



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISABELLE MORGANA FREITAS DA SILVA MOTA

**A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO E O ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL: A POSSIBILIDADE DE
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS
ILÍCITOS DOS CUSTODIADOS**

Salvador

2018

ISABELLE MORGANA FREITAS DA SILVA MOTA

**A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO E O ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL: A POSSIBILIDADE DE
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS
ILÍCITOS DOS CUSTODIADOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor Doutor Geovane Mori Peixoto

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ISABELLE MORGANA FREITAS DA SILVA MOTA

**A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO E O ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL: A POSSIBILIDADE DE
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS
ILÍCITOS DOS CUSTODIADOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ___/___/2019

Aos meus pais, à minha irmã e à minha
sobrinha. Por todo o amor e com todo o
amor.

AGRADECIMENTOS

Por trás de todo triunfo individual, sempre existem aqueles que tanto nos amam e nos apoiam. O amor, afinal, sempre torna todas as trilhas floridas. À vista disso, por tudo, eu agradeço.

Agradeço primeiramente a Deus, pela fé que me nutre e que torna toda e qualquer caminhada possível.

Ao meu pai, Vado, personificação de honestidade e responsabilidade, por todos os esforços desmedidos para mim e por tornar este sonho possível. À minha mãe, Zete, fonte inesgotável de dedicação e cuidado, por todo o incentivo e por tanto acreditar em mim. À minha irmã, Tássia, por ser uma influência positiva em minha vida, por me guiar aos melhores caminhos, e, além disso, ser a certeza que nunca estarei sozinha neste mundo. À minha sobrinha, Tati, por ser a luz que me traz paz e a calma apta a suavizar qualquer turbulência. A eles todo o meu amor!

A Geovane Peixoto, meu estimado orientador, por ter sido peça essencial na construção deste estudo e por ter acompanhado de modo tão atencioso, paciente e gentil todos os meus passos, transmitindo seu enorme conhecimento sem, contudo, deixar de me conferir liberdade para desenvolver e concluir de acordo com meus posicionamentos.

A Fausto Kupsch, a quem tenho grande admiração, o qual semeou o fruto inicial deste trabalho, despertando em mim o interesse por este estudo, bem como pelas suas contribuições para a concretização deste ensaio.

Aos meus queridos amigos (não poderia citar todos), pela amizade e companheirismo – eis as razões de meu riso fácil. Em especial às amigas de sempre, e para todo o sempre, Dessa, Jacque e Joysse, que sempre se mantiveram presentes, apesar da distância, e àquelas que a Faculdade Baiana de Direito me presenteou: Bia, Bruna, Isa, Lari, Paula e Rafa, que poetizaram meu dia-a-dia e tornaram esta caminhada muito mais leve, cujo apoio e companheirismo foram fundamentais para a concretização desse trabalho.

Aos escritórios Joau Bastos Batista e Lopes Cardoso por me proporcionarem tamanha e valiosa bagagem de aprendizado com cada um deles, os quais guardam para além de grandes profissionais, grandes seres humanos, que contribuíram, sobremaneira, para delinear a minha formação.

“Nada lhe posso dar que não exista em você mesmo. Não posso abrir-lhe outro mundo de imagens, além daquele que há em sua própria alma. Nada lhe posso dar a não ser a oportunidade, o impulso e a chave. Eu o ajudarei a tornar visível o seu próprio mundo, e isso é tudo”.

Hermann Hesse

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central a problemática que gira em torno da responsabilidade civil do Estado concernente aos danos advindos de atos praticados pelos seus custodiados e o seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, sob os aspectos doutrinários e jurisprudenciais. A pesquisa tem por escopo, portanto, sugerir a possibilidade de incidência da responsabilidade por omissão do Estado nos casos de descumprimento do dever de custódia e vigilância. Assim, para viabilizar a aludida discussão, inicialmente, analisar-se-á a crise do sistema carcerário, em face da omissão sistemática do Poder Público, tudo isto à luz do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, através da ADPF nº 347. Logo mais, examinar-se-á amiúde o julgamento da aludida ADPF nº 347, onde o STF declara o Estado de Coisas Inconstitucional e reconhece a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos, notadamente da população carcerária. A partir disso, demonstrados os pressupostos, nota-se um cenário propício, portanto, para provocar a discussão acerca da possibilidade de responsabilizar o Estado pelos danos causados por seus custodiados, nos casos de evasão de detento do presídio, inobservância da regressão de regime nas hipóteses previstas em lei ou concessão de benefícios prisionais.

Palavras-chave: falência do sistema carcerário; omissão do Poder Público; Estado de Coisas Inconstitucional; ADPF nº 347; responsabilidade civil do Estado.

ABSTRACT

The main objective of this paper is the problem of civil liability of the State concerning damages caused by acts committed by its custodians and its treatment in the Brazilian legal system, under doctrinal and jurisprudential aspects. The research is therefore intended to suggest the possibility of incidence of liability for omission of the State in cases of noncompliance with the duty of custody and vigilance. Thus, in order to facilitate the aforementioned discussion, the crisis of the prison system will initially be analyzed, due to the systematic omission of the Public Power, all of this in light of the recognition of the State of Things Unconstitutional by the Supreme Federal Court (STF) ADPF No. 347. Furthermore, the judgment of the aforementioned ADPF No. 347, where the STF declares the State of Things Unconstitutional, will often be considered, and acknowledges the authorities' prolonged failure to comply with their obligations to guarantee and promote the rights, notably of the prison population. Based on this, once the assumptions have been demonstrated, a favorable scenario can therefore be found to provoke discussion about the possibility of holding the State liable for damages caused by its custodians, in cases of prisoner evasion, non-compliance with regime regression hypotheses provided by law or granting of prison benefits.

Keywords: bankruptcy of the prison system; omission of the Public Power; State of Things Unconstitutional; ADPF No. 347; civil liability of the State.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	Artigo
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	15
2.1 AS PRINCIPAIS CAUSAS.....	18
2.1.1 Influência da mídia.....	18
2.1.2 Ineficácia da aplicação das penas alternativas à pena privativa de liberdade.....	20
2.2 ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS.....	23
2.2.1 Violação generalizada aos direitos fundamentais dos presos.....	24
2.2.2 Superlotação.....	25
2.2.3 Falta de condições mínimas de ressocialização.....	26
2.2.4 Reincidência.....	27
2.2.5 Fuga de presos e rebeliões.....	29
2.3 REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL.....	29
3 OS IMPACTOS DA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO PARA O.....	31
DIREITO E A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO STF NA ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 347/DF	
3.1 PANORAMA GERAL ACERCA DA ADPF Nº 347/DF.....	36
3.2 A PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À.....	38
PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	
3.3 PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS.....	41
INCONSTITUCIONAL	
3.3.1 Violação massiva dos direitos fundamentais dos presos sob a custódia do.....	41
Estado	
3.3.2 Omissão prolongada do Estado para garantia e promoção de direitos.....	42
Fundamentais	
3.3.3 Adoção de medidas com vistas à superar essas violações.....	43
3.4 O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	45
3.5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PROJETO DE LEI Nº 736.....	48
DE 2015	
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASOS DE CUSTÓDIA.....	49

4.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	50
4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	51
4.3 FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: TEORIA DO.....	57
RISCO ADMINISTRATIVO	
4.4 ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO..	60
ESTADO	
4.4.1 Conduta praticada por um agente político, nesta qualidade.....	60
4.4.2 Dano material ou moral suportado por terceiro.....	62
4.4.3 Nexo causal e a miríade das teorias da causalidade.....	64
4.5 ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS DO ESTADO.....	68
4.5.1 Polêmica doutrinária em relação aos danos provocados por omissão estatal: ...	70
responsabilidade subjetiva versus responsabilidade objetiva	
4.5.2 Considerações finais acerca da natureza objetiva da responsabilidade estatal... por conduta omissiva	73
4.6 A FALHA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E A POSSIBILIDADE DE.....	75
RESPONSABILIDADE ESTATAL EM RELAÇÃO AOS ATOS ILÍCITOS	
DOS CUSTODIADOS: UMA ANÁLISE À LUZ DE ESTUDOS DE CASOS	
4.7 O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO CAUSADO POR PRESO.....	83
FORAGIDO E A OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
4.7.1 Discussão acerca da responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de... Pessoas perigosas que o Estado tem a guarda e o rompimento do nexos de causalidade	83
4.7.2 A necessidade de imediação temporal.....	86
4.8 A NECESSIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL E A.....	89
APLICAÇÃO DA SUBTEORIA DA NECESSARIEDADE	
5 CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS.....	96

1 INTRODUÇÃO

Qualquer tema que gira em torno da responsabilidade civil do Estado é instigante, por si só, haja vista toda a dificuldade de ordem prática que a mesma se encontra revestida, sobretudo quando trabalhado em conjunto com a falência do sistema carcerário.

Nesta senda, a falência do sistema carcerário trata-se de tema palpante, tendo em vista que as deficiências prisionais acarretam em uma série de consequências no direito. Assim, é imperioso atentar-se ao fato que, os presídios brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, provocam o aumento da criminalidade, tendo em vista que transformam pequenos delinquentes em verdadeiros criminosos, quando estes são inseridos no modelo degradante do sistema carcerário brasileiro. Assim, surge a necessidade da adoção de medidas complexas e estruturantes por parte de vários órgãos do poder público, a fim de reduzir drasticamente as omissões do Estado no que se refere às deficiências prisionais.

Em recente julgamento, eis que surge a noção do Estado de Coisas Inconstitucional, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, através da ADPF nº 347/DF, em face da falência do sistema penitenciário brasileiro, a qual reconhece expressamente a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, perante os graves, generalizados e sistemáticos abusos de direitos fundamentais aos detentos.

Pois bem.

A prolongada omissão do poder público na execução de suas obrigações para ascensão dos direitos, pode provocar a transgressão massiva dos direitos dos apenados à dignidade humana e a um extenso conjunto de direitos fundamentais. Além disso, o Estado de Coisas Inconstitucional, por si só, desvela a falência do sistema prisional no cumprimento de seus objetivos legais, inclusive em relação à vigilância adequada dos presos.

Diante do quanto exposto, não há como negar a relevância social do tema em destaque, propondo-se este ensaio a implementar a responsabilidade civil do Estado pelos atos ilícitos praticados pelos seus custodiados, quando restar configurada a omissão do Poder Público quanto ao exercício do seu dever de custódia, seja pela fuga de presos das penitenciárias, seja pela inobservância da regressão de regime na forma da lei e concessão de benefícios prisionais.

Para viabilizar tal discussão, utilizar-se-á do método cartesiano idealizado por René Descartes, através do qual inicia-se com a análise de pontos gerais até se chegar ao recorte específico do estudo.

O recurso metodológico que utilizar-se-á nesta pesquisa gira em torno da espécie exploratória, que tem o propósito de definir o problema e, após analisá-lo criticamente. Por este método, torna-se possível esclarecer mais o tema pesquisado e ao final trazer a lume novas hipóteses, com o objetivo de um aperfeiçoamento futuro, sem necessariamente, determinar uma resposta peremptória às hipóteses iniciais.

Destarte, através de um planejamento mais flexível, é possível tecer considerações acerca das mais variadas questões relacionadas à temática do estudo.

O presente ensaio está de acordo às demais pesquisas exploratórias, as quais desenvolvem-se a partir, precipuamente, de levantamento bibliográfico acerca do problema, para, posteriormente, construir reflexões críticas. Dessa forma, o método que utilizar-se-á neste estudo busca extrair informações necessárias ao alcance das finalidades.

Assim, no segundo capítulo, buscar-se-á consolidar as premissas fundamentais acerca da crise do sistema carcerário, esmiuçando as suas causas e as principais consequências que repercutem no direito. Analisar-se-á a crise do sistema carcerário e a violação generalizada de direitos fundamentais dos apenados, no que tange às condições precárias de sobrevivência, superlotação dos cárceres e a falta de condições mínimas de ressocialização, com o escopo de verificar como ocorrem as fugas e rebeliões em decorrência da falta de segurança, além de examinar a reintegração social dos egressos do sistema prisional, no sentido de reinserir o sujeito ao mercado de trabalho e à sociedade como um todo.

Mais adiante, no terceiro capítulo, far-se-á alvo o exame do julgado do STF que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, através da ADPF nº 347, e os seus impactos na falência do sistema penitenciário para o direito, de modo a identificar as premissas do julgamento do Supremo acerca do tema, a fim de reconhecer as omissões específicas do Estado no que se refere diretamente à crise do sistema penitenciário.

Em seguida, no quarto capítulo passa-se à análise dos requisitos necessários para configuração da responsabilidade, delineando sua evolução no ordenamento jurídico, além de dar um enfoque aos aspectos gerais da responsabilidade civil, por meio da exposição de conceitos, fundamentos e pressupostos essenciais. Por fim, far-se-á uma breve exposição acerca da discussão doutrinária concernente à natureza da responsabilidade por omissão do Estado.

Pressupostos consolidados, ainda no quarto capítulo, avaliar-se-á a possibilidade de incidência da responsabilidade civil do Estado em casos de custódia, avaliando o tratamento da responsabilização estatal em relação as coisas ou pessoas perigosas sob a sua custódia e o problema da interrupção do nexo de causalidade.

Eis que será proposta a releitura da Teoria da Causalidade Direta e Imediata, utilizando-se a subteoria da necessariedade, criada pela doutrina moderna, suscitando a necessidade de flexibilização da imediação temporal, a fim de afastar injustiças perpetradas pelo STF pela aplicação restrita da Teoria da Causalidade Direta e Imediata.

Por fim, far-se-á breves comentários a respeito da investigação doutrinária e jurisprudencial realizada, ponderando algumas diretivas a serem tomadas com o intuito de se chegar a uma solução mais coerente e justa em relação à deflagração da responsabilidade por omissão do Estado pelos atos ilícitos dos custodiados.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como intuito desenvolver o estudo sobre o tema lançado, trazendo a lume um novo posicionamento acerca dessa problemática.

2 A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO

A falência do sistema carcerário é um tema palpitante, tendo em vista que as deficiências prisionais acarretam em uma série de consequências no direito. Significa dizer que, em virtude da decadência do sistema carcerário, aumentam-se as chances do sujeito voltar a delinquir, tendo em vista que a crise da prisão abarca também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, haja vista que a maioria das críticas que se faz à prisão estão aludidas à impossibilidade de alcançar efeitos positivos sobre o apenado.

Ora, é imperioso se atentar ao fato que, em que pese haja a presunção de que durante a reclusão os apenados são submetidos a um tratamento reabilitador, o que se observa, na realidade, é que o sistema carcerário não consegue reabilitar o criminoso, mas, ao revés, constitui-se em uma realidade opressiva, causada, sobretudo, por omissões do poder público, pois que não concretiza o dever legal de prestação do serviço público eficiente, tampouco a prestação de direitos e garantias fundamentais aos custodiados.

Segundo César Roberto Bittencourt (1991, p. 241), durante muito tempo prevaleceu um clima otimista, preponderando a abalizada convicção de que a prisão poderia ser um meio adequado para realizar todos os fins da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Entretanto, esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, haja vista que já não restam muitas expectativas sobre os efeitos que se possa conseguir com a pena privativa de liberdade nos moldes atuais do sistema carcerário.

Ademais, essa crise abarca a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas que se destinam à prisão, referem-se à impossibilidade de alcançar algum resultado positivo sobre o recluso. (BITTENCOURT, 1991, p. 241).

Assim, dentre as causas que originam ou evidenciam tal crise, estão as deficiências prisionais, que podem ser analisadas por várias óticas distintas, como pelas perturbações psicológicas que produz, pelo problema sexual, pela subcultura carcerária, pelos resultados negativos sobre o recluso, dentre outras causas. (BITTENCOURT, 1991, p. 243).

Nesse esteio, visualiza-se as deficiências prisionais, basicamente, através dos maus tratos verbais (como insultos e grosserias) ou de fato, seja mediante castigos sádicos e crueldades injustificadas (como a superlotação carcerária; falta de higiene; condições deficientes de trabalho; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva; regime alimentar precário; alto

índice de consumo de drogas; reiterados abusos sexuais, dentre outras) (BITTENCOURT, 1991, p. 242).

À vista disso, a pena compele o sujeito apenado, além da tortura física, a uma tortura moral, haja vista que todos os fatores em conjunto, como o isolamento, a perda da sociabilidade e da afetividade, ocasionam em uma perda também da própria identidade do indivíduo (QUEIROZ, 2015, 431).

Verifica-se, destarte, que um dos dados frequentemente aludidos que corroboram o fracasso da prisão, são os elevados índices de reincidência (conforme será demonstrado no tópico 2.2.4), apesar de haver a presunção de que durante o cumprimento da pena, os reclusos são submetidos a um tratamento reabilitador (BITTENCOURT, 1991, p. 246).

Dessa forma, é inegável que a delinquência não se torna mais branda, tendo em vista que o sistema penitenciário atual não está apto para reabilitar o delinquente, de modo a inseri-lo novamente à sociedade, mas, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressora, que serve para reforçar os valores negativos do condenado. (BITTENCOURT, 1991, p. 246).

Neste ponto, pode-se ainda dizer que, junto às condições degradantes de encarceramento no qual o sujeito é inserido, a segregação do sujeito do seu meio social acarreta uma desadaptação tão intensa que torna difícil alcançar a reinserção social do delinquente. Assim, a segregação sofrida, bem como a vivência no ambiente degradante do cárcere, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal do sujeito (BITTENCOURT, 1991, p. 249).

Noutro giro, um dos principais fatores que dificultam o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade é a superlotação dos presídios (consoante será abordado no tópico 2.2.2). Assim, diante dessa situação, a incumbência de ressocializar os reclusos resta praticamente impossibilitada de ser implementada. Salvo algumas exceções, verifica-se que houve algum tipo de trabalho ressocializador, mas na maioria esmagadora das prisões brasileiras não há tarefas nesse sentido, e onde o há, é bastante limitada em razão da superlotação, tendo em vista que as vagas para trabalhos ressocializadores são bem restritas (AZEVEDO, 2013, p. 34).

Ocorre, contudo, que no Brasil, a inaptidão estatal demonstra-se claramente com o descaso do poder público com o sistema carcerário, gerando conseqüentemente a violação aos direitos dos seus custodiados. Importa pontuar que a violência a que é submetido o detento passa despercebida pela maior parte da população e, quando observada, é muitas vezes festejada pela sociedade, sendo executada por alguns agentes públicos não familiarizados com o fato de

que a dignidade humana é inerente a todo e qualquer ser humano, conforme preceitua a Declaração Universal de Direitos Humanos citada adiante (NEGREIOS, 2018, p. 01).

Nesse prisma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, afirma em seu art. 16 que: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Seguindo nessa mesma linha de pensamento, a Declaração Universal de Direitos Humanos prevê, logo em seu preâmbulo, o respeito aos direitos do homem, depositando fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres. Sob esta perspectiva, engloba, portanto, o direito à vida e à integridade física do ser humano (NEGREIOS, 2018, p. 01).

Assim, é de clara notoriedade a ineficiência e desestruturação do sistema prisional brasileiro, evidenciando o quanto o Brasil continua a descumprir, cotidianamente, a Constituição Federal de 1988, violando normas e tratados internacionais relativos aos direitos inerentes ao ser humano (NEGREIOS, 2018, p. 01-02).

Tal entendimento coaduna-se com a lição de Marcelo Negreiros (2018, p. 01-02) quando o mesmo afirma que: “[...] se o respeito aos direitos humanos é um corolário ineludível de uma Constituição Democrática de Direito, pode-se afirmar que, aqui no Brasil, essa democracia ainda caminha com ajuda de muletas, por tortuosos e alcantilados logradouros.”

Vislumbra-se, a partir de então que a situação das unidades carcerárias brasileiras é caótica, com celas superlotadas, onde não há o mínimo de condições para os presos terem uma vida digna. Ao que parece, por tratar-se pessoas que estão pagando suas dívidas com a sociedade, não há a menor preocupação por parte do Estado em proporcionar um mínimo de dignidade a quem está nesta situação, e, por essa razão, não há uma atenção por parte do Poder Público a fim de garantir os direitos desses sujeitos (CASTRO, 2018, p. 01).

2.1 PRINCIPAIS CAUSAS

2.1.1 Influência da mídia

Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração a influência negativa da mídia como umas das principais causas da crise do sistema prisional, tendo em vista que a mesma tenta constantemente convencer a sociedade que a solução para a problemática do país se encontra nos ditames do direito penal. Assim, o famigerado princípio da intervenção mínima do Estado

perde cada vez mais a credibilidade, ante os persuasivos argumentos da mídia (AZEVEDO, 2018, p. 25).

A constante guerra contra o crime no Brasil só tem agravado ainda mais a situação dos presídios, visto que se tem aumentado progressivamente a população carcerária, na busca incessante de pôr fim à criminalidade. Esse aumento deu-se em virtude do descaso do governo e de uma imprensa omissa quanto ao problema social provocado pela superpopulação carcerária (AZEVEDO, 2018, p. 26).

É cediço que maior parte da mídia ainda manipula a opinião pública e de maneira maléfica confunde toda a sociedade com ideias completamente equivocadas no que concerne ao direito penal e à prisão. Dessa forma, transmite a ideia de que a prisão é o meio mais eficaz de combate à criminalidade, como se bastasse isolar o delinquente da sociedade para combater todos os males existentes (AZEVEDO, 2018, p. 26).

Nota-se que os meios de comunicação em massa, especialmente a televisão, criam uma realidade capaz de manipular a conscientização das pessoas conforme as políticas adotadas, mediante valores previamente selecionados e tendenciosos. Assim, há uma complexa rede de interesses que moldam e estimulam o que deve ser veiculado maciçamente nos meios de comunicação (GUIMARÃES, 2007, p. 268-269).

Destaca-se, ainda, que a mídia, de forma irresponsável e inconsequente, estigmatiza o condenado ao patamar de inimigo social, de modo que, propaga a imagem do criminoso como um elemento a ser perseguido. Assim, em função dessa ideia transmitida pelos meios de comunicação, a consciência popular só acredita no direito quando vê o criminoso sendo neutralizado, desejando que este receba penas cruéis, degradantes e humilhantes, ignorando a dignidade humana no cumprimento da pena como direito básico do apenado e o caráter ressocializador da pena (PINESCHI; SOUZA, 2016, p. 62).

Assim, funda-se um estereótipo do delinquente, estabelecido a partir de uma seleção de pessoas que são escolhidas pelo sistema para desempenhar o papel de criminoso, onde os sujeitos economicamente desfavorecidos, certamente, são vistos com extrema suspeita por aqueles que estão sendo influenciados negativamente pela mídia. Nota-se, por derradeiro, que a pobreza já é notoriamente um problema da justiça criminal e, em virtude disso, os pobres são comumente tratados como criminosos (GUIMARÃES, 2007, p. 272).

Desse modo, para Michel Foucault (2013, p. 285) “o delinquente é um produto da instituição. Não admira, pois, que, numa proporção considerável, a biografia dos condenados passe por todos esses mecanismos e estabelecimentos dos quais fingimos crer que se destinavam evitar a prisão”.

Dessa forma, é inadmissível que o Estado, que se intitula como um Estado Democrático de Direito, descumpra os preceitos fundamentais da Carta Magna e as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos de tal forma. (PINESCHI; SOUZA, 2016, p. 62)

Neste sentido, segundo Gamil Föppel (1999, p. 185) a mídia insiste em instigar a população a acreditar que o remédio para todos os crimes é o aumento das penas, entretanto, esta imagem vendida pelos meios de comunicação se reflete de forma negativa para a sociedade.

Assim, percebe-se que a retórica utilizada pela mídia se repete com frequência e parte do pressuposto que a prisão é a melhor resposta para o criminoso. Nesta toada, o que parece, *a priori*, é que o objetivo da mídia é esquecer os presos e deixá-los abandonados à própria sorte, induzindo a sociedade a pensar desta forma. (AZEVEDO, 2018, p. 27-28)

Destarte, algumas medidas podem ser tomadas com vistas a reverter este quadro, dentre elas a participação popular, prevista, inclusive na Lei nº 12.313/2010. Dessa forma, segundo a legislação supracitada, a sociedade pode e deve participar das decisões que digam respeito à solução para o problema da crise penitenciária. O referido dispositivo inseriu na Lei nº 7.210/1984, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), o papel que deve ser exercido pela sociedade, tendo, inclusive, a previsão de criação de um Conselho da Comunidade, tudo conforme o disposto nos seus artigos 4^o, 80² e 81³.

Constata-se que a tentativa de considerar o direito penal como um meio de conter as mazelas sociais resta fadada ao insucesso, uma vez que acaba por desvirtuar o valor que deve ser atribuído à pena de prisão e ao seu objetivo ressocializador. (AZEVEDO, 2018, p. 28)

Portanto, a mídia tem um poder extremamente arbitrário, tendo em vista que criminaliza a exclusão social através do Direito Penal. Além disso, a veiculação de pessoas na mídia por pretensa prática de crime, que sequer já foi finalizada a fase investigativa, causa danos irreparáveis às mesmas (GUIMARÃES, 2017, p. 272).

¹ Art. 4º, LEP. O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

² Art. 80, LEP. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

³ Art. 81, LEP. Incumbe ao Conselho da Comunidade: I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; II - entrevistar presos; III - apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

2.1.2 Ineficácia da aplicação das penas alternativas à pena privativa de liberdade

Vislumbra-se como um outro fator contribuinte para a crise carcerária a ineficácia das penas alternativas à pena privativa de liberdade, tendo em vista que a maioria dos magistrados tem resistência em aplicar as penas restritivas de direitos, previstas no art. 43 do Código Penal⁴, e outros quando tentam aplicá-las faltam-lhe recursos para a aplicação (AZEVEDO, 2018, p. 29).

Trata-se de medida punitiva, de cunho educativo e socialmente útil, evitando a aplicação da pena de prisão. Assim, com a pena alternativa torna-se desnecessário afastar o sujeito do convívio social e familiar e, principalmente, evita-se expor o condenado aos malefícios do sistema prisional (BRASIL, 2009, p. 418).

A criação de penas alternativas remonta à década de 80, quando foram proclamadas no VI Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito, em 1980, e se caracterizam por restringir preferencialmente outros bens jurídicos diversos da privação da liberdade. Assim, buscou-se com elas evitar ou diminuir o sofrimento e as condições degradantes a que são submetidos os reclusos com a pena privativa de liberdade, além de tentar resolver o problema da superlotação carcerária (MINAHIM, 2008, p. 28).

A própria Constituição Federal em seu artigo (art.) 5º, inciso XLVI⁵, determina os diversos tipos de sanções além da privação ou restrição de liberdade, como: perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Ademais, o Código Penal no seu artigo 32 do inciso I ao III classifica três espécies de penas: “I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos e III - de multa”, além do art. 43 do mesmo dispositivo, que prevê todas as penas restritivas de direitos.

⁴ Art. 43, Código Penal. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

⁵ Art. 5º, XLVI, CF- 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;

Ocorre que, algumas dessas sanções não são aplicáveis por razões lógicas, por exemplo: como aplicar a perda de bens e/ou multa ao sujeito miserável? Contudo, as demais penas alternativas são plenamente aplicáveis.

Com o advento da Lei nº 9.714/98, foi ampliado o rol das penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do Código Penal. Com a nova redação do aludido art. 43, foram implementadas as penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores, sendo, ainda, admitida a prestação de serviços a entidades públicas, as quais são plenamente aplicáveis na substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos, desde que cumprido os seus requisitos (GRECO, 2016, p. 168).

As condições necessárias para que o juiz possa realizar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos estão elencadas no art. 44 do Código Penal⁶. São requisitos considerados cumulativos. Dentre eles, há a exigência de a pena privativa de liberdade ser inferior a quatro anos, ausência de violência ou grave ameaça à pessoa, exigência de o réu não ser reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis. Portanto, o juiz terá de avaliar todos os requisitos acima delineados e verificar se será possível a substituição. Cumprido todos os requisitos, o juiz procederá à substituição e evitará o desnecessário encarceramento do condenado (GRECO, 2015, p. 171).

Importa asseverar que, ao substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o juiz não só estará pensando no problema da superlotação, mas também estará impedindo o contato do sujeito com presos condenados pela prática de crimes mais graves, afastando-o do ambiente promíscuo e dessocializador do sistema penitenciário (GRECO, 2015, p. 171).

Consoante o entendimento de Rogério Greco (2015, p. 172), há de se ter em mente que a pena restritiva de direitos está longe de representar impunidade ou mesmo descaso em relação à proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Isto se justifica com a leitura da última parte do *caput* do art. 59⁷ do Código Penal, que dispõe que: “a pena deve ser necessária e

⁶ Art. 44, Código Penal. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, podendo uma pena restritiva de direito ser completamente suficiente para atingir esse fim.

Partindo dessa mesma linha de pensamento, Gamil Föppel (1999, p. 185-186) afirma que a resistência em aplicar as penas alternativas, na maioria das vezes, está ligada à ideia equivocada de que tais penas são utilizadas como uma forma de impunidade. Mas não o é, tendo em vista que possibilita melhorias sociais em diversos campos, a exemplo, no índice de reincidência e redução de custos, uma vez que o cárcere demanda muito mais verbas ao Poder Público do que as penas alternativas.

Um dos problemas à aplicação das penas alternativas está nas disposições da Lei nº 9.714, de 1988, que limita a substituição da pena privativa de liberdade quando está é de quatro anos. Assim, há um problema de ordem prática, tendo em vista que a substituição envolve tipos penais bastante restritos, de modo que o volume de substituição penal não é significativo. Além disso, em face do arcabouço normativo vigente, composto basicamente por normas programáticas, as penas alternativas dependem da adoção de medidas públicas para a sua implementação, o que dificulta, sobremaneira, a sua aplicação (BRASIL, 2009, p. 482-483).

Segundo Maria Auxiliadora Minahim (2008, p. 29), a importância de tais sanções se revela a partir de demonstrações reais do seu baixo custo, o que significa uma despesa mínima para os cofres públicos, além da demonstração de sua eficácia no sentido de evitar a reincidência do sujeito apenado. Ademais, a verdadeira reflexão que se extrai destas sanções é a de que, ao final, é a medida que impõe menor sofrimento ao apenado, sendo preferível do que a pena privativa a depender do caso.

Por conseguinte, o direito penal somente deve ser utilizado como *ultima ratio*, isto é, quando todas os meios de coerção não forem suficientes. É cediço que a edição exagerada de leis penais encarceradoras traz como consequência a superlotação das penitenciárias, com todos os seus impactos desastrosos (AZEVEDO, 2018, p. 30).

Conclui-se, portanto que, existem outros meios possíveis para aplicação da pena ao infrator, evitando a carcerização e a consequente superlotação das prisões, de modo a aplicar-se de maneira efetiva as penas alternativas existentes no ordenamento (AZEVEDO, 2018, p. 29).

2.2 ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS

Há de se ter em mente que a superlotação, a violação de direitos fundamentais e a reincidência são as principais consequências da crise carcerária, o que geram por decorrência lógica a falha na ressocialização do recluso. Tudo isto está intimamente ligado ao descaso e à omissão estatal, que contribuem decisivamente para a falência do sistema prisional brasileiro (AZEVEDO, 2018, p. 30).

Observa-se, portanto, que a pena privativa perdeu o sentido, tendo em vista que qualquer infração mínima ou insignificante é punida com reclusão ou detenção, quando, na verdade, dever-se-ia aplicá-la somente em situações extremas. Esse fator contribui para a superlotação carcerária e, como corolário, tem-se a inviabilização de qualquer projeto de reinserção social. Portanto, mudar esta realidade é medida que se impõe, colocando a privação da liberdade como última medida possível (FOPPEL, 1999, p. 189).

Assim, o primeiro passo é entender a importância das penas alternativas às penas privativas de liberdade e que se dê a devida atenção à estas, conforme demonstrado alhures. Partindo deste pressuposto, mister se faz afastar as ideias conservadoras e retrógradas da sociedade, marcadas, sobretudo, pela alienação fomentada pela mídia, pois não se pode adotar uma postura contraditória que intenciona à manutenção deste quadro (FOPPEL, 1999, p. 189).

2.2.1 Violação generalizada de direitos fundamentais dos presos

A Carta Magna preceitua que a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental, prevendo direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, incluindo os presos. Entretanto, o que se observa na realidade, é o tratamento de indivíduos como se fossem indigentes pelo sistema penal brasileiro, ao violar constantemente os direitos e garantias fundamentais com conteúdo de dignidade (PINESCHI; SOUZA, 2016, p. 63).

Ao analisar os números de reincidência criminal, resta em evidência que o apenado não é mesmo visto como cidadão, visto que a sociedade não o considera como sujeito de direitos, e o Estado, que curiosamente se intitula como Estado Democrático de Direito, o trata como um verdadeiro inimigo, isolando-o da sociedade e inserindo-o em lugares que violam sua dignidade, sem qualquer condição de ressocialização e reintegração na sociedade (PINESCHI; SOUZA, 2016, p. 63).

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 elenca um rol exaustivo de direitos e garantias fundamentais no artigo 5º. Chama-se atenção, principalmente, aos incisos XLVII e XLIX, os quais proíbem as penas cruéis e garantem ao cidadão-presos o respeito à integridade física e moral.

O direito à integridade física e moral dos presos encontra previsão legal expressa no já citado art. 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988, e também no art. 38 do Código Penal, o qual dispõe que “o preso conserva todos os direitos atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Ademais, estes dispositivos têm eficácia e aplicabilidade imediata, e estão fundados no princípio da dignidade humana, princípio basilar do direito brasileiro (BRANDÃO, 2012, p. 13).

De mais a mais, a Lei de Execução Penal, em seus incisos I a XV do artigo 41⁸, prevê os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado durante o cumprimento da pena. Além destes dispositivos, o art. 10 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, dispõe que "toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana".

Assim, vê-se que há disposições constitucionais, infraconstitucionais e internacionais, prevendo o cumprimento da pena de forma digna, respeitando os direitos fundamentais do recluso. Entretanto, o que se observa na realidade é a total violação a estes preceitos, sendo os condenados tratados de forma humilhante e degradante, configurando o que se convencionou chamar de Estado de Coisas Inconstitucional a partir do entendimento emanado do STF através do julgamento da ADPF nº 347. Tal julgado declarou o Estado de Coisas Inconstitucional face

⁸ 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.

às omissões do Estado em relação ao cárcere brasileiro, conforme será examinado adiante, no capítulo 3.

2.2.2 Superlotação

A superlotação carcerária é um grave problema e atinge a grande maioria dos estabelecimentos prisionais. Talvez, a superlotação seja a mãe de todos os outros problemas do sistema carcerário, pois celas superlotadas geram insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes e degradação da pessoa humana (BRASIL, 2009, p. 247).

Ante este cenário atual, existem alternativas para acabar – ou ao menos apaziguar - a superlotação, destacando-se a priorização pelas penas alternativas e a criação de novas vagas nos estabelecimentos penais (BRASIL, 2009, p. 248).

Assim, tendo em vista que as celas que são disponibilizadas aos presos têm pouquíssimos metros quadrados para abrigar várias pessoas, torna-se clarividente que o Brasil carece da construção de novos presídios a fim de amenizar a situação caótica da superlotação carcerária. Dessa forma, surge um dos maiores problemas, pois torna deprimente o cumprimento da pena do sujeito, contribuindo ainda mais para desenvolver o caráter violento do indivíduo (DROPA, 2018, p. 03).

Nesse contexto, Gizlene Neder (2009, p. 1) assevera que, reiteradamente, os noticiários retratam a superlotação das cadeias públicas e dos presídios. Destaca-se, que o anseio pelo aumento do número de vagas nos presídios, bem como a modernização do sistema de justiça criminal, atravessa a história brasileira há muito tempo, contudo, a adoção de medidas para reverter este quadro é deficiente.

Outra solução cogitada, além da construção de novos presídios, seria a contratação de mais defensores públicos, tendo em vista que quase a totalidade dos presos são pessoas que não têm condições de arcar com as despesas de um advogado. Neste ponto, faz-se mister a assistência judiciária aos apenados, de modo a efetivar, plenamente, seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Contudo, diante da insuficiência de defensores públicos, estes direitos de defesa restam prejudicados (AZEVEDO, 2018, p. 32).

Não resta dúvida que a carência de defensores públicos é mais uma consequência da omissão estatal, causando, por corolário, a superlotação das penitenciárias, tendo em vista que a maioria dos presos não exercem seu direito de defesa e são deixados à mercê da própria sorte nas prisões, violando claramente o devido processo legal (AZEVEDO, 2018, p. 33).

Em decorrência da insuficiência de assistência jurídica, a superlotação constitui o principal problema do sistema carcerário. Assim, “resolver o problema da superlotação significa dar passos largos no caminho da humanização desse sistema” (BRASIL, 2009, p. 248).

2.2.3 Falta de condições mínimas de ressocialização

A crise do sistema carcerário face à omissão sistemática do Estado, no que tange à prestação do serviço público e à promoção do respeito aos direitos e garantias fundamentais dos apenados, abrange a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, haja vista que a maioria dos apenados não conseguem reingressar na sociedade sem cometer novos crimes, voltando, assim, a delinquir.

Ademais, diante do sistema carcerário vigente e da inobservância da finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, é imprescindível que se adotem medidas sistemáticas com vistas a alcançar condições dignas de cumprimento de pena, conforme reconheceu o STF ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

Neste contexto, é muito difícil falar em ressocialização em um sistema onde não há espaço para a efetivação do que prescreve a Constituição Federal, tendo em vista a constante violação das garantias fundamentais dos presos e inobservância das disposições da Lei de Execuções Penais, que gera, por conseguinte, a impossibilidade de implementação de seus regulamentos (AZEVEDO, 2018, p. 33).

Saliente-se, ainda, que, a ideia de educar para a liberdade em condições de não liberdade, constitui-se em uma contradição em seus próprios termos, restando impraticável diante das atuais condições de vida nas prisões. Por esta razão, diz-se que o cárcere está muito distante de conseguir reeducar ou ressocializar, uma vez que, em verdade, as condições atuais evidenciam que o sistema prisional, ao revés, corrompe e embrutece o sujeito apenado (QUEIROZ, 2015, p. 432).

Assim, o caráter ressocializador da pena privativa tornou-se completamente impraticável pela insuficiência de mecanismos para efetivação das disposições da Lei de Execução Penal (AZEVEDO, 2018, p. 34).

Deste modo, faz-se urgente, modificações no sistema penitenciário, o qual precisa de maior preocupação da justiça e da sociedade como um todo, de modo que a recuperação do apenado seja propiciada por mecanismos aptos a oferecer-lhe condições de viver com dignidade, e com isto, concretizar a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade.

2.2.4 Reincidência

Com a superlotação carcerária, a tentativa de ressocializar os apenados tornou-se praticamente impossível de ser implementada, haja vista as condições degradantes as quais os indivíduos são submetidos. Ressalvada algumas situações, na maioria das prisões não há a implementação de tarefas nesse sentido, e onde há, é bastante limitada em razão da superlotação, isto é, as vagas de trabalhos ressocializadores são insuficientes face o número de presos (AZEVEDO, 2018, p. 34).

Dessa forma, constata-se que a função preventiva da pena resta fadada ao insucesso, haja vista que, na realidade, o sistema penal tem reforçado cada vez mais as desigualdades sociais e a estigmatização do apenado. Neste ponto, é necessário se ter em mente que, a exposição do sujeito a prisões superlotadas, as condições degradantes, a ausência de assistência à saúde e educação, além da falha na adoção de medidas ressocializadoras, leva o condenado à falta de perspectiva de sucesso e reinserção na sociedade, levando o mesmo a delinquir novamente (PINESCHI; SOUZA, 2016, p. 62).

Cumprir destacar que, no momento de elaboração da Lei nº. 7.210 (Lei de Execução Penal), o legislador idealizou uma realidade bem distante da realidade brasileira, tornando incapaz a implementação dos estatutos desta lei diante do cenário atual (AZEVEDO, 2018, p. 30).

Um dos fundamentos para aplicação da pena privativa de liberdade é a sua ressocialização, tendo em vista que somente privando-o de sua liberdade, não estaria combatendo a criminalidade. Contudo, o legislador brasileiro se equivoca ao tentar combater as consequências da criminalidade, quando na verdade as suas causas é que devem ser combatidas (AZEVEDO, 2018, p. 30).

Portanto, além da punição ao criminoso, o encarceramento tem a finalidade de ressocializar esse indivíduo. Contudo, repise-se: essa ressocialização, no contexto atual, tornou-se quase inaplicável por diversos fatores, como os já demonstrados (AZEVEDO, 2018, p. 30).

Este entendimento se coaduna com a lição de Gamil Föppel (1999, p. 177), que ao tecer algumas considerações relativas ao sistema penal sintetiza que o encarceramento embrutece e dessocializa o indivíduo, pois não há aprendizado, exercício de atividade laborativa, nem qualquer processo de reinserção do delinquente ao seio social. Dessa forma, segundo o autor, “ao sair do presídio, na maioria das vezes, ou o indivíduo sai demente,

impossibilitado de retornar à normalidade, ou sai revoltado, disposto a “retribuir” à sociedade os seus anos de martírio”.

Além disso tudo, o egresso carregará para o resto de sua vida o estigma de ter sido preso, impedindo que prossiga sua vida, tanto pessoal quanto profissional, visto que o mercado de trabalho não tem interesse de contratá-lo, além de levar marcas profundas da experiência deplorável enquanto preso. Assim, há poucas perspectivas para o egresso reingressar na sociedade e a única solução que lhe resta é voltar a delinquir, não pelo prazer de fazê-lo, mas por questões de sobrevivência (AZEVEDO, 2018, p. 35).

Logo, não há condições de evitar a reincidência se não for trabalhada a ressocialização do apenado, o que se revela uma tarefa muito difícil, ante o atual sistema prisional brasileiro (AZEVEDO, 2018, p. 37).

2.2.5 Fuga dos presos e rebeliões

Diante de todos esses fatores decorrentes da crise carcerária e da omissão estatal, não se pode perder de vista que, associada à falta de segurança das prisões e ao ócio dos detentos, surge o problema das rebeliões e das fugas dos presos.

É constante nos noticiários a ocorrência de rebeliões e motins em presídios brasileiros. As rebeliões afiguram-se como uma reivindicação dos direitos dos presos com a situação degradante à qual eles estão sujeitos nas prisões (BRANDÃO, 2012, p. 19).

Ressalte-se que, uma das principais causas que levam os presidiários a fugirem das penitenciárias é a superlotação, que degrada ainda mais a situação das prisões, além da insuficiência de agentes penitenciários, de modo a realizar uma fiscalização eficiente dos reclusos. Dessa forma, os presídios superlotados não possuem estrutura física para acolher presos em excesso, e, em razão da superlotação, os detentos são vulneráveis às doenças, rebeliões, confrontos entre presos rivais com atos de vandalismo, consumo excessivo de drogas, dentre outras situações degradantes. Junto à isto, a falta de segurança existente na maioria das penitenciárias permite a fuga, como alternativa dos apenados de sobreviverem ao caos que existe no cárcere (NOGUEIRA, 2014, p. 04-05).

Assim, conforme a lição de Romualdo Flávio Dropa (2018, p. 1), o processo de legitimação da violência no sistema penitenciário brasileiro está amparado a um estoque de tradições de punições derivadas de penas muito antigas e cruéis. Dessa forma, ao contrário de

ser uma excepcionalidade, a crueldade e a violência estão presentes no sistema carcerário, ancorados a uma cultura jurídica e religiosa enraizada de punição.

2.3 REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL

A reintegração social do egresso do sistema prisional é um processo importantíssimo para o indivíduo, tendo em vista que abre espaço para comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, onde os egressos voltam a se identificar na sociedade e interagir no meio social. Levando em consideração que o egresso carrega consigo a marca da privação da liberdade, o histórico de sofrimento, desamparo e desestrutura familiar, faz-se mister a implementação de medidas aptas a ingressá-lo novamente à sociedade (BRANDÃO, 2013, p. 43).

A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), implementa algumas medidas em busca de reingressar o indivíduo à sociedade, conforme o disposto no artigo 25, I⁹. Assim, vê-se que o egresso está legalmente amparado, tendo seus direitos previstos também nos artigos 26 e 27¹⁰ do dispositivo acima referenciado.

Nesta senda, a implementação de medidas em relação ao egresso com vistas a ajudá-lo a reingressar na sociedade, minimizaria os efeitos degradantes suportados durante o cárcere, além de facilitar a readaptação de seu retorno ao convívio na sociedade (BRANDÃO, 2012, p. 43).

Assim, com a adoção de uma política de apoio ao egresso, efetivando as disposições contidas na Lei de Execução Penal, de forma a assisti-lo e dar condições deste voltar ao mercado de trabalho e interagir com a sociedade, o problema da reincidência poderia ser minimizado, visto que o indivíduo teria recursos para manter uma sobrevivência digna através do seu trabalho e não voltaria a cometer novos delitos (BRANDÃO, 2012, p. 43).

Dessa forma, faz-se mister a aplicação da pena em conjunto de políticas afirmativas no sentido de evitar o crime. Não se pode perder de mira que a reincidência é um corolário lógico da má aplicação da pena. Portanto, é de clara notoriedade a necessidade do cumprimento do papel de reintegração e ressocialização dos presos à sociedade, com vistas a evitar a reincidência (PINESCHI, SOUZA, 2016, p. 62), pois “somente a reintegração do preso à

⁹ Art. 25. A assistência ao regresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

¹⁰ Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - o liberado condicional, durante o período de prova.

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

sociedade, também chamada de ressocialização, de forma efetiva, é capaz de reduzir os índices de reincidência penal” (BRASIL, 2009, p. 281).

3 OS IMPACTOS DA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO PARA O DIREITO E A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO STF NA ADPF Nº 347/DF

Conforme restou demonstrado nas noções carreadas no capítulo pregresso, os presídios brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, provocam o aumento da criminalidade, tendo em vista que os pequenos delinquentes se transformam em verdadeiros criminosos no momento em que são inseridos no modelo degradante do sistema carcerário brasileiro.

Vislumbra-se, a partir de então, que a situação das unidades carcerárias brasileiras é caótica, com celas superlotadas, onde não há o mínimo de condições para os presos terem uma vida digna. O que parece é que não há a menor preocupação por parte do Estado em proporcionar um mínimo de dignidade a quem está nesta situação, por tratar-se de pessoas que estão pagando suas dívidas com a sociedade, e, por essa razão, não haveria uma atenção por parte do poder público a fim de garantir os direitos e garantias desses sujeitos (CASTRO, 2018, p. 01).

Neste esteio, foram realizadas diversas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) sobre o sistema prisional nestes últimos quarenta anos, com o propósito de investigar a realidade carcerária brasileira. Assim, a CPI realizada em 2009 teve como foco averiguar a superlotação, custos sociais e econômicos dos presídios e a desídia do Estado ao manter os encarcerados que já cumpriram pena, buscando soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execuções Penais. (BRASIL, 2009, p. 619).

Dessa forma, através destas CPIs foram constatadas uma série de violações aos direitos mais básicos dos reclusos, deflagrando de forma iniludível a crise do sistema carcerário.

Assim, diante da já constatada crise do sistema carcerário brasileiro, o STF, na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, deferiu parcialmente o pedido de medidas cautelares elaborado na ADPF nº 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), e reconheceu expressamente a existência do chamado Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, diante das graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais nos presídios (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 44).

A ADPF nº 347 teve por objetivo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário no Brasil, assim como a determinação de adoção de

medidas inclinadas a sanar os graves danos aos preceitos fundamentais da Constituição, oriundos de comportamentos comissivos e omissivos dos poderes públicos do Estado no tratamento da questão prisional do país (GUIMARÃES, 2017, p. 88-89).

A narrativa fática da exordial da ADPF nº 347 demonstra que o sistema carcerário brasileiro é desastroso, tanto em virtude da superlotação, quanto da precariedade de suas condições, o que resulta em uma violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais dos presos, a exemplo de proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, dentre outras condições que tornam o ambiente insalubre e calamitoso. Além disso, faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, saúde e trabalho (GUIMARÃES, 2017, p. 111).

Cumprir destacar que o Estado de Coisas Inconstitucional se figura como um instrumento empregado em acontecimentos de grande complexidade, em que se verifica um amplo número de omissões estatais, de natureza grave, permanente e generalizada, que atingem um número indeterminado de pessoas, não restando outra solução a não ser a declaração de sua concretização na realidade fática (CASTRO, 2018, p. 05).

Vale ressaltar que a ADPF nº 347 foi uma ação de grande relevância para o direito brasileiro, tendo em vista que, pela primeira vez no Brasil, foi declarado um Estado de Coisas Inconstitucional decorrente de uma sucessão de abusos a direitos fundamentais dos reclusos. Assim, com o julgamento dessa ação, melhorias significativas foram implementadas no sistema penal, como a obrigatoriedade de realização das audiências de custódia e a correta aplicação dos fundos penitenciários (CASTRO, 2018, p. 08).

Assinale-se, por oportuno, que, em face da deficiência de políticas públicas voltadas a minimizar a situação em que se encontra o sistema carcerário atual, o STF declarou o Estado de Coisas Inconstitucional e estabeleceu uma série de medidas a serem implementadas, como a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades penitenciárias, fornecimento de recursos orçamentários necessários pelo governo nacional, exigência aos governadores sobre a criação e manutenção de presídios próprios, além de requerer ao presidente da República providências necessárias para garantir o respeito aos direitos dos custodiados de todo o país (CAMPOS, 2015, p. 03).

Não se pode perder de vista que a declaração deste instituto presume uma atuação ativista do Tribunal, na medida em que as decisões judiciais vão inegavelmente influenciar nas funções executivas e legislativas, com consequências, sobretudo, orçamentárias, possibilitando

um maior nível de intervenção judicial nas políticas públicas, a fim de superar os bloqueios políticos e institucionais que atrapalham o avanço de soluções, cumprindo ao Tribunal o papel de retirar os demais poderes da inércia político-institucional (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 43).

Com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a intervenção judicial caracteriza-se como ativismo judicial estrutural, além de revelar-se como uma postura judicial legítima. Ademais, dirige-se a superar omissões estatais e tem a preocupação voltada com a efetividade dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 257).

A maior parte do espectro de direitos tutelados mediante a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional encontra amparo no art. 5º e art. 6º da Carta Magna, os quais se referem aos direitos sociais e direitos e deveres individuais e coletivos, além de diversos outros dispositivos difundidos no ordenamento pátrio e internacional que disciplinam direitos fundamentais. Destaca-se, ainda, a previsão contida no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que institui a cláusula de abertura a outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CAMPOS, 2016, p. 258-259).

É iniludível que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional admite que o juiz constitucional imponha aos poderes públicos uma pluralidade de obrigações necessárias para a redução das violações generalizadas de direitos fundamentais, assim como supervisiona a efetiva instalação das medidas ordenadas (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 44).

Em que pese haja críticas ao ativismo judicial, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pode fortalecer o sistema de garantias dos direitos fundamentais, sobretudo de parcelas populacionais mais vulneráveis e afetadas pela inércia e indiferença dos poderes públicos (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 48).

Neste ínterim, esclareça-se que o Estado de Coisas Inconstitucional não é um remédio milagroso, mas pode servir como um mecanismo apto a estimular a implementação de medidas efetivas, além de provocar um sério debate acerca da insuficiência de políticas públicas em determinados setores sensíveis e propiciar a construção de soluções estruturais e dialogadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 48).

Há diversos setores sociais no Brasil nos quais se podem indicar violações sistemáticas à direitos fundamentais resultantes de falhas estruturais, a começar por políticas públicas deficientes, a exemplo de saneamento básico e saúde pública. Hodiernamente, a

situação do sistema penitenciário brasileiro, por certo, é a que produz o maior nível de violação generalizada de direitos humanos, em virtude de omissões e falhas estruturais provocadas pela desídia das autoridades públicas em superar tal quadro (CAMPOS, 2016, p. 264-265).

No tocante à situação caótica do sistema carcerário brasileiro e a consequente violação massiva de direitos humanos, Alexandre Campos (2016, p. 264-265), afirma que a crise do sistema carcerário brasileiro se assemelha muito ao caso colombiano, no que tange aos problemas de superlotação carcerária, alojamentos prisionais insalubres, tortura policial, falta de segurança interna, assistência judiciária deficiente, entre outros, produzindo um tratamento desumano aos presos.

De mais a mais, a ausência de garantias de direitos fundamentais processuais agrava o problema da superlotação carcerária, que, por sua vez, submete os presos a condições subumanas de existência. Isto porque os detentos sofrem com a ausência de informações suficientes sobre seus processos, além da própria deficiência estrutural do Judiciário, que detém quantidade insuficiente de varas de execuções penais. Ocorre com frequência, inclusive, dos reclusos ultrapassarem o tempo de pena fixado, o que corrobora a carência de assistência judiciária e contribui para o agravamento da crise do sistema carcerário (CAMPOS, 2016, p. 266).

Ante o exposto, o quadro demonstra a falência do sistema carcerário brasileiro, além da grave violação de direitos humanos. E não é só: o sistema prisional brasileiro representa, também, um problema de segurança pública, tendo em vista que a finalidade de ressocialização da pena privativa de liberdade nos presídios brasileiros não surte muito efeito, uma vez que as taxas de reincidência são muito elevadas e envolvem crimes ainda mais graves do que o que fora anteriormente condenado (CAMPOS, 2016, p. 267).

Sem embargo, há de se ressaltar algumas críticas que são tecidas ao Estado de Coisas Inconstitucional. A primeira delas diz respeito aos riscos de ubiquidade e do uso difuso do mesmo, haja vista que poderia ser utilizado para toda e qualquer situação contrária à Constituição, ou seja, qualquer juiz ou Tribunal estaria autorizado a declarar um Estado de Coisas Inconstitucional e outorgar a si mesmo o poder de interceder políticas públicas. Todavia, essas críticas não procedem, tendo em vista a natureza excepcional do instituto (CAMPOS, 2016, p. 293).

Isto posto, a alegada ubiquidade é evitada a partir do momento em que os pressupostos de configuração do Estado de Coisas Inconstitucional são observados, corroborando, para tanto,

o caráter excepcional do Estado de Coisas Inconstitucional. Os contornos fáticos e jurídicos desses pressupostos formam a *ratio decidendi* do mesmo e vinculam suas aplicações futuras (CAMPOS, 2016, p. 295).

Inclusive, o ilustre Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº 347, em seu voto, deixou claro não haver espaço para ubiquidade e, sim excepcionalidade no Estado de Coisas Inconstitucional, inadmitindo o uso indiscriminado do instituto, conforme se extrai do aresto do acórdão, *in verbis*:

Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015, p. 12).

Ocorre que, o Brasil tem uma das mais avançadas constituições em matéria de consagração de direitos fundamentais, tendo em vista que o discurso constitucional é condizente com os tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a cumprir, além de ter no nosso ordenamento várias leis visando, por exemplo, a proteção de presidiários, crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, dentre outros assuntos relativos aos direitos fundamentais. Contudo, há um sério desacordo entre o texto normativo e a realidade socioeconômica (MARMELSTEIN, 2015, p. 262).

Nesse sentido, George Marmelstein (2015, p. 262) assevera que “o Estado de Coisas Inconstitucional surge como um propósito ambicioso: ajudar a construir esse “prédio em ruínas”, fornecendo os alicerces para que os direitos fundamentais sejam concretizados e deixem de ser direitos de mera fachada.”

Para tanto, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional manifesta-se em situações de crise estrutural do sistema, caracterizadas por uma circunstância de fracasso generalizado das políticas públicas e de violações reiteradas e massivas de direitos fundamentais, exigindo, portanto, uma providência judicial efetiva. Desse modo, quanto maior for o descompasso entre o texto normativo e a realidade socioeconômica, maior será a necessidade de se permitir o ativismo judicial proposto pelo Estado de Coisas Inconstitucional, de modo a possibilitar a participação do Judiciário no processo de implementação dos direitos constitucionalmente garantidos, dividindo a responsabilidade pela realização dos objetivos determinados pelo constituinte com os demais poderes (MARMELSTEIN, 2015, p. 262).

Neste sentido, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF na ADPF nº 347, revela-se essencial para a superação do bloqueio institucional existente no sistema penitenciário brasileiro. Por conseguinte, a Corte Constitucional encontra-se numa posição mais justa a ouvir os reclamos dos grupos mais vulneráveis, de maneira a assegurar-lhes o mínimo existencial, sobretudo, no que toca à questão dos detentos, tendo em vista a obrigação estatal em garantir os direitos fundamentais mínimos aos presos, consagrada no inciso XLIX do art. 5º da Constituição Federal¹¹ (GUIMARÃES, 2017, p. 109).

3.1 PANORAMA GERAL ACERCA DA ADPF 347

Mariana Guimarães (2017, p. 92-94), elencou os pleitos que o PSOL formulou na ADPF nº 347, em sede de medida liminar, em face do demonstrado quadro de violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais da população carcerária do Brasil. Segundo a autora, a ADPF nº 347 pugnou que o STF se digne a:

(i) Determinar a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de definição ou manutenção de prisão provisória, fundamentem expressamente os motivos pelos quais restou prejudicada a aplicação das penas alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal;

(ii) Reconhecer a aplicação imediata dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de forma a determinar que todos os juízes e tribunais realizem audiências de custódia, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, de modo a possibilitar o comparecimento do indiciado perante a autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão;

(iii) Determinar que os juízes e tribunais brasileiros levem em consideração o quadro caótico do sistema penitenciário brasileiro no momento da aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

(iv) Reconhecer que a pena privativa de liberdade, na prática, é cumprida em condições muito mais rígidas do que as admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim, faz-se mister

¹¹ Art. 5º, XLIX, Constituição Federal. É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for possível, penas alternativas à prisão, em nome da proporcionalidade e humanidade da sanção;

(v) Reconhecer que o juízo da execução penal detém o poder-dever de atenuar os requisitos temporais para o gozo de benefícios e direitos prisionais, a exemplo da progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando for demonstrada que as circunstâncias do efetivo cumprimento da pena são significativamente mais rígidas que impostas pela sentença condenatória, em nome da proporcionalidade e humanidade da sanção;

(vi) Determinar ao Conselho Nacional de Justiça a coordenação de um ou mais mutirões carcerários, a fim de realizar uma revisão de todos os processos de execução penal em curso no país envolvendo a aplicação de pena privativa de liberdade, com vistas a adequá-los à luz da proporcionalidade e humanidade da sanção;

(vii) Determinar o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, além de proibir que a União Federal realize novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Ainda, em relação aos pedidos formulados na ADPF nº 347, Mariana Guimarães (2017, p. 94-95), elencou, novamente, os pleitos da ação já em sede de pedido definitivo, a qual requer que o STF se digne a:

(i) Declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário no Brasil;

(ii) Determinar que o Governo Federal elabore um plano nacional com vistas a superar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, com duração de três anos, e, em seguida, encaminhe para o STF;

(iii) Após, submeter o plano nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições, além de realizar audiências públicas para ouvir a sociedade;

(iv) Por fim, deliberar sobre o plano nacional, para homologá-lo ou determinar medidas alternativas ou complementares que o STF entender necessárias;

(v) Determinar ao governo de cada estado e do Distrito Federal a elaboração de um plano estadual ou distrital, no prazo de três meses, para após, apresentar ao STF, consoante ao plano nacional homologado e que apresente providências aptas a superar o Estado de Coisas

Inconstitucional na respectiva unidade federativa, com duração de dois anos. Igualmente, devem se submeter à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria-Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Pública da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, da sociedade local e de outros órgãos que queiram se manifestar;

(vi) Fiscalizar a introdução do plano nacional e dos planos estaduais e distrital com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação população, até que se considere superado o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário no país.

Ante o exposto, no tocante aos pedidos formulados na exordial da medida cautelar, destaca-se que, no julgamento ocorrido em 09/09/2015, o Pleno do STF, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar, julgando procedente o pleito relativo à realização de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, além de vedar realização de novos contingenciamentos no Fundo Penitenciário Nacional.

3.2 A PERSPECTIVA DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

A origem do Estado de Coisas Inconstitucional provém de decisões da Corte Constitucional colombiana, em face do cenário de violações massivas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Assim, a partir do seu reconhecimento formal pelo Poder Judiciário, o Estado de Coisas Inconstitucional tem o objetivo de construir soluções estruturais, dialógicas e pactuadas com vistas à sanar esse quadro de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em virtude de falhas da Administração Pública (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 41-42).

O primeiro registro que se tem da figura do Estado de Coisas Inconstitucional é datado de 06 de novembro de 1997, quando foi julgado o caso SU-559¹², pela Corte Constitucional da Colômbia, em que se reconheceu a distribuição irregular do incentivo educativo do Fundo

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença SU-559**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Nacional de Prestações Sociais do Magistério entre os variados departamentos e municípios do país (GUIMARÃES, 2017, p. 83).

Na oportunidade, a referida Corte Constitucional respaldou o Estado de Coisas Inconstitucional no dever institucional de cooperação harmônica entre os poderes públicos, o que ordenaria a notificação pela Corte às outras autoridades públicas da existência de um cenário que viola os preceitos constitucionais. Na sentença deste caso, a Corte Constitucional da Colômbia declarou a violação massiva de direitos constitucionalmente previstos no ordenamento pátrio, em virtude do Estado de Coisas Inconstitucional. Dessa forma, advertiu às autoridades competentes que o Estado de Coisas Inconstitucional deveria ser sanado, em conformidade às suas funções institucionais, em um prazo razoável (GUIMARÃES, 2017, p. 84).

Posteriormente, foi prolatada sentença do caso T-153/98¹³, em que foi constatada as condições mínimas de sobrevivência nas prisões e reconheceu-se uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, cujas causas são de natureza sistemática. Isto posto, tal cenário constatado pela Corte colombiana muito se assemelhava à situação prisional brasileira, das quais causas, igualmente, também são de natureza estrutural, ou seja, exigem, para a solução, uma ação coordenada de vários órgãos estatais (GUIMARÃES, 2017, p. 109).

De mais a mais, a decisão paradigmática da Corte Constitucional da Colômbia relativa ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional foi a sentença T-025¹⁴, de 22 de janeiro de 2004, na qual a Corte tratou o problema dos deslocados, tendo em vista que no período de 1985 a 2010, milhares de pessoas foram deslocadas da Colômbia por motivos de violência. A Corte entendeu, nessa decisão, que as políticas públicas então existentes eram insuficientes para sanar o Estado de Coisas Inconstitucional que havia se instalado na situação dos deslocados, tanto em razão da insuficiência dos recursos públicos designados aos programas quanto em razão das capacidades dos órgãos estatais envolvidos. (GUIMARÃES, 2017, p. 87-88)

Em suma, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário reconhece a existência de uma violação generalizada, contínua e sistemática dos direitos fundamentais, contra uma classe de pessoas mais vulneráveis e invoca que todos os órgãos responsáveis tomem providências eficazes para resolver o problema. Em outras palavras, o Estado de Coisas

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-153/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T 025/04**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso: 30 out. 2018.

Inconstitucional é um modo de manifestar que o cenário está tão desastroso e fora de controle que é necessário que todos os envolvidos adotem um compromisso real de solucionar o problema de forma eficaz (MARMELSTEIN, 2015, p. 242).

Invariavelmente, após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o judiciário passou a dar uma feição coletiva às demandas individuais, isto é, visa resolver um problema de natureza geral não só daquelas pessoas que ajuizaram a ação, mas de todos os demais afetados, tendo em vista que as violações são generalizadas à todos os participantes de um grupo vulnerável. Além disso, todos os órgãos que podem, de alguma forma, contribuir na busca da solução global do problema são chamados a participar do processo, não se limitando somente àqueles que estão diretamente ligados na violação dos direitos dos acionantes (MARMELSTEIN, 2015, p. 244).

Em tempo, esclareça-se que, na Colômbia, o Estado de Coisas Inconstitucional não se figura como um mero instrumento para dar uma feição coletiva a uma demanda individual e, sim como uma fórmula mais complexa com o propósito de sanar quadros mais graves de violações de direitos fundamentais, mediante um diálogo institucional, em que diversos órgãos operam em conjunto para solucionarem um problema sistemático. Com efeito, o Brasil se espelhou neste modelo e, se seguido corretamente, pode ser bastante promissor no país (MARMELSTEIN, 2015, p. 245). Isto porque o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser mais um mecanismo apto a viabilizar o diálogo e cooperação entre os poderes públicos e a sociedade a fim de superar uma situação de inegável violação sistemática e generalizada dos direitos fundamentais (GUIMARÃES, 2017, p. 107).

3.3 PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Em apertada síntese, o Estado de Coisas Inconstitucional é constituído por três premissas fundamentais: *(i)* no plano dos fatos, deve-se verificar na realidade, uma violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que atinge um número indeterminado de pessoas; *(ii)* no plano dos fatores, deve ser constatada que a situação inconstitucional decorre de ações e omissões estatais que se perpetuaram em virtude da falta de organização entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais; *(iii)* no plano dos remédios, em face das causas estruturais, a superação desse quadro exige o intermédio

de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, sendo necessárias mudanças estruturais, como a adoção de novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, dentre outras medidas. (CAMPOS, 2015, p. 02)

A reunião dos dois primeiros pressupostos demonstra, com clareza, a objetividade e o caráter excepcional do Estado de Coisas Inconstitucional, excluindo-se a vagueza, fluidez e ubiquidade do instituto apontada por alguns autores. Isto porque, não será qualquer violação de direitos que justificará a declaração da técnica pelo STF, mas apenas se for reconhecido de forma objetiva, um cenário manifestamente generalizado, sistemático e relacionado a um estado permanente de inércia do Estado e flagrante incapacidade institucional (CAMPOS, 2015, p. 02).

3.3.1 Violação massiva dos direitos fundamentais dos presos sob a custódia do Estado

Em primeiro lugar, o sistema penitenciário brasileiro conduz a uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos em relação à própria dignidade humana, higidez física e integridade psíquica. O tratamento desumano, degradante, cruel, ultrajante e indigno dos custodiados decorrem do cenário da superlotação carcerária e da precariedade das instalações das delegacias e presídios. As penas privativas de liberdade são aplicadas de forma cruel e desumana, uma vez que os detentos recebem o pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre (CAMPOS, 2016, p. 271).

Neste ponto, o cenário demonstra a violação a diversos preceitos constitucionais, normas nucleares de nosso sistema objetivo de direitos fundamentais, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III¹⁵), tornado letra morta pelo sistema prisional brasileiro. Ademais, o quadro traz em evidência o tratamento desumano ou degradante de seres humanos, vedado pelo art. 5º, III¹⁶, assim como a aplicação de penas cruéis, proibida pelo art.

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 Art. 5º, III. Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

5º, XLVII, alínea “e”¹⁷, e os preceitos dos incisos XLVIII¹⁸ e XLIX¹⁹ do art. 5º, os quais são absolutamente ignorados (CAMPOS, 2016, p. 271).

Isto posto, o sistema prisional brasileiro revela-se um sistema cruel e desumano, causador do já vislumbrado cenário generalizado de violações contínuas e massivas de direitos fundamentais dos reclusos (CAMPOS, 2016, p. 272).

3.3.2 Omissão prolongada do Estado para garantia e promoção de direitos fundamentais

Em segundo lugar, o cenário de violações reiteradas de direitos fundamentais está atrelado à omissão contínua e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações para assegurar os direitos dos presos, consagrados na Lei nº 7.210, de 1984, onde contemplam diversos direitos aos detentos, inclusive o relativo à cela individual, salubre e com área mínima de 06 metros quadrados (CAMPOS, 2016, p. 272).

Vale dizer que não se trata da inércia de uma única autoridade pública, e sim do funcionamento deficiente e generalizado de todo o poder público, o que conduz à violação desses direitos. Trata-se de um mau funcionamento sistemático e histórico do Estado, que leva à inércia dos poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, que se mantêm incapazes e manifestam verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade (CAMPOS, 2016, p. 273).

A matriz dessa falha estrutural encontra-se na deficiência de políticas públicas, incapazes de transformar esse cenário de inconstitucionalidades, a exemplo de leis que, na prática, se revelam insuficientes em razão das falhas em sua implementação, tendo em vista que promove a proteção dos direitos fundamentais dos presos de forma deficiente (CAMPOS, 2016, p. 273).

Assim, vê-se claramente a configuração de omissão inconstitucional dos poderes públicos, seja pela ausência de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, seja pela insuficiência daquelas existentes (GUIMARÃES, 2017, p. 100).

¹⁷ Art. 5º, XLVII. não haverá penas: e) cruéis;

¹⁸ Art. 5º, XLVIII. a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

¹⁹ Art. 5º, XLIX. é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Ora, conforme narrado na exordial da ADPF nº 347, a posição que Estado assume em face dos presos é de garantidor, tendo em vista o seu dever de custódia. Logo, se o Estado priva alguém da liberdade, assume a obrigação de assegurar que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes, conforme o disposto no art. 5º, inciso XLIX, da Carta Magna. Forma-se uma relação especial de subordinação entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas limitações aos direitos do preso, por outro, coloca o Estado na posição de garante dos direitos fundamentais que não foram limitados pela pena restritiva de liberdade (GUIMARÃES, 2017, p. 100).

3.3.3 Adoção de medidas com vistas a superar essas violações

Em terceiro lugar, faz-se necessário a adoção de medidas cooperadas aptas à superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais dos reclusos. Faz-se mister a atuação em conjunto de diversos órgãos, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade, a fim de sanar o constatado quadro de Estado de Coisas Inconstitucional. Posto isto, tal situação trata-se de litígio basilar, que exige uma pluralidade de autoridades públicas, haja vista que são imprescindíveis novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais (CAMPOS, 2016, p. 274).

Haja vista que o Estado exerce dever de custódia e segurança para os detentos, o mesmo deve possibilitar condições minimamente dignas para os mesmos, caso contrário, deverá ser responsabilizado por danos físicos, psíquicos e morais. O tratamento degradante, além de propiciar uma grave violação aos direitos fundamentais, emerge uma pretensão individual dos reclusos requerendo a reparação pelos danos suportados em virtude das instalações degradantes e pela superlotação as quais foram submetidos (CAMPOS, 2016, p. 275-276).

Dessa forma, promover um diálogo de caráter coordenado e estratégico entre os poderes e a sociedade, com vistas à superar as omissões inconstitucionais é muito importante para reduzir os riscos da inefetividade. Assim, a escolha por um procedimento dialógico pode

fazer uma diferença muito significativa em favor do cumprimento e da efetividade das decisões (CAMPOS, 2016, p. 316-317).

Segundo George Marmelstein (2015, p. 251), o processo de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional passa pelas seguintes etapas:

A linha de ação segue o seguinte esquema: (a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas, etc; (b) declaração do ECI; (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema; (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis; (e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas; (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas; (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo judiciário; (h) realização de audiências públicas e medidas auxiliares para avaliar o cumprimento do plano; (i) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI; (j) em caso de não superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito; (l) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa e ordens mais detalhadas

Nesse processo, o ideal é que o Judiciário busque o engajamento de todos os órgãos responsáveis pela execução do plano, para, em conjunto, buscar a solução do problema e criar obrigações de resultado, adotando mecanismos processuais para sanar o Estado de Coisas Inconstitucional e pressionar os agentes estatais a cumprir a política pública organizada pelos próprios órgãos envolvidos (MARMELESTEIN, 2015, p. 251).

Neste sentido, com o objetivo de orientar o nível da intervenção judicial no Estado de Coisas Inconstitucional, há alguns princípios que podem ser utilizados. O primeiro princípio diz respeito ao grau da inação dos órgãos estatais, ou seja, quanto maior for a situação de desamparo e de descaso com a resolução do problema pelos órgãos competentes maior será a atuação judicial. O segundo refere-se à vulnerabilidade das partes envolvidas, isto é, quanto maior for o grau de vulnerabilidade do grupo afetado (em virtude da privação de direitos e incapacidade de articulação política) maior será o rigor da intervenção do Judiciário. Por último, outro princípio importante relaciona-se à essencialidade do direito lesado, significa dizer que, quanto maior for a essencialidade do direito afetado, maior será a busca pela sua efetivação (MARMELESTEIN, 2015, p. 251-252).

Diante do exposto, vê-se que a resposta para a violação massiva de direitos fundamentais provocada pela omissão generalizada dos órgãos estatais, é o diálogo entre os próprios órgãos responsáveis pelo quadro, a fim de proporcionar uma atuação conjunta. Assim,

quanto mais efetivo for o engajamento dos órgãos a fim de solucionar o problema, menor será a intervenção do judiciário (MARMELSTEIN, 2015, p. 252).

3.4 O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Demonstrados os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal pode intervir sobre a formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas, configurando o ativismo judicial em sua dimensão estrutural. Assim, é possível que por meio de medidas estruturais, o Tribunal busque superar os bloqueios políticos e institucionais que servem para piorar a violação generalizada e reiterada dos direitos fundamentais dos detentos (CAMPOS, 2016, p. 276).

Dessa forma, o ativismo judicial dialógico se divide em três enfoques: *(i)* redução progressiva da população carcerária, conforme as disposições do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN; *(ii)* diminuir o déficit de vagas do sistema prisional; *(iii)* implementar melhores condições de encarceramento, com a finalidade de reduzir os problemas de instalações insalubres e de atendimento insuficiente a diversos direitos básicos dos detentos. Para isto, é necessário que o Supremo estabeleça um conjunto amplo e coordenado de medidas que visem superar esses problemas (CAMPOS, 2016, p. 277).

Neste ínterim, diante desse quadro, o ativismo judicial sofre uma série de críticas de alguns autores, sob a alegação de vagueza, fluidez e risco ao subjetivismo que o Estado de Coisas Inconstitucional provoca. Dentre eles o jurista Lênio Streck (2015, p. 04), se posiciona da seguinte forma, conforme se extrai do excerto abaixo, retirado de uma coluna do jurista:

O STF corre o risco de se meter em um terreno pantanoso e arranhar a sua imagem. Isto porque, ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar álibis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo ad hoc

Neste viés, as objeções são no sentido contra a prática ativista da jurisdição constitucional, apontando riscos de subjetivismo, ilegitimidade democrática e violação à

separação dos poderes (CAMPOS, 2015, p. 01). Contudo, inadmite-se o argumento de que as decisões do Tribunal afrontam o princípio da separação de poderes, na medida em que, uma vez observadas as premissas para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional, legitima-se o Tribunal a tomar parte em decisões primariamente políticas. Outrossim, a atuação interventiva do Tribunal é justificada em virtude da transgressão do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, provocada pela grave e massiva violação de direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 44).

Ademais, o STF reconheceu que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional não daria legitimidade para o Judiciário substituir o executivo e legislativo na realização de suas próprias tarefas, inexistindo que se falar em violação à separação de poderes. Nesse modelo, a função do Judiciário seria o de superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias, ou seja, deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Assim, pode-se falar que a postura do Judiciário trata-se de oferecimento de incentivos e diretrizes fundamentais à atuação de cada poder, e não substituição dos demais poderes pelo judiciário, isto porque não deve-se supervalorizar o papel do Judiciário em detrimento dos demais poderes (MARMELSTEIN, 2015, p. 256).

3.5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PROJETO DE LEI Nº 736, DE 2015

Ante o cenário de repercussões sobre a decisão da ADPF nº 347, foi apresentado o Projeto de Lei nº 736, de 2015, de iniciativa do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), com a proposta de alteração das Leis nº 9.882/99 (Lei da ADPF) e 13.105/2015, a fim de definir termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo STF e dispor sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 45).

O citado Projeto de Lei, logo em seu art. 2º²⁰, propõe o acréscimo do art. 9º-A à Lei nº 9.882/99 (Lei da ADPF), com o condão de fixar os pressupostos objetivos a serem

²⁰ Art. 2º A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigorar com as seguintes alterações:
Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

observados pelo Supremo Tribunal Federal no momento de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Além disso, propõe a inclusão do art. 9º-B, a fim de estabelecer que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional resultará na determinação da celebração de um Compromisso Significativo entre o poder público e os segmentos populacionais afetados. Por último, propõe o acréscimo do art. 9º-C e do art. 9º-D, para indicar as diretrizes e os requisitos necessários para a celebração do Compromisso Significativo (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 45).

Ao sugerir o acréscimo de novos artigos na Lei da ADPF, o Projeto de Lei prevê acerca da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito, desde que verificados, cumulativamente, os pressupostos analisados acima (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 46).

Contudo, desde 20/11/2015, o Projeto de Lei nº 736/2015 encontra-se parado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, aguardando designação de relator, conforme informação obtida no site oficial²¹ do Senado Federal.

Ante o exposto, resta evidenciado que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF, ao contrário de todas as críticas, não inspirou ubiquidade, mas, sim, criou uma disciplina legal objetiva quanto aos seus pressupostos de configuração, tendo em vista que o juiz constitucional deve observar rigorosamente todos os pressupostos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Sendo assim, o reconhecimento desse instituto tem caráter excepcional, ou seja, incidirá somente nos casos onde exista uma violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do poder público, e cuja solução dependa de medidas estruturais e coordenadas de vários órgãos estatais. (CAMPOS, 2016, p. 296-297)

Portanto, verifica-se que o Estado de Coisas Inconstitucional tem pleno potencial para viabilizar a proteção de grupos vulneráveis e buscar a solução de problemas estruturais

I – constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurado da dignidade humana;

II – falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;

III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.

²¹ SITE OFICIAL DO SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 736/2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em: 10 out. 2018.

que implicam em realidades inconstitucionais de violação a direitos fundamentais. (CAMPOS, 2015, p. 04)

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASOS DE CUSTÓDIA

Conforme já examinado amiúde, com o recente julgado da ADPF nº 347, constata-se que o Estado de Coisas Inconstitucional, por si só, configura a falência do sistema prisional face às omissões do Estado em relação aos cárceres brasileiros, inclusive, em relação à vigilância adequada aos reclusos. Tudo isto comprova, mais uma vez, a ineficiência do sistema carcerário como política de segurança pública, em decorrência da omissão pública específica do Estado.

A partir disso, o que ora se propõe é a discussão acerca das omissões do Estado, que foram constatadas, inclusive, com a última CPI do sistema prisional, devendo, assim, impor a responsabilidade objetiva do Estado.

Feita essas ponderações, torna-se imperioso tecer considerações à respeito da possibilidade da incidência da responsabilidade do Estado na hipótese de evasão de apenado, inobservância da regressão do regime nas hipóteses na forma da lei ou pela concessão de benefícios prisionais, considerando que cabe ao ente público cuidar das condições de segurança das instituições prisionais, incluindo os reclusos que estão sob sua custódia, garantindo, assim, que os mesmos não reingressassem ilegalmente ao convívio social. (NOGUEIRA, 2014, p. 01)

Como é cediço, o fracasso do sistema carcerário é marcado por uma série de complicações, o que gera como consequência a reincidência do sujeito apenado, evasão do presídio, além de não oferecer condições ao sujeito para reingressar na sociedade sem cometer novos delitos.

Isto posto, no que se refere à possibilidade da incidência da responsabilidade do poder público em relação às hipóteses acima elencadas, o Estado possui o dever de cuidar da segurança dos institutos prisionais, impedindo que os presos sob sua custódia reingressassem ilegalmente à sociedade. Assim sendo, caso haja a configuração de uma dessas hipóteses, junto a algum prejuízo causado à terceiros, o Estado deve ser responsabilizado em razão da ausência de vigilância ou falha do serviço público, conforme restará demonstrado o longo deste trabalho (NOGUEIRA, 2014, p. 05).

4.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inicialmente, a responsabilidade civil afigura-se como um instituto jurídico dinâmico e flexível, passível de constantes mudanças, de modo a sempre estar buscando atender às necessidades sociais que surgem. Partindo dessa premissa, a responsabilidade civil do Estado

tem se inclinado, cada vez mais, para o sentido de assistir a todos àqueles que sofreram algum tipo de dano injusto, provendo a sua reparação (MOTA, 2012, p. 10).

Assim, o principal propósito desse instituto é reconstituir o equilíbrio jurídico econômico, que foi resiliado por uma conduta danosa de um determinado agente, de maneira que a vítima possa promover a tutela jurisdicional com o objetivo de retornar ao seu *status quo ante*, através da indenização a título de danos materiais e/ou morais daquilo que lhe foi danificado (MOTA, 2012, p. 11).

Neste ponto, ressalte-se que o Código Civil brasileiro prevê em seu art. 186²², combinado com o art. 927²³, que a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico.

Ademais, urge registrar que para restar configurada a responsabilidade civil do Estado, é preciso uma conduta estatal, comissiva ou omissiva, que produza efeito danoso a terceiro. Desse modo, basta a consumação do dano na esfera particular de um terceiro, ligado a um vínculo de causalidade com a conduta omissiva ou comissiva do Estado, para restar configurada responsabilidade civil do Estado (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1.392).

Posto isto, conclui-se que a responsabilidade civil do Estado decorre do dever de compensar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais suportados por terceiros em razão de ação ou omissão imputável ao Estado (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1.384).

De acordo com o art. 37, §6º, da CF/88, as pessoas jurídicas de direito público, incluídas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, salvaguardando o direito de regresso contra o responsável, se houver dolo ou culpa.

Neste sentido, com fulcro no mencionado artigo, a responsabilidade civil do Estado indica a responsabilidade subordinada ao regime jurídico específico de direito público. Ademais, para configurar hipótese de incidência da responsabilidade civil estatal, é necessária uma relação de causa e efeito suficiente entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1392).

É inegável que, se o resultado danoso decorreu de um acontecimento imputável exclusivamente ao próprio ofendido, de fato de terceiro ou proveio de fenômeno da natureza,

²² Art. 186. Quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²³ Art. 927. Aquele que por ato ilícito, causar danos a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

não há que se falar em responsabilidade civil do Estado. Entretanto, se, ao revés, o evento foi propiciado pela atuação viciada do serviço público ou dos órgãos estatais, há responsabilidade civil (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1392).

Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar que toda ação ou omissão imputável ao Estado, que configure transgressão ao dever de diligência na execução das competências próprias, se gerar ou der ensejo à um dano patrimonial ou moral a terceiro, gerará a responsabilização civil (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1.401).

Junto a isso, é pertinente admitir que a natureza da atividade estatal atribui a seus agentes um dever especial de diligência, constituído em detectar os resultados de sua conduta ativa e omissiva, tomando todas as medidas necessárias para impedir a consumação de danos a terceiros. Se o agente estatal transgredir esse dever de diligência, operando de forma displicente, descuidada ou inábil, restará configurada a conduta ilícita, na eventualidade de provocar dano a terceiro, nascerá a responsabilidade civil do Estado (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1401).

4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inicialmente, urge registrar que a responsabilidade civil do Estado passou por um processo lento de evolução normativa, desde a doutrina primitiva da irresponsabilidade do Estado até a moderna Teoria do Risco Administrativo. Assim, inúmeras teorias surgiram com o propósito de explicar cada fase desse processo, as quais serão demonstradas a seguir (MOTA, 2012, p. 27).

O primeiro registro histórico remonta ao período absolutista, marcado pela total irresponsabilidade do Estado. Nesta fase de irresponsabilidade estatal, predominavam os regimes monárquicos absolutistas, e o Estado, como ente despótico e absoluto, não poderia ser culpado pelos atos danosos aos direitos de seus súditos. (MOTA, 2012, p. 27).

Os desejos e decisões dos governantes eram absolutos, não havendo que se falar na possibilidade de erro por parte dos monarcas, que em hipótese alguma poderiam ser responsabilizados pelos danos causados a terceiros, de forma que atribuir responsabilidade ao Estado pelos seus atos significaria igualar o Poder Público ao mesmo nível de seus súditos e por oportuno um desrespeito à soberania. (MOTA, 2012, p. 28).

Com a Revolução Francesa, a igualdade de todos perante a lei passou a ser consagrada pelo Estado de Direito, não havendo possibilidade de o mesmo deixar de responder, quando por ação ou omissão, causasse danos a terceiros, uma vez que, por ser reconhecido como pessoa

jurídica, era titular de direitos e obrigações. Assim, o poder estatal, que passou um longo período de manifesta injustiça, após a consagração dos direitos e garantias individuais, passou a sofrer limitações em seu poderio, sendo que a teoria da irresponsabilidade passou a ser fortemente condenada e atualmente não encontra mais respaldo nos ordenamentos jurídicos modernos. (MOTA, 2012, p. 29).

Após, inicia-se a fase civilista. Diante da ausência de disciplina jurídica própria, a matéria da responsabilidade da Administração Pública adotou os preceitos basilares do Direito Privado, a exemplo da noção de culpa. A aludida fase pode ser dividida em teoria dos atos de império e de gestão e teoria da culpa civil, também conhecida como teoria da responsabilidade subjetiva. (MOTA, 2012, p. 30).

Desse modo, surgiu a chamada teoria da culpa civil, que, por sua vez, buscou expandir o campo da responsabilidade do Estado. O Estado passou a ser obrigado a responder pelos danos decorrentes dos atos praticados por aqueles que atuam em seu nome, quando comprovada sua culpa ou dolo, encontrando subsídio no art. 15 do Código Civil de 1916. (MOTA, 2012, p. 31).

Entretanto, ainda com esse reconhecimento, a teoria da culpa civil ainda não se mostrava plenamente adequada no disciplinamento das relações entre o Poder Público e o particular. Na prática, ela representava um obstáculo para as vítimas dos atos estatais, uma vez que, em determinadas hipóteses, era impossível a prova do elemento subjetivo. (MOTA, 2012, p. 32).

Diante dos fatos da época, a teoria da culpa civil foi considerada incompatível com a ideia de justiça social, por ser demasiadamente rígida com o particular, uma vez que era obrigado a demonstrar todos os elementos do nexo de causalidade que compreendem além do dano, a atuação culposa do agente público. (MOTA, 2012, p. 33).

Por derradeiro, passou-se a fase publicista, terceira e última desse quadro evolutivo, onde a responsabilidade civil do Estado sofreu uma ruptura, de uma vez por todas, com as teorias privadas, passando a ser regida pelos princípios do Direito Público. Assim, se deu o surgimento das teorias publicistas que, nos dias de hoje, regem o instituto da responsabilidade civil do Estado e podem ser identificadas como teoria do Risco Administrativo e Teoria do Risco Integral. (MOTA, 2012, p. 34).

Passa-se, então, a levar-se em consideração que a Administração Pública tem a obrigação de desempenhar as funções que lhe competem sem criar riscos para a sociedade, devendo agir com vigilância e cautela. (MOTA, 2012, p. 37).

De acordo com essa teoria, a culpabilidade, seja do agente público ou do serviço, não é mais elemento indispensável para a configuração da responsabilidade do Estado, sendo substituída pelo nexo causal entre o comportamento da Administração Pública e o dano sofrido pelo administrado, de modo que um represente consequência do outro. Neste diapasão, não se considera a culpa ou dolo do agente, tampouco a licitude da conduta, sendo observado tão somente o nexo de causalidade entre o dano e a conduta, sendo que, ainda que havendo prejuízo sofrido pelo administrado, ante a ausência de nexo de causalidade, não há que se falar em indenização. (MOTA, 2012, p. 37).

Insta por oportuno registrar que, ainda que dispensável a prova da culpa, é permitido ao Estado, por meio das excludentes de ilicitude, afastar a sua responsabilidade, recaindo sobre o mesmo o ônus de comprovar a quebra do nexo de causalidade, a exemplo da culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiros e a força maior (MOTA, 2012, p. 38).

Portanto, ao longo da história brasileira, o ordenamento jurídico aplicado nas relações do Estado em face de seus administrados adotou as teorias acima expostas, exceto a teoria da irresponsabilidade estatal (MOTA, 2012, p. 41). Isto posto, é importante frisar que a tese da irresponsabilidade estatal nunca foi admitida no ordenamento brasileiro, isto porque os Tribunais pátrios sempre se orientaram no sentido da tese da responsabilidade do Estado pelos atos lesivos (MELLO, 2013, p.1.043).

Em que pese na época dos regimes absolutistas não houvesse nenhuma previsão constitucional acerca da responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que as Constituições de 1824 e 1891 somente previam a responsabilidade dos funcionários públicos, existiam leis ordinárias, adotadas pela jurisprudência da época, que previam a responsabilidade do Estado. Todavia, sob a égide a Constituição Republicana de 1891, o advento do Código Civil de 1916, passou a prever a responsabilidade civil do Poder Público, prevendo expressamente a tese subjetivista da culpa civil em seu artigo 15 (MOTA, 2012, p. 41).

Em face do exposto, sinteticamente, conclui-se que o Brasil passou por três fases distintas: *(i)* de início, prevalecia a tese da culpa civil, ou seja, o Estado respondia no lugar de seu funcionário, no exercício do cargo, que atuou de modo culposo, por negligência, imprudência ou imperícia; *(ii)* evoluiu, posteriormente, para a noção de falta de serviço, para, *(iii)* finalmente, acolher a tese da responsabilidade objetiva do Estado (MELLO, 2013, p.1.044).

Assim, ao fazer uma transgressão histórica na análise dos ordenamentos jurídicos pátrios, vê-se que ao tempo do Império, a Constituição de 1824, em seu art. 179, XXIX, estabelecia que: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis

aos seus subalternos”. Dispositivo equivalente encontrava guarida no art. 82 da Constituição de 1891²⁴, o qual também previa a responsabilidade dos funcionários públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções ou quando fossem complacentes com seus subalternos.

Posteriormente, com o advento do Código Civil de 1916, no art. 15²⁵ determinava basicamente que as pessoas jurídicas de direito público seriam responsáveis pelos atos de seus agentes, investidos nessa qualidade, que causassem danos a terceiros, ressalvado o direito de regresso contra os causadores do dano. Com efeito, ficou evidenciado o caráter subjetivo da responsabilidade pública com o teor do dispositivo supracitado, seja por culpa civil, seja por falta de serviço (MELLO, 2013, p.1.044).

Já em 1934, o Decreto 24.216/34, com o intuito de limitar a responsabilidade do Estado, criou dispositivos excluindo a responsabilidade estatal nos casos em que o ato do agente administrativo tivesse caráter criminoso, ressalvada a hipótese de o poder público competente manter o agente administrativo no cargo, mesmo após a verificação do fato delituoso (MELLO, 2013, p.1.045).

Contudo, o dispositivo em questão teve curta duração, tendo em vista que a Constituição de 1934, promulgada um mês depois, em 16 de julho de 1934, previu expressamente, no art. 171²⁶, sobre a responsabilidade solidária entre o Estado e os seus funcionários, que em seu nome, agiam com culpa, fulminando com o disposto no aludido Decreto.

O mesmo dispositivo foi reproduzido no art. 158 da Constituição Federal de 1937²⁷, dando igual tratamento à responsabilidade solidária entre a Fazenda Pública Nacional, Estadual e Municipal e seus administrados. Somente em 1946 houve mudanças significativas na

²⁴ Art. 82, Constituição Federal de 1891. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

²⁵ Art. 15, Código Civil de 1916. As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

²⁶ Art. 171 - 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.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

²⁷ Art. 158, Constituição Federal de 1937. 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.

legislação relativa à responsabilidade do Estado, haja vista que o art. 194²⁸ da Constituição de 1946 introduziu a teoria da responsabilidade objetiva, ou seja, a possibilidade do Estado indenizar prejuízos provenientes de atos lesivos de funcionário ou agente seu, sem a necessidade de comprovação de culpa ou falta de serviço (MELLO, 2013, p.1.045).

Com efeito, Diógenes Gasparini (2012, p. 1131) destaca que as disposições tratadas no Código Civil se mantiveram inalteráveis até a Constituição de 1946, que, no art. 194, consagrou a teoria objetiva do Estado, ou também chamada de teoria do risco administrativo.

A partir daí a teoria subjetiva da culpa foi substituída pela moderna teoria da responsabilidade objetiva, pois o Poder Público passou a responder fundado no risco criado pelo próprio Estado, considerado, agora, o suficiente para ensejar o dever de indenizar, desde que observados a demonstração do dano e nexo de causalidade (MOTA, 2012, p. 43).

De mais a mais, a Constituição de 1967 reproduziu o dispositivo em seu art. 105²⁹, corroborando a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na Teoria do Risco Administrativo, inclusive, prevendo expressamente o direito à ação de regresso contra o agente estatal causador do dano (MOTA, 2012, p. 44).

Com isso, foi consagrado o direito da vítima de demandar diretamente contra o Poder Público, sem a necessidade de individualizar o agente estatal, ônus que será do Estado, ao intentar ação de regresso contra o agente público. Portanto, para o administrado, a responsabilidade será objetiva, prescindindo de demonstração de culpa do funcionário, e para o Estado a responsabilidade será subjetiva, tendo em vista que a ação regressiva contra o agente causador do dano dependerá de comprovação de negligência do seu ato (MOTA, 2012, p. 44).

Por conseguinte, a Constituição de 1969 reproduziu, mais uma vez, o dispositivo consagrador da responsabilidade objetiva do Estado e a ação regressiva contra o funcionário nos casos de culpa ou dolo, no seu art. 107³⁰.

²⁸ Art. 194, Constituição Federal de 1946. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

²⁹ Art. 105, Constituição Federal de 1967. As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

³⁰ Art. 107, Constituição Federal de 1969. Às pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Finalmente, a Constituição de 1988 consolidou definitivamente a responsabilidade objetiva do Estado em seu art. 37, §6º³¹. Ademais, a Constituição Federal contempla mais um avanço normativo, ao prever expressamente a responsabilidade por dano moral, em seu art. 5º, X³². A mesma orientação constitucional acerca da responsabilidade objetiva do Estado é estampada no Código Civil de 2002, através do art. 43³³ (MELLO, 2013, p.1.046).

Em que pese a teoria da responsabilidade objetiva ter sido contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro desde 1946, somente com a Constituição Federal de 1988 que essa responsabilidade teve destaque, pois incluiu a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público (MOTA, 2012, p. 45).

Diante de tudo quanto exposto, é evidente que a Constituição Federal, em seu artigo 37, §6º, não foi a primeira a adotar a responsabilidade objetiva do Estado, em que pese, esta tenha sido a primeira a se fundar na Teoria do Risco Administrativo. No entanto, a aplicação dessa teoria nos casos de omissão do Estado provoca grande discussão doutrinária, tendo em vista que o texto constitucional não mencionou se ele abrange os atos omissivos do Poder Público, além dos atos comissivos. Portanto, por ser um assunto de fundamental importância para a compreensão do presente trabalho, faz-se necessário uma discussão mais minuciosa acerca da responsabilidade objetiva ou subjetiva nos casos de omissão estatal, o que será explanado no decorrer deste estudo, notadamente no tópico 4.5 (MOTA, 2012, p. 47).

4.3 FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA: TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Demonstrada acima toda a evolução histórica da responsabilidade civil, constata-se que a teoria da responsabilidade objetiva do Estado se funda no risco que a atividade administrativa produz em relação aos administrados, de maneira que, havendo um dano, basta que a vítima comprove a lesão e o nexo de causa e efeito, prescindindo da demonstração de culpa (PEREIRA, 2000, p. 28).

³¹ Art. 37, §6º, Constituição Federal de 1988. 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.

³² Art. 5º, Constituição Federal de 1988. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³³ Art. 43, Código Civil de 2002. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

A Teoria do Risco Administrativo foi idealizada inicialmente por Léon Duguit e desenvolvida por renomados administrativistas, e defende, em suma, que a Administração Pública gera risco para os administrados, levando em consideração que risco seria a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Assim, pela lógica desta teoria, se a atividade pública é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos. Desta feita, o Estado deve suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 257).

Neste sentido, a Teoria do Risco Administrativo serve de fundamento para a ideia da responsabilidade objetiva do Estado. Segundo a doutrina de Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 371), ela se funda nas seguintes particularidades: *(i)* o risco que a atividade administrativa potencialmente causa aos administrados e *(ii)* a necessidade de dividir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os ônus suportados por alguns, por prejuízos decorrentes dessa atividade.

Ademais, por essa teoria a noção de culpa é trocada pela noção de nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido pelo administrado lesado (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 371).

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 574) ensina que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público com fundamentos de ordem política e jurídica, que vieram à tona quando se percebeu que o Estado tem maior poder e mais prerrogativas do que o administrado, sendo, portanto, o sujeito jurídico, político e economicamente mais poderoso. O administrado, ao revés, mesmo estando protegido em inúmeras normas pelo ordenamento jurídico, tem posição de sujeição em relação ao Estado. Destarte, não seria justo que o vitimado, diante de danos decorrentes da atividade estatal, tivesse o ônus de demonstrar a culpa da Administração Pública a fim de conquistar o direito à indenização dos danos sofridos.

Em face do exposto, constatou-se que, em razão do Estado ser mais poderoso, o mesmo teria que arcar com um risco natural em virtude de suas atividades e dos riscos que delas decorrem. Surge, assim, a Teoria do Risco Administrativo, como base jurídica da responsabilidade objetiva do Estado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 574).

Destaca-se que, desde 1946, a Teoria do Risco Administrativo foi adotada no Brasil, em relação à responsabilidade civil do Estado (FARIAS, 2015, p. 561). Portanto, por esta teoria, basta que a vítima demonstre o fato danoso e injusto gerado por ação ou omissão da Administração Pública, haja vista que por esta teoria não se cogita da culpa da administração

ou de seus agentes, pois a mesma se funda no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de ocasionar prejuízos a certos membros da comunidade, conferindo-lhes um ônus não suportado pelos demais (MEIRELLES, 2013, p. 726).

Com efeito, apesar da Teoria do Risco Administrativo, isentar a prova da culpa da Administração, permite que Estado seja eximido de responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal, como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. Portanto, a Administração não deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Assim, se o Estado, através de seus agentes, não deu causa ao resultado danoso, se inexistir relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano, restará prejudicada a aplicação da Teoria do Risco Administrativo e, conseqüentemente, o Estado não poderá ser responsabilizado (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 257).

A análise do art. 37, §6º, da Constituição Federal demonstra, em primeiro plano, que o Estado só responderá objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem. Com efeito, conclui-se que a expressão “seus agentes, nessa qualidade”, torna evidente que a Constituição implementou como condição a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, ou seja, aos casos em que houver relação de causalidade entre a ação do agente público e a lesão. Logo, se não existir essa relação de causa e efeito, não há possibilidade de responsabilizá-lo objetivamente (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 260-261).

De mais a mais, ainda é de suma importância pontuar que a Teoria do Risco Administrativo não se confunde com a Teoria do Risco Integral. A distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado nos casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 257).

Cumprido registrar, por oportuno, que a Teoria do Risco Integral é modalidade extremista da doutrina do risco para fundamentar o dever de indenizar mesmo nos casos de excludentes de responsabilidade, a exemplo da culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Posto isto, caso a Teoria do Risco Integral fosse acolhida na doutrina, o nosso ordenamento seria conduzido a uma série de abusos e iniquidades, uma vez que o Estado ficaria obrigado a reparar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo administrado, ainda que não decorresse de sua atividade, haja vista que estaria impossibilitado de invocar as causas excludentes de nexo causal (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 258).

Por essas razões, a Teoria do Risco Integral, por tratar-se de modalidade extremada da doutrina, é abandonada na prática, pois, a toda evidência, conduz ao abuso e à crueldade social (MEIRELLES, 2013, p. 727).

Nesta esteira, cumpre trazer à baila o ensinamento do ilustre doutrinador José de Aguiar Dias (1979, p. 254-255), de forma a elucidar esta questão, *in verbis*:

Somos, assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do risco administrativo, como a defendia já o insigne Amaro Cavalcanti, escrevendo que "... assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, o os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *Quod omnes tangit ab omnibus debet supportari*". Quando não fosse pela convicção de que ela corresponde à evolução da consciência jurídica, em progressivo afastamento do egoísmo e da fatuidade da *dura lex, sed lex*, ao menos por circunstâncias de fato, capazes de estabelecer, aos olhos do jurista, a presunção da responsabilidade do Estado, mesmo nos moldes clássicos, isto é, fundada na culpa. Até em casos de culpa pessoal do funcionário, a análise profunda do fato levará à convicção da culpa do Estado, que terá agido mal, no mínimo, por via da circunstância de haver posto o agente em contato com a vítima, como que proporcionado àquele a oportunidade e talvez os meios de prejudicá-la.

Destarte, a responsabilidade objetiva é marcada pelo nexo de causalidade entre a atuação estatal e os danos dela decorrentes, prescindindo de demonstração da culpa, deflagrando, por conseguinte, a obrigação de reparar os danos causados a terceiros em razão de um procedimento do Estado, seja lícito ou ilícito (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 372).

4.4 ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Para a responsabilidade objetiva restar configurada, somente três pressupostos são suficientes. O primeiro deles diz respeito à ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta praticada por agente público, nesta qualidade, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público (CARVALHO FILHO, 2015, p. 584).

O segundo pressuposto diz respeito ao dano, tendo em vista que inexistente que se falar em responsabilidade civil sem que tenha havido dano em decorrência de uma determinada conduta. Assim, independente da natureza do dano, cabe à vítima comprovar que a conduta estatal lhe causou algum gravame, seja de ordem material ou moral (CARVALHO FILHO, 2015, p. 584).

O último pressuposto – e não menos importante – diz respeito ao nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano, ou seja, cabe à vítima demonstrar que o prejuízo sofrido

decorreu necessariamente de uma conduta estatal. Cumpre frisar que não se pode atribuir ao Estado a responsabilidade por todos os danos sofridos pelos indivíduos, tendo em vista a previsão de causas excludentes da responsabilidade civil na legislação, como o de fato de terceiro³⁴ ou culpa exclusiva da vítima³⁵, dentre outras (CARVALHO FILHO, 2015, p. 584).

4.4.1 Conduta praticada por um agente público, nesta qualidade

A conduta humana é o elemento imprescindível para a deflagração da responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva. Assim, basta que a conduta viole a órbita de direitos de outrem para ensejar a responsabilização do agente da conduta danosa (MOTA, 2012, p. 14).

Importante lembrar, por oportuno, que o Estado, como pessoa jurídica, é um ser intangível, ou seja, significa dizer que se faz presente no mundo jurídico mediante a representação de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta é a ele atribuída. Portanto, o Estado, por si só, não é capaz de lesionar direitos de terceiros (CARVALHO FILHO, 2015, p. 572).

Cumpre pontuar que a responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva, sempre terá uma conduta como elemento essencial para a deflagração da responsabilização do Estado. Entende-se por conduta todo comportamento humano comissivo ou omissivo, voluntário e imputável, excluído os eventos da natureza (GANDINI; SALOMÃO, 2018, p. 206).

Saliente-se que o fator determinante para a ocorrência do evento danoso é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano. Portanto, para incidir a responsabilidade do Estado não basta que o ilícito tenha sido praticado pura e simplesmente por agente público, é preciso, sobretudo, que a qualidade de sua função tenha contribuído de tal maneira que foi possível a prática da conduta danosa. Por óbvio, o Estado não responderá se o evento danoso for praticado por agente não investido na qualidade de agente público (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 261).

Logo, os danos provocados em virtude de o agente prevalecer-se da qualidade de agente público também ensejam a responsabilidade do Estado. Verifica-se, outrossim, que a responsabilidade do Estado não se limita apenas aos danos gerados no próprio exercício da atividade do agente público, mas também aqueles que tiveram como fator determinante da conduta danosa o gozo da qualidade de agente público (MELLO, 2013, p.1.026).

³⁴ Art. 930, Código Civil. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

³⁵ Art. 945, Código Civil. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Nesse prisma, surge a discussão acerca do direcionamento da ação indenizatória, se será oposta diretamente em face do agente, ou solidariamente contra o agente e o Estado, ou diretamente contra o Estado, respondendo o agente regressivamente perante aquele (MELLO, 2013, p.1.050).

O direito de regresso funciona como um mecanismo com vistas a resguardar os interesses do Estado em detrimento da proteção ao funcionário público, uma vez que prevê a forma de seu ressarcimento pela despesa com a condenação. Ocorre, contudo, que o resultado da pretendida ação de regresso é a impunidade do agente público, isto porque, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1057) “depois de o Estado haver assentado uma dada posição na ação de responsabilidade, fica impedido de mover a ação de regresso. Isto porque, ao ser acionado, o Estado, sistematicamente se defende alegando não ter existido a causalidade invocada”.

Tal entendimento encontra eco na doutrina de José de Aguiar Dias (1979, p. 233), que assevera o seguinte:

Surge, aqui, um problema que merece discussão: o da coexistência das responsabilidades do Estado e dos seus agentes. É sabido que as falhas do funcionário se distinguem em faltas pessoais e faltas do serviço, noção que deixamos já esboçada, quando quisemos precisar a significação da expressão *nessa qualidade*, usada no art. 15 do Código Civil. O caso, agora, é outro: o de falta pessoal do funcional derivada da falta da administração, dando lugar à obrigação solidária de reparar. Duguit propõe a questão do regresso do Estado em relação ao funcionário por quem pagou, levantando a indagação sobre o *quantum* que lhe é lícito reclamar ao funcionário. Sua solução manda repartir o encargo de acordo com a gravidade da participação culposa de cada um no evento danoso

Por força destes aspectos, a temática abordada no presente estudo traz o enfoque da responsabilidade do Estado decorrente de danos causados pelos custodiados, notadamente os apenados foragidos das cadeias públicas e os presos em gozo de benefício prisional, levando em consideração que estes estavam sob custódia daquele. Neste caso, a conduta seria, portanto, uma omissão do agente público, que, nesta qualidade, descumpriu o dever de custódia e vigilância que a ele é atribuído, causando, eventualmente, danos a um terceiro em razão da fuga do custodiado (MOTA, 2012, p. 15).

Nestes termos, resta insofismável que para que o dano seja passível de reparação pelo Estado é necessário que seja, inicialmente, proveniente de comportamento humano voluntário, contrário ao direito e graças à condição de agente público.

4.4.2 Dano material ou moral suportado por terceiro

A demonstração do dano é fundamental para a deflagração da responsabilidade civil. Sem a demonstração do mesmo, inexistente que se falar em ressarcimento, já que não existe o dano a ser reparado. Todavia, não é qualquer ofensa à bem jurídico de terceiro que dará ensejo a um dever de indenizar, tendo em vista que é indispensável que o bem jurídico lesionado seja, ao mesmo tempo, bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico (MOTA, 2012, p. 16). Nesta senda, não é reparável pelo Estado o dano que não apresentar essas características (GASPARINI, 2012, p. 1131).

Nesta mesma linha de intelecção é o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 76-77), pois, para ele, o dano é o vilão da responsabilidade civil, já que não se pode falar em indenização sem o dano. Assim, é possível a responsabilidade sem culpa, mas não é possível a responsabilidade sem dano. Para ele, qualquer que seja a modalidade de risco na responsabilidade objetiva, seja risco profissional, risco-proveito ou risco criado, o dano constitui o seu critério elementar preponderante.

Com efeito, neste caso, o dano resulta de uma conduta lesiva do Estado e afigura-se como a perda ou prejuízo patrimonial suportado por alguém, em decorrência de ato ou fato alheio à sua vontade. Contudo, se o dano é causado pela própria vítima, restará configurada a culpa exclusiva da vítima, afastando a responsabilidade do Estado, pois trata-se de excludente da responsabilidade civil, disposta no art. 945 do Código Civil (GASPARINI, 2012, p. 1.131).

Em ambas as teorias acerca da responsabilidade civil, o dano representa um requisito essencial para a deflagração da mesma. A sua ocorrência se dá com a lesão, suportada pelo ofendido, incidente aos seus bens jurídicos e direitos. Vale ressaltar, em contrapartida, que não é qualquer dano que é passível de ressarcimento, mas tão somente o dano injusto, isto é, contrário ao direito (GANDINI; SALOMÃO, 2018, p. 206).

Ademais, o dano poderá ser de título patrimonial ou extrapatrimonial. O dano patrimonial ofende o patrimônio da vítima, o qual sofre a perda ou deterioração total ou parcial dos bens materiais economicamente apreciáveis, abrangido os danos emergentes e os lucros cessantes, conforme o disposto no art. 402 do Código Civil³⁶. Por outro lado, o ressarcimento

³⁶ Art. 402, Código Civil. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

por dano extrapatrimonial está previsto no art. 5º, V e X³⁷, da Constituição Federal e consiste em um dano relacionado à lesão de bens jurídicos insuscetíveis de quantificação pecuniária, denominados bens da personalidade, tais como a dignidade pessoal, a moral, a liberdade (GANDINI; SALOMÃO, 2018, p. 207).

Vale dizer, o dano juridicamente indenizável nem sempre pressupõe um dano econômico, isto porque pode ter havido única e exclusivamente um dano moral. Contudo, inobstante a conduta danosa ter ofendido o patrimônio moral de outrem, e, portanto, não ter gerado um dano quantificável e tangível, muitas vezes este dano ocasiona desdobramentos econômicos prejudiciais para o administrado (MELLO, 2013, p.1.038).

Inobstante o quanto se expôs, cumpre advertir que, para ensejar o dever público de indenizar, é necessário que o dano apresente certas características. A primeira delas diz respeito à correspondência da lesão a um direito da vítima. Significa dizer que, só terá legitimidade para postular indenização aquele que sofreu algum gravame a direito seu. Além disso, para que o dano seja passível de indenização, além de incidente sobre um direito, é necessário que este seja certo, real e não apenas eventual (MELLO, 2013, p.1.038).

Junto a isso, a deflagração do dano indenizável requer que, ademais da certeza do dano e da lesão a um direito, sejam cumuladas a especialidade e anormalidade como características do dano. Assim, dano especial é aquele prejuízo que não incide especificamente sobre a coletividade genérica e abstrata de pessoas, ou seja, não é aquele disseminado pela sociedade, mas o que onera especificamente a situação particular de um ou um grupo de indivíduos. Já o dano anormal é aquele que supera as meras ofensas patrimoniais inerentes às condições de convívio social (MELLO, 2013, p.1.039).

4.4.3 Nexo causal e a miríade das teorias da causalidade

Trata-se de elemento fundamental em qualquer espécie de responsabilidade civil. À primeira vista, parece ser um elemento sem dificuldades práticas de verificação, entretanto, a

³⁷ Art. 5º, Constituição Federal. 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:

[...]

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

realidade fática demonstra-se muito diferente. Assim, o conceito de nexo de causalidade, além de apresentar um caráter filosófico, reveste-se de dificuldades de ordem prática, tendo em vista que, na maior parte das vezes, o evento lesivo está cercado de concausas, que dificultam a identificação da causa determinante do dano (CRUZ, 2005, p. 18).

Por derradeiro, Anderson Schreiber (2015, p. 55) leciona que o dever de reparar um dano depende da existência de um liame causal entre certo comportamento e o resultado danoso, ou seja, faz-se mister que se estabeleça um vínculo entre dois eventos, de modo que um implique na consequência do outro. Nesta senda, vê-se que a aparente simplicidade inicial da definição destoa com as incontáveis dificuldades de ordem prática que nascem na sua verificação.

Na temática da responsabilidade civil, o nexo causal apresenta uma dupla função: seja determinando o sujeito passivo da obrigação, isto é, a quem se deve atribuir o resultado danoso, seja na verificação da extensão do dano a se indenizar, servindo como medida da reparação (CRUZ, 2005, p. 22).

No que diz respeito à responsabilidade civil por omissão, o nexo causal demonstra-se um elemento indispensável para a deflagração da responsabilidade. Assim, quanto ao assunto pertinente à responsabilidade por omissão do Estado, é de suma importância o estudo da relação de causalidade, haja vista a necessidade de demonstração do dano para a atribuição do dever de indenizar ao ente estatal (PEREIRA, 2000, p. 34).

Destaca-se que, no campo da responsabilidade civil do Estado, o nexo causal é elemento indispensável, pois uma vez demonstrada a interrupção do nexo de causalidade, inexistente que se falar em responsabilidade, sob qualquer natureza, seja ela objetiva ou subjetiva. Assim, ausente o vínculo necessário entre a conduta danosa, ora omissiva, ora comissiva, e o dano que dele tenha decorrido, não restará qualquer obrigação de indenização ao Estado (MOTA, 2012, p. 18).

Neste ponto, é de clara notoriedade que somente haverá a responsabilidade do Estado no momento de identificação de um liame de consequência recíproca entre a atuação administrativa do agente público e a ocorrência do dano à terceiro (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 262).

Assim, mister se faz verificar uma relação de causa e efeito necessária e suficiente entre a ação ou omissão estatal e o resultado lesivo. Isto posto, se restar em evidência que o resultado danoso proveio de atuação defeituosa do serviço público, é inegável a deflagração da responsabilidade civil imputável ao Estado (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1.392).

Contudo, conforme já havia comentado alhures, buscar a origem do dano nem sempre é uma tarefa simples, tendo em vista que podem surgir várias causas que influenciem o resultado do evento danoso, chamadas de concausas, sendo elas concomitantes ou sucessivas. Sobre este assunto, trata muito bem o art. 942 do Código Civil³⁸, determinando que quando as concausas forem simultâneas ou concomitantes, a responsabilidade será solidária em relação a todos aqueles que concorressem para o evento danoso (GANDINI; SALOMÃO, 2018, p. 207).

Ante essa dificuldade de ordem prática no momento de aferição do nexos causal, algumas teorias foram desenvolvidas com o propósito de esclarecer o nexos de causalidade, perquirindo quais os tipos das causas que podem ser consideradas ensejadoras do dano à vítima. Destarte, as três principais teorias são a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria da Causalidade Direta e Imediata (PEREIRA, 2000, p. 34).

A primeira delas, denominada de Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, também chamada de *conditio sine qua non*, traçada no seio do direito penal, em 1860, pelo alemão Von Buri, não faz distinção entre o que é causa e o que é mera condição do evento danoso. Em outras palavras, para esta teoria, qualquer comportamento que contribua para o resultado de um dano seria considerado causa para fins de configuração da responsabilidade. Esta teoria é adotada no âmbito da responsabilidade penal, sendo consagrada pelo Código Penal de 1940, em seu artigo 13³⁹, contudo, no âmbito da responsabilidade civil, ela é inaceitável, pois conduz a resultados absurdos, provocando a chamada regressão infinita (MOTA, 2012, p. 20).

Assevere-se que, segundo Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 372), à luz desta teoria, todas as condições se equivalem, vale dizer, torna-se irrelevante analisar a maior ou menor distância entre o comportamento do agente e os efeitos, pois toda condição se converte em uma causa, por mais distante que seja a sua correlação com o dano. Posto isto, o comportamento pessoal é elemento *sine qua non* do resultado, ingressando na cadeia como consequência necessária para o resultado danoso. Conforme o entendimento deste mesmo autor: “utiliza-se o método da eliminação hipotética de Thyren, para se concluir que o agente responde por todos os danos que não ocorreriam se mentalmente suprimido o fato”.

³⁸ Art. 942, Código Civil. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

³⁹ Art. 13, Código Penal. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Noutra quadra, já nos termos da Teoria da Causalidade Adequada, concebida no final do século XIX, desenvolvida pelo filósofo alemão Von Kries e aperfeiçoada por Rumelin, Traeger, Enneceerus e Gabriel Marty, busca-se aquela causa que foi determinante e potencialmente apta a produzir os efeitos danosos no caso concreto, em meio de mais de uma possível causa, atuando em favor de determinado resultado (TEPEDINO, 2002, p. 09).

Diferentemente do que propunha a Teoria *Sine Qua Non*, a Teoria da Causalidade Adequada é muito mais aceitável para a responsabilidade civil, pois parte de uma averiguação da causalidade, e não mais de elementos naturais. De acordo com os adeptos desta teoria, a condição se converte em causa somente quando se verifica que o dano experimentado pela vítima é uma consequência normalmente previsível do fato. Em outras palavras, funda-se na probabilidade do evento danoso à luz da experiência. (FARIAS, 2015, p. 372).

Contudo, com o advento do Código Civil de 2002 e o teor do art. 403⁴⁰ deste diploma legal, estas teorias foram rejeitadas, em razão das mesmas gerarem resultados exagerados e imprecisos, uma vez que estabelecem o nexos causal entre todas as possíveis causas de um evento lesivo e os resultados efetivamente produzidos (TEPEDINO, 2002, p. 10).

Neste contexto, em face das críticas apontadas às teorias já examinadas, galgou papel de destaque a chamada Teoria da Causalidade Direta ou Imediata, também chamada de Teoria da Interrupção do Nexos Causal, a qual considera como causa jurídica somente o acontecimento que se vincula diretamente ao dano, sem a influência de qualquer outra condição sucessiva. À primeira vista, tal teoria fundamenta-se em um fator mais objetivo que as teorias anteriores, além de ter o propósito de limitar a relevância do comportamento humano, para fins de responsabilização, dando importância aos acontecimentos mais próximos do resultado dano, a fim de evitar injustiças flagrantes, como ocorriam com a Teoria da Equivalência das Condições (SCHREIBER, 2015, p. 60).

Ademais, a Teoria do Dano Direto e Imediato ofereceu um acréscimo às outras teorias, já que é traduzida na noção de necessariedade. Significa dizer que a causalidade só será demonstrada a partir de determinado acontecimento fático do qual decorra um dano (MOUTINHO, 2006, p. 267).

Conforme ensina Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 376), a Teoria da Causalidade Direta e Imediata se destaca se for comparada com a Teoria da Causalidade Adequada, sob o ponto de vista da segurança jurídica, tendo em vista que aquela busca uma solução objetiva para a tortuosa temática do nexos causal, sem recorrer a conceitos jurídicos indeterminados como

⁴⁰ Art. 403, Código Civil. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

“probabilidade” e “normalidade” como esta. Contudo, a rigidez da Teoria da Causalidade Direta e Imediata pode causar injustiças manifestas nas situações em que concretamente existam danos indiretos, conforme será abordado de forma mais minuciosa no tópico 4.7.2.

Na cadeia evolutiva acerca das teorias do nexo de causalidade, formulou-se uma releitura da Teoria da Causalidade Direta e Imediata, a qual deu origem à Subteoria da Necessidade da Causa, a qual considera sinônimas as expressões “dano direto” e “dano imediato”, previstas no art. 403 do Código Civil, ambas identificadas com a ideia da necessidade da conexão entre causa e efeito (TEPEDINO, 2002, p. 10). Isto posto, a partir dessa subteoria, torna-se possível reconhecer danos indiretos, sujeitos de ressarcimento, contanto que sejam decorrência necessária da conduta tomada como causa. Com efeito, a melhor doutrina conclui que a necessidade incide na verdadeira essência da Teoria da Causalidade Direta e Imediata (SCHREIBER, 2015, p. 62).

Face o exposto, faz-se necessário compreender as teorias do nexo de causalidade, tendo em vista que, a depender da teoria a ser aplicada ao caso concreto, as consequências práticas são diversas, podendo ou não o Estado ser responsabilizado diante de sua omissão. De mais a mais, com a aplicação prática das teorias elucidadas tem-se resultados diferentes para um mesmo acontecimento fático. Cumpre frisar que o foco do presente estudo está voltado aos desfechos diferentes que são dados em virtude do rompimento ou não do nexo de causalidade, em relação à fuga de recluso de penitenciária com a posterior prática de novos delitos pelo foragido (MOUTINHO, 2006, p. 271).

4.5 ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS DO ESTADO

Antes de ingressar em seu cerne, convém distinguir os conceitos de atos comissivos e omissivos.

A diferença entre os atos omissivos e comissivos decorre de que, nestes últimos, é manifesta a infração a certo dever. Há o dever de evitar a prática de certas ações no ato comissivo, pois são contrárias ao direito ou a valores fundamentais. Ao passo que nos atos omissivos há a inobservância do dever de agir do Estado de modo específico e determinado. Dessa forma, a partir da ausência de adoção de conduta juridicamente obrigatória a adotar, há a configuração de uma omissão indevida em sentido próprio, além da inquestionável infração à ordem jurídica (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1.406).

É incontestável na doutrina e jurisprudência que nos atos comissivos, se o Estado provoca o dano e produz o evento lesivo a bem jurídico de terceiro, há de se aplicar a responsabilidade objetiva. É a própria noção de Estado de Direito que postula essa solução, tendo em vista que é suficiente a configuração dessa situação para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado (MELLO, 2013, p. 1.027).

Nos casos em que o Estado causou o dano, ele responde objetivamente, tendo em vista que o dano teve como causa direta uma ação estatal. Neste ponto, é pacífico na doutrina e jurisprudência que a responsabilidade será objetiva, bastando demonstrar a ação estatal, o dano e o nexos de causalidade entre ambos. Ressalte-se, ainda, que a responsabilidade objetiva do Estado pode decorrer de comportamentos lícitos e ilícitos (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 376). Nesta senda, a doutrina é unânime ao afirmar que o art. 37, §6º da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva para os casos de ação estatal, fundada no risco administrativo (LAGOS, 2016, 201).

Por outro lado, quando se trata de ato omissivo do Estado, o assunto é controvertido na doutrina quanto a natureza da responsabilidade civil aplicável. Explica-se.

Segundo o entendimento do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1.029), quando o dano se deu em decorrência de uma omissão do Estado, isto é, o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou de forma ineficaz, deve-se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva, uma vez que se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano e só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o mesmo. Em suma: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Assim, seguindo ainda o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1029), na hipótese de o Estado não estar obrigado a impedir o fato lesivo, faltaria razão para impor-lhe a responsabilidade de sofrer patrimonialmente as implicações da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação.

Noutra quadra, Marçal Justen Filho (2015, p. 1.403) entende que as hipóteses de dano advindo de omissão podem ser diferenciadas em duas espécies, as quais o mesmo convencionou chamar de ilícito omissivo próprio e ilícito omissivo impróprio. Assim, este autor entende que há os casos em que uma norma prevê o dever de atuação do Estado e a omissão corresponde diretamente à infração a este dever jurídico, denominando-se como ilícito omissivo próprio; e

há os casos em que a norma proíbe certo resultado danoso, o qual vem a se efetivar em decorrência da ausência das precauções necessárias para tanto, denominando-se como ilícito omissivo impróprio.

De mais a mais, registre-se que os casos de ilícito omissivo próprio são equiparáveis aos atos comissivos, para fins de aplicação da responsabilidade civil do Estado. Destarte, se houver previsão legal que é obrigatório o agente público perpetrar determinada ação, a omissão resulta em atuação ilícita e gera a presunção de formação viciada da vontade. O problema reside nas hipóteses de ilícito omissivo impróprio, a qual o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nessas hipóteses, a omissão do sujeito não leva à presunção de infração ao dever de diligência (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1.405).

Neste sentido, Marçal Justen Filho (2015, p. 1.405) assevera que para configurar o chamado ilícito omissivo próprio é preciso, antes de tudo, averiguar no caso concreto se houve ou não violação ao dever de diligência do Estado, ou seja, se existiam providências necessárias e suficientes para impedir o dano e o agente não adotou condutas aptas para impedir a ocorrência deste. Verificada essas condições, estarão presentes os pressupostos da responsabilização civil.

Cumpra ainda trazer à baila o entendimento de Sérgio Cavaleiri Filho (2015, p. 267), que assevera que o art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, não se dirige apenas à atividade comissiva do Estado, mas ao revés, a ação a que o dispositivo alude engloba tanto a conduta comissiva quanto a omissiva.

O ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo, tal como definido no art. 186 do Código Civil⁴¹. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 267).

Conforme observado, no âmbito dos atos comissivos praticados pelo Estado, a doutrina tem entendimento uniforme no sentido de aplicar a teoria objetiva, contudo, no que tange aos atos omissivos do Poder Público, a doutrina apresenta divergências. Enfim, passa-se a detalhar as controvérsias acerca da teoria aplicável acerca da responsabilidade do Estado no caso de atos omissivos do Poder Público.

⁴¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

4.5.1 Polêmica doutrinária em relação aos danos provocados por omissão estatal: responsabilidade subjetiva versus responsabilidade objetiva

O tópico ora em análise tem o propósito de trazer à baila a controvérsia existente a respeito da natureza da responsabilidade civil do Estado em caso de omissão. Neste ponto, faz-se mister abordar, desde logo, a principal diferença entre uma ou outra modalidade de responsabilidade (LAGOS, 2016, 196).

Em relação à responsabilidade subjetiva, a culpa se destaca como o seu principal elemento. Para que ela seja configurada, é preciso que estejam presentes o dano, o nexo causal e a culpa. Isto porque o aspecto subjetivo do agente deverá ser investigado a fim de se determinar se haverá ou não responsabilidade civil. Noutra quadra, a responsabilidade objetiva é fundada na teoria do risco e na solidariedade social, e por isto, se caracteriza pela ausência de demonstração de culpa como um elemento necessário, bastando apenas comprovar o ato, o dano e o nexo causal (LAGOS, 2016, 196-97).

Neste diapasão, vê-se o quanto a temática da responsabilidade civil do Estado é controversa na doutrina, mormente no que concerne aos casos de conduta omissiva do mesmo, havendo cerca de três correntes distintas a seu respeito, todas elas com argumentos de vultoso respeito. Cumpre frisar que não há pretensões de, com este estudo, solucionar esse problema interpretativo. Procura-se, apenas, analisar a aplicação de cada sistema em relação às omissões estatais, a fim de proporcionar maior efetividade aos direitos dos administrados (ABREU NETA, 2010, p. 191).

A primeira parte da doutrina, capitaneada por Hely Lopes Meirelles, defende que o art. 43 do Código Civil de 2002, embasa a responsabilidade objetiva do Estado e a Teoria do Risco Administrativo, tanto para os atos comissivos quanto para os atos omissivos. Assim, por essa parte da doutrina, inexistente que se falar em responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público, em virtude da ausência de dispositivo neste sentido (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 287).

Noutra quadra, a segunda corrente, que possui como mentor o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, sustenta que a responsabilidade do Estado será subjetiva nos casos dos atos omissivos. Segundo ele, nos casos de omissão, se o Estado não é o causador do dano, não há que se responder objetivamente, haja vista que o Estado só estaria obrigado a indenizar os danos resultantes de eventos que teria o dever de impedir (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 287-288).

A terceira linha doutrinária, a qual Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 288) se filia, é uma “corrente mista”, conforme denominação dada por Rachel Freire Abreu Neta (2010, p. 195), a qual afirma que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi totalmente banida da ordem jurídica brasileira e tem lugar nos casos de omissão genérica da Administração Pública.

Em primeiro lugar, segundo Hely Lopes Meirelles (2013, p. 729), o §6º do art. 37 da Constituição Federal orientou-se no sentido da responsabilidade objetiva da administração, com base na Teoria do Risco Administrativo, seguindo, deste modo, a mesma linha traçada nas Constituições anteriores. Por esta razão, no momento em que a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta sofre qualquer dano resultante de omissão do agente público, investido nesta condição, incide a responsabilidade civil objetiva.

Isto posto, é obrigação da Fazenda Pública reparar todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, sem se indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis*, uma vez que ambos são formas de atuação administrativa (MEIRELLES, 2013, p. 732).

Grande parte dos julgados do STF adotam explicitamente a tese objetivista na omissão estatal. Entretanto, a adoção da tese não significa ampliação desmedida da responsabilidade estatal, tendo em vista que o nexos causal serve como limite, isto é, o dano precisa resultar de uma omissão que esteja ligada a ele. A omissão, em outras palavras, precisa ser a causa do dano (FARIAS, 2015, p. 608-609).

Em segundo plano, conforme o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1.031) é totalmente admissível que o Estado responda objetivamente pelos seus atos comissivos e aos danos que causou em decorrência disto. Entretanto, no que se refere aos atos omissivos, só é razoável e impositivo que responda objetivamente quando estiver obrigado a impedir os eventuais danos que tenha causado. Isto porque, solução diversa conduziria a absurdos, pois ao admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido na condição de segurador universal.

Nesta mesma linha de inteligência é o entendimento de Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 716), que defende que, “enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos ou ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado”.

Assim, existindo uma presunção de culpa do Poder Público, acolhe-se a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão e caberá ao Estado fazer a prova de que não deu causa ao fato danoso, ou seja, é necessário demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do

que seria razoável exigir. Dessa forma, se o Estado se desincumbir desse ônus, inexistirá que se falar em responsabilidade estatal (DI PIETRO, 2013, p. 717).

Em terceiro lugar, Sérgio Cavaleiri Filho (2015, p. 268) divide os atos omissivos do Estado em duas espécies: omissão específica e omissão genérica. Para ele, a omissão específica estará configurada nos casos em que o Estado está na qualidade de guardião de coisa ou pessoa, e por negligência cria situação propícia para a ocorrência do fato lesivo, o qual tinha o dever de agir para impedi-lo, ao passo que a omissão genérica se configura nos casos em que não se pode exigir do Estado uma ação específica, ou seja, quando o Poder Público, em razão do seu poder de polícia, tem apenas o dever legal de agir e por negligência convém para o resultado. Nesse caso, deve prevalecer a ideia de responsabilidade subjetiva.

Assim, a omissão específica implica um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata do evento danoso, fazendo insurgir a responsabilidade objetiva do Estado. Dessa forma, o pressuposto da omissão específica é um dever especial do Estado, que o obrigue a agir para evitar o resultado lesivo, quando a vítima se encontrava sob sua custódia. Por outro lado, a omissão genérica pode ser observada nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica (CAVALIEIRI FILHO, 2015, p. 268-269).

Destarte, a omissão genérica faz insurgir a responsabilidade subjetiva da Administração, tendo em vista que o Estado, nesses casos, tem apenas o dever legal de agir em razão do seu poder de polícia e a inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata do dano, contudo, concorre para ele, motivo pelo qual o lesado detém o ônus de provar que a falta do serviço concorreu para o dano (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 269).

Em síntese, no caso de omissão, faz-se mister estabelecer a distinção entre os casos de o Estado estar obrigado a praticar uma ação, em virtude de específico dever de agir, ou ter somente o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva. Assim, para a responsabilização do Estado, bastará a demonstração de que o resultado danoso foi em razão da sua omissão (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 269).

Isto posto, para essa parte da doutrina, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre ter o Estado um específico dever de agir e, conseqüentemente, estar obrigado a praticar uma ação, ou ter tão somente o dever de evitar o resultado. Assim, caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva. No entanto, caso tenha somente o dever de evitar o resultado, a responsabilidade será subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 269).

Demonstradas as controvérsias existentes na doutrina e atinentes a esta temática, faz-se mister avaliar os benefícios inerentes à adoção de uma ou outra corrente, esclarecendo-se, desde logo, que, neste estudo, se fez a opção pela teoria objetiva da responsabilidade por omissão do Estado.

4.5.2 Considerações finais acerca da natureza objetiva da responsabilidade estatal por conduta omissiva

Em razão do ordenamento jurídico brasileiro não disciplinar expressamente sobre a teoria aplicável nos casos de omissão do Estado para fins da deflagração da responsabilidade, cabe à doutrina e jurisprudência resolverem tal impasse. Ocorre, contudo, que não há uma posição unânime quanto a este assunto, havendo, ainda, grandes controvérsias perante o STF (LAGOS, 2016, 203).

Conforme já observado, a parte da doutrina adepta à natureza da responsabilidade subjetiva afirma que não se trata de qualquer omissão que gerará a responsabilidade do Estado, se não estaria transformando o Estado na qualidade de segurador universal de qualquer acontecimento cotidiano. Assim, para esta parte da doutrina, o Estado só poderá ser compelido a reparar um dano causado em virtude de sua omissão no caso em que devesse agir naquela situação, mas fica inerte, ou, mesmo atuando, o faz de forma insatisfatória (LAGOS, 2016, 203).

No entanto, isso gera dificuldades de ordem prática, gerando a seguinte indagação: como saber quando o Estado tem o dever legal de agir e não o faz, causando o dano a ser indenizado? Posto isto, vê-se que esta não é uma resposta objetiva e simples de ser dada, já que apenas com a análise casuística é que se pode aferir se havia ou não o dever de agir do Estado (LAGOS, 2016, 204).

Noutra quadra, como já explanado acima, para os adeptos da corrente objetiva, entendem que basta a demonstração do dano e do nexu causal para a deflagração da responsabilidade civil por omissão do Estado. Ocorre, contudo, que esta corrente é minoritária atualmente. Ainda assim, faz-se a opção por essa modalidade, neste estudo, competindo expor os fundamentos desse posicionamento para fins de recebimento de indenização (LAGOS, 2016, 205).

João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão (2018, p. 222) entendem que a evolução da responsabilidade do Estado demonstra que a teoria aplicável é a teoria da responsabilidade objetiva, com fulcro no art. 43 do Código Civil, uma vez que o

legislador permite a averiguação acerca da presença do elemento subjetivo tão somente na ação regressiva perante o agente causador do dano, corroborando, portanto, a natureza objetiva da responsabilidade do Estado.

Assim, verifica-se que o legislador brasileiro, bem como a maioria da doutrina e jurisprudência, sempre avaliou com clareza a evolução da responsabilidade do Estado no sentido de sua objetivação, isto é, afastando-se a culpa e aproximando-se do risco, até assumi-lo, conforme a Teoria do Risco Administrativo (GANDINI; SALOMÃO, 2018, p. 223).

Ademais, a própria legislação brasileira já caminha neste sentido, fundado na Teoria do Risco Administrativo, tendo em vista que o Código de Trânsito já responsabiliza objetivamente o Estado, seja por ação ou omissão, pelos danos causados aos cidadãos, segundo o art. 1º, §3º do Código de Trânsito⁴².

Ante o exposto, tendo em vista a necessidade de proteger o lesado diante da dificuldade deste demonstrar a culpa ou dolo de algum agente ou que o serviço não funcionou como deveria, entende-se que a teoria aplicável é a teoria objetiva.

4.6 A FALHA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE ESTATAL EM RELAÇÃO AOS ATOS ILÍCITOS DOS CUSTODIADOS: UMA ANÁLISE À LUZ DE ESTUDO DE CASOS

Demonstradas, em tópico anterior, os elementos essenciais para a deflagração da obrigação de indenizar do Estado, e, especialmente, a natureza desta responsabilidade no que toca aos atos omissivos do Poder Público, passa-se a analisar, neste ponto, a possibilidade de o Estado responder pelos atos ilícitos dos custodiados em face de ato flagrantemente omissivo do Poder Público.

A questão que se põe em destaque foi submetida à apreciação do Poder Judiciário em poucas ocasiões, a exemplo do julgamento no STF do Recurso Extraordinário 608.880/MT, com admissão de repercussão geral, acerca da responsabilidade do Estado perante dano decorrente de crime praticado por preso foragido, no caso de omissão no dever de vigilância por parte do ente federativo, o qual será examinado logo adiante (STOCO, 2013, p. 228).

⁴² Art. 1º, Código de Trânsito Brasileiro. O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

§ 3º Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

O Estado tem o dever de custódia sobre os seus presos e detentos. Logo, ao receber os réus condenados, cumpre a determinação judicial e os encarcera, passando a ser responsável por sua segurança e incolumidade física, além de responder objetivamente pelos atos lesivos que pratiquem, enquanto reclusos, tendo em vista o seu dever de zelar pela segurança dos cidadãos em geral (STOCO, 2013, p. 228).

Em rica monografia dedicada ao tema, Laís Silva Mota (2012, p. 51) examina que:

Sabe-se que o Poder Público tem o dever de guarda sob os seus detentos e, por isso, deve cumprir a obrigação de manter presos os indivíduos condenados pela Justiça, por serem considerados um perigo para a sociedade. Sendo assim, a constante fuga desses prisioneiros configura o descumprimento de um dever legal do Estado, que deverá responder civilmente pelos danos que venham causar a terceiros. Como Márcia Andrea Bühring precisamente adverte:

O Poder Público ao receber os presidiários em seus estabelecimentos, assume o compromisso de velar, durante o período de sua permanência nesses estabelecimentos, por sua segurança, pela manutenção da ordem, pela vigilância; deve usar de todos os meios necessários para o efetivo cumprimento das regras, ou seja, deste encargo jurídico que lhe é atribuído, sob pena de incidir em responsabilidade por atos praticados pelo preso foragido (MOTA, 2004, p. 216-217).

Dessa maneira, em relação à fuga dos custodiados que, posteriormente, venham praticar atos danosos a terceiros, o Estado deverá ser responsabilizado, tendo em vista que cabia a ele manter o dever de vigilância sob esses indivíduos, não sendo justo que a sociedade suporte prejuízos de ordem material e/ou moral, em virtude de negligência e omissão estatal (MOTA, 2012, p. 51).

Ocorre, contudo, que, apesar do artigo 37, §6º da Constituição Federal ser claro ao estabelecer que as pessoas jurídicas de direito público ou privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, gerarem a terceiros, a situação ora em análise não é tão simples de ser solucionada, haja vista que perpassa por discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como será observado no deslinde deste estudo (MOTA, 2012, p. 51).

O que se observa, na prática, é a existência de decisões ora no sentido de julgar improcedentes as ações indenizatórias em face do Estado, ora no sentido de responsabilizar o Estado, pois os tribunais superiores ainda não uniformizaram um entendimento em relação a essa questão (MOTA, 2012, p. 51).

Conforme investigação jurisprudencial que será realizada ao longo deste trabalho, notadamente no tópico 4.7, constata-se que a simples demonstração de um liame causal entre o dano e a negligência estatal não é o único fator fundamental para que se configure a responsabilização do Estado, de modo que, elementos como o lugar e o tempo em que ocorreu

o dano influenciam diretamente na incidência da responsabilidade do Estado pelo ato do seu custodiado (MOTA, 2012, p. 51).

É público e notório o desinteresse do Estado com o sistema de segurança pública, sobretudo no que diz respeito ao sistema penitenciário brasileiro. Dessa forma, esta situação frustra a legítima expectativa dos cidadãos quanto ao papel do Estado e não se coaduna com a boa-fé. Nesta linha de inteligência, não se pode admitir que a vítima arque sozinha com o encargo decorrente dos descumprimentos dos deveres sociais pelo Estado (MOUTINHO, 2006, p. 275).

Esclareça-se, por oportuno, que não se pretende aqui colocar o Estado na qualidade de segurador universal perante a sociedade, contudo, permitir que o mesmo fique desobrigado a indenizar os danos praticados por criminoso foragido que deveria estar sob sua custódia, não é a postura mais razoável e esperada pelo ordenamento (MOUTINHO, 2006, p. 275).

Posto isto, levando em consideração o dever de custódia do Estado, passa-se a analisar a possibilidade da responsabilidade do Estado nas hipóteses de fuga de recluso, inobservância da regressão de regime e/ou concessão de benefícios prisionais. Contudo, cumpre frisar, desde logo, que não se pretende exaurir a divergências acerca do tema, pois, segundo Joana Carolina Lins Pereira (1993, p. 26), nestes casos, o fato causador do dano, as circunstâncias que o cercaram e a natureza do dano sofrido, sempre exigirão análises casuísticas.

(i) Fuga de recluso: delitos cometidos nesse período e a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados pelo foragido

Na hipótese de um recluso evadir-se da prisão e causar danos nas imediações ou proximidades do presídio, fica evidenciada a chamada *faute du service*, ou seja, falha ou falta do serviço de vigilância e manutenção dos condenados, sendo certo que o Estado, ao segregar os reclusos do convívio social, tem sobre os próprios o dever de cuidado, diligência e proteção (STOCO, 2013, p. 228).

Portanto, em razão do perigo permanente, efetivo e imediato a que se submete os circundantes que residem ou trabalham na região do presídio, isto é, da “fonte do risco”, o Estado há de ser responsabilizado objetivamente pelos danos gerados aos vizinhos, que decorram dessa guarda de pessoas perigosas, quer em situações de fuga ou não, consoante será discutido no tópico 4.7.1 (STOCO, 2013, p. 228).

É nessa diretriz o teor do julgado abaixo compilado, perpetrado pelo STF, que trata do caso de latrocínio praticado por detento foragido, em que se constata a negligência do Estado quanto ao emprego de medidas de segurança carcerária adequada, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DANO DECORRENTE DE CRIME PRATICADO POR PRESO FORAGIDO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da responsabilidade civil do Estado em face de dano decorrente de crime praticado por preso foragido, haja vista a omissão no dever de vigilância por parte do ente federativo. [...] O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, no julgamento da Apelação nº 24267/2009, entendeu ser o ente federado responsável pela morte decorrente de latrocínio cometido por detento que descumprira o regime semiaberto, proclamando o dever da Administração Pública de indenizar a família do falecido pelos danos morais e materiais. **Consignou que a omissão in vigilando implica a responsabilidade subjetiva do Estado. Afirmou ter a administração o dever de exercer a vigilância de preso sob sua custódia (folha 280). Assentou haver sido a Administração Pública estadual negligente quanto ao emprego de medidas de segurança carcerária, plenamente adequadas às circunstâncias específicas do caso (folha 285).** Anotou, ante o histórico criminal do autor do latrocínio, de reiterados delitos e fuga anterior, que existe para o ente federativo o dever de zelar pela segurança dos cidadãos em geral (folha 285). **Consignou ser incontroverso o dano causado bem como o nexo de causalidade, relativo à conduta omissiva do Estado, que deixou de exercer controle de preso sob sua custódia (folha 285).** (STF. RE nº 608.880/ Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 03.02.2011, DJe em 17.09.2013) (Grifos nossos).

Nesse mesmo sentido, veja-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. **Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento.** (STF - RE: 607771 SC, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 20/04/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-06 PP-01216) (Grifos nossos).

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOMICÍDIO COMETIDO POR APENADO QUE SE EVADIU DE PENITENCIÁRIA. FALHA DO ESTADO NO SERVIÇO DE CUSTÓDIA DOS APENADOS. DEVER INDENIZATÓRIO EVIDENCIADO. ADEQUAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXORBITÂNCIA REPUDIADA. PENSÃO MENSAL DEVIDA, À ORDEM DE 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Há que se reconhecer a responsabilidade do Estado pela morte de jovem, decorrente de crime perpetrado por foragido de penitenciária, porquanto houve falha no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia [...] (STF - AI: 760568 SC, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 20/08/2009, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 11/09/2009 PUBLIC 14/09/2009) (Grifos nossos).

De modo geral, vê-se que a fuga ocorrida em presídios, penitenciárias, cadeias públicas, casas de detenção, reformatórios e outros, leva a presunção de comportamento

omissivo do Poder Público, ou seja, caracteriza falha do sistema de vigilância e segurança do sistema penitenciário (STOCO, 2013, p. 229).

(ii) Inobservância da regressão de regime: responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo sujeito apenado

Levando em consideração a possibilidade da incidência de responsabilidade civil do Estado em relação às hipóteses em que há omissão dele, junto à aplicação da Teoria do Risco Administrativo, os Tribunais Superiores reconhecem que a Administração Pública, ao incumbir o servidor do exercício de determinada atividade, passa a responder por eventuais danos causados a terceiros na atuação daquele, inclusive nos casos em que há inobservância da regressão do regime, consoante se infere do julgado do RE 409.203 RS, o qual será analisado minuciosamente no tópico 4.8. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDIÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. **Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão.** Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (STF - RE: 409.203 RS, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 07/03/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-03 PP-00480 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 268-298) (Grifos nossos).

(iii) Concessão de benefícios prisionais: responsabilidade do Estado pelo prejuízo causado pela concessão de indulto natalino e saída temporária ao sujeito apenado

Outro aspecto relevante acerca desse tema está relacionado aos danos causados por presos que recebem o benefício do indulto de confraternização natalina ou das festas em razão do ano novo, das saídas temporárias e livramento condicional (STOCO, 2013, p. 229).

A concessão das saídas temporárias configuram-se como um direito individual e são autorizadas pela Lei 7.210/84, a exemplo daquelas previstas no art. 120⁴³ (falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão e para tratamento médico) e no art. 122⁴⁴, para os condenados que cumprem pena em regime semiaberto (visita à família, frequência a cursos profissionalizantes, dentre outros). Além disso, será regulamentada pelo Juiz Corregedor ou Juiz da Vara das Execuções Penais. Por outro lado, no que tange ao indulto, estes são concedidos mediante decreto do Presidente da República, que detém dessa prerrogativa (STOCO, 2013, p. 229).

Ocorre que, é muito comum a prática de delitos pelos presos que galgaram destes benefícios. Destarte, emerge a discussão relativa à possibilidade de reparação do Estado pelos danos causados aos administrados por atos danosos desses custodiados (STOCO, 2013, p. 229).

Com efeito, a concessão desses benefícios não exime a responsabilidade do Estado, tendo em vista que os presos continuam sob a custódia e responsabilidade da autoridade pública encarregada da segregação, vigilância e manutenção, uma vez que os mesmos cumprem pena restritiva da liberdade e o Poder Público está na qualidade de garantidor deles (STOCO, 2013, p. 229).

Assim, no caso das fugas, partindo do pressuposto de que foi resultado da falha do serviço no sistema penitenciário, uma parte da doutrina tem proclamado a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelos presidiários fugitivos. Por outro lado, quanto ao assunto relativo atos ilícitos praticados pelo recluso por ocasião de saídas temporárias do presídio e indultos, as soluções jurisprudenciais orientam-se no sentido de verificar, antes, se a autorização para as saídas dos presos teria obedecido aos trâmites legais (CAHALI *apud* STOCO, 2013, p. 229).

Neste caso, está-se diante de comportamento que se volta contra as normas e regulamentações internas ou de abuso de autoridade ou, até, de improbidade administrativa,

⁴³Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.

⁴⁴Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

conforme as hipóteses previstas no art. 11, da Lei 8.429/92⁴⁵. Nesses termos, ficará configurada a obrigação de indenizar do Estado, em caráter excepcional (STOCO, 2013, p. 230).

Assim, Rui Stoco (2013, p. 307) assevera que nos casos em que a autoridade tem obrigação de manter pessoa condenada encarcerada ou sob privação da liberdade o libera de forma irregular, o dever de guarda permanece, de forma que os danos que este provoque a terceiros, ou que ele mesmo sofra, serão reparados pelo Estado, tendo em vista que este deveria ter mantido a vigilância e controle necessários ao detento, mas não o fez.

Neste sentido, com vistas a elucidar o assunto, veja-se o seguinte julgado do Recurso Especial nº 1.641/086, que versa sobre a ocorrência de danos morais, estéticos e materiais causados a terceiro por ato de detento, em decorrência de manifesta negligência do Estado:

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. SENTENÇA QUE CONDENOU O ESTADO DA PARAÍBA A COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS DANOS SOFRIDOS PELO AUTOR, EM DECORRÊNCIA DE TER SIDO ALVEJADO COM DISPAROS DE ARMA DE FOGO POR DETENTO QUE SE ENCONTRAVA NO REGIME SEMI-ABERTO. DUPLO INCONFORMISMO. ANÁLISE CONCOMITANTE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE REVELA TER O ENTE ESTATAL DADO CAUSA À OCORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO EM VIRTUDE DA AUTORIZAÇÃO DE SAÍDA DE APENADO PELO DIRETOR DO PRESÍDIO DA COMARCA DE CATOLÉ DO ROCHA-PB NA CONDIÇÃO DE PREPOSTO. CONFIGURAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA APTA A RESPONSABILIZAR A ADMINISTRAÇÃO PELA CONDUTA DO DETENTO ILICITAMENTE LIBERADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO ESTADO E AS LESÕES FÍSICAS SOFRIDAS PELA VÍTIMA CULMINANDO COM A SÍNDROME DA CAUDA E QUINA, PARAPLEGIA E TRAUMATISMO RAQUIMEDULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EVIDENTE DEVER DE REPARAÇÃO DA PARTE LESADA. [...]

- De acordo com a teoria do risco administrativo, a Administração Pública, ao incumbir o servidor do exercício de determinada atividade, passa a responder por

⁴⁵ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
- VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela Administração Pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)
- IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
- X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

eventuais danos causados a terceiros na atuação daquele, tendo em vista a assunção dos riscos inerentes à atividade administrativa, **restando inequívoca a responsabilidade estatal no caso de ter o Diretor do Presídio de Catolé do Rocha-PB, permitido que apenas submetido ao regime semi-aberto saísse sem a devida autorização judicial culminando com a prática de crimes que levou a vítima à condição de paraplégico pois alvejado por disparos de arma de fogo.**

- Sendo objetiva a responsabilidade estatal, torna-se desnecessária a perquirição do elemento subjetivo do comportamento do agente público, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre a aludida conduta e o dano experimentado, para a efetivação da rigorosa responsabilização do Estado.

- Considerando os requisitos mencionados e as circunstâncias do caso concreto, notadamente o sério abalo psíquico sofrido pelo autor, em razão da paraplegia, **em decorrência de lesões advindas de disparos de arma de fogo, por indivíduo que estaria mediante custódia do Poder Público, torna-se justo a elevação da indenização por danos morais.** [...] (STJ RESP nº 1.641.086/ Rel. Min. OG Fernandes, julgamento em 03.04.2017, DJe em 05.04.2017) (Grifos nossos).

Em síntese, torna-se necessário destacar a relevância do tema e os seus impactos para o direito. As decisões acima tratam-se de decisões paradigmáticas, que se justificam em razão do interesse teórico que a questão desperta e a relevância prática desta em face da precariedade do sistema penitenciário brasileiro. Além disso, a atualidade dessa discussão jurídica é confirmada pelo fato de o STF haver reconhecido a omissão generalizada do Estado no que se refere à crise do sistema carcerário, através da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF nº 347.

Ante os argumentos expostos, nota-se que o Estado de Coisas Inconstitucional, por si só, evidencia a crise do sistema carcerário e a omissão *in vigilando* do Estado em relação aos seus custodiados, o que impõe, por conseguinte, a responsabilidade objetiva do Estado. Posto isto, o debate ora em questão tem relevância de ordem prática, haja vista que põe em evidência o direito do cidadão de exigir do Estado a contraprestação pelo descumprimento do seu dever de custódia e vigilância em relação aos presos.

4.7 O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO CAUSADO POR PRESO FORAGIDO E A OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A problemática pertinente à responsabilidade do Estado por ato omissivo, conforme ressaltado no tópico pregresso da exposição, comporta discussões doutrinárias, notadamente no caso de crime praticado por foragido, a qual, em que pese se destaque pela sua problemática, ainda não apresenta conclusão.

Assim, o presente tópico tem a finalidade de avaliar a temática relativa ao nexo causal na responsabilidade civil do Estado por omissão, com enfoque no caso de crime praticado por apenas foragido, questionando se incide ou não a responsabilidade civil ao Poder Público.

Levando em consideração a relevância jurídica que essa questão apresenta, tendo em vista a frequência do tema no dia-a-dia do Judiciário, far-se-á uma análise jurisprudencial neste ponto. À vista de todos os aspectos abordados no presente, não há qualquer pretensão de extirpar, ou sequer reduzir, a controvérsia já existente (PEREIRA, 2000, p. 37-38).

Conforme se demonstrará nos tópicos a seguir, para parte da doutrina e jurisprudência, inexistente que se falar em vínculo obrigacional entre o Estado e o administrado sem a comprovação de um elo de ligação “direto” e “imediate” entre a omissão estatal e o dano produzido ao terceiro. Ocorre que, na prática, a comprovação da existência desse liame causal revela-se muito difícil, notadamente na questão da responsabilidade estatal nos casos de danos praticados pelos presos foragidos (MOTA, 2012, p. 53).

4.7.1 Discussão acerca da responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de pessoas perigosas que o Estado tem a guarda e o rompimento do nexo de causalidade

Há casos em que a atuação do Estado cria situação favorável para o dano, de modo a justificar a sua responsabilização, ou seja, significa dizer que o comportamento do Estado, embora não seja a causa direta ou imediata do dano, concorre para que ele ocorra de forma decisiva. Essa situação ocorre com frequência nos casos em que o Estado tem o dever de guarda de pessoas ou coisas perigosas, expondo a coletividade a riscos incomuns, como por exemplo, os depósitos de explosivos, presídios e manicômios judiciais, dentre outros (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 284).

Nesses casos, o Estado produz a situação da qual o dano depende. Em outras palavras, são hipóteses nas quais é o próprio Estado quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que desencadearão a emergência do dano. Dessa forma, é o próprio Poder Público que, mesmo sem ser o autor do dano, compõe situação favorável à eventualidade de um dano (MELLO, 2013, p.1.035). Assim, apesar do Estado ficar inerte e não causar o dano diretamente, o simples fato de ele ter criado uma situação suscetível de risco, justifica a responsabilidade pelo eventual dano, em nome da teoria objetiva da responsabilidade (LAGOS, 2016, 209-210).

De mais a mais, havendo relação de custódia, isto é, sujeição especial de pessoas ou bens à administração pública, incidirá a responsabilidade objetiva do Estado por suas omissões, notadamente em relação aos atos dos presidiários. Isto porque o Estado adotou uma responsabilidade mais acentuada em relação a essas pessoas (LAGOS, 2016, p. 210).

Indiscutivelmente, a responsabilidade do Estado, nesses casos, é objetiva, porque é o próprio Estado que, sem ser o autor direto do dano, cria a situação favorável para a sua

ocorrência. Assim, a aplicação da teoria da guarda justifica-se na ideia de que estes estabelecimentos são instituídos em proveito de todos, logo, os danos deles decorrentes também devem ser suportados por todos (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 284).

Vale ressaltar, por oportuno, que os presídios são fontes potenciais de eventuais danos a terceiros, por manter pessoas suscetíveis de praticar atos agressivos e que demonstram risco perante a sociedade. Desse modo, o Estado expõe terceiros a riscos que o próprio criou, não podendo deixar de assumi-los (MELLO, 2013, p.1.034).

Consequentemente, os danos eventualmente sucedidos em virtude de uma situação de risco acarretarão a responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta é a maneira da sociedade absorver os danos que incidirão apenas sobre alguns, mas que foram gerados por organizações fundadas em benefício de todos (MELLO, 2013, p.1.035).

Ocorre que, parte da doutrina entende que o Estado responderá de forma objetiva somente nos casos em que o evento danoso ocorreu nas imediações dos estabelecimentos prisionais, ou seja, próximo à área de risco. Esse entendimento funda-se na teoria do risco que o ente estatal submete aos administrados que circulam nas proximidades de um presídio por ele instalado (MOTA, 2012, p. 52).

Para esta parte da doutrina, os danos decorrentes da fuga de reclusos em presídio, seja sobre bens ou pessoas sediadas nas imediações do presídio, ensejará responsabilidade objetiva do Estado. Portanto, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1.036) exclama que, se os foragidos vierem a causar danos em locais afastados do prédio onde está a fonte do risco, ou seja, o presídio, o dano suportado por terceiros não estará associado com a situação perigosa suscitada pelo Estado. Nesta hipótese, será válida a reparação do Estado se restar comprovado que o serviço de guarda dos delinquentes não houver funcionado ou houver funcionado mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo e não pela situação de risco proveniente da guarda de pessoas perigosas.

Vislumbra-se, a partir de então, que para parte da doutrina, há a necessidade de deflagração de um liame causal entre o dano sofrido e o seu local de ocorrência. Vale dizer, se os evadidos fugirem da prisão e causarem danos em locais distantes das imediações da penitenciária, a responsabilidade do Estado não irá se configurar, pois haverá uma interrupção donexo causal, de modo que, não mais se considerará o risco criado pela guarda de pessoas perigosas (MOTA, 2012, p. 53).

Assim, cumpre trazer à baila a aplicação prática das teorias já explanadas no tópico 4.4.3. A aplicação de ordem prática das mesmas ganhou destaque quando para um mesmo acontecimento fático – *in caso*, fuga de detento de penitenciária com a posterior prática de novos

delitos pelo foragido - são dados resultados diferentes em razão da interrupção do nexos de causalidade (MOUTINHO, 2006, p. 268). Por conseguinte, passa-se a fazer uma análise dos seguintes julgados perpetrados pelo STF, os quais se observa a aplicação de forma distinta da Teoria da Interrupção do Nexos Causal. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexos de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - **Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexos de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do RE 172.025/RJ">STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão,"D.J."de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido. (STF - RE: 369.820 RS, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 04/11/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-02-2004 PP-00038 EMENT VOL-02141-06 PP-01295) (Grifos nossos).**

Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso - atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão - preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: **indenização deferida sem ofensa do art. 37, § 6º, da Constituição.** (STF - RE: 136.247 RJ, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 20/06/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 18-08-2000 PP-00092 EMENT VOL-02000-04 PP-00798) (Grifos nossos).

Neste ponto, ao observar os julgados do STF, vê-se que o principal elemento fático para determinar a responsabilidade civil do Estado pela reparação dos danos causados pelo foragido é o tempo entre a fuga do recluso e a prática da sua conduta lesiva (MOUTINHO, 2006, p. 272).

Nota-se que no primeiro julgado, o foragido praticou o fato danoso quatro meses após a sua fuga e, levando em consideração apenas este aspecto temporal, o STF entendeu que houve interrupção do nexos de causalidade, logo, o Estado não foi responsabilizado. Por outro lado, já na segunda decisão, o delito foi cometido imediatamente após a fuga do recluso, e, por essa razão, fez *jus* à aplicação da Teoria da Causalidade Direta e Imediata, havendo responsabilidade do Estado (MOUTINHO, 2006, p. 272).

Assim, constata-se uma flagrante irresponsabilidade do Estado, reconhecida pelo STF, nos casos de declaração de interrupção do nexo causal pelo simples decurso do tempo, conforme examinado acima (MOUTINHO, 2006, p. 273).

Em face do exposto, permite-se concluir que a visão privatista e restritiva adotada pelo STF, frustra o ideal de justiça almejado pela sociedade, tendo em vista que olvida-se dos caracteres publicistas de estímulo social. Deste modo, em seguida, far-se-á uma análise à respeito da mitigação do rigor dos elementos normativos dispostos no art. 403 do Código Civil, notadamente no que diz respeito a contemporaneidade do dano em relação à conduta (MOUTINHO, 2006, p. 273).

4.7.2 A necessidade de imediação temporal

Conforme abordado anteriormente no tópico 4.4.3, o assunto que concerne à melhor teoria para explicar o nexo de causalidade é bastante discutido na doutrina e jurisprudência. Nesta senda, o STF adota a Teoria do Dano Direto e Imediato com base numa interpretação do vocábulo “direto e imediato”, disposto no artigo 403 do Código Civil, seguindo o entendimento de que o nexo de causalidade somente se verifica com a comprovação de que o dano resultou direta e imediatamente da omissão dos agentes administrativos e do mau funcionamento do serviço estatal (MOTA, 2012, p. 54).

Neste sentido, cumpre trazer à baila o caso paradigmático do RE 130.764-1/PR, julgado em 12 de maio de 1992, que corroborou a preferência deste tribunal pela teoria do dano direto e imediato (CRUZ, 2005, p. 123).

Pois bem.

Trata-se de ação proposta por vítimas de roubo em face do Estado do Paraná, praticado por bando composto por mais de sete marginais da qual fazia parte o preso que estava foragido há vinte e um meses. Restou comprovado nos autos que a quadrilha invadiu a residência da família vitimada, dominando-a completamente, até conduzi-la ao estabelecimento comercial de sua propriedade, local onde foi subtraído valor vultoso, correspondente a uma grande quantidade de joias (CRUZ, 2005, p. 124).

De mais a mais, as vítimas pleitearam reparação em face do Estado em virtude de uma omissão quanto ao dever de vigilância dos seus custodiados. Contudo, fundado na aludida teoria, o STF considerou que o dano teria sido mediato e indireto e entendeu que não havia nexo de causalidade, tendo em vista que o dano decorrente do assalto resultou de concausas, como a

formação de quadrilha e o tempo que o condenado estava foragido, não tendo como efeito necessário a omissão da autoridade pública (FARIAS, 2015, p. 376).

Segundo Gisela Sampaio Cruz (2005, p. 125), o STF aplicou restritivamente a Teoria da Causalidade Direta e Imediata, conforme o voto do Ministro Relator Moreira Alves, que assim se manifestou:

Ora, em nosso sistema jurídica, como resulta do disposto no art. 1060 do Código Civil (1916), a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da condição civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive à objetiva, até por ser aquele que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada (...) Essa teoria, (...), só admite o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva.

Destarte, da leitura do importante julgado, observa-se que o STF adotou como tese a interrupção do nexos causal, haja vista que considerou que a omissão estatal não foi relevante para a ocorrência do dano decorrente do assalto, mas sim, de circunstâncias supervenientes que abriram uma nova cadeia causal, diga-se, a formação de quadrilha e o planejamento de crimes, consideradas como concausas que rompem a causalidade (FARIAS, 2015, p. 376-377).

Assim, não se pode perder de vista que o fator tempo é fundamental para a responsabilização do Estado, uma vez que, para a doutrina e jurisprudência, a depender do tempo da fuga, há rompimento do liame causal, elidindo a responsabilidade. Dessa forma, o entendimento predominante é o de que o Estado deverá ser responsabilizado se os danos causados pelos evadidos tiverem relação direta e imediata com a falha do sistema de vigilância e segurança nas penitenciárias, de modo que, se o evento danoso ocorrer tempos depois da fuga do apenado, não haverá nexos causal (MOTA, 2012, p. 54-55).

Com vistas a corroborar esse entendimento, em julgamento do RE 573.595, semelhante ao abordado acima, o STF conferiu indenização à família da vítima de latrocínio praticado por preso, que tão logo foragido, praticou o crime, conforme o excerto abaixo:

Responsabilidade civil do estado. Artigo 37, § 6º, da constituição do Brasil. latrocínio cometido por foragido. Nexos de causalidade configurado. Precedente. 1. **A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexos de causalidade.** 2. **Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil.** Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2ª T, RE 573.595, Rel. Eros Grau, DJ 15.08.2008) (Grifos nossos).

Assim, constata-se que a imediação temporal é fator elementar para configurar o nexo causal, além da demonstração da conduta omissiva do Estado, caracterizada pela inércia e negligência em cumprir as obrigações a ele impostas, isto é, o dever de guarda e vigilância (MOTA, 2012, p. 56).

Percebe-se, contudo, que interpretação restritíssima aos elementos normativos “direta” e “imediatamente”, dispostos no art. 403 do Código Civil, apresentada pelo STF, conduz a situações de irresponsabilidade do Estado, sem levar em consideração o seu papel social e de justiça almejada pelo Estado Democrático de Direito (MOUTINHO, 2006, p. 274).

Portanto, a ampliação da responsabilidade do Estado nas situações analisadas é medida que se impõe, haja vista que se alinha com o fundamento do respeito à dignidade da pessoa humana e com o objetivo de se construir uma sociedade justa e solidária, consagrados na Constituição Federal (MOUTINHO, 2006, p. 274).

Neste ínterim, torna-se necessário que os tribunais adotem, ainda que excepcionalmente, a ideia do dano indireto e remoto, caso exista uma relação de necessariedade entre a causa e o evento danoso, de modo que o dever de reparar pode, então, surgir quando o tribunal interpretar que o dano causado pelo preso foragido é efeito necessário da negligência do Estado (MOTA, 2012, p. 56-57).

Ante o exposto, vislumbra-se a que a flexibilização do vocábulo “direto e imediato”, presente no texto legal, é medida que se impõe, de modo a possibilitar uma aplicação mais justa da norma em relação ao caso em estudo, conforme se analisará no tópico a seguir.

4.8 A NECESSIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL E A APLICAÇÃO DA SUBTEORIA DA NECESSARIEDADE

O entendimento explanado acima vem sendo acolhido reiteradamente pelo STF que, por sua vez, influencia as instâncias ordinárias. Contudo, a temática tem se desviado a fim de ampliar a responsabilidade do Estado, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato (MOTA, 2012, p. 57).

Nesta esteira, no julgamento do RE 409.203, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, que cuida do caso em que um foragido invadiu uma casa e praticou o crime de estupro contra uma menor de 12 anos, o Ministro Joaquim Barbosa se posicionou da seguinte forma (BRASIL, 2006, p. 501-503):

A mim me parece sobejamente caracterizada a *faute du service public*, apta a desencadear a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul. Consta dos autos

que o causador do dano era condenado submetido a regime aberto que em sete oportunidades anteriores já havia praticado a falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena tomassem alguma iniciativa no sentido de submetê-lo à regressão do regime prisional, de resto perfeitamente aplicável em casos dessa natureza. Na noite do crime, que ocorreu às 4:30 da manhã (horário, portanto, em que o condenado deveria estar recolhido à prisão) encontrava-se o apenado mais uma vez em situação de fuga, pois não retornara ao presídio à noite como devido.

[...]

Ora, o nexos de causalidade, no caso, parece-me patente. Se a lei de execução penal houvesse sido aplicada com o mínimo de rigor, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições que originariamente lhe foram impostas. Por via de consequência não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime que cometeu, num horário que deveria estar recolhido ao presídio. O nexos causal ao meu ver está presente no caso.

[...]

Verifica-se, todavia, a presença de conduta omissiva do Estado, que, diante das inúmeras fugas do condenado, não lhe aplicou a necessária regressão do regime de cumprimento da pena ou, sequer, contra ele empenou maior vigilância.

Nesses casos, diante de danos causados por omissão, ou seja, quando houve inércia por parte de quem tinha o dever legal de agir e não agiu, ou fez tardia e ineficazmente, nasce a obrigação de indenizar, decorrente da evidente negligência consubstanciada na falta de serviço do ente público' (fls 313). Do exposto, com a vênua do eminente ministro relator, voto pelo não-provimento do presente recurso extraordinário. (RE 409.203, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Data do Julgamento: 07.04.2006. STF)

Nesta senda, o Ministro Joaquim Barbosa brilhantemente entendeu estar presente o nexos causal, tendo em vista que foi constatado que o criminoso deveria estar recolhido no horário em que cometeu o delito. Logo, restou evidente que o Estado tinha o dever de agir, mas foi negligente ao permitir que o criminoso voltasse ao seio da sociedade quando ainda deveria estar sob a sua custódia (MOTA, 2012, p. 58).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Celso Antônio de Mello, conforme se extrai o excerto do seu voto a seguir:

As circunstâncias do presente caso – apoiados em pressupostos fáticos soberanamente reconhecidos pelo Tribunal de Justiça Local (RTJ 152/612 – RTJ 153/1019 – RTJ 158/693, v.g) – evidenciam que o nexos de causalidade material restou plenamente configurado em face do comportamento omissivo em que incidiu o Poder Público, que se absteve de promover a fiscalização do cumprimento da pena pelo autor do fato, que já havia fugido em 7 (sete) oportunidades. Essa omissão do Estado do Rio Grande do Sul foi causa direta do evento danoso. Diante das inúmeras fugas do condenado, a autoridade competente tinha o dever de ser mais vigilante e de promover a regressão do sentenciado em referência no regime de cumprimento da pena. Se o Estado assim houvesse agido, procedendo com diligência em face dos incidentes anteriormente registrados, o apenado em questão teria sido submetido a regime penal mais gravoso, o que o teria impedido de praticar os delitos gravíssimos que veio a cometer.

A omissão do Poder Público local, além de profundamente censurável, revelou-se a causa suficiente à eclosão dos eventos delituosos perpetrados por referido sentenciado, do que resultou ante a falha evidente do Estado no cumprimento de sua obrigação de fiscalizar – a prática de violência pessoal, inclusive de estupro, contra as moradoras de uma residência em que esse mesmo sentenciado veio, criminosamente, a ingressar durante a fuga que empreendeu (BRASIL, 2006, p. 518).

Dessa forma, vê-se uma necessidade de se flexibilizar a aplicação da teoria do dano direto e imediato, de modo a reconhecer que a evidente negligência do Estado e o evento danoso são suficientes para a configuração do nexo de causalidade e, por corolário lógico, deflagrar a responsabilidade objetiva do Estado (MOTA, 2012, p. 59).

Destarte, ainda que a conduta omissiva do Estado não seja a causa imediata ou direta do dano, ela pode concorrer de forma decisiva para a ocorrência do mesmo, pois cria, através do risco, uma situação propícia para a ocorrência do dano (MOTA, 2012, p. 59).

Nessa esteira, esclareça-se que o entendimento adotado pelos tribunais pátrios não está em consonância com o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que tal entendimento não se interessa em assegurar os direitos dos seus administrados que tiveram seu direito lesionado em virtude da situação de risco criada pelo Estado e pelos atos dos seus custodiados (MOTA, 2012, p. 60).

Destarte, não se mostra razoável, tampouco corresponde aos ideais de justiça almejados pela sociedade, que o simples decurso de tempo tenha o condão de quebrar o liame causal existente entre a evidente inércia do Estado e o dano dela decorrente. Neste ponto, é dever do Estado manter o preso sob a sua custódia, durante o cumprimento de sua pena, ficando claramente evidenciada a omissão do Estado no caso de fuga, de modo que o Poder Público não poderá eximir-se da sua responsabilidade, ressalvada a hipótese de ocorrência de causa excludente de ilicitude, validamente comprovada (MOTA, 2012, p. 60).

Eis que, como acertadamente pondera Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 377), a inflexível aplicação da Teoria da Causalidade Direta e Imediata provoca dificuldades ao acesso à justiça do cidadão, haja vista a aplicação restrita do art. 403 do Código Civil.

Nota-se que a tendência dos tribunais pátrios é fixar o nexo de causalidade de forma intuitiva, sob a influência de todas as três correntes acerca do nexo causal, invocando alternativamente a teoria da *conditio sine qua non*, da causalidade adequada e da interrupção do nexo causal, sempre na busca de um vínculo de necessariedade entre causa e efeito, de modo que o resultado lesivo seja consequência direta do fato danoso (TEPEDINO, 2002, p. 11).

Desse modo, para o estabelecimento da responsabilidade civil, os tribunais exigem, no mais das vezes, a causalidade direta e imediata, em que pese invoquem intuitivamente outras teorias. Assim, verifica-se que na prática jurisprudencial, o liame da necessariedade entre a conduta do agente e o evento danoso é um atributo indispensável do dever de reparar (CRUZ, 2005, p. 150).

Nesse contexto, surge a subteoria da necessariedade, que consiste em uma submissão do disposto no art. 403 do Código Civil à regra da proporcionalidade. Assim,

hermeneuticamente, passa-se a interpretar as expressões dano “direto e imediato”, dispostas na norma aludida, como a relação de necessariedade entre a conduta do agente e o dano, mesmo que estes efeitos sejam indiretos (FARIAS, 2015, p. 377).

Dessa forma, segundo Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 378), a aplicação desta subteoria tem a pretensão de eliminar as injustiças decorrentes da aplicação da teoria da causalidade imediata. Ilustrativamente, a partir da análise do julgado do RE 130.764-1/PR pelo STF feita no tópico 4.7.2, a aplicação da teoria em sua acepção restrita considerou a inexistência de nexo causal entre o evento danoso e o ato omissivo atribuído à autoridade pública, tendo em vista que o Ministro Relator entendeu que a desídia estatal não foi determinante para a ocorrência do crime, mas sim, o concurso de pessoas para a prática do mesmo. Contudo, não se pode admitir este entendimento, tendo em vista que, temporalmente, esta até pode ser a causa mais próxima para o crime, mas a verdadeira causa direta e imediata é aquela que necessariamente o ensejou, isto é, a omissão estatal.

Neste ponto, a subteoria da necessariedade afasta a rigidez e minimalismo da teoria da causalidade direta e imediata. Contudo, ao abrir as portas para a reparação de danos mediatos se aproxima da teoria da causalidade adequada, no que se refere à abertura da imprecisão de conceitos (FARIAS, 2015, p. 378).

Ademais, no Brasil, a prática dos tribunais revela que nem sempre é fácil estabelecer o nexo causal, sobretudo diante de concurso de causas. Nesse quadro, consoante explica Gustavo Tepedino (2002, p. 18), a investigação do magistrado realiza-se mediante à seguinte indagação: cuida-se de causas concomitantes, todas relacionadas ao dano em mesmo grau; ou, ao contrário, trata-se de causas sucessivas, uma delas diretamente responsável pelo evento danoso e as demais indiretas?

Em suma: se tratando de pluralidade de causas necessárias, sejam concorrentes ou sucessivas, a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, se forem equivalentes, para a divisão da obrigação de indenizar (TEPEDINO, 2002, p. 18).

Portanto, vê-se que é indispensável determinar o nexo causal, com vistas a deflagrar a responsabilidade civil. Todavia, nenhum código de princípios causais irá trazer soluções para todos os problemas. Dessa forma, ao invés do nexo de causalidade ser ordenado de forma abstrata, este deve ser, sempre que for possível, aferido de forma casuística, ou seja, segundo um juízo de razoabilidade (CRUZ, 2005, p. 152-153).

Conclui-se, pois, que a rigidez da aplicação da Teoria da Causalidade Direta e Imediata conduz a profundas injustiças, haja vista que desconsidera aspectos relevantes do evento danoso, por considerar que não faz *jus* aos elementos normativos “direto” e “imediato” do art.

403 do Código Civil. À vista disso, levando em consideração a evolução da responsabilidade civil do Estado junto aos ideais do Estado Democrático de Direito, a adoção de medidas que busquem uma maior flexibilização no reconhecimento da responsabilidade do Estado nos casos dos danos causados por presos foragidos é medida que se impõe (MOTA, 2012, p. 63).

5 CONCLUSÃO

Ao longo do desenvolvimento deste estudo restou demonstrado que o Estado de Coisas Inconstitucional, por si só, evidencia a crise do sistema carcerário face à omissão sistemática do Estado. Neste sentido, a crise abrange a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, haja vista que a maioria dos apenados não conseguem reingressar na sociedade sem cometer novos crimes, além das manifestas falhas do Poder Público, inclusive, em relação à vigilância adequada aos presos.

Evidenciou-se ainda que, diante do sistema carcerário vigente, faz-se urgente a adoção de medidas sistemáticas com vistas a alcançar condições dignas de cumprimento da pena, de modo a possibilitar a finalidade ressocializadora dela, conforme reconheceu a CPI sobre o sistema prisional realizada em 2009, além da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil pelo STF, através da ADPF nº 347. Além disso, restou demonstrado as omissões generalizadas do Estado, notadamente em relação à falha em cumprir o dever de vigilância em relação aos presos, dando margem à fuga dos mesmos, dificultando, por derradeiro, o provimento da segurança pública perante os administrados.

Com vistas a tentar solucionar a aludida problemática, estabeleceu-se a sugestão da incidência de responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros em decorrência de atos ilícitos praticados pelos seus custodiados, com enfoque nas hipóteses de evasão do preso, inobservância da regressão de regime nas hipóteses previstas em lei e concessão de benefícios prisionais.

A partir disso, esta pesquisa debruçou-se sobre o conceito da responsabilidade civil, evolução histórica, fundamentos, elementos configuradores para a sua deflagração, além de tratar sobre os atos comissivos e omissivos do Estado, sobre a responsabilidade de pessoas perigosas que o Estado tem guarda e sobre a aplicação da Teoria da Interrupção do Nexo Causal nestes casos.

Contudo, ao longo da investigação, percebeu-se a divergência doutrinária atinente à responsabilidade por omissão do Estado. Sendo assim, esclareceu-se neste ensaio que, em que pese, atualmente, parte minoritária da doutrina seja adepta à responsabilidade objetiva por omissão do Estado, fez-se a opção por esta modalidade no presente estudo, demonstrando a necessidade de proteger o lesado diante da dificuldade deste demonstrar a culpa ou dolo de algum agente, com fundamento na Teoria do Risco Administrativo. Assim, pela teoria objetiva

da responsabilidade do Estado, basta a demonstração do dano e do nexo causal para a deflagração da responsabilidade civil por omissão do Estado.

Por conseguinte, consolidado o entendimento da responsabilidade do Estado em decorrência das suas condutas omissivas ou comissivas, é incontestável a sua responsabilidade quanto aos danos causados pelos seus custodiados, notadamente em razão da responsabilidade pela guarda de pessoas perigosas.

Não obstante toda discussão acerca da responsabilidade objetiva do Estado, surge a problemática acerca da responsabilidade do Estado pela guarda de pessoas perigosas e a verificação do nexo de causalidade, pois trata-se de tema controverso na jurisprudência brasileira, haja vista a ausência de um critério prático a fim de se avaliar as causas que concorreram para o evento danoso.

Neste ponto, com enfoque nos danos provocados por foragidos, observou-se que os tribunais superiores adotam a Teoria da Causalidade Direta e Imediata de forma restritiva e não reconhecem a responsabilidade do Estado quando o dano cometido por foragido tenha ocorrido meses após a sua fuga ou quando o evento tenha ocorrido distante da “fonte do risco”, isto é, o presídio.

Diante disso, discutiu-se acerca da necessidade de flexibilização da imediação causal, de modo a aplicar a Teoria da Causalidade Direta e Imediata de forma dinâmica e casuística, afastando, portanto, as injustiças que a rigidez da aplicação da mesma pode provocar. Com efeito, verificou-se que a solução viável diante dessa problemática, é fazer uma releitura da Teoria da Causalidade Direta e Imediata, denominada de subteoria da *necessariedade*, criada pela doutrina moderna. Assim, será suficiente para caracterizar a causalidade “direta” e “imediata” a evidente negligência do Estado e o evento danoso, de modo a ensejar, finalmente, a responsabilidade civil do Estado.

Destarte, foi demonstrado ao longo desse trabalho, a importância jurídica e social desta medida, tendo em vista que o Estado é responsável pela incolumidade física e moral de seus cidadãos. Dessa forma, seria inaceitável que o Estado, após descumprir com seu dever legal de vigilância (no momento em que permite que um sujeito que ainda oferece riscos à sociedade retorne à mesma, ou no caso de evasão do presídio por negligência e desídia dos agentes públicos), continue ileso, sem repercutir nenhuma consequência jurídica para o mesmo.

Assim, põe-se em evidência o direito do cidadão de exigir do Estado a contraprestação pela ausência de um dever especial de diligência, ante o prejuízo material e/ou moral provocado por ato ilícito de sujeito que estaria sob a sua custódia.

Cabe ressaltar, à guisa de conclusão, que não constitui a pretensão desta pesquisa

colocar um ponto final acerca do tema, mas, ao revés, expor os argumentos sobre as diretrizes que devem orientá-lo. Conclui-se, portanto, que ainda não há uma doutrina dominante e a divergência jurisprudencial está plenamente aberta.

REFERÊNCIAS

ABREU NETA, Rachel Freire. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma releitura sob a ótica dos direitos fundamentais. In: **Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia**. Ano 8, n. 10 (mai. 2010). Salvador: SJBA, 2010, p. 186-205.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 dez.1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

AZEVEDO, José Fábio. **A falência do sistema prisional brasileiro e a falácia da sua “privatização”**. Disponível em: <<http://srvwebbib.univale.br/pergamum/tcc/falenciadosistemacarcerariobrasileiro.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2018.

BITTENCOURT, César Roberto. A falência da pena de prisão. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, v. 670, 1991, p. 241-253.

BRANDÃO, Ana Cristina Santos. **Falência do sistema carcerário brasileiro**. Disponível em: <<http://srvwebbib.univale.br/pergamum/tcc/falenciadosistemacarcerariobrasileiro.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**, Brasília/DF: Edições Câmara, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701#>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 21 out. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 31 out. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. **Constituição de 1891**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>> Acesso em: 21 out. 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 21 out. 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 21 out. 2018.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (De 25 de março de 1824)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Aprovado no ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Brasília, DF: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. **Decreto nº 24.216, de 09 de Maio de 1934**. Provê sobre a responsabilidade civil da Fazenda Pública. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24216-9-maio-1934-515151-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. **Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 31 out. 2018.

_____. **Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L_8429.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, 03 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010.** Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública. Brasília, DF, 19 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12313.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.** Aprovado no ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015.** Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4232374&disposition=inline>>. Acesso em 03 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.641.086.** Relator: Min. OG Fernandes, julgado em 03/04/2017, DJe em 05/04/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=Recurso+especial+1641086&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, Dje em 14/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso: 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 136.247/RJ.** Relator: Min. Sepúlvera Pertence, julgado em 20/06/2000. DJe em 18/08/2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779624/recurso-extraordinario-re-136247-rj>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 369.820/RS.** Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em 04/11/2003, Dje em 27/02/2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743687/recurso-extraordinario-re-369820-rs>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 409.203 RS.** Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em 07/03/2006, Dje em 20/04/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 573.595.** Relator: Min. Eros Grau, DJe em 15/08/2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719777/agregno-recurso-extraordinario-re-573595-rs>>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.880**. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 03/02/2011, DJe em 17/09/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630028>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"**? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Publicado em: 15 out. 2015. Acesso em: 04 nov. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Publicado em: 01 set. 2015. Acesso em: 18 mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, André Alves Andrade. **A ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<https://andrecastro94.jusbrasil.com.br/artigos/497194475/a-adpf-347-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Aldo de Campos. **A Responsabilidade do Estado no STF e no STJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-17/toda-prova-responsabilidade-estado-stf-stj>>. Publicado em: 17 abr. 2013. Acesso em: 09 mar. 2018.

CRUZ, Gisela Sampaio. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. O Estado de Coisas Inconstitucional como Instrumento de Garantia de Direitos Fundamentais. In: **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**. Ano. 1, n. 1, (jul./dez.1995). Salvador: Academia de Letras Jurídicas da Bahia, 2016, p. 41-49.

CUNHA JÚNIOR. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DROPA, Romualdo Flávio. **Direitos Humanos no Brasil: a exclusão dos detentos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3874>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FÖPPEL, Gamil. A falência da pena de prisão. In: **Revista do CEPEJ**. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEPEJ), 1999, p. 173-194.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Reconhece e declara uma série de direitos do homem e do cidadão. Assembleia Nacional, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2018.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta comissiva. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun. 2003, p. 199-230. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45692/45070> - acesso em 27/08>. Acesso em: 27 ago. 2018.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Raio-x do cárcere brasileiro: números que chocam**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21279/raio-x-do-carcere-brasileiro-numeros-que-chocam>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 10. ed. Niterói: Ed. Impetus, 2016.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro/RJ: Revan, 2007.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O Estado de Coisas Inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. In: **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, n. 49, jan./jun. 2017, p. 79-111. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>>. Acesso em: 24 out. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

LAGOS, Leonardo Bas Galupe. A responsabilidade civil do Estado por omissão: objetiva ou subjetiva? In: **Revista da AGU**. Vol. 15, n. 2 (abr./jun. 2016). Brasília: EAGU, 2016, p. 187-213.

MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto; LEAL, Gabriel Prado (Orgs.). **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 241-263.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e sofrimento. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador: EDUFBA, n. 17, ano 2008.2, p. 17-29.

MOTA, Laís Silva Mota. **A responsabilidade civil do Estado em relação aos atos ilícitos por presos foragidos**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito e Gestão: Salvador, 2012, 65 p.

MOUTINHO, Maria Carla de Góes. O nexos causal na responsabilidade civil do Estado por omissão. **Revista da ESMAPE**. Vol. 11, n. 24 (jul./dez. 2006). Recife: ESMAPE, 2006, p.263-276.

NEDER, Gizlene. **Cultura, poder e violência**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142009000100002>. Acesso em: 20 mai. 2018.

NEGREIROS, Marcelo. Dignidade da pessoa humana: uma realidade distante no sistema prisional brasileiro. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 249, ago. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4928-Dignidade-da-pessoa-humana-uma-realidade-distante-no-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 05 mai. 2018.

NOGUEIRA, Marden de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela fuga de preso**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/33236/responsabilidade-civil-do-estado-pela-fuga-de-preso>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. Responsabilidade civil do Estado por omissão. In: **Revista da Procuradoria Geral do INSS**. Vol. 6, n.3 (out./dez. 1999). Brasília: MPAS/INSS, 2000, p. 25-39.

PINESCHI, Bruna de Carvalho Santos; SOUZA, Daniel Aquino. Análise estatística da reincidência penal brasileira e a função preventiva especial positiva da pena privativa de liberdade. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, ano 25, v. 129, mar/2017, p. 39-68.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. Tomo II. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn2>. Publicado em: 24 out. 2015. Acesso em: 04 nov. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexó de causalidade.** Revista Jurídica. Ano 50, n. 296 (jun. 2002), 2002, p. 7-18.