



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
BACHARELADO EM DIREITO**

YARA MARQUES DA SILVA LUNA

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO
COMPORTAMENTO OMISSIVO DO AGENTE**

**BARBACENA
2019**

YARA MARQUES DA SILVA LUNA

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO
COMPORTAMENTO OMISSIVO DO AGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Fernando Antônio
Mont'Alvão do Prado

**BARBACENA
2019**

YARA MARQUES DA SILVA LUNA

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO
COMPORTAMENTO OMISSIVO DO AGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado, Centro Universitário
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^a Me. Ana Cristina Silva Iatarola, Centro Universitário Presidente Antônio Carlos
– UNIPAC

Prof. Rafael Cimino Moreira Mota, Centro Universitário Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade desta autora, ficando a Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, o Orientador Prof. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado, isento de qualquer responsabilidade sobre o mesmo.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena - MG, 18 de junho de 2019.

Yara Marques da Silva Luna

RESUMO

O art. 37, §6º da Constituição Federal, foi consagrado a fim de buscar ressarcir os danos morais, causados por atos do ente estatal, por intermédio de seus agentes, aos indivíduos. É positivado, por meio do texto constitucional, que a responsabilidade do Estado é objetiva, porém, ocorre que em alguns casos, parte da doutrina e jurisprudência entende a necessidade da comprovação de culpa no tocante à omissão estatal, sendo analisada a responsabilidade subjetiva, deixando o indivíduo, por vezes, sem a tutela que deveria ser garantida.

Para desenvolver o presente trabalho, foram utilizadas doutrinas e jurisprudências, a fim de demonstrar o posicionamento diverso exposto nos casos e, de maneira crítica, comparar a divergência doutrinária em relação às teorias a serem aplicadas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Omissão estatal. Teoria da Pena. Teoria objetiva. Teoria subjetiva.

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente o posicionamento jurisprudencial no tocante ao respaldo à vítima por dano sofrido pela ineficácia do serviço público prestado. Ainda, poderá ser constatado, que não é pacífica a teoria a ser aplicada pelos doutrinadores, adequando-se ao caso a responsabilidade objetiva ou subjetiva conforme a falta do serviço ou a ineficácia do mesmo.

Foi relatada uma breve síntese histórica, desde o surgimento da Teoria da Irresponsabilidade Estatal, na qual o Estado se eximia da responsabilidade, passando, posteriormente, a ser admitida a subjetiva, que era baseada na culpa do agente e, por conseguinte, ao que melhor se adéqua, segundo a Constituição Federal de 1988 em seu §6º, do art. 37, que adotou a teoria objetiva, baseada no risco.

Embora seja competência do Estado tutelar os seus indivíduos e garantir que não sejam lesados, ainda são recorrentes os casos em que é constatada a falta do respaldo estatal, gerando um dano ao particular.

O propósito deste trabalho é demonstrar, por meio de posicionamentos doutrinários, que a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, por vezes, é amparada judicialmente por excludentes de ilicitude, a fim de que esta seja eximida sem que haja uma reparação ao terceiro.

Para que houvesse uma busca pelo direito do particular, foi retratado que a melhor maneira de obter o respaldo do indivíduo lesado seria por meio da teoria objetiva de responsabilização, na qual seria averiguado o dano decorrente do funcionamento, ou não, do serviço público, sem que houvesse uma necessidade de comprovar se foi regular ou não.

Analisando o caso concreto, afastaria assim, a hipótese de aplicação da teoria subjetiva, visto que, essa é munida de excludentes de ilicitude, deixando o Estado no seu direito de ser desvinculado de ressarcir o dano gerado ao terceiro.

2 - RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A Responsabilidade Civil do Estado consiste no dever de ressarcir o terceiro por perdas e danos materiais, causados pelo agente público no exercício de suas atividades. É o que dispõe o estimado doutrinador:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outra em e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, 2009, p. 983).

O dano resultante dos atos cometidos pelos agentes é decorrente de atuações do Executivo, Legislativo ou do Judiciário, no qual o responsabilizado será o Estado, sendo equivocado dizer que seria da Administração Pública, tendo em vista que esta não é dotada de personalidade jurídica, não possuindo direitos e obrigações na esfera civil.

Ainda nesse âmbito, vale ressaltar que a responsabilidade por dano moral é acarretada por uma conduta ilícita, sendo primordial que haja um prejuízo causado ao terceiro, seja de uma ação ou de uma omissão do Poder Público. Por se tratar de uma natureza moral, o ressarcimento pecuniário não se torna quantitativo, sendo o intuito indenizatório uma mera imposição para fornecer conforto ao lesado. Distintamente do Direito Privado, que tem como pressuposto a conduta ilícita, no direito administrativo poderá ocorrer de maneira lícita, que ainda assim causem danos à coletividade.

3 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de adentrar nas modalidades da responsabilidade, é importante que se faça uma breve explicação sobre sua evolução, que foi envolvida entre o conceito de irresponsabilidade, passando para responsabilidade com culpa, seguida para responsabilidade civilística e, por fim, responsabilidade pública, que é a contemporânea.

A teoria da irresponsabilidade era baseada na ideia de soberania, inserida na época dos Estados absolutos, surgindo mais precisamente com a Revolução Francesa de 1789. Tal Revolução deu início ao Estado de direito, pautado pela ordem jurídica e pelo princípio da separação dos poderes, com o reconhecimento dos direitos fundamentais que deveriam ser tutelados pelo Estado. Essa teoria consistia na ideia de elevar o Estado a um patamar sempre superior ao do seu súdito, não podendo ser submetido à culpa. Em meados do século XIX, tal teoria foi superada, por ser considerada injusta.

Após a fase da teoria da irresponsabilidade do Estado, foi inserida a maneira subjetiva, sendo fundamentada pela culpa dos agentes públicos. A partir de então, manifestou-se duas formas, sendo elas: primeiro, a teoria da culpa individual, que necessitava da comprovação e identificação do agente e de sua culpa, o que dificultava a reparação dos danos sofridos pela vítima. Depois, veio a teoria da culpa anônima, que se baseava na culpa do serviço ou em sua ausência. Nesse caso, a comprovação seria tão somente por parte da vítima de que o determinado serviço não funcionou da maneira correta, diferentemente da primeira teoria, que necessitava da comprovação do agente causador.

Restando, contudo, a teoria da responsabilidade sem culpa baseada em princípios objetivos, ou, ainda assim, em uma culpa especial do serviço público quando o terceiro for lesionado.

Nesse prisma, deram início as teses baseadas na culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, advindas da responsabilidade objetiva, mas com suas peculiaridades em seus fundamentos e maneira de serem aplicadas.

A teoria da culpa administrativa, também chamada de culpa do serviço, ou ainda, teoria do acidente administrativo, retrata, primeiramente, a substituição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo, que foi sucedida, pois para que fosse reconhecida a responsabilidade, deveria haver a falta de serviço, não sendo, nesse momento, averiguada a culpa subjetiva do agente. Todavia, constatando-se a falta de serviço, a vítima tem o direito de ser indenizada, devendo comprovar aquele.

A teoria do risco administrativo, servindo de fundamento para a responsabilidade objetiva, é baseada no princípio da igualdade, ou seja, assim como os benefícios advindos da ação estatal são repartidos por todos, os prejuízos também seriam, constituindo, assim, um equilíbrio e, quando este é quebrado, devido a algum ônus maior, o Estado ficaria encarregado de indenizá-los.

Fazendo desta relação um nexos de causalidade, entre o serviço público e o dano sofrido pelo terceiro, é gerado um pressuposto da responsabilidade objetiva do Estado, posterior a algum ato ilícito ou lícito pelo agente, o que causa um dano específico e anormal, decorrendo assim, um nexos de causalidade.

Assim, por ser composta pelos elementos subjetivos (dolo ou culpa), é chamada diretamente de responsabilidade objetiva e também de teoria de risco, pois, causado o dano o Estado é responsável por indenizar aquele que for lesado.

4 - RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, a teoria da irresponsabilidade não havia sido acolhida, ainda que estivesse em concordância com normas legais expressas, visto que, as Constituições de 1824 e 1891 não previam a responsabilidade do Estado e, sim uma responsabilidade do funcionário pela sua ação, ou omissão, no exercício de sua função.

Utilizada pela jurisprudência, havia nesse período a chamada responsabilidade solidária, que responsabilizava o Estado conjuntamente com funcionário, nos casos dos danos por estrada de ferro, pelo serviço do correio e colocação de linha telegráfica.

Ou seja, aqui, deveria ser mostrada a culpa do funcionário para que houvesse resposta do Estado. Contudo, mediante uma redação com sentido amplo, foi possível que fosse equiparado a uma responsabilidade objetiva, por alguns defensores.

Somente com a Constituição Federal de 1946 foi aceita a teoria da responsabilidade objetiva, conforme seu artigo 194, que dispunha que *“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”*.

Em 1967, na Constituição seguinte, foi acrescentado o cabimento da ação regressiva, caso houvesse culpa ou dolo, contido na Emenda nº 1, de 1969. No entanto, foi entendido que desde a promulgação da Constituição de 1946, a teoria da responsabilidade objetiva teria sido adotada no ordenamento brasileiro, partindo da ideia que somente é exigido a culpa ou dolo para que haja o direito de regresso contra o funcionário.

4.1. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado

Diferentemente da responsabilidade contratual, que consiste no ressarcimento pressuposto de uma relação negocial, a responsabilidade extracontratual é relacionada como um vínculo causado pelo dano devido à atuação estatal voltada ao cidadão de maneira geral.

A responsabilidade civil objetiva do Estado, elencada no art. 37, § 6º da Constituição Federal, é de caráter extracontratual, devido ao fato de mencionar os danos causados a terceiros, pessoas que não são vinculadas com o causador do

dano, de tal forma que, se possuísem o vínculo, seriam tratados como de caráter contratual.

4.1.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado

Baseada em três elementos, a configuração da Responsabilidade Civil decorre do fato administrativo, o qual deriva da conduta comissiva ou omissiva dos agentes públicos, necessitando que seja demonstrada a relação direta entre o dano, que é o fato causado a vítima, seja ele material ou patrimonial, e o exercício das funções públicas ou omissão dos agentes, e, por fim, nexos de causalidade, que relaciona a causa e efeito entre a conduta do estado e, o efeito suportado pela vítima.

5 - CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE

O Estado tem responsabilidade pelos danos que seus agentes causam a terceiros, sendo regra geral que esta responsabilidade seja objetiva, não dependendo da comprovação de culpa, decorrente da redação do art. 37, § 6º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37 §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Este dispositivo citado acima consagra a teoria do risco administrativo, a qual se baseia na teoria objetiva, pelos danos que os agentes da administração pública causarem a terceiros. Além do mais, aqui não há o que se falar em risco integral, pois nesse quesito o Estado assumiria de forma absoluta, não podendo alegar causas excludentes do nexos causal.

Na teoria adotada pelo Brasil, o Estado assume o risco de executar atividades administrativas, mas não de maneira absoluta, ou seja, a ele compete o direito de se defender caso venha a sofrer uma ação indenizatória, por meio do rompimento de um dos elementos necessários (conduta, dano e o nexos causal) para que seja comprovada a sua responsabilização. Caso o Estado venha a romper o nexos causal,

alegando uma causa excludente, seriam rompidos os elementos suficientes para que seja comprovado a sua responsabilização.

De outra forma, nas situações em que os danos sejam causados em decorrência da ação de terceiros e, eventos naturais, sem nenhuma imputação da conduta omissa ou comissiva de um agente público, o Estado não teria responsabilidade.

O nexo de causalidade é o fundamento da responsabilidade civil do Estado, mas este deixará de incidir quando o serviço público não for o causador do dano ou quando for aliado a outras circunstâncias.

As causas excludentes estão pautadas nos quesitos de força maior, culpa da vítima e culpa de terceiros, sendo estas apontadas como culpa concorrente da vítima. São entendidos como força maior os eventos que não são possíveis prevenir, como a tempestade, sendo diferente do caso fortuito, que é decorrente de ato humano ou falha na Administração.

No que concerne à culpa da vítima, terá que distinguir se é exclusiva ou concorrente com o Poder Público. Quando é exclusiva, o Estado não responderá se for concorrente, sendo instaurada a responsabilidade repartida com a vítima, de acordo com o artigo 945 do Código Civil, que dispõe: *“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.”*

Na culpa de terceiro, não será excluída a responsabilidade no caso de transportador, pois este responderá pelo prejuízo e terá ação de regresso contra o terceiro causador do dano.

6 - AÇÃO REGRESSIVA

Para que haja esse instituto, que permite a Administração Pública regressar contra o causador do dano, é necessário que: primeiro, a Administração já deve ter sido condenada a indenização da vítima pelo dano sofrido e segundo, a culpa do agente no evento danoso já deve ter sido comprovada.

Este ato lesivo do agente pode ser revestido tanto na esfera cível, como na administrativa e criminal. Caso haja julgamento penal, poderá ocorrer a condenação criminal do servidor, a absolvição pela negativa da autoria do fato, a absolvição por ausência de culpabilidade e a absolvição por insuficiência de provas. Na primeira e

segunda hipótese citadas, produz efeito nas esferas civil e administrativa; na terceira e quarta não produz efeito algum.

7 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Expressamente em seu artigo 37, § 6º, foi mantida a responsabilidade objetiva conforme o que foi traçado nas Constituições anteriores, desvencilhando-se do que dizia a teoria da responsabilidade subjetiva da culpa, sendo a responsabilidade objetiva mantida pela modalidade do risco administrativo.

Positivando, que não seria necessário que se provasse culpa ou dolo do agente, para que houvesse uma indenização, firmando a teoria da responsabilidade objetiva sem culpa.

Ainda que haja um abuso no exercício da atividade do agente, não será excluída a responsabilidade do Estado, pois, desde o momento em que a Administração Pública delega um serviço a seu agente, esta já se encontra responsável por qualquer que seja o dano causado no exercício de sua função.

Assim, todo ato ou omissão do agente público, sendo lesivo e injusto, deverá ser reparado pela Fazenda Pública, sem que haja uma indagação do *jus imperii* (poder jurisdicional) ou do *jus gestionis* (direito de gestão).

O que seria, no caso, distinguido pela Constituição, são os danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Uma vez que a Constituição somente atribuiu a responsabilidade objetiva pelos seus agentes para que haja a indenização desse eventos naturais, seria observado o princípio geral da culpa civil, sendo manifestada pela imprudência, imperícia ou negligência na realização dos serviços que decorreu o dano.

8 - RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

Neste caso, é constatada uma controvérsia em relação à aplicabilidade do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Para alguns, seria aplicado de maneira igual no caso de responsabilidade objetiva e de omissão do Poder Público, para outros, seria utilizada a responsabilidade subjetiva pautada na culpa do serviço público.

Com base na dificuldade da vítima em receber a indenização, na discussão do elemento subjetivo é entendido que esse dispositivo envolve os atos comissivos e

omissivos do agente público. Dessa maneira, somente deverá ser demonstrado que o dano causado teve nexos de causalidade e foi feito com dano comissivo ou omissivo, sem que haja necessidade de comprovação de dolo ou culpa, mesmo que no caso de omissão.

Conforme diz José Cretella Júnior (1970, v.8:210)

A omissão configura a culpa in omittendo ou in vigilando. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. (CRETELLA, 1970.)

No que concerne à omissão do Poder Público, os danos não são causados pelos agentes públicos e sim por fator da natureza ou por terceiros, sendo esta advinda do dever ou da possibilidade de agir pelo Estado, para que o dano seja evitado. Na citação acima, a culpa está na ideia de omissão, não sobrando espaço para dizer que houve responsabilidade objetiva.

Sendo assim, no caso dos atos comissivos, a responsabilidade incide nas hipóteses de atos ilícitos ou lícitos, enquanto que a omissão incide em atos ilícitos, com o fim de responsabilizar o Estado.

8.1. Responsabilidade subjetiva: danos por omissão

Embora seja adotado pela Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, que a responsabilidade do Estado é objetiva, ainda assim, é aceita pela jurisprudência pátria a aplicação da responsabilidade subjetiva, conforme verificado na decisão abaixo:

EMENTA: 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, está 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 $\frac{3}{4}$ faute du service dos franceses $\frac{3}{4}$ 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 nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do 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, Rel. Min. Carlos Velloso, 2 T., 04/03/2011).

Nesse sentido é importante ressaltar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. [...] 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 (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. (ARE 883745 A GR / PB)

Conforme exposto, ainda que doutrinado o posicionamento, existem julgamentos neste sentido, os quais permitem um entendimento diverso ao positivado, deixando divergir o entendimento do Tribunal no tocante à responsabilidade subjetiva com relação aos presos foragidos, pois, é entendido que não haverá nenhum tipo de responsabilização estatal em relação aos crimes cometidos após um determinado lapso temporal.

9 - TUTELA DO ESTADO NO TOCANTE AO PRESO

É de notório saber que o Estado deve tutelar os indivíduos. Dessa maneira, esse dever se estende aos presos por meio da responsabilização pelos danos a sua integridade física, caso essa seja violada no convívio do encarcerado. Tal responsabilização ocorre porque o Estado, previsto constitucionalmente, tem o dever de assegurar a incolumidade física e moral de todos aqueles que estão inseridos no sistema carcerário.

A responsabilidade civil do Estado será pautada no risco administrativo. Nesse sentido, a responsabilidade estatal poderá ser excluída caso o Estado demonstre: (1) presença do motivo de força maior; (2) culpa exclusiva de terceiro; (3) culpa exclusiva da vítima. Além do mais, é necessária a comprovação de alguma dessas hipóteses para que haja a exclusão da culpa estatal.

Ainda nesse entendimento, é claro que as pessoas que são mantidas sob a custódia do Estado, possuem um cuidado bem maior que a sociedade de modo geral.

Como exemplo, pode-se utilizar a importância dos tribunais em relação aos delitos cometidos aos presos. Como mostra o entendimento do STF no caso a seguir:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE PRESO EM CADEIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. DEVER DE VIGILÂNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA ORIGEM. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. APELO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Sendo destinatário do conjunto probatório, cabe ao magistrado decidir sobre a necessidade de produção de outras provas além daquelas já colacionadas aos autos e julgar a demanda de acordo com o seu livre convencimento motivado, tudo por força dos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil, razão pela qual rejeitou-se a preliminar suscitada. 2. Mérito. A responsabilidade civil do Estado por morte de preso sob sua custódia é objetiva, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 3. Presente o nexo de causalidade apto a fundamentar responsabilidade do Estado, pois a morte do genitor/companheiro dos suplicantes no interior do presídio em que cumpria a sua pena revela o descumprimento do comando constitucional que assegura aos presos a integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e, assim, impõe ao Estado o dever de vigilância constante e eficiente dos seus detentos. (TJ-PE - APL: 3054462 PE, Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Data de Julgamento: 07/01/2016, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/01/2016)

Conforme foi verificado, não houve uma conduta criminosa de qualquer agente, mas entende-se que o Estado deva indenizar a família da vítima do preso que teve sua integridade violada.

Vale ressaltar que esse zelo do Estado para com os detentos deveria se estender a sociedade, bem como às vítimas daqueles que por meio de uma ineficácia do sistema prisional venha a fugir das penitenciárias e cometer crime contra a integridade física de algum cidadão.

Ainda é válido acrescentar que, esses detentos que cometem crime no momento em que fogem das penitenciárias, não passaram pela ressocialização

durante seu período encarcerado. Sendo assim, deveria o Estado ser responsabilizado objetivamente pelos crimes que venham a acontecer conseqüentemente.

10 - RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO TOCANTE AO PRESO FORAGIDO

Em virtude da atuação estatal que é imposta a sociedade, de uma maneira imperativa, seria justo que fosse mais rigorosa a responsabilidade quanto aos atos do Estado.

Nesse sentido, pode-se afirmar:

A função estatal é bastante ampla e engloba serviços e ações essenciais à coexistência pacífica dos seres em sociedade e à sua própria manutenção, portanto, quanto maior o risco, mais cuidado deve ser despendido e menor o nível de aceitação nas falhas, implicando conseqüente responsabilização. (MARINELA, 2010. p. 874).

É certo que a obrigação da indenização as vítimas por crime cometido por preso foragido é devida, pois é originada de uma falha no funcionamento da prestação do serviço público prisional, como positivado pela Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) em seu artigo 10: “*A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.*”

Ao Estado é devida a obrigação de manter os presos sob sua tutela, contudo, devido à precariedade no sistema carcerário brasileiro, aqueles que deveriam ser protegidos vêm sendo colocados em risco.

Entretanto, apesar dessa falha, deixar de lado a responsabilidade objetiva do Estado em relação aos crimes cometidos por aqueles que deveriam estar presos não é uma justificativa plausível. Com isso, é notório que há nexo de causalidade entre os crimes cometidos pelos os foragidos da prisão e a falha da atuação do Estado, não podendo ser admitido que uma discriminação entre os crimes ocorridos no instante da fuga, conforme será mostrado posteriormente, e os crimes com um lapso temporal maior, faça com que a vítima seja isenta de indenização.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO POR FORAGIDO DA PENITENCIÁRIA - ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE CUNHO OBJETIVO - AUSÊNCIA DE LIAME DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO REQUERIDO E OS DANOS SOFRIDOS PELOS AUTORES -TEORIA DA CAUSALIDADE DIRETA E IMEDIATA - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. (TJ-PR - REEX: 12902711 PR 1290271-1 (Acórdão), Relator: ANA PAULA KALED ACCIOLY RODRIGUES DA COSTA, Data de Julgamento: 02/08/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1860 10/08/2016) O Estado, por sua ineficiência, permitiu que ocorresse a fuga dos detentos e não demonstrou ter envidado quaisquer esforços na recaptura dos indivíduos. Se não tivesse ocorrido a fuga, certa e indubitavelmente o dano não teria ocorrido. Dessa forma, resta demonstrado onexo causal entre a conduta omissiva do Estado e o resultado final sofrido pela vítima. Insta salientar que entre a fuga e a ocorrência do evento danoso, decorreu tempo inferior a um mês, não havendo de se afastar o liame causal em razão desse fato, ainda que assim não fosse, não há que se falar que a demora na recaptura, por si só, quebra o nexoda causalidade. Entendimento contrário beneficiaria indevidamente o Estado, pois poderia simplesmente negligenciá-la objetivando a quebra da causalidade. (...) Portanto, verifica-se claramente o nexode causalidade entre o não cumprimento do dever de vigilância e fiscalização dos detentos por parte do Estado e o dano sofrido pelos requerentes, consistente na morte de seu genitor por indivíduos que estavam sob a guarda exclusiva do requerido. (TJPR - 3ª C.Cível - ACR - 1290271-1 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Regional de Ibiporã - Rel.: ANA PAULA KALED ACCIOLY RODRIGUES DA COSTA - Unânime - - J. 02.08.2016)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR DANOS MORAIS, DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES. CRIME PRATICADO POR FUGITIVO DO SISTEMA PRISIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INOCORRÊNCIA NEXO CAUSAL NÃO EVIDENCIADO FATO QUE NÃO OCORREU DURANTE A FUGA. LAPSO TEMPORAL DE 49 DIAS ENTRE A FUGA DO PRESO E O CRIME PRATICADO. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Para que o Estado seja condenado a ressarcir os danos morais e materiais sofridos por vítima de roubo e estupro, praticado por foragido do sistema prisional, imprescindível a demonstração do nexocausal imediato e direto entre a fuga e os crimes que foram praticados, visto que nosso ordenamento jurídico, quanto ao nexocausal, adota a teoria da causalidade direta ou imediata. Não restando evidenciado o nexocausal entre a omissão do Estado no dever de impedir a fuga do detento e o crime cometido contra a autora, face o fato não ter ocorrido durante a fuga, mas após o lapso temporal de 49 dias, incabível os pedidos de indenização". (TJPR - 3ª C.Cível – AC 690358-0 Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Paulo Roberto Vasconcelos - Unânime - J. 23.11.2010)

Como pode ser visto, ainda que tutelada a indenização a vítima, há divergências na aplicação.

A polêmica maior nesse sentido é encontrada na aplicação Jurisprudencial das Teorias da Responsabilidade, a qual mostra que para a vítima de um preso foragido que comete um crime a poucos dias da fuga é garantida uma indenização, mas, quando o crime é praticado após um lapso temporal maior, não será devida a indenização, já que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não existe nexo causal.

Logo, para que inexistisse uma necessidade de comprovação de dolo ou culpa, seria melhor uma aplicação da teoria objetiva de responsabilização, visto que, a subjetividade exigiria da vítima uma comprovação destes para configurar indenização, e se o Estado comprovasse que agiu com diligência, prudência e perícia, ficaria isento da responsabilidade.

O dever de preocupar com a utilização do dolo ou culpa, ficaria para o Estado e este se preocuparia com a ação de regresso, caso fosse necessário, contra seu agente competente e responsável.

11 - ANÁLISE ENTRE ASPECTOS DA TEORIA DA PENA SUA FUNÇÃO E RESPONSABILIDADE ESTATAL

Desde a idade média até a atualidade, a teoria da pena passou por uma grande mudança no tocante à responsabilização estatal. O código de Hamurabi, datado de 1780 a.C, era baseado na Lei de Talião, conhecida como “olho por olho, dente por dente”. Nesse período, não era reconhecida a atuação estatal para punir, mas sim a justiça feita pela população, que se baseava em suas próprias leis e punições. No mesmo contexto, foi instaurado o Direito Penal comum, formado pelo Direito Romano, Direito canônico e Direito Germânico, dando início ao período absolutista do poder estatal.

Na atualidade, temos a teoria unitária, que possui preceitos que buscam agrupar a teoria absoluta (reprovar) aos preceitos da teoria relativa (prevenir), tem sua pena baseada em três finalidades: retributiva, compensando o infrator pelo injusto praticado; preventiva, na esfera positiva, que seria a correção do agente infrator através da pena, de maneira pedagógica, para que não volte mais a delinquir, e na esfera negativa, que seria o encarceramento do indivíduo, para que fosse garantida à sociedade a paz social e segurança.

A junção dessas duas teorias se dá pelo fato de a teoria absoluta se basear só pela pena sendo retribuída ao mal cometido e a relativa ter por finalidade a prevenção de futuros crimes.

No que cerne a Prevenção Especial em seu sentido negativo, a função atribuída a pena é tirar o indivíduo infrator do convívio social, impedindo o mesmo de praticar novos delitos em um determinado período de tempo. Além do mais, de maneira positiva, busca a ressocialização e intimidação daquele indivíduo que cometeu o crime, mantendo o intuito de que este não queira cometer novos crimes.

Com isso, pode-se afirmar que a responsabilidade do Estado, juntamente com a aplicação da pena, é de que seja atribuído um caráter ressocializador ao indivíduo que tenha cometido algum crime, buscando, por meio da reclusão, uma reinserção do mesmo a sociedade. Caso o mesmo venha a fugir, essa responsabilidade deverá ser imputada de maneira dupla, uma vez que o Estado foi incapaz de garantir a segurança da sociedade por meio do encarceramento e da ressocialização daquele mesmo indivíduo que venha a fugir.

12 - CONCLUSÃO

O presente trabalho expôs sobre a Responsabilidade Civil do Estado, com um direcionamento ao preso foragido, por meio de duas responsabilizações (subjéctiva e objetiva). Concluiu-se que a mais adequada a ser utilizada seria a objetiva, uma vez que garante uma tutela maior à vítima.

Foi abordada a evolução desse instituto, desde a irresponsabilidade, que era adotada para não responsabilizar o Estado, o qual se fundamentava na ideia de soberania, possuindo uma autoridade incontestável perante os súditos. Porém, a referida teoria logo foi combatida por se tratar de uma injustiça com o povo. Caminhando para a responsabilidade subjéctiva, por meio da vinculação a culpa e evoluindo, para teoria objetiva, por meio da Constituição de 1946 em seu artigo 194. Ainda no tocante a teoria adotada pelo Brasil, alguns doutrinadores defendem que o Estado só responderá objetivamente se o dano ocorrer de ato antijurídico, ou seja, se decorrer de um ato ilícito, causando dano anormal e específico a uma determinada pessoa, o que acarretaria no rompimento do princípio da igualdade.

É importante ressaltar a divergência adotada pelos operadores do Direito, como foi mostrado no trabalho, em relação a aplicação da indenização a vítima, uma vez

que esta, apesar de toda tutela garantida, ainda se mantém com um sentimento de injustiça por crimes cometidos por foragidos.

O intuito é que o Estado tenha um respaldo maior com a segurança da sociedade, uma vez que é seu dever reforçar o sistema prisional, que é visto como defasado no que compete a seu caráter ressocializador e punitivo. Dessa forma, a função da responsabilidade objetiva seria uma proteção à sociedade.

O direito está em constante mutação, e ainda que seja difícil o desacordo com as teorias defendidas pelos Tribunais Superiores, isso não seria uma justificativa para que concordasse com os seus posicionamentos. É necessário que haja uma busca da igualdade social e que a sociedade não seja prejudicada por uma falha do Estado.

Diante de todo o exposto, o presente trabalho buscou defender a teoria mais adequada a ser utilizada, buscando o respaldo a vítima. Baseada na teoria do risco, esta se divide de duas formas, sendo elas o risco administrativo, que é qualificado pelo seu efeito de permitir que haja contraprova de excludente de responsabilidade, e o risco integral, que seria inadmissível essa excludente, ambas são adotadas pela responsabilidade objetiva. Contudo, essa distinção não passa de uma questão terminológica, pois o fato é que não seria necessária uma divisão para ensejar no dever de reparação ao terceiro lesado, sendo válida só a demonstração do prejuízo sofrido, sem que fosse preciso a comprovação de dolo ou culpa para haver o ressarcimento do dano sofrido.

ABSTRACT

The art. 37, §6 of the Federal Constitution, was consecrated in order to seek to compensate for the moral damages caused by acts of the state entity, through its agents, to individuals. It is positive, through the constitutional text, that the responsibility of the State is in an objective way, however, it occurs that in some cases, part of the doctrine and jurisprudence understands the necessity of the proof of fault regarding the state omission, being analyzed the subjective responsibility, leaving the individual, sometimes without the tutelage that should be guaranteed. In order to develop the present work, doctrines and jurisprudence were used in order to demonstrate the different positioning exposed in the cases and, in a critical way, to compare the doctrinal divergence in relation to the theories to be applied.

Keywords: State Liability. State omission. Theory of the Penalty. Objective theory. Subjective theory.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988) - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** - 05 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Lei de Execução Penal (1984) – **Lei de Execução Penal de 1984** - 11 de julho de 1984. Disponível em:

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84#art-10>. Acesso em: 06 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 876 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1017p.

MEIRELLES, Hely Lopes et. al. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 894p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 1127 p.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/PC-Pessoal/Desktop/151-Rafael-Carvalho-Rezende-Oliveira-Curso-de-Direito-Administrativo-2017-Pdf.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.

MALHEIROS. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. Malheiros Editores, pág. 283. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-abr-28/estado_sp_condenado_negligencia_policia_militar?pagina=3. Acesso em: 06 mar. 2019