsabilização do Estado

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, 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 (STF. Plenário. RDA 137/233, Rel. Min Celso de Mello).

São causas excludentes de responsabilidade comumente elencadas pela doutrina (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2014 pp. 695-703): o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro etc. No que diz respeito ao caso fortuito e força maior, é comum apontar-se que a diferenciação entre tais figuras reside no fato de que o primeiro estaria ligado a situações irresistíveis e inevitáveis resultantes da ação direta do homem, ao passo que o conceito de força maior estaria relacionado com acontecimento da natureza involuntário, imprevisível e incontrolável.

Por outro lado, por diversas vezes, as expressões “caso fortuito” e “força maior” são usadas como sendo sinônimas, partindo-se da ideia de que tal diferenciação seria irrelevante, uma vez que, em ambos os casos, o dever de indenizar estaria afastado.

Nesse sentido, muitos juristas como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto (2014 p. 695-700), por exemplo, preferem estabelecer uma diferença entre “fortuito externo” e “fortuito interno”, cuja relevância se justificaria, uma vez que traria implicações distintas no que diz respeito à manutenção ou não do dever de indenizar: no primeiro caso, o dano não guarda qualquer relação com a atividade do agente que o produziu, de modo que ficaria afastado o dever de indenizar (ex.: prejuízos decorrentes de assaltos em transportes públicos); por outro lado, no segundo caso, o dano guarda sim uma relação com atividade desenvolvida do ofensor e com riscos a ela inerentes, eis que, nesse caso, o dever de indenizar ficaria afastado (dano causado a um passageiro por um problema no freio de um ônibus, por exemplo).

Cada umas dessas excludentes precisam ser analisadas com muito cuidado e cautela, sempre levando em consideração cada situação específica, bem como as particularidades de cada caso concreto, tendo-se em vista que, para que o Estado, nesses casos, seja eximido de seu dever de indenizar, é fundamental que fique evidente de forma clara e consistente a ocorrência de alguma das excludentes mencionadas:

Na verdade, em sede de responsabilidade civil, apenas os casos concretos apontarão as respostas adequadas. É temerário afirmar, aprioristicamente, soluções definitivas nesse ou naquele sentido. Um *tsunami* que invade a cidade, destruindo imóveis e veículos, não empenhará a responsabilidade civil do Estado, sendo exemplo de caso fortuito ou força maior. Porém, atualmente, cabendo ao Estado uma atuação mais ativa

para proteger os cidadãos, é possível pensar, em determinados contextos, na responsabilidade estatal. Digamos que a ciência permita, com razoável antecedência, saber da chegada dos *tsunamis*. Ainda assim, não houve avisos prévios e eficazes. Em tese, a responsabilidade seria possível (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2014, p. 696).

Ademais, em se tratando de excludentes de responsabilidade, um simples detalhe fático pode fazer uma grande diferença no sentido de se determinar, no caso, se a responsabilização civil do Estado ficaria afastada ou mantida; isso fica bem evidente, por exemplo, na análise dos casos que envolvem a excludente “culpa exclusiva da vítima ou de terceiro”.

Em um determinado acidente de trânsito, por exemplo, se um carro ou qualquer outro veículo do Estado, com um carro de polícia, por exemplo atropela um pedestre que andava próximo à calçada, há primeira vista é perfeitamente lógico cogitar-se a responsabilização do estatal; contudo, é possível que fique comprovado que a referida vítima, na verdade, estava tentando cometer suicídio e, por isso, acabou se jogando na frente do primeiro veículo que passasse em sua frente, o qual, no caso, por coincidência, foi o carro de polícia em questão.

Nessa situação, a configuração do elemento nexa causal restou-se prejudicada para configuração da responsabilização estatal, eis que a conduta do agente público não foi, por si só, suficiente e decisiva para a ocorrência do dano, sendo ele resultante da própria conduta da vítima ao se jogar na frente do carro.

Além disso, pode-se verificar ainda uma situação de culpa concorrente da vítima, caso em que a responsabilidade estatal teria que ser avaliada de forma proporcional ao grau de contribuição para a ocorrência do dano, o que teria como efeito um abrandamento do *quantum* indenizatório. Curioso é que, ao admitir-se que a culpa concorrente da vítima como excludente de responsabilidade, de forma a reconhecer a culpa não somente da vítima, acaba-se trazendo à discussão acerca da culpa do ente na produção do evento danoso, elemento este que, em tese, não deveria ser trazido à tona tendo-se em vista sua responsabilidade objetiva.

Cabe mencionar que as excludentes de responsabilidade também podem ser perfeitamente invocadas nos casos dos danos resultantes das condutas omissivas da administração pública. Nesses casos, aliás, ao adotar-se a responsabilidade subjetiva, a verificação do elemento subjetivo, conseqüentemente, torna-se fundamental também para fins de exclusão ou manutenção da responsabilidade do Estado

Consoante se disse, a responsabilidade subjetiva é aplicável quando o Estado, devendo evitar um dano, evitável, omite-se, faltando ao dever legal de agir com a diligência, prudência e perícia capazes de empecer a lesão produzida por terceiro ou por fato da

natureza. Logo, exime-se de responsabilidade se não houve culpa ou dolo (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 1009).

Por fim, importa ressaltar que, no presente tópico, destacou-se algumas situações que, de uma forma ou de outra, excluem o nexo causal. Entretanto, é imperioso afirmar, como fora posto logo no início deste capítulo, que qualquer situação que exclua qualquer um dos elementos caracterizadores da responsabilidade estatal (conduta do agente público, dano e nexo), é igualmente uma excludente que afasta o dever de indenizar por parte do Estado.

O presente capítulo, pois, tratou sobre os aspectos gerais acerca da responsabilidade civil do Estado no Brasil, trazendo a análise de uma série de conceitos e dos elementos jurídicos definidores de tal responsabilidade, os quais serão oportunamente retomados ao longo deste trabalho monográfico em seu capítulo derradeiro, quando se empreenderá um estudo acerca da responsabilidade do Poder Público dentro do sistema prisional, sobretudo no que se refere aos danos à integridade física e moral dos presos dentro do sistema prisional pela ação lesiva dos próprios companheiros de cárcere.

3 DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS DETENTOS NO CONTEXTO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Neste capítulo, será colocado em foco os direitos e garantias devidos aos presos dentro do sistema prisional, fundamentalmente a partir da análise das principais normas que disciplinam e regem tais direitos, tanto no plano constitucional, quanto no plano da legislação infraconstitucional, com destaque à Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.219/1984).

Nesse sentido, será demonstrado que, aos detentos, são assegurados, por lei, uma série de direitos enquanto submetidos ao cárcere. Isso evidencia uma preocupação por parte do legislador pátrio constitucional e infraconstitucional em garantir que a execução se desenvolva da maneira mais digna e humana possível, sem excessos, de forma a preservar, sobretudo, a incolumidade física e moral do apenado dentro da prisão.

Tal análise mostra-se fundamental, visto que, na prática, tem-se uma realidade totalmente diversa, marcada por graves e evidentes violações aos direitos e garantias fundamentais dentro dos presídios, fazendo surgir, conseqüentemente, em determinados casos, o dever do Estado de ser responsabilizado civilmente pelos danos sofridos pelos presos, inclusive quando oriundos da ação lesiva dos próprios companheiros de cárcere; o que será objeto do último capítulo do presente estudo.

3.1 A realidade do sistema prisional brasileiro: das violações a direitos e garantias legais e constitucionais ocorridas dentro do cárcere

A análise do tema da responsabilidade civil do Estado no que diz respeito aos danos relativos aos detentos envolve uma série de questões de interesse social que vão desde às violações aos direitos dos presidiários e as péssimas condições do sistema carcerário brasileiro, até a insuficiente e ineficaz atuação estatal, em muitos casos, na superação deste quadro.

Conforme estabelece a Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais (Lei 7.219/1984)⁷, em seu item 20, é comum, no cumprimento das penas privativas de liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propícia.

⁷Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaoodemotivos-149285-pl.html>.

Nesse sentido, não é novidade alguma a situação caótica na qual se encontra o sistema carcerário brasileiro atualmente, sendo corriqueiramente noticiado uma série de denúncias a violações ocorridas dentro dos presídios nacionais, tanto que diz respeito à estrutura de tais estabelecimentos, mas também, fundamentalmente, no que tange às próprias condições às quais os apenados são submetidos, apesar da existência de uma ampla legislação no sentido de proteger o preso, garantindo-lhe, sobretudo, a preservação de sua incolumidade física e moral.

Tais condições, nesse cenário, não somente dificultam o processo de recuperação do condenado, mas também acabam figurando como verdadeiros fatores crimínógenos, levando, pois, ao estímulo da prática de novas infrações.

Como coloca Eugenio Raul Zaffaroni (1991, p. 135), a prisão, nesses termos, se constituiria em uma verdadeira máquina deteriorante, na medida em que, ao detento, são impostas condições de vida incompatíveis com os direitos humanos, ainda, sem excluir o fato que sua autoestima estaria afetada de todas as formas imagináveis, sendo submetido a revistas degradantes, perda de espaço, deriva privacidade, superlotação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária e etc.

As condições sub-humanas a que são submetidos os detentos dentro do sistema prisional brasileiro, somado à uma débil infraestrutura prisional, expõe uma realidade de violações graves e diretas a direitos e garantias fundamentais que “produzem efeitos contrários à reeducação e à inserção do condenado, e favoráveis à sua inevitável inserção na população criminosa” (BARATTA, 2014, p. 183). Sobre isso, manifesta-se Cezar Roberto Bitencourt (2011, pp. 164-165):

A manifesta deficiência das condições penitenciárias existentes na maior parte dos países do mundo, sua persistente tendência a ser uma realidade cotidiana, faz pensar que a prisão se encontra efetivamente em crise. (...) os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, o que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador.

As deficiências da prisão, as causas que originam ou evidenciam sua crise podem ser analisadas em seus mais variados aspectos, tais como pelas perturbações psicológicas que produz, pelo problema sexual, pela subcultura carcerária, pelos efeitos negativos sobre a pessoa do condenado e etc.

Nesse sentido, Alessandro Baratta (2014, p. 184) destaca ainda que:

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados [...]. A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que a possibilidade de transformar um

delinquente antissocial em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir” e que “o instituto da pena não pode realizar sua finalidade como instituto de educação.

Ante tal cenário, não são raras as ocorrências de mortes, fugas, rebeliões, suicídios, violência entre os encarcerados e uma série de outros problemas dentro dos presídios. A grave situação prisional aqui exposta foi, inclusive, alvo de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)⁸ entre os anos de 2007 e 2008, requerida pelo então Deputado Federal Domingos Dutra e que teve como objeto o sistema prisional brasileiro ante graves violações à Lei de Execuções Penais e até mesmo à CRFB/88.

A referida comissão, nesse sentido, foi criada com o objetivo de investigar a real situação do sistema carcerário brasileiro, aprofundar o estudo sobre as causas e consequências dos problemas existentes, verificar o cumprimento ou não do sistema jurídico nacional e internacional relacionado aos direitos dos encarcerados; apurar a veracidade das inúmeras denúncias e principalmente apontar soluções e alternativas capazes de humanizar o sistema prisional do país, contribuindo com a segurança da sociedade.

Em seus 8 (oito) meses de atividade, a CPI providenciou diligências no total de 18 Estados da Federação, realizando audiências públicas que contaram com participação de autoridades federais e estaduais, juristas, pesquisadores, jornalistas, membros da sociedade civil e agentes penitenciários (BRASIL, 2009, p. 17 e 18).

Nesse sentido, de uma maneira geral, foram registradas graves violações relacionadas à direitos e garantias fundamentais, restando evidente que a maioria dos estabelecimentos prisionais no país não oferecem aos detentos condições mínimas e necessárias à um tratamento digno (BRASIL, 2009, 190 a 192). Tais estabelecimentos, pois, apresentam sérios problemas de infraestrutura, fundamentalmente no que diz respeito ao fornecimento de serviços básicos, tais como: higiene, alimentação, lazer, trabalho, segurança e etc., o que levou à constatação, por parte dos parlamentares, de que “os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano” (BRASIL, 2009, p. 192).

As violações a direitos e garantias fundamentais, bem como a falta e a deficiência de assistência devida aos presos iniciam-se já no momento da prisão

⁸Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário: CPI do sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados/Edições Câmara, 2009. Disponível em: file:///C:/Users/dan/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf.

A quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. No ato da prisão, o aparelho policial age sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro, com violência. A CPI ouviu muitas denúncias de flagrantes forjados – em especial no que se refere às drogas – bem como de maus-tratos praticados pelos agentes policiais. (BRASIL, 2009, p. 214)

Já dentro dos estabelecimentos prisionais, a situação se demonstra ainda mais grave, primeiramente em razão das péssimas condições estruturais dos presídios brasileiros. Ao longo de seus trabalhos, a CPI apurou que a esmagadora maioria dos estabelecimentos penais nacionais necessitam, em caráter de urgência, de reformas amplas em suas instalações para a acomodação e alojamento dos presos (BRASIL, 2009, p. 193).

A situação mostra-se tão delicada que os presos são até mesmo dispostos em celas sem se levar em consideração aspectos como a gravidade do delito cometido e a situação jurídica de cada preso, de tal modo que, por exemplo, muitas vezes não há uma separação entre os detentos condenados e provisórios (BRASIL, 2009, p. 194). A conclusão tirada é que “muitos estabelecimentos não contêm instalações apropriadas à alocação individual de presos e, quando estes são alojados coletivamente, não lhes são propiciadas condições mínimas de acomodação”. (BRASIL, 2009, p. 194).

Nesse cenário, a segurança dos presos dentro dos presídios fica praticamente comprometida, tendo vista, de um lado, a própria atuação negligente e insuficiente do Estado na prestação de serviços eficientes nesse sentido e, de outro, o domínio de grupos e facções criminosas dentro dos presídios, os quais passam a assumir verdadeiramente o controle do espaço carcerário, fixando suas próprias regras de comportamento e conduta, de tal modo que os presos acabam ficando à mercê deles próprios, ou seja, jogados à sua própria sorte (BRASIL, 2009, p. 55-63).

Como bem coloca Gevan de Carvalho Almeida (*apud* GRECO, 2011, p. 174), ao ingressar na prisão, “o condenado se ‘socializa’, isto é, aprende a viver em uma nova sociedade que tem leis próprias, classes, e uma rígida hierarquia que ele se vê na contingência de respeitar até por uma questão de sobrevivência”.

Nesse sentido, a referida CPI aponta que “o sistema carcerário nacional é, seguramente, um campo de torturas psicológicas e físicas. Do ponto de vista psicológico, a tortura é ampla, de massa e quase irrestrita”, sendo que, para constatação das torturas psicológicas e o constante desrespeito à incolumidade moral dos detentos, basta a constatação “de celas superlotadas; a falta de espaço físico; a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a constatação de lixo, esgotos, ratos, baratas e porcos misturados com os

encarcerados; presos doentes, sem atendimento médico, amontoados em celas imundas” (BRASIL, 2009, 200)

Não restasse isso, no que diz respeito à saúde do preso, esta é igualmente constantemente negligenciada, visto que “presos com doenças infecciosas (e.g. tuberculose) dividem o mesmo espaço com presos saudáveis, não há políticas de saúde preventivas, nem médicos em números suficientes para atender o número de presos nos estabelecimentos” (BLANCO; CARDOSO; SCHROEDER, p. 6).

Nesse sentido, conforme dados divulgados pelo Ministério da Saúde no ano de 2014, os presos e reclusos possuem, em média, uma chance cerca 28 vezes maior do que a população em geral de contrair infecções e doenças graves, como a tuberculose, por exemplo. Ademais, a taxa de prevalência de HIV/Aids entre a população prisional em estudo feito no ano de 2014 era de 1,3%, enquanto entre a população em geral era de 0,4%.⁹

A superlotação dos presídios, nesse cenário, surge como um elemento potencializador de tais violações, sendo um grave problema que aflige grande parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros, tendo em vista que são extremamente raras as unidades que respeitam a capacidade inaugural ou projetada (BRASIL, 2009, p. 243). Conforme relatório divulgado em abril de 2016 pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o Brasil é possuidor da quarta maior população carcerária no mundo (622.202 pessoas), somente atrás dos Estados Unidos, China e Rússia¹⁰, o que leva a uma situação que contraria frontalmente o art. 85 da LEP, o qual preceitua que “o estabelecimento prisional deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e sua finalidade”.

Em relação ao perfil dessa grande população carcerária, a referida CPI atentou para uma questão interessante:

[...] a total ausência nas cadeias e presídios brasileiros de gente de posses, embora sejam frequentes as denúncias publicadas pela mídia, relatando o envolvimento de pessoas das classes média e alta em crimes de homicídio, corrupção, fraude, acidente de trânsito e outros classificados como delitos do colarinho branco. São rotineiras e em elevação número as prisões de envolvidos com estes tipos de crimes, mas a permanência dos mesmos atrás das grades é uma raridade.

[...] Já em relação à violência individual raros são também os casos de condenações de gente de “sangue bom” pela prática de crimes contra a vida. Quando, raramente, permanecem presas, essas pessoas de “boa linhagem” têm tratamento diferenciado, como direito a prisão especial, domiciliar ou hospitalar (BRASIL, 2009, p. 47 e 48).

⁹Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>.

¹⁰Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>.

Nesse sentido, constatou-se, por outro lado, que quase a totalidade da população carcerária é composta indivíduos notadamente pobres e hipossuficientes e que, mesmo antes do cárcere, encontravam-se marginalizados e excluídos socialmente, sendo que a maioria destes são presos provisórios (que há anos aguardam julgamento, sem qualquer perspectiva) e encontram-se recolhidos em estabelecimentos prisionais violentos e sob condições desumanas pela prática de crimes simples como pequenos furtos, por exemplo (BRASIL, 2009, p. 49).

Tais dados só refletem uma visão que a sociedade, de maneira geral, possui acerca do detento e dos estabelecimentos prisionais, notadamente carregada de estigmas e preconceitos e que conserva uma postura social baseada na exclusão dos presos e na sua não reintegração à sociedade, o que só contribui para a manutenção do presente quadro preocupante que se tem constatado em relação ao detento e as difíceis condições enfrentadas dentro dos presídios. Nesse sentido, acerca dessa relação existente entre preso e sociedade, destaca precisamente Alessandro Baratta (2014, p. 187, grifo nosso):

O que se indicou em relação aos limites e aos processos contrários à reeducação, que são característicos do cárcere, se integra com uma dupla ordem de considerações, que toca ainda mais radicalmente na natureza contraditória da ideologia penal da reinserção. **Estas considerações se referem à relação geral entre cárcere e sociedade. Antes de tudo, esta relação é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir.**

Como bem destaca novamente Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, pp. 11-18), o preso é visto primeiramente como um inimigo do Estado e da lei, podendo, assim, ser privado de seus direitos. “Quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considera-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações”

Nesse cenário, o Estado é diretamente responsável pela guarda, proteção e cuidado daqueles presos inseridos nas unidades prisionais e que estão sob sua custódia ante a ampla legislação que se tem no Brasil de proteção aos direitos e garantias dos presos enquanto submetidos ao cárcere, como se verá no decorrer deste capítulo.

Tal responsabilidade pode ser realçada e evidenciada de várias formas, uma delas diz respeito ao dever que surge para o ente estatal de ser responsabilizado civilmente pelos danos sofridos pelos detentos enquanto submetido ao sistema prisional, os quais, pois, devem estar abarcados pelo comando constitucional do art. 37, §6º (dispositivo central que trata acerca da responsabilidade civil do Estado, conforme já analisado), uma vez presentes todos os

elementos fáticos e jurídicos ensejadores da responsabilidade estatal, o que será analisado mais precisamente no capítulo seguinte.

A prisão não constitui, pois, um território no qual as normas constitucionais e os direitos humanos não tenham validade. Nesse sentido, o art. 38 do Código Penal dispõe taxativamente que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”¹¹. Tal dispositivo coaduna-se com o disposto no art. 3º da LEP, o qual, igualmente, estabelece de forma evidente que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”¹²

Ressalvadas as restrições a direitos ou a forma de seu exercício determinadas pela sentença de condenação ou que impôs absolvição imprópria, ao condenado e ao paciente judiciário, assim considerado aquele em relação a quem foi aplicada medida de segurança consistente em internação ou tratamento ambulatorial, **todos os demais direitos não atingidos pela sentença ou lei estão assegurados** (BIANCHINI; GOMES, 2012, p. 26, grifo nosso)

Nesse sentido, destaca ainda precisamente Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p. 39, grifo nosso) que

A humanização da execução inicia-se pela regra **da não privação dos direitos do preso que não forem atingidos pela decisão judicial ou pela lei e deriva diretamente do sistema jurídico institucional dos países civilizados**. [...] O condenado conserva todos os direitos reconhecidos aos cidadãos pelas normas jurídicas vigentes, com exceção, naturalmente, daqueles cuja privação ou limitação constituem precisamente o conteúdo da pena imposta.

Nessa perspectiva, a relação jurídica estabelecida entre o preso e o Estado com a sentença condenatória transitada em julgado não retira ao sentenciado sua condição de sujeito de direitos, eis que a Administração Pública passa a assumir uma série de responsabilidades no que diz respeito, fundamentalmente, à pessoa do detento e a seus direitos e garantias fundamentais devidos no contexto do cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista que “o condenado continua sendo uma pessoa, cujo status é de condenado, em situação reconhecida pelo direito objetivo da qual decorrem direitos e deveres” (MIRABETE, 2000, p. 38).

¹¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm.

¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm.

O cárcere, ao impor sérias restrições ao direito de liberdade, já pode ser considerado, por si só, um grande sofrimento aos detentos, eis que a não observância aos seus direitos e garantias que lhes são devidos e que não foram atingidos pelo internamento prisional significaria, pois, na imposição, aos presos, de uma penalidade suplementar, que extrapolaria os limites do direito que o Estado possui de executar a pena, limites esses exatamente estabelecidos e traçados na sentença penal condenatória.

Nesse sentido, conforme disposto nas Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos (1955) estabelecida pela Organização das Nações Unidas, “o sistema penitenciário não deve, exceto pontualmente por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação”¹³.

A relação que une o condenado com a Administração Pública, pois, envolve a existência de direitos e deveres recíprocos, de modo que a aplicação da sentença implica tão somente na eliminação de certos direitos do preso nos limites exatos da condenação, permanecendo intactos tantos outros direitos expressamente estabelecidos em nossa legislação constitucional e infraconstitucional.

3.2 Os direitos dos reclusos e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das Constituições pretéritas, trouxe um sofisticado sistema de direitos e garantias fundamentais, os quais são apresentados logo no início do texto de forma a dar ênfase e destaque aos mesmos.

Antes disso, entretanto, o texto constitucional, inicialmente, em seu art. 1º, estabelece os fundamentos que a República Federativa do Brasil, enquanto Estado democrático de direitos, deve seguir de forma a guiar suas condutas com o objetivo de alcançar a construção de uma sociedade livre, solidária, justa; o desenvolvimento nacional e a promoção do bem-estar, sem qualquer tipo de preconceito de sexo, cor, raça, idade, origem e qualquer outra forma de discriminação¹⁴.

¹³Regras Mínimas para Tratamento de Presos (*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*), adotadas pelo 1.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 30 de agosto de 1955, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU por meio da Resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, e adotadas pela Resolução 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Disponível: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>.

Dentre tais fundamentos, está a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88)¹⁵, a qual consiste em um epicentro axiológico de toda a Constituição, sendo um atributo que é próprio condição humana, independente qualquer fator de distinção (cor, sexo, nacionalidade, opção política e etc.), ou seja, trata-se em uma verdadeira “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência” (RAMOS, 2014, p. 364).

É certo que o preso se encontra em uma situação específica, eis que, em razão da pena a ele imposta, possui certos direitos limitados (como o seu direito de liberdade e determinados direitos políticos¹⁶, por exemplo), o que não significa, por outro lado, que este deve ser tolhidos de seus demais direitos mais básicos e essenciais, sobretudo aqueles previstos e cristalizados no texto constitucional. Tais direitos estão diretamente relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve, pois, inspirar o direito e sua aplicação, bem como orientar a conduta estatal em todos os seus níveis

O cidadão-presos precisa ser reconhecido como ser dotado de dignidade, entendendo-se esta como qualidade inerente à essência do ser humano, bem jurídico absoluto, portanto, inalienável, irrenunciável e intangível.

[...]

É preciso compreender que o preso conserva os demais direitos adquiridos enquanto cidadão, que não sejam incompatíveis com a "liberdade de ir e vir", à medida que a perda temporária do direito de liberdade em decorrência dos efeitos de sentença penal refere-se tão-somente à locomoção (DERMARCHI, 2008).

Nesse sentido, conforme afirma Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 39), a própria Lei de Execuções Penais, como será visto mais adiante, ao impedir “o excesso ou o desvio da execução que possa comprometer a dignidade e a humanidade da execução, torna expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos”.

Por essa perspectiva, devem ser assegurados e reconhecidos, aos detentos, direitos de índole constitucional e que são devidos a qualquer outro cidadão, tais como: direito à vida (art. 5º, caput, CRFB/88); direito à liberdade de consciência e de convicção religiosa (art. 5º, VI, VII, VIII, CRFB/88); direito à instrução (art. 208, I e §1º, CRFB/88); direito à assistência

¹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁶ Os presos que tiverem condenação criminal transitada em julgado, sem hipótese de recurso, não podem votar, ao passo que os presos provisórios e que estão aguardando uma decisão judicial, mantêm o direito ao voto. Disponível em: <https://www.eleicoes2016.com.br/quem-esta-presos-pode-votar/>.

judiciária (art. 5º, LXXIV, CRFB/88); direito à atividades relativas às ciências, às letras, às artes e à tecnologia (art. 5º, IX e XXXIX, CRFB/88) e etc.

Nessa continuidade, em consonância com o art. 5º, §2º, CRFB/88, devem ser igualmente assegurados aqueles direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal. Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 47), nesse sentido, acerta ao mencionar que as “omissões ou imperfeições dos textos de direito positivo, portanto, não retiram aos direitos fundamentais sua ampla e universal dimensão”, eis que o rol do artigo 5º é meramente exemplificativo.

O referido dispositivo constitucional garante ainda aqueles direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, dispõe, por exemplo, em seu art. 5º, item 2, no sentido de que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.¹⁷

Pois bem, no texto constitucional, no Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, são elencados, em rol exemplificativo, uma série de direitos individuais, dentre os quais se incluem alguns que se referem diretamente ao preso

Art. 5º 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, nos termos seguintes:

[...]

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

¹⁷ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

[...]

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial

[...]

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Ao longo de todo art. 5º do Texto Maior, pois, como se vê, podemos encontrar uma série de dispositivos nesse sentido, com destaque ao seu inciso XLIX, o qual dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.¹⁸

Tal dispositivo, como será analisado no capítulo seguinte do presente estudo, vem sendo amplamente utilizado pelos tribunais brasileiros como principal fundamento de suas decisões no sentido de impor ao Poder Público o dever de ser responsabilizado civilmente por danos sofridos pelos detentos dentro dos presídios, sobretudo nos casos de morte, agressões e tratamento desonroso que proporcione um sofrimento psíquico desnecessário ou odioso.

Por ora, cabe ressaltar que, diante da situação de vulnerabilidade na qual se encontra o preso, conforme procurou-se evidenciar no tópico anterior, a preservação da incolumidade física e moral do detento torna-se uma exigência imperativa e fundamental, levando-se em consideração ainda o fato de que, ao detento, devem ser preservados os direitos não restringidos pela condenação e de que o sistema prisional não deve agravar os sofrimentos que já são inerentes à própria condição e situação do preso.

Assegurar a integridade física e moral dos presos significa, sobretudo, proteger os “direitos humanos fundamentais do homem (vida, saúde, integridade corporal e dignidade humana), os mais importantes, porque servem de suporte aos demais, que não existiram sem aqueles” (MIRABETE, 2000, p. 114).

O direito à integridade física e moral, nesse sentido, está intimamente relacionado com diversos outros direitos e garantias presentes no texto constitucional que, de uma forma ou de outra, visam proteger o preso contra qualquer tipo de tratamento cruel e degradante, de modo que a pena seja efetivamente cumprida da forma mais humana e digna possível. É nessa perspectiva, por exemplo, que André de Carvalho Ramos (2014, p. 504) explica que, implicitamente, o “direito à integridade física e moral decorre do art. 5º, III, que protege o ser

¹⁸ Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

humano contra tortura, tratamento degradante e desumano (III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante)”.

3.3 Dos direitos do preso na Lei de Execuções Penais

O Brasil conta com um importante aparato jurídico relativo ao Direito Penitenciário. Conforme foi visto, a Constituição Federal de 1988 já traz importantes princípios e regramentos relativos aos direitos dos presos e à pena. No plano infraconstitucional, por sua vez, tem-se como destaque ainda a Lei de Execução Penal (LEP), uma das mais avançadas do mundo ao dispor acerca de normas e direitos eficientes no contexto na execução penal, sobretudo no que diz respeito ao processo de ressocialização do preso

Nada obstante o tempo decorrido desde o início de sua vigência, a Lei n. 7210/84 (Lei de Execução Penal) ainda pode ser considerada um excelente conjunto de regras executórias – um raro exemplo diante do péssimo emaranhado de leis penais e processuais penais produzidas no Brasil, onde o legislador ordinário insiste em ser muito mais ordinário que técnico, chegando muitas vezes a produzir verdadeiras aberrações normativas, como facilmente podemos identificar na produção legislativa a partir do início da década de 1990 (BIACHINI; GOMES, 2012, p. 22).

O art. 1º da LEP enuncia que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Assim, “fazer executar a sanção penal imposta, sem descuidar da socialização ou ressocialização, com vistas à reinserção social, constitui, basicamente, os grandes objetivos visados pela lei de execução penal” (BIANCHINI; GOMES, 2012, p. 22).

Nesse sentido, conforme afirma Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 114), a execução da pena “deve estar em consonância com os fins a ela atribuídos pelo ordenamento jurídico e, por essa razão, cumpre determinar, em função dela, a condição jurídica do preso a fim de que a execução, tanto quanto possível, possa assemelhar-se à relações da vida normal”.

Nessa perspectiva, a execução penal se encontra permeada por direitos e deveres que vinculam reciprocamente a Administração Pública e condenado. Conforme já foi observado oportunamente no presente trabalho monográfico, o preso não se acha excluído da sociedade, eis que, mesmo após a condenação, continua sendo um sujeito de direitos, titular de todos os direitos que não foram atingidos e restringidos pela sentença condenatória que lhe impôs uma pena privativa de liberdade.

Por estar privado de sua liberdade plena, o detento encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.

A Exposição de Motivos¹⁹ da LEP, nessa perspectiva, em seu item 65, assinala que se torna inútil a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado. O item 68, por sua vez, reafirma que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença, tratando-se, pois, de proclamação formal de garantia, a qual deve iluminar todo o procedimento da execução.

Os direitos apontados pela LEP, sem exclusão de outros, como ensinam Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini

[...] representam um mínimo de observância obrigatória; uma cartilha básica para que se possa levar a bom termo a execução das penas e medidas de segurança, na pretensão de punir e humanizar.

Para melhor eficiência do desiderato execucional, o mínimo que se pode exigir é que o Estado cumpra suas obrigações e respeite os direitos do cidadão, **ainda que este se encontre circunstancialmente preso, visto que esta particular e momentânea situação não lhe retira a condição de sujeito de direito** (2012, p. 50, grifo nosso).

Conforme adverte novamente a Exposição de Motivos acima referida, em seus itens 74²⁰ e 75²¹, os dispositivos da lei de execução que consubstanciam os direitos dos presos não se tratam de regras meramente programáticas, mas de direitos dos detentos, devidamente positivados por preceitos e sanções, indicados de forma clara e precisa, de modo que se evitem a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissões.

¹⁹ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>

²⁰ Eis seu teor, *in verbis*: A declaração desses direitos não pode conservar-se, porém, como corpo de regras meramente programáticas. O problema central está na convenção das regras em direitos do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>.

²¹ Assim está disposto o referido item, *in verbis*: O Projeto indica com clareza e precisão o repertório dos direitos do condenado, a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artística e desportivas anteriores, quando compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos; chamamento nominal; igualdade de tratamento; audiência com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; contato com o mundo exterior através de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação (artigo 40). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>.

O art. 40²² do Código Penal (Decreto-lei 2.848 de 1940), assim, estabelece expressamente que a legislação especial deverá especificar todos os direitos do preso. Nesse sentido, a LEP dedica uma Seção (Seção II) inteira do Capítulo IV para tratar especificamente acerca dos direitos dos presos.

No art. 40²³, por exemplo, assegura-se ao detento o devido respeito, por parte das autoridades, à sua integridade física e moral, proteção essa que deve abarcar tanto os presos já condenados, quanto os provisórios. Tal regra coaduna-se com o disposto no art. 5º, XLIX da Carta Magna, anteriormente citado, e tem como objetivo impedir que o preso, no contexto do cumprimento da pena privativa de liberdade, seja submetido a qualquer tipo de maus-tratos e castigos que, em razão de sua crueldade ou conteúdo humilhante, vexatório e degradante, atentam diretamente contra a dignidade do preso, sua vida e sua integridade física e moral.

O art. 41 da LEP, por sua vez, apresenta um extenso rol do que a própria lei convencionou chamar de “direitos do preso”. Trata-se de rol meramente exemplificativo, tendo em vista que “a própria lei prevê outros, normalmente subordinados ao preenchimento de certos requisitos, tais como o de recompensas (art. 56), autorizações de saída (art. 120), remição (art. 126), livramento condicional (art. 131 ss) etc.” (MIRABETE, 2000, p. 125)

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

²² Art. 40 - A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm.

²³ Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Destaca-se o inciso VII acima exposto, o qual trata acerca da assistência ao preso. O item 59 das Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos da ONU, oportunamente já citada no presente trabalho, estabelece que o “regime penitenciário deve fazer apelo a todos os meios terapêuticos, educativos, morais, espirituais e outros e a todos os meios de assistência de que pode dispor [...]”.

Nesse sentido, o art. 10 da LEP estabelece que a assistência ao preso e ao internado é um dever do Estado e tem como objetivo, sobretudo prevenir o crime, bem como orientar o retorno do detento ao convívio social. O art. 11, por sua vez, complementa, ao enumerar as espécies de assistência a que tem direito o preso e o internado, quais sejam: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.²⁴

A assistência material, nesse contexto, consiste no fornecimento, ao preso, de condições de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (art. 12, LEP), ao passo que a assistência à saúde deve compreender atendimento médico, farmacêutico e odontológico (art. 14, LEP). A assistência judiciária aos presos que não possuem condições de constituir advogado, por sua vez, também é algo fundamental, tendo em vista que é importante que “o preso sinta ao seu alcance a possibilidade de lançar mão das medidas judiciais capazes de corrigir eventual excesso de pena, ou que possa abreviar os dias de prisão” (PIMENTEL *apud* MIRABETE, 2000, p. 70). Do ponto de vista educacional, deve ser assegurado ao detento instrução escolar, bem como, facultativamente, sua formação profissional em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico (arts. 17 e 19, LEP).

Outrossim, existe também uma importante preocupação, dentro da LEP, com a estrutura e as condições dos estabelecimentos prisionais. O art. 84, por exemplo, preceitua que os estabelecimentos penais devem, conforme sua natureza, ter em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. O art. 85, por sua vez, estabelece ainda que o estabelecimento prisional deverá ter lotação compatível

²⁴ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

com a sua estrutura, sob pena de interdição²⁵. Tais exigências mostram-se como um verdadeiro imperativo de ordem material a fim de que se cumpram os propósitos externados pela própria lei de execução.

Ademais, conforme dispõe o art. 84, por uma questão que envolve a própria segurança do detento e preservação da sua integridade física e moral, os presos provisórios devem ficar separados do condenado por sentença transitada em julgado, sendo que o preso primário deve cumprir pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes (art. 84, §1º, LEP). As prisões, portanto, devem propiciar a “separação dos presos em grupos homogêneos, não só por diversidade do título da prisão, como também para facilitar o tratamento penitenciário e as medidas de vigilância do estabelecimento penal” (MIRABETE, 2000, p. 235), evitando-se o máximo possível, por exemplo, o contato do condenado primário com o preso reincidente, este muitas vezes criminoso habitual, com um perfil marcadamente mais violento e antissocial.

Pois bem, por meio da menção de alguns dispositivos da LEP, vê o grau de precisão e detalhamento que ela possui ao tratar dos direitos e garantias que são devidas ao preso no contexto do cumprimento da pena privativa de liberdade, eis que, juntamente com os dispositivos nesse sentido presentes na Constituição Federal de 1988, forma um importante e expressivo arcabouço jurídico-protetivo ao detento, e que, de uma forma ou de outra, buscam procura assegurá-lo à preservação, sobretudo, de sua incolumidade física e moral.

²⁵Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

[...]

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO SISTEMA PRISIONAL

4.1 Responsabilidade do Estado e a proteção da integridade física e moral dos detentos como um direito constitucional fundamental

No capítulo anterior, a partir da análise do tratamento e da atenção devida ao preso dentro da legislação constitucional e na LEP, buscou-se mostrar que, de fato, há uma grande preocupação por parte do legislador em cuidar para que, nas dependências dos presídios, sejam satisfeitas condições mínimas e dignas de ordem material, moral e social, de modo a proporcionar um tratamento adequado e humano ao preso, garantindo-lhe a conservação de sua vida, saúde e bem-estar, em todos os aspectos, visando, sobretudo, a preservação de sua incolumidade física e moral.

Existe, de fato, pois, um cuidado em detalhar de forma minuciosa os direitos e garantias que são devidos aos detentos no contexto do cumprimento da pena privativa de liberdade, eis que o grande problema é, na realidade, o evidente distanciamento que existe entre o ideal normativo e a realidade prática.

Tal distanciamento entre o ideal normativo e a realidade enfrentada pelos presos se verifica de forma ainda mais evidente a partir de uma simples análise das regras dispostas ao longo da LEP, por exemplo, ante seu grau de detalhamento e complexidade ao tratar de assuntos como os direitos devidos aos presos, as condições dos estabelecimentos prisionais e etc. Conforme, observa o professor Renato Marcão que (2005, p. 32)

É público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam de mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social.

Por outro lado, o que deve ser motivo de maior irrisignação é a constatação, conforme procurou-se mostrar no capítulo anterior, do fato de que direitos fundamentais básicos e essenciais que representam os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade e à efetivação do bem-estar não estão sendo devidamente observados e garantidos aos presos no contexto do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Dentre tais direitos, destaca-se a proteção da integridade física e moral dos detentos. Conforme já mencionado no presente trabalho, o art. 40 da LEP destaca que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, com o objetivo de promover a humanização da pena, trouxe uma série de disposições no sentido de garantir ao detento a proteção dos seus direitos mais básicos não alcançados pela sentença penal condenatória, eis que, por meio do seu art. 5º, XLIX, assegurou a proteção à sua incolumidade física e moral como um direito fundamental.

“Ora, se ao submetido ao cárcere é imposta a privação do direito fundamental de liberdade - esta colocada como direito fundamental de primeira geração ou dimensão, também a integridade física e moral do preso importa em considerar como direito e garantia fundamental” (BENCKE, 2001, p. 72).

Assim, na medida em que o texto constitucional estabelece e assegura a proteção da incolumidade física e moral dos presos, tratando-o com um verdadeiro direito fundamental, impõe-se, conseqüentemente, ao Poder Público, como destinatário direito e imediato das liberdades públicas, o dever de proteger, garantir e efetivar tal direito:

A quem se dirigem os direitos e garantias fundamentais? Os seus destinatários seriam, em primeiro lugar, os indivíduos?

As normas constitucionais são voltadas, primeiramente para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, ao exercer suas respectivas funções, tornam-se os destinatários diretos, primeiros ou imediatos das liberdades públicas.

Ao aplicar os dispositivos da Carta Maior às situações concretas, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário efetivam os direitos e garantias fundamentais. (BULOS, 2012, p. 532).

Em relação aos direitos e garantias fundamentais, pode-se dizer que o Estado ocupa uma posição peculiar, ambivalente, visto que se, por um lado, pelo monopólio do uso legítimo da força, ele é um violador contumaz dos direitos e garantias fundamentais, por outro, cada vez mais se exige do Poder Público uma postura ativa na proteção de tais direitos

No contexto de constituições normativas e vinculantes – que prestigiam a pluralidade e a tolerância – progressivamente se fortalecem e se intensificam os deveres estatais de proteção. Dever de proteger os cidadãos e impedir lesões a direitos fundamentais. Sendo óbvio que a vida, a integridade física, a honra e a liberdade, a privacidade são ameaçadas, de modo constante (...), o Estado é quem pode impedir essas violações. Aparece, assim, nesse sentido, como amigo dos direitos fundamentais (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2014, p. 678).

É insatisfatória e insuficiente, pois, que a ideia de que basta ao Estado que abstenha de praticar atos violadores e danosos aos direitos fundamentais, eis que é imperioso que, igualmente o Poder Público, trabalhe na construção de um ambiente social dentro do qual ele passe a desempenhar uma atuação direta e positiva na proteção e afirmação de tais direitos,

inclusive contra atos de terceiros. “Não importam apenas, nesse contexto, as agressões praticadas pelo Estado, mas também, de igual modo, aquelas que partam da sociedade” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2014, p. 680).

Isso “altera o panorama da responsabilidade civil do Estado, que conta, hoje, com o princípio da proteção, que não é senão a função preventiva da responsabilidade civil transformada em dever de agir do Estado”, eis que a responsabilização civil do ente estatal, nesse sentido, deixa de ter uma função meramente reparatória, cuidando-se de um misto de prevenção de “atuações ilícitas e punição pela ofensa a um dever ou obrigação. Mais do que acautelar e sancionar, ela reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade com referenciais do Estado Democrático de Direitos” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2014, p. 683).

Nessa perspectiva, conforme bem destaca Juarez Freitas (2005, p. 21-37), a “doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas.

Não é diferente quando tratamos acerca do preso, o qual, como foi abordado no capítulo anterior, não “deixa de ser cidadão e como tal, é titular de direitos e obrigações atribuíveis ao Estado e sociedade: exige-se que seja protegido dos desmandos que possa vir a sofrer em virtude de sua condição de segregado pela condenação desta mesma sociedade” (BENCKE, 2001, p. 71).

O Estado, pois, não deve simplesmente abster-se de praticar condutas que violem diretamente o direito fundamental assegurado constitucionalmente de proteção à incolumidade física e moral dos detentos, mas também tem o dever de agir, de modo suficiente, na construção de um ambiente carcerário que assegure e preserve ao preso custodiado sua integridade física e moral, devendo protegê-los, inclusive contra si mesmos.

Nesse sentido, como afirma Carlos Alberto Bencke (2001, p. 78-79), levando em consideração que “a incolumidade do preso se constitui como princípio de direito individual fundamental no texto constitucional, e se responsabilidade do Estado surge como fator de proteção dos desmandos ou descuidos do executivo na custódia do prisioneiro”, aos detentos, portanto, devem ser garantido o direito subjetivo de proteção por parte dos órgãos públicos, “cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer, ainda, de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos aos presos”.

Portanto, é inegável que, “ao assumir para si o jus puniendi, o Estado também recebe o encargo de estabelecer uma estrutura hábil a preservar os direitos fundamentais das pessoas detidas e custodiadas em estabelecimentos penitenciários” (DIAS, 2013, p. 73).

Assim, analisando, pois, a integridade física e moral do detento como um direito fundamental expressamente assegurado pelo texto constitucional, deve-se atentar para o fato de que Administração Pública, nesse sentido, encontra-se vinculada à observância dos direitos e garantias fundamentais, de modo que poderá ser perfeitamente responsabilizada, nesse sentido, à medida que atue à margem de tais direitos e garantias, de forma insuficiente na proteção dos mesmos ou ainda quando da prática de eventuais excessos que coloquem em risco tais direitos.

4.2 Responsabilidade do Estado ante o dever guarda e proteção dos presos custodiados

A responsabilidade que existe do Estado perante o preso pode ser ainda evidenciada por outro prisma, senão vejamos. Não bastasse a ampla legislação existente em nosso ordenamento jurídico no sentido de detalhar os direitos devidos ao preso no contexto do cumprimento da pena privativa de liberdade e que assegura, inclusive, a proteção à sua incolumidade física e moral, a responsabilidade estatal em relação aos condenados é ainda mais evidente e acentuada em virtude de estarmos lidando, no caso, com indivíduos submetidos a uma relação de sujeição especial, também chamada de relação de custódia.

É inegável o fato de que o Estado, enquanto máquina pública, possui inúmeros deveres e diversas atribuições essenciais para manter seu funcionamento e possibilitar a vida em sociedade, “situações pelas quais assume os encargos que decorrem das atividades de sua competência. Não diferente é o caso da guarda de pessoas perigosas, em que o Estado é responsável pelos atos lesivos praticados dentro dos estabelecimentos prisionais” (SIMÃO, 2014, p. 50)

No capítulo anterior, procurou-se mostrar uma visão geral acerca da situação caótica na qual se encontra o sistema penitenciário brasileiro. As péssimas e sub-humanas condições às quais são submetidos os presos transformam o cárcere em um ambiente propício e favorável à ocorrência de sérias e inevitáveis violações aos direitos mais básicos do encarcerado, tal como é a sua incolumidade física e moral.

Nesse sentido, como bem coloca Vera Regina Pereira de Andrade (2016, p. 86-87), ressaltando linha de pensamento já oportunamente destacada no capítulo anterior, é fundamental frisar, nesses termos, que a intervenção penal estigmatizante, tal como a prisão, “ao invés de reduzir a criminalidade, ressocializando o condenado, produz efeitos contrários a

uma tal ressocialização [...]”, pelo que “a pena não previne, nem a prisão ressocializa. O cárcere, em vez de método ressocializador, é um fator criminógeno e de reincidência”.

Em outras palavras, tem-se o seguinte cenário: os indivíduos recolhidos ao cárcere tendem a ser agentes eminentemente violentos e perigosos, agentes que, enquanto viviam em sociedade, mostraram-se violadores de bens jurídicos essenciais protegidos pelo Direito Penal, tais como a vida, integridade física e etc. Dentro do cárcere, ao serem expostos ao degradante e nocivo ambiente dos presídios (marcado pela falta de segurança, carência de serviços básicos e etc.), a tendência é que tais indivíduos mantenham uma personalidade cada vez mais violenta, agressiva e mostrem-se ainda mais propensos ao crime.

Nessa perspectiva, Nilo Batista, Raúl Eugênio Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2003, p. 126, grifo nosso), por exemplo, sobre os perigos e riscos do ambiente carcerário, afirmam precisamente que

Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisão é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente morte, o que leva ao paradoxo da impossibilidade estrutural da teoria.

Nesse sentido, tem-se a formação de um espaço carcerário no qual a integridade física e moral dos detentos passa a ser constantemente a ameaçada e violada, dentre outros fatores, pela ação lesiva dos seus próprios companheiros de cárcere.

Assim, no momento em que o Poder Público recolhe determinado detento a qualquer estabelecimento prisional, no exercício do seu *ius puniendi*, tal indivíduo passa à sua tutela, ficando, pois, a partir de então, responsável pela guarda e vigilância do indivíduo custodiado, obrigando-se, pois, a tomar medidas tendentes à preservação da integridade física daquele, “protegendo-o de violências contra ele praticadas, seja por parte de seus próprios agentes, seja da parte de companheiros de cela ou outros reclusos com os quais mantém contato, ainda que esporádico” (DIAS, 2013, p. 74).

Evidentemente, não se busca, aqui, defender a ideia do Estado como uma espécie de segurador universal, capaz de antever e evitar toda e qualquer situações geradoras de riscos e danos. Entretanto, em se tratando da situação dos presos no Brasil, é incontestável o fato de que as péssimas e precárias condições do nosso sistema carcerário são bastante conhecidas pela sociedade e pelo próprio Poder Público, sendo frequentemente noticiadas e denunciadas pelos

principais veículos de comunicação de todo país. Nesse sentido, sabe-se de antemão que o preso recolhido a determinada unidade prisional será submetido a um ambiente notadamente perigoso e “de elevado risco, o qual é proporcionado, sobretudo, pela periculosidade de seus internos” (SIMÃO, 2014, p. 51).

Ademais, cumpre frisar que o próprio Estado tem uma parcela de responsabilidade decisiva na manutenção de tal cenário, uma vez que, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil conta com cerca de 1.436 unidades prisionais, das quais mais de 90% são gerenciados pelo Estado, sendo que em 15 Estados da Federação, os estabelecimentos são 100% geridos pelo Poder Público²⁶, o que deixa evidente, no cenário atual, o grau de responsabilidade do Estado na gestão e administração dos estabelecimentos prisionais no país, o que envolve, logicamente, o cuidado, a guarda e a proteção dos presos custodiados.

Por isso, ante o exposto, é imperioso concluir que, quando o indivíduo é levado à prisão, o surge uma relação de guarda e vigilância entre a Administração Pública e o preso, emergindo responsabilidade civil do Poder Público pelos danos à integridade física e moral dos presos, inclusive quando a ação lesiva é levada a cabo pelos dos companheiros de prisão, uma vez que cada um dos presidiários está sujeito às mesmas situações de riscos inerentes à ambiência do cárcere e igualmente encontram-se sob a guarda, atenção, vigilância e proteção do Estado.

4.3 Responsabilidade civil do estado pelos danos à integridade física e moral dos detentos quando provocados pelos companheiros de cárcere

Dentro do cárcere, os eventos lesivos à integridade física e moral do preso podem se manifestar de inúmeras formas, tendo em vista que, conforme já frisado oportunamente no presente trabalho, o ambiente carcerário, no estado em que se encontra atualmente, é um ambiente evidentemente de elevado risco. Nesse sentido, a análise e a compreensão de como se dá a responsabilidade civil do Estado envolve uma série questões e aspectos que irão depender, sobretudo, da forma como dano foi provocado e das circunstâncias que o envolvem.

No caso específico da ação lesiva à incolumidade física e moral do detento levada a cabo pelos próprios companheiros, não se trata de uma situação de danos decorrentes de uma conduta comissiva e direta do agente público (como seria o caso do espancamento de um preso por um agente penitenciário no exercício de sua função, por exemplo) – situação na qual seria

²⁶ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/09/crise-no-sistema-carcerario-ce-e-pr-fazem-caminho-inverso-e-reestatizam-presidios.htm>.

perfeitamente possível identificar de forma clara e evidente a responsabilidade da Administração Pública, ensejando, assim, seu dever de indenizar –, mas sim de uma situação específica, fundamentada e pautada em uma conduta omissiva por parte do Estado.

Conforme foi visto no primeiro capítulo do presente trabalho monográfico, a questão da responsabilidade civil do Estado por omissão é objeto de bastante controvérsia tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, sobretudo no que diz respeito à definição se seria, no caso, uma situação ensejadora de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva do ente estatal.

Nesse sentido, em se tratando da temática dos presidiários e a responsabilidade civil da Administração Pública, com o objetivo de pacificar e esclarecer alguns pontos controversos e ainda obscuros, o STF, no ano de 2016, julgou uma série de recursos com repercussão geral reconhecida, dentre eles o Recurso Extraordinário 841.562²⁷ de relatoria do Ministro Luiz Fux, o qual tratou exatamente acerca da responsabilidade do civil estatal dentro do sistema carcerário tendo em vista seu dever específico de proteção à integridade física e moral do preso assegurada expressamente no texto constitucional em seu art. 5º, XLIX.

No referido julgado, o STF firmou a tese de que, em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art.5º, XLIX, da CRFB/88, o Estado é responsável pela morte de detento. Para tanto, o Tribunal trouxe importantes apontamentos acerca da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão, sobretudo no contexto dos danos ocorridos dentro dos estabelecimentos prisionais, e que serão muito valiosos para o tema tratado pelo presente trabalho, senão vejamos.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.

2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).

4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

²⁷ STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016. Disponível em:

5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso **que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade**, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.

[...]7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o **Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.** [...] (STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016, grifo nosso).

O STF, pois, no julgado em questão, confirmou o posicionamento no sentido de que, em se tratando da responsabilidade civil estatal pelos danos resultantes de suas condutas omissivas, este Tribunal adota a linha de que a responsabilidade objetiva do Estado engloba tanto os atos comissivos como os omissivos, ressaltando-se, contudo, que é fundamental a necessária comprovação do nexo causal entre a omissão e o dano, moldando-se, pois, à teoria do risco administrativo

Por outro lado, destaca-se, no caso, que não se tá lidando com uma omissão qualquer (genérica), mas sim a uma omissão específica, esta verificada quando o “Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em que tinha o dever de agir para impedi-lo” (CAVALIERI, 2005, p. 261), mas não o fez.

Nesse sentido, sendo caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, bastaria, para fins de ensejar a responsabilidade do ente estatal, a comprovação do dano, da conduta e do nexo causal, sendo que tal relação de causalidade, no caso, ficará efetivamente demonstrada quando o Poder Público tinha o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não cumpriu essa obrigação legal, configurando-se, no caso, a referida omissão específica do Estado.

Nesse sentido, o Ministro Relator, Luiz Fux, destacou precisamente em seu voto

[...] Realmente, a integração do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe que o omitente **devia e podia agir para evitar o resultado. Assim, embora não se estabeleça um nexo de causalidade fática, imputa-se o resultado ao agente por meio de uma causalidade juridicamente estabelecida.**

[...] **é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal.** Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima. (STF. Plenário. Voto. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016, grifo nosso)

Para melhor compreensão, é perfeitamente possível, por exemplo, fazer uma analogia²⁸ entre tal posição do Poder Público, obrigado por lei a agir para impedir o resultado danoso (sendo possível a sua atuação), com a posição do agente garantidor no âmbito da legislação penal, nos termos do art. 13, §2º, primeira parte do CP²⁹, o qual preconiza que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o dano”.

Portanto partindo-se da premissa de que Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que presente a obrigação legal específica de agir para impedir a ocorrência do resultado danoso, em sendo possível essa atuação, pode-se dizer que, no caso específico do preso, é evidente que o ente público está juridicamente obrigado a atuar positivamente na guarda e proteção dos detentos, tendo o dever específico de preservar, sobretudo, sua incolumidade física e moral.

Em primeiro lugar, tal obrigação é resultante da ampla legislação que existe em nosso ordenamento jurídico, no âmbito da legislação ordinária e constitucional, no sentido de assegurar aos detentos uma série de garantias e direitos, os quais puderam ser discriminados oportunamente nesse trabalho monográfico. No que diz respeito especificamente à proteção integridade física e moral do preso, tal direito, a partir da Constituição Federal de 1988, foi erigido à categoria de direito constitucional fundamental, segundo já mencionado no presente estudo.

Nesse sentido, conforme destacado na decisão do STF acima citada, o direito fundamental enuciado no art. 5º, XLIX do texto constitucional, estabelece uma evidente obrigação para o Poder Público, não podendo ser relegada à condição de uma norma meramente programática, visto que, além das normas definidoras dos direitos fundamentais possuírem aplicação imediata, é fundamental que se reconheça o poder normativo das normas constitucionais, “cujo conteúdo tem que ser efetivamente realizado, não representando como mera promessa submissa aos fatores reais de poder dominantes (BRASIL, 2016, p. 22).

Seguindo tal linha de pensamento, o Ministro Luiz Fux, ainda em seu voto, arremata de forma precisa no sentido de que

[...] os direitos fundamentais possuem dupla dimensão. Em sua dimensão objetiva, conformariam a atuação do Estado e teriam, assim, eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico. **Por outro lado, em sua dimensão subjetiva, o destinatário da proteção oferecida pelo direito fundamental teria o direito de exigir a sua**

²⁸ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm.

²⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm.

satisfação pelo Estado. (STF. Plenário. Voto. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016, grifo nosso).

Portanto, levando-se em conta a posição de extrema fragilidade na qual se encontra o preso, temporariamente privado de sua liberdade, está ele diretamente dependente da atuação positiva do Estado para que possa ter um tratamento humano e digno, o que envolve, sobretudo, a proteção de sua incolumidade física e moral, pelo que é evidente que o detento, portanto, como cidadão sujeito de direitos que é, encontra-se em uma posição jurídica na qual pode exigir que tal prestação estatal lhe seja outorgada de forma plena e eficaz.

Ademais, no caso do detento, conforme já observado neste capítulo, tem-se uma situação mais específica ainda, visto que se trata de agente que está sob a custódia do Estado, eis que a responsabilidade do ente estatal, no caso, seria objetiva, ainda que o evento lesivo tenha advindo de um comportamento omissivo do agente público, que é o que ocorre exatamente no caso dos danos sofridos por determinado detento em consequência da ação lesiva dos seus próprios companheiros de cárcere.

Isso porque, no caso dos presos custodiados, especificamente, trata-se daquelas situações em que o Estado, através de um comportamento positivo, cria uma situação de risco exagerado, contribuindo decisivamente para a ocorrência do evento lesivo, desencadeando, assim, sua responsabilidade objetiva

Há determinado casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agentes do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: **são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo ou omissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.**

O caso mais comum, embora não único [...], é o que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, em face do quê o Poder Público expõe terceiros a risco. Servem de exemplos o assassinato de um presidiário por outro presidiário [...].

Com efeito, em todos estes casos o dano liga-se, embora mediatamente, a um comportamento positivo do Estado. Sua atuação é o termo inicial de um desdobramento que desemboca no evento lesivo, incidivelmente ligado aos antecedentes criados pelo Estado.

[...] Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos. (BANDEIRA DE MELLO *apud* SIMÃO, 2014, p. 51, grifo nosso)

Nessa perspectiva, acerca dos danos sofridos pelos detentos em face da ação lesiva dos seus companheiros de prisão, Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 251) destaca que a “responsabilidade do Estado em tais casos é, indiscutivelmente, objetiva, porque é o próprio

Poder Público que, sem ser o autor direto do dano, cria, por ato seu, a situação propícia para a sua ocorrência”.

Assim, acrescenta Eduardo Antônio Dantas Nobre (2010) que a “responsabilidade objetiva aplica-se, à perfeição, aos danos sofridos pelas pessoas custodias pelo Poder Público, como ocorre com o detento que vem a falecer, em razão de golpes desferidos por outro preso”, com o emprego de instrumento cortante ou contundente, “eis que os presidiários, isoladamente considerados, encontram-se expostos a uma permanente situação de risco, inerente à inquietação dos infratores com os quais convivem na ambiência da colônia penal”.

Vê-se, pois, que satisfação plena e efetiva do comando constitucional que assegura ao preso a preservação de sua integridade física e moral depende de uma atuação positiva por parte do Poder Público no sentido de, sobretudo, construir um espaço carcerário seguro, humano e digno, o que, sem dúvida, envolve o cuidado na promoção de um ambiente de bem-estar entre os próprios encarcerados, sendo dever do Estado, pois, garantir integridade de seus detentos, mantendo, para isso, uma vigilância constante e eficiente.

Cumprido lembrar que, ainda no presente capítulo, procurou-se demonstrar que a integridade dos presos se encontra constantemente ameaçada, sobretudo, pela ação lesiva dos próprios companheiros de cárcere, seja pela deficiente atuação do Poder Público no sentido de garantir a segurança no interior dos presídios, seja por uma questão que envolve a própria situação precária e caótica na qual se encontra nosso sistema carcerário atualmente, o que só contribui para que o detento continue a desenvolver uma atitude e postura violenta e agressiva.

Nessa perspectiva, construídas tais premissas, é possível concluir que, ocorrendo lesões à integridade física e moral do preso perpetrada pelos próprios companheiros de cárcere, o Estado irá responder objetivamente por tais danos, embora se trate de uma situação decorrente de um comportamento omissivo do agente público.

Tal conclusão, pois, se dá tendo em vista não somente o seu dever específico de agir com objetivo de impedir o resultado lesivo à integridade do preso que decorre, sobretudo, do comando constitucional cristalizado no art. 5º, XLIX da CRFB/88, mas também a responsabilidade que existe por parte do Poder Público de guarda e proteção das pessoas que estão sob sua custódia, tendo em vista a configuração de uma situação de risco exagerado criada por ato do próprio Estado ao recolher o indivíduo em determinado estabelecimento prisional.

No caso dos danos sofridos por um detento pela ação lesiva de outro detento, tanto a vítima, quanto o agressor, no caso, estão igualmente custodiados e sob a guarda, proteção e cuidados do Poder Público, eis que, “ao dever do Estado de zelar pela incolumidade física e

moral do recluso corresponde, também, o dever de fiscalizar e preservar sua segregação carcerária” (CAHALI, 1995, p. 530).

Por outro lado, conforme já mencionado anteriormente, em consonância com a teoria do risco administrativo, adotado como regra em nosso ordenamento jurídico e que permite o Ente Público valer-se das chamadas causas excludentes de responsabilidade, é de se reconhecer a possibilidade de o Estado comprovar que não era possível sua atuação, no caso concreto, no sentido de evitar o dano sofrido pelo preso, excluindo-se, dessa forma, o nexo jurídico causal entre sua omissão e a lesão provocada, consoante o entendimento confirmado pelo STF no julgado acima destacado.

Deve-se frisar que a comprovação da situação que elide o dever de indenizar, no caso, é de responsabilidade da própria Administração Pública

[...] No contexto do Direito Administrativo e, especificamente, da responsabilidade civil do Estado, **forçoso reconhecer a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação e, dessa forma, exclua o nexo jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular, eximindo-se, assim, da responsabilidade.**

[...] Adota-se aqui, portanto, a teoria do risco administrativo, que permite a oposição de causas excludentes do nexo causal – **as quais devem ser comprovadas pela Administração -, rejeitando-se, por consequência, a incidência da teoria do risco integral, não recepcionada pela ordem constitucional brasileira [...].** (STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016, grifo nosso)

Conforme os fundamentos expostos ao longo desse capítulo, é fundamental reafirmar e deixar claro, aqui, pois, que o simples fato de que o dano provocado à integridade física e moral do preso ser resultante da ação de outro detento, por si só, não representa uma situação de quebra o nexo de causalidade apta a eximir o Poder Público do seu dever de indenizar. Nessa perspectiva, a jurisprudência destaca que:

[...] **O Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive contra si mesmos.** Não se justifica que tenha tido acesso a meios aptos a praticar um atentado contra sua própria vida. Os estabelecimentos carcerários são, de modo geral, feitos para impedir esse tipo de evento. Se o Estado não consegue impedir o evento, ele é o responsável”. (STJ. REsp 847.687/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 25/06/2007, grifo nosso).

[...] **É obrigação de o Ente Público zelar pela integridade física e moral do preso, como disposto no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal.**

[...] **O fato de o homicídio ter sido praticado por outro detento, não afasta o nexo causal. Responsabilidade objetiva estatal pode advir de uma conduta omissiva ou comissiva do Estado.** Precedentes do STJ e deste Colendo Sodalício, como transcritos na fundamentação (TJ/RJ. Apelação Cível 0153219-84.2007.8.19.0001, Des. Rel. Reinaldo Pinto Alberto Filho. 4ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 06/02/2014, grifo nosso).

Tudo dependerá, então, de uma análise casuística, oportunidade em que, a partir da situação concreta, será possível verificar se, de fato, o Estado, diante de seu dever específico de agir, tinha as condições de atuar no sentido de impedir a ação lesiva do preso à incolumidade física e moral do seu companheiro.

Veja-se a seguir, por exemplo, um caso claro em que a lesão ocorrida foi resultado direto de uma omissão específica do agente público, resultando, pois, na responsabilidade objetiva do Estado pelos danos suportados pelo preso em decorrência da ação de outros encarcerados

[...]1. **O Estado tem o dever específico de tomar todas as medidas necessárias para assegurar a integridade física dos seus custodiados**, nos termos do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, **o que efetivamente não ocorre quando o agente público expõe o encarcerado à presença de menores de alta periculosidade egressos do CAJE, sem a escolta ou supervisão de nenhum agente penitenciário.** Vale dizer: **a conduta do agente administrativo foi causa direta e imediata do não impedimento da agressão sofrida pelo autor (omissão específica).** 1.1. Configurado o nexos de causalidade entre a conduta omissiva do ente distrital e o evento danoso, deve responder objetivamente pelos danos advindos da lesão corporal de natureza gravíssima.

[...] 4. É presumível, por evidência, que o dano sofrido pelo autor (**perda do globo ocular esquerdo**) lhe ocasionou a redução de sua capacidade laboral, sendo, portanto, correto o arbitramento de pensão vitalícia, ainda que não comprovado que o autor exercia atividade laboral antes de ser recolhido à prisão. (TJDFT. Acórdão n.579764, 20040111231275APO, Relator: JOAO EGMONT, Revisor: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, Publicado no DJE: 23/04/2012, grifo nosso).

Inúmeras, pois, seriam as situações que poderiam ser citadas nas quais seria possível verificar de forma evidente a relação direta entre a omissão estatal e o dano suportado pelo detento à sua integridade física e moral por ação de seus companheiros, ensejando-se, assim, a responsabilidade objetiva do Estado.

Um dos exemplos mais claros são aqueles casos em que o evento lesivo decorre de uma situação em que agentes públicos não tomam os devidos cuidados e as cautelas necessária quando da separação dos presos nos estabelecimentos prisionais, colocando em sério risco a incolumidade física de alguns apenados, visto que logicamente, ação protetiva do Estado em relação ao detento, envolve, em um primeiro momento, a ação preventiva à eventuais incidentes lesivos através, por exemplo, da separação de indivíduos cuja personalidade demonstrasse inclinação à uma conduta violenta.

Nesse sentido, interessante mencionar, por exemplo, caso em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Cível nº 633848, reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado por violência perpetradas por detentos em face de outro

preso acusado de crime de estupro, delito este que, mesmo entre os encarcerados, possui um alto grau de reprovabilidade, eis que, por isso, exigia-se uma maior atenção por parte dos agentes públicos, no caso. Assim foi decidido

RESPONSABILIDADE CIVIL – ABUSO SEXUAL DE DETENTO NAS DEPENDÊNCIAS DO PRESÍDIO – CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM OMISSÃO DO ESTADO NO DEVER DE ASSEGURAR A INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS (CR, ART. 5º, XLIX) – DANO MORAL

O Estado deve assegurar "aos presos o respeito à integridade física e moral" (CR, art. 5º, XLIX). Cumpre-lhe reparar os danos morais suportados por detento que, acusado de estupro, não é encarcerado separadamente dos demais detentos.

[...] **No caso dos autos é ainda mais aberrante a falha no serviço estatal. É fato notório, principalmente entre as pessoas que convivem de perto com o sistema carcerário, que existe uma regra" moral "de conduta interna entre os detentos, que sujeita à morte ou a violência semelhante,** os internos acusados de crimes sexuais (a análise não é prescritiva, se essa" norma "de conduta é certa ou errada, não importa. O que é importante neste caso é a notoriedade da sua existência).

Desta forma, a conduta dos policiais civis que confinaram o autor, nada obstante em cumprimento de ordem legal, sem isolá-lo dos demais detentos, cientes que estavam das consequências que tal convívio poderia trazer ao autor, é de **uma grosseira e imperdoável negligência (nada obstante não ser nem necessária a discussão da culpa neste caso), estando plenamente configurado neste caso o dever do Estado em indenizar o autor** (TJ/SC. Apelação Cível 633848. Des. Rel. Newton Tristto. Julgado em 18/12/2008, grifo nosso).

Neste outro caso a seguir, o Estado foi responsabilizado civilmente de forma objetiva tendo em vista que determinado preso vinha sendo constantemente violentado pelos seus companheiros de cela e, mesmo após relatar as agressões aos agentes públicos, não foram adotadas as medidas necessárias à proteção de sua incolumidade física e moral, eis que a omissão específica estatal, no caso, teve relação direta com o dano, presente, pois o nexo causal

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AGRESSÃO A PRESO SEGREGADO PREVENTIVAMENTE PERPETRADA PELOS DEMAIS APENADOS - DETENTO ACUSADO DE CRIME SEXUAL CONTRA CRIANÇAS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - OMISSÃO ESTATAL - DEVER DE GARANTIR A INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO - **ART. 5º, XLIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** - DANO MORAL CONFIGURADO - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE NÃO SE MOSTRA EXCESSIVO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

O Estado, no exercício do poder que a lei lhe confere de fazer juízo de valor sobre o comportamento das pessoas e lhes impor pena privativa de liberdade como punição, segregação, prevenção e objetivo de ressocialização, **tem o dever de guarda e incolumidade sobre os seus condenados e encarcerados.**

No caso concreto, demonstrada a omissão estatal em não salvaguardar a integridade física de detento sob sua custódia, configurada está a responsabilidade civil objetiva e o dever de indenizar.

[...] O autor, durante o período em que esteve encarcerado preventivamente, **foi torturado pelos companheiros de cela,** em razão da natureza do crime que lhe era

imputado, e, **apesar de ter solicitado providências à administração carcerária por diversas vezes, nada foi realizado nesse sentido.**

[...]Com efeito, entendo que é aplicável ao caso em apreço a **teoria da responsabilidade civil objetiva**, tendo em vista a **omissão estatal específica** em manter a **integridade física de preso sob sua custódia** (TJ/SC. Apelação Cível 1700778. Des. Rel. Cid Goulart. Julgamento em 31/05/2011, grifo nosso).

Por outro lado, como exemplo de uma situação de danos provocados à integridade física e moral por um detento a um companheiro, ocasionando-o lesões ou até morte, a jurisprudência do STF destaca um exemplo em que o Estado estria eximido de qualquer responsabilidade

[...] À guisa de exemplo, podemos aqui apontar a situação em que um preso mata o outro em legítima defesa. Nessa situação, é o falecido quem age de forma contrária à lei, atentando contra a vida de outro preso, que reage licitamente, matando-o. Ora, se o ato praticado pelo homicida é lícito (artigos 23, inciso II, do Código Penal, e 188, inciso I, do Código Civil) e visa a afastar injusta agressão imputável exclusivamente ao falecido, não há como se sustentar que de tal situação exsurja qualquer dever de reparação pelo Estado (STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016).

Contudo, é de se reconhecer, em muitos casos, as dificuldades que o Poder Público tem de demonstrar, no caso concreto, sua total impossibilidade de impedir o resultado danoso, tendo em vista, fundamentalmente, a precárias condições dos estabelecimentos prisionais e o evidente distanciamento entre a realidade prisional brasileiro e o ideal normativo que assegura a proteção plena à integridade física dos detentos. Partindo-se dessa linha de pensamento é que, por vezes, o Estado, ainda que condenado, consegue, por exemplo, ao menos uma redução no *quantum* indenizatório fixado, senão vejamos

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LESÃO FÍSICA A DETENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 54 DO STJ. REEXAME NECESSÁRIO. PROVIMENTO PARCIAL. PREJUDICADO O APELO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Conforme entendimento que vem se firmando no STJ e STF, **a responsabilidade civil do Estado pela integridade física do preso sob sua custódia é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF.**

2. Patente o nexo de causalidade apto a fundamentar responsabilidade civil objetiva do Estado em decorrência da gravidade da lesão permanente ao detento no interior do presídio em que cumpria a sua pena.

3. Descumprimento do comando constitucional que assegura aos presos a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), impondo ao Estado o dever de vigilância constante e eficiente dos seus detentos.

4. Os danos morais encontram-se evidenciados diante da dor sofrida pelo autor em consequência da perda do membro inferior, **mas importante a observância da impossibilidade de se manter a vigilância permanente em todas as celas de todas as cadeias e estabelecimentos prisionais**, além de que o fato morte fora provocado por terceiro

5. Redução do quantum **indenizatório fixado a título de danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).**

6. Incidência dos juros moratórios desde o evento danoso, conforme Súmula nº 54 do STJ 7. Provimento parcial ao reexame necessário prejudicando o apelo, decisão unânime. (TJ/PE. 2ª Câmara Cível de Direito Público. REEX 1294763120098170001. Rel. Des. Ricardo d Oliveira Paes Barreto).

Vê-se, pois, que estão envolvidas uma série de nuances e elementos que irão depender, além de outros aspectos, da atenção e sensibilidade por parte do julgador para que se possa determinar, no caso concreto, o grau de responsabilidade do Estado diante da ocorrência do dano, até que ponto sua omissão foi decisiva para sua ocorrência e se, de fato, tinha acesso aos meios para impedir o resultado, mas não o fez.

Por mais que possam surgir questionamentos sustentando as dificuldades que o Estado eventualmente teria em comprovar, na maioria das situações, que ele não teve qualquer participação ou não teria como evitar o evento lesivo, é de se reconhecer, por outro lado, que, em se tratando do tema da responsabilidade civil do Estado perante os danos suportados pelos presos, parece-nos que o entendimento sustentado e fundamentado gradativamente ao longo do presente trabalho, em consonância com posição mais recente do STF sobre a matéria, é o mais acertado.

Sustentar que o Estado deve responder objetivamente pelos danos causados aos seus detentos custodiados, inclusive quando resultantes de situações omissivas, como é o caso dos danos à integridade dos presos quando perpetradas pelos próprios companheiros de cárcere, ficando a seu cargo a comprovação de situação excludente de responsabilidade, é uma solução que busca, sobretudo, evidenciar e chamar atenção para o dever específico do ente estatal de assegurar à incolumidade física e moral daqueles que estão sob sua custódia, dever esse que está expressamente cristalizado no texto constitucional, realçando-se, assim, a posição jurídica do detento como um cidadão sujeito ativo de direito.

Adotar solução contrária e pensar, por exemplo, na adoção de uma linha subjetivista na qual o detento teria o ônus de comprovar a culpa do agente público diante de sua omissão, significaria a imposição de um ônus excessivo e injusto a um indivíduo que já se encontra em uma posição de extrema fragilidade e está inserido em um ambiente que vem se mostrando altamente perigoso e arriscado muito por responsabilidade direta e evidente do próprio Poder Público, eis que é imprescindível a sustentação de posicionamentos e soluções que incentivem o Estado a cuidar melhor daqueles que estão sob sua custódia e que estimulem transformação da realidade prisional brasileira tal como ela se apresenta atualmente.

5 CONCLUSÃO

Inserido no estudo do Direito Administrativo, reside em sua teoria geral, a análise da chamada responsabilidade civil do Estado, sendo tema/assunto obrigatório em qualquer doutrina que se dedique ao estudo desse ramo do direito.

No Brasil, tal matéria está prevista constitucionalmente no art. 37, § 6º da CRFB/88, o qual preceitua 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, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Nesse sentido, o tema da responsabilidade civil do Estado, por si só, já merece ser estudado e destacado, pois, como se vê, o texto constitucional não se aprofundou na questão, trazendo alguns elementos gerais desse fenômeno jurídico, eis que, nesse sentido, um estudo científico, tal como o presente trabalho monográfico, é de grande valia para a melhor compreensão dessa temática, ao detalhar algumas de suas principais peculiaridades e controvérsias, adentrando-se em alguns pontos ainda obscuros à própria comunidade jurídica.

Assim, atentando-se para o fato de que o regime jurídico de responsabilidade civil do Estado, em virtude da própria singularidade da posição e da natureza jurídica do ente estatal, é regido por noções e conceitos próprios, o presente trabalho preocupou-se inicialmente em destacar os elementos definidores de tal responsabilidade e, com o auxílio da doutrina e jurisprudência, trouxe a análise e conceituação de elementos, aspectos e questões fundamentais, tais como: a evolução histórica das teorias de responsabilização civil do Estado; os sujeitos cuja conduta elidem o dever estatal de indenizar; a conduta lesiva estatal ensejadora da responsabilização; a ideia de dano indenizável; nexos de causalidade; as teorias que norteiam a responsabilidade civil estatal e etc.

Por outro lado, em que pese a já destacada relevância temática do assunto em questão, o presente estudo foi além e buscou tratar acerca dessa responsabilidade estatal no que diz respeito aos indivíduos submetidos ao sistema penitenciário e que se encontram sob a guarda e proteção do Estado.

Nesse sentido, realçando-se a perspectiva do preso como um cidadão titular de direitos e obrigações, foram colocadas em foco, fundamentalmente, questões relativas à necessária preservação dos direitos e garantias fundamentais do preso enquanto submetido ao sistema carcerário, oportunidade em que buscou-se reafirmar o dever do Estado de ser responsabilizado pelos danos sofridos pelos detentos, tendo em vista seu dever específico, legal

e constitucional, de assegurar, sobretudo, a incolumidade física e moral de tais indivíduos que, enquanto submetidos ao cárcere, estão sob a guarda e os cuidados do Poder Público.

Nessa perspectiva, procurou-se destacar, em nosso ordenamento jurídico, a existência de um amplo aparato normativo no sentido de garantir que a pena seja executada da forma mais humana e digna possível, de modo a proporcionar um tratamento minimamente adequado e respeitosos ao detento, assegurando-lhe, sobretudo, a proteção à sua incolumidade física e moral, visto que, além do direito fundamental previsto no art. 5º, XLIX, existe também uma sólida legislação infraconstitucional nesse sentido.

Por outro lado, contrastando-se com tal ideal normativo, tem-se, a constatação de uma realidade de um sistema prisional brasileiro que representa uma das mais evidentes expressões de afronta e desrespeito a direitos e garantias fundamentais dos indivíduos sob custódia do Estado, tendo vista o constante descumprimento dos deveres e atribuições que são impostas à Administração Pública nesse sentido.

Ante tal cenário, a consequência lógica é a responsabilidade que deve ser atribuída ao Poder Público de reparar civilmente os danos suportados pelo preso custodiado, fundamentalmente diante de lesões claras e diretas à sua integridade física e moral.

Nesse sentido, como base no entendimento mais recente do STF sobre a matéria, demonstrou-se que essa responsabilidade se configura como uma responsabilidade objetiva, tendo em vista a responsabilidade do Estado na guarda e proteção dos presos sob custódia, o que inclui, conseqüentemente, sua obrigação de zelar pela integridade física e moral destes, sendo que tal obrigação que constitui dever específico do ente estatal, eis que se trata de direito fundamental explícito no texto constitucional.

Tal responsabilidade mantém-se mesmo nas situações nas quais os danos são decorrentes de um comportamento omissivo estatal, como é o caso daqueles resultantes da ação lesiva dos próprios companheiros de cárcere, caso em que estaríamos diante uma omissão específica o Estado, apta a deflagrar a responsabilização objetiva do ente público, caso em que a própria Administração Pública teria o ônus de comprovar situação excludente de responsabilidade no sentido de demonstrar que sua atuação, no caso, era incapaz de evitar o evento lesivo.

O fato de que o dano não tenha sido cometido por ação direta do agente, portanto, não retira do Poder Pública sua responsabilidade na proteção do detento, eis que o Estado não deve simplesmente se abster de praticar condutas comissivas que violem diretamente a integridade dos condenados, como também deve atuar na manutenção de um ambiente

carcerário digno e seguro, repelindo, pois, qualquer ação que possa colocar em risco a incolumidade física e moral dos presos, ainda que tal ação seja perpetrada por outro detento, o qual, frise-se, igualmente encontra-se sob custódia do Estado.

Vê-se, pois, que a análise da responsabilização do estatal pelos danos sofridos pelos detentos e de todos os aspectos jurídicos e sociais que a envolvem, portanto, expõe um cenário de violações e inaplicabilidade dos direitos humanos e fundamentais dentro dos presídios e de como o Estado mostra-se falho e omissor na sua tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais de forma a preservar a integridade física e moral dos presos.

A teoria da responsabilização civil do estado, em tais casos, portanto, figura-se, como um importante instrumento que pode auxiliar a entender e contornar alguns dos principais problemas dentro do sistema carcerário brasileiro, principalmente no sentido de provocar reflexões acerca da necessidade de respeito por parte do Estado a tais direitos, que, por lei, engajou-se e assumiu o dever de proteger.

É fundamental que os problemas que versam sobre a situação precária dos presos no Brasil sejam debatidas e discutidas com ainda mais intensidade, problemas esses que são trazidos à tona, ainda que reflexamente, à medida que tratamos acerca da responsabilidade civil estatal no que diz respeito aos danos sofridos pelos presos submetidos ao sistema carcerário, uma vez que enfatiza-se o dever do Estado de guarda e proteção dos presos sob custódia, o que inclui, conseqüentemente, a sua obrigação de zelar pela integridade física e moral destes nas mais diversas e específicas situações, inclusive, contra ato de terceiros como, por exemplo, os seus próprios companheiros de cela, conforme demonstrado.

À medida que surgem novas ações buscando a responsabilização civil estatal pelas violações sofridas pelos detentos dentro dos presídios, todas as problemas e questões acima mencionadas novamente entram em pauta e ganham espaço dentro judiciário e dos noticiários por todo o país.

Nesse sentido é importante que o Poder Público utilize-se disso como uma oportunidade de atentar e refletir sobre a eficácia dos direitos assegurados aos detentos (amplamente positivados), bem como sobre a evidente fragilidade dessa relação jurídica penal-penitenciária existente entre o sentenciado sujeito à pena privativa de liberdade e a Administração penitenciária, de modo a colocar em prática ações que visem, efetivamente, assegurar a preservação e a garantia da integridade física e moral dos presos, com a construção de um espaço carcerário com condições dignas e adequadas à segurança e à sobrevivência dos encarcerados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. São Paulo: Método, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

BATISTA; Nilo; et. al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. V. I.

BENCKE, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil do Estado pela integridade física e moral do preso**. Disponível em:

<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/2eaf7/2eb56/2ed45?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLANCO, Just Vinicius; Cardoso, Tatiana de Almeida F. R.; SCHROEDER, Betina Barbacovi. **Sistema prisional e direitos humanos: a (in) suficiente responsabilização internacional do Estado brasileiro**. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Tatiana-Betina-Vin%C3%ADcius.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 de setembro 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 14 de setembro 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 13 Setembro 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2017

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 de dezembro de 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2017.

_____. Lei 7.210, de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

_____. **Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário: CPI do sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados/Edições Câmara, 2009. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf. Acesso em 25 setembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 591874. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. ARE 754.778 AgR. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 841526/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=841526&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 15 de dezembro de 2016. Acesso em: 23 de janeiro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp 847.687/GO. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 25 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça 2ª Turma. REsp 721.439. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 31 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 5ª Turma. Acórdão n.579764, 20040111231275APO. Relator: Des. Joao Egmont, Revisor: Des. Luciano Moreira Vasconcellos. Brasília, DF, 23 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

DEMARCHI, Lizandra Pereira. Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social. **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 25 setembro de 2016.

DIAS, André Bernardes. **Responsabilidade civil da administração pública na garantia da integridade física e moral de detentos**. 2013. 136f. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FILHO CAVALIERI. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e omissão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 241. Rio de Janeiro, 2005.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOBRE, Eduardo Antônio Dantas. Responsabilidade civil da administração pela guarda de pessoas e coisas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2430, 25 fev. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14409>>. Acesso em: 21 de janeiro 2017.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 2ª Câmara Cível de Direito Público. REEX 1294763120098170001. Rel. Des. Ricardo d Oliveira Paes Barreto. Pernambuco, PE, 8 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível 0153219-84.2007.8.19.0001. Relator: Des. Rel. Reinaldo Pinto Alberto Filho. Rio de Janeiro, RJ, 6 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível 633848. Relator: Des. Newton Tristto. Santa Catarina, SC, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível 1700778. Relator: Des. Cid Goulart. Santa Catarina, SC, 31 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

SIMÃO, Frederico Simão Fernandes. **A responsabilidade civil do Estado pelo suicídio de presos dentro do presídio**. 2014. 67f. Departamento de Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.