

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GIOVANNA SARDI FERNANDES

RESPONSABILIDADE ESTATAL PELOS ÓBITOS OCORRIDOS EM PRESÍDIOS

**CURITIBA
2018**

GIOVANNA SARDI FERNANDES

RESPONSABILIDADE ESTATAL PELOS ÓBITOS OCORRIDOS EM PRESÍDIOS

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Prof. MSc. Luiz Gustavo de Andrade

**CURITIBA
2018**

GIOVANNA SARDI FERNANDES

RESPONSABILIDADE ESTATAL PELOS ÓBITOS OCORRIDOS EM PRESÍDIOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

A minha mãe e irmã. Por tudo.

RESUMO

O presente estudo objetiva demonstrar a possibilidade de responsabilização de um ente público, frente a situações de resultado morte em estabelecimento prisionais brasileiros. O desenvolvimento da pesquisa dar-se-á com a exposição de teorias administrativas acerca da responsabilidade, a fim de se verificar se a lesão ocasionada pela atividade estatal é de natureza subjetiva ou objetiva, diferenciando estas duas modalidades diante do fato gerador do encargo. Além disso, diante da crise do sistema prisional, sendo de conhecimento notório a violação massiva de direitos fundamentais da população carcerária, será analisada também, a forma de atuação do Poder Judiciário, o qual, por meio da ADPF 347 estabeleceu medidas a fim de minimizar a situação dos internos submetidos a situações degradantes e dar efetividade aos princípios constitucionais legitimamente prescritos na Carta Magna. Da mesma forma, após ser verificada a possibilidade de requerer a reparação do dano promovido pela Administração Pública, o estudo apresentará as hipóteses de exclusão de responsabilidade estatal. Ao final, concluir-se-á que o Estado é responsável pelas mortes ocorridas em presídios, sendo configurado tal encargo de maneira objetiva.

Palavras-chaves: direitos fundamentais, responsabilidade estatal, omissão, sistema prisional.

SUMÁRIO

RESUMO	4
1 INTRODUÇÃO	7
2 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	9
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE ANÁLISE DO CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E DIMENSÕES.....	9
2.2 DIREITO À VIDA: EVOLUÇÃO DE SUA PROTEÇÃO LEGISLATIVA....	17
2.2.1 Direito à existência.....	19
2.2.2 Vedação à eutanásia	20
2.2.3 Questão do aborto	21
2.2.4 Pena de morte.....	22
2.2.5 Células Tronco.....	22
2.2.6 Direito à integridade	23
2.3 DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM KANT.....	25
3 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	33
3.1 AS TEORIAS ACERCA DO TEMA: EVOLUÇÃO.....	33
3.1.1 Teoria da irresponsabilidade	34
3.1.2 Teorias civilistas.....	36
3.1.3 Teorias publicistas	38
3.2 A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO DIREITO POSITIVO.....	42
3.3 RESPONSABILIDADE POR AÇÃO E POR OMISSÃO	49
3.3.1 Atos comissivos	50
3.3.2 Atos omissivos	51
3.3.3 Atos danosos propiciados por atividades exclusivas do Estado	54
4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PROTEÇÃO À VIDA DO PRESO	55
4.1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	56
4.1.1 Sistema Pensilvânico	56
4.1.2 Sistema Auburniano.....	58
4.1.3 Sistema Progressivo	61
4.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS: ANÁLISE DA ADPF 347/STF	65

4.3 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM KANT.....	72
4.4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO PRESO	76
4.4.1 A responsabilidade do Estado segundo a doutrina.....	76
4.4.2 A responsabilidade pelo óbito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	79
4.4.3 Excludentes de responsabilidade.....	82
5 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

O estudo com a finalidade de delimitar a possibilidade de se imputar ao Estado a responsabilidade em razão dos óbitos ocorridos em presídios brasileiros, apresenta algumas situações quanto a estes eventos.

Inicialmente, é necessária a realização de uma breve análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, para se estabelecer a relação entre o Estado e o cidadão. É cediço que o Poder Público tem legitimidade para restringir a liberdade daquele que infringe a norma penal, recolhendo o indivíduo em estabelecimento prisional. Conforme se demonstrará, apesar de previstos os direitos fundamentais de todos os cidadãos na Carta Magna, a população carcerária sofre com as condições dos presídios nos quais está recolhida. A Constituição Federal brasileira, adotando uma posição protetiva, estabelece em seu texto uma série de garantias a fim de promover a tutela daquele que se depara com uma situação de desrespeito.

Dentre as características dos preceitos fundamentais instituídos no ordenamento jurídico brasileiro estão a imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade, as quais serão analisadas cada qual com sua peculiaridade. Faz-se importante avaliar cada prerrogativa violada no estabelecimento prisional para ensejar a responsabilidade estatal.

Como a pesquisa é restrita ao evento morte no estabelecimento prisional, limita-se às diversas concepções do direito fundamental a vida e a evolução de sua proteção na legislação. Trata-se de debates envolvendo o direito à existência, eutanásia, aborto, pena de morte, integridade e células tronco, abordando cada qual o entendimento jurisprudencial e doutrinário.

Também expõem-se as ideias de dignidade da pessoa humana, principalmente na noções kantiana, princípio este estabelecido pelo Constituinte como garantia fundamental a ser respeitada por todos. A mencionada norma constitucional encontra-se em constante violação pelo ente público, o qual aplica a reclusão penal.

Após estas análises introdutórias, desenvolve-se a ideia de responsabilização do Estados pelas omissões quanto ao descumprimento de direitos fundamentais nos presídios brasileiros.

Ao final, pretende-se estabelecer uma conclusão quanto à existência ou não de responsabilidade estatal pela morte em presídios.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Faz-se necessária uma observação sucinta sobre os direitos fundamentais, especificamente o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, para posteriormente, avaliar a incidência desses direitos em âmbito constitucional. Direciona-se, portanto, para o exame de situações de violação desses preceitos e quais os efeitos na esfera jurídica.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE ANÁLISE DO CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E DIMENSÕES

Diante da evolução das escolas de interpretação jurídicas, observou-se a imprescindibilidade da positivação de alguns direitos subjetivos do ser humano, a fim de viabilizar a proteção dessas prerrogativas. Provém do desenvolvimento das ideologias sociais a própria consideração do cidadão como sujeito de direito, afirmando a titularidade deste para adquirir direitos e contrair obrigações. Neste sentido, o legislador constituinte se demonstrou preocupado em concretizar garantias e proteções, as quais foram escrituradas na Constituição.

Segundo Ingo Sarlet¹ a manifestação expressa na Carta Magna foi uma reação ao regime militar, recém declarado ilegítimo e autoritário. A lógica do legislador em dar relevante importância às garantias individuais dos cidadãos representados, estabeleceu o núcleo formal e material da Constituição, e por consequência de todas as normas infraconstitucionais. A constitucionalização dos direitos fundamentais, portanto, permitiu ao cidadão exigir uma tutela protetiva ou repressiva, em casos de descumprimento destes preceitos positivados.

Neste sentido a valorização da pessoa humana e de suas relações jurídicas, frente à outros elementos de questões patrimoniais, por exemplo, condiciona a Constituição a proteger os cidadãos como sujeitos de direito, sendo amparados pelo

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

ordenamento jurídico. Esses direitos inerentes à condição de ser humano, os quais, merecem manifestação legal, foram conceituados de Direitos Fundamentais.

Para Ingo Sarlet² os direitos fundamentais dependem de uma vinculação à determinada ordem constitucional, sendo este liame a diferenciação entre a terminologia “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Ele defende que os direitos humanos são mais abrangentes, sendo alcançados em âmbito internacional, e não se exige a obrigatoriedade de positivação, ao passo que os direitos fundamentais são mais restritos por reconhecerem institucionalmente garantias e liberdades. Ou seja, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pelo Estados pois este mesmo, quando criado, apresentou os direitos de seus cidadãos. Apesar da diferenciação de nomenclatura e significado, o autor compreende a conexão entre os direitos humanos e fundamentais, inclusive por esses inspirarem a concretização dos direitos fundamentais nas Constituições pós-guerra, mais precisamente com a Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1948.

Já José Afonso da Silva, antes de conceituar o que entende por direitos fundamentais, faz uma diferenciação entre princípios fundamentais e princípios gerais do Direito Constitucional. Afirma que os princípios gerais são mais abrangentes, dando ênfase a ordem jurídica Constitucional, ao ponto que os princípios fundamentais demonstram as intenções do legislador constituinte, as quais serão oportunamente positivadas. O autor não exclui, portanto, a interligação desses dois princípios uma vez que os princípios fundamentais são concretizados na medida dos princípios gerais do Direito Constitucional³.

Sobre o conceito, o professor José Afonso da Silva⁴ enuncia que os Direitos Fundamentais não têm apenas a concepção de limitação da atividade do público, são também efeitos das mudanças sociais e econômicas, as quais a Constituição acompanhou. Ou seja, os momentos históricos têm enorme influência nas concretizações dos direitos fundamentais, pois diante dos fatos ocorridos em determinada época, o ordenamento jurídico se concentra na proteção de tal direito, o qual está exigindo certa análise mais precisa, resultando na concretização dessas exigências.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35-38.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 95.

⁴ Ibid., p. 178.

Alexandre de Moraes⁵ define essas liberdades como sendo o conjunto institucionalizado de direitos e garantias, os quais tem como finalidade a proteção dos cidadãos contra as atividades arbitrárias do Poder Público. Assim, o próprio Estado quando se fundou, apresentou algumas imunidades, com o viés de equilibrar as disparidades das relações jurídicas, não apenas entre o Poder Público e o cidadão, mas também, entre particulares. O autor realça a ideia de ingerência negativa do Estado nas relações privadas, e quais foram os efeitos da esfera normativa infraconstitucional devido ao reconhecimento da dignidade humana como fundamento principiológico.

Dentre as repercussões da constitucionalização dos Direitos Fundamentais, a ingerência deles no ordenamento jurídico acabou por apresentar características diversas daquelas de outros direitos já previstos.

Dentre as características, segundo Moraes⁶, verifica-se:

a) Imprescritibilidade: seu conteúdo é válido independentemente de prazo. Paulo Gustavo Gonet⁷ Branco diverge em partes sobre os direitos fundamentais serem exigidos a qualquer tempo, explicando que algumas exigências só fazem sentido em determinados contextos históricos. Para ele, a característica da historicidade justifica a proclamação de diferentes direitos em diferentes épocas, demonstrando o acompanhamento de evoluções históricas. As evoluções sociais requerem novas respostas do direito, o qual tem de amparar essas situações contemporâneas, as quais não foram previstas anteriormente.

b) Inalienabilidade: os direitos fundamentais não podem ser transferidos à outras pessoas. A impossibilidade de alienação afirma o seu caráter individual, pois, na sua própria lógica, se concretizaram como fundamentais por serem inerentes de cada ser humano, como condição de sujeitos de direitos. Os direitos fundamentais tem que ser passíveis de exercício por cada ser humano, não podendo este alienar seu direito sob pena de não os operar à seu favor. Sobre este tema, a doutrina não é precisa em afirmar essa característica como absoluta, devido ao conflito entre a inalienabilidade e a autonomia da vontade. As atividades, as quais podem lesionar

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentário aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998. p. 36.

⁶ Ibid., p. 41.

⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 144.

um bem jurídico protegido pelo direito, do próprio sujeito, por ele mesmo devido a escolha de se submeter a determinada violação, ainda tem teses divergentes

c) Irrenunciabilidade: no mesmo sentido de inalienabilidade, os direitos fundamentais não comportam desistência da sua titularidade.

d) Inviolabilidade: faz-se necessária a sua proteção, tendo que ser combatida as ofensas sofridas, devido a atos das autoridades públicas ou de particulares, sob pena de responsabilização. Inclusive, a constitucionalização destes direitos tem o viés de determinar como obrigatória o respeito desses, combatendo a sua violação independentemente de quem os infringiu. Neste sentido Branco⁸ reconhece a vinculação dos poderes públicos em respeitar os direitos fundamentais, pois foram instituídos por um poder superior à eles (no caso a Soberania Popular, exercida através do sufrágio universal, escolhendo os representantes, os quais foram os responsáveis pela legislação constitucional). Insta destacar a nota trazida pelo autor sobre a vinculação do Poder Judiciário, o qual é o responsável pela fiscalização dos atos do Executivo e Legislativo. A vinculação do Judiciário não apenas é a de promover eficácia em grau máximo do direito fundamental através da aplicação da lei, como também, controlar os atos dos demais poderes, cessando a incidência de determinado ato caso venha infringir algum direito fundamental. Necessariamente, o Judiciário deve se atentar em promover eficácia dos preceitos fundamentais nos atos processuais e nas decisões proferidas.

e) Universalidade: esta característica reafirma a ideia de conjunto de direitos institucionalizados, os quais atingem todos os indivíduos, não possuindo restrições quanto nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica. Ou seja, a titularidade dos direitos fundamentais é conferida aos sujeitos, devida à qualidade de ser humano. Sobre essa característica Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que apesar de ser possível a titularidade para todos os representados, alguns direitos fundamentais não são se aplicam a toda e qualquer pessoa. O exemplo utilizado são as garantias dadas à classe trabalhadora, restringindo esses princípios apenas para aqueles que exercem atividade laborativa, por óbvio, aqueles que não exercem não teriam motivos de postular a tutela desse direito para si. Discute-se ainda a legitimidade passiva da exigência da tutela dos direitos fundamentais, podendo eles ou não vincular apenas o Poder Público, ou se podem também,

⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

vincular os particulares. Ainda diante da universalidade, o doutrinador preceitua sobre Direitos Fundamentais serem absolutos. Ele afirma, ao final, que estes podem sofrer limitações, diante de conflito entre princípios constitucionais⁹.

f) **Efetividade:** o Poder Público diante das disposições, precisa promover o acesso dos direitos previstos, elaborando mecanismos para o exercício desses. A eficácia abrange também o dever de não violação, tendo o Estado dupla função diante desta característica. A primeira, é a garantia dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, e a segunda é a proteção desse direito afim de que, uma vez garantido não seja violado.

g) **Interdependência:** as disposições constitucionais se relacionam, para promover os direitos fundamentais, todos respeitando a lógica constitucional e suas prerrogativas. As normas, mesmo contendo a característica de autonomia, se interligam com o objetivo de atingir as finalidades. No caso dos direitos fundamentais, estes precisam se amparar em outros instrumentos normativos para alcançar o propósito objetivado quando foram positivados.

h) **Complementariedade:** no mesmo sentido da interdependência, os direitos fundamentais devem ser interpretados em conjunto, pois se interpretados isoladamente, excluem possibilidades e negam a característica da interdependência. Também conforme já visto, os direitos fundamentais sofrem progressões conforme o contexto histórico, acumulando e complementando os valores já positivados daqueles que ingressarão na ordem jurídica. A complementação afirma mais um direito para proteger a esfera dos cidadãos.

Essas características refletiram na criação de mecanismos no ordenamento jurídico que garantissem a aplicabilidade dos valores fundamentais incluindo as suas características. Sendo assim, caso uma dessas qualidades for tida como irrelevante ou não for observada, todo o conjunto de direitos fundamentais amparados pela Constituição se relativizam e deixam de ser, no sentido amplo da palavra, fundamentais.

Como já analisado, frisa-se a concepção de diferentes normas protetoras de direitos dos representados conforme o momento histórico vivido.

Para além, o desenvolvimento da concepção de direitos fundamentais, determinou diferentes valorizações conforme as diretrizes sociais. As dimensões dos

⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143.

direitos fundamentais acompanharam as diversas transformações de momentos históricos, em que eram necessárias avaliações sobre determinados elementos considerados mais importantes em diferentes épocas. Diante disso, a doutrina categoriza os direitos fundamentais em dimensões. Cada qual verifica-se determinada proteção dos constituintes em diferentes épocas, como reação a determinado fato, geralmente prejudicial para a sociedade, em que, por meio da concretização dos direitos fundamentais, pretende-se que a não ocorrência posteriormente.

Antes de tratar o tema, mais uma vez, Ingo Sarlet faz uma distinção terminológica entre gerações e dimensões, afirmando que o termo “gerações” pode dar a ideia de substituição da mais antiga pela mais nova, o que não é o caso dos direitos fundamentais, tendo em vista as características de cumulatividade e historicidade¹⁰.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão deram origem à esta categoria de garantias constitucionais. O momento histórico marcante, o qual ensejou a criação dessa classe de prerrogativas fundamentais dessa dimensão foi a Revolução Francesa. O movimento tinha como objetivo barrar a intervenção arbitrária do Estado, diante da banalização dos cidadãos plebeus em detrimento da nobreza. Buscava-se alterar o modelo de governo, transformando o Estado em servidor daqueles que detêm o poder legítimo de governabilidade, ou seja, a soberania nacional. Neste contexto, determinou-se que o Estado só interviria na esfera particular se fosse provocado, não devendo ingerir nas vida privada dos administrados, como antes fazia.

Portanto, os direitos fundamentais dessa dimensão se estabeleceram baseados no viés liberalista e individualista, devido a necessidade de proteção do cidadão frente às relações jurídicas firmadas com o Poder Público, o qual era desproporcional. Foram apresentados aos cidadãos os direitos de liberdade, igualdade, segurança, propriedade, legalidade, e fraternidade, como forma de conter a intensidade arbitrária do Estado. Frisa-se a atuação negativa deste, apresentando ao cidadão maneiras de se opor aos atos que ultrapassavam os limites do poder estatal.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

Dimitri Dimoulis¹¹ denomina a primeira dimensão como uma categoria de pretensão de resistência à intervenção estatal, ressaltando o dever do Estado de se abster, e do direito do cidadão de resistir à certas atividades do Poder Público, por meio de mecanismos constitucionalmente aceitos. O autor afirma que a proibição imediata é a essência desta dimensão.

Sarlet¹² ressalta a necessidade de permanência deste rol de direitos fundamentais considerados civis e políticos, mesmo que lhe tenham sido atribuídos significados diferentes com o passar do tempo.

Já na segunda dimensão, a preocupação do constituinte não é mais a de limitar a intervenção do Estado nas esferas privadas. Por óbvio que esta ainda era uma preocupação, mas existiam outras necessidades as quais mereciam destaque do legislador. As Constituições, a partir do século XIX, se preocuparam com as relações coletivas, diante das correntes sociais que ganhavam forte reconhecimento. Marca-se nessa época o crescimento das indústrias e, conseqüentemente, a revolução industrial, sendo necessário o estabelecimento pelo Estado de mecanismos para proporcionar o Bem Estar Social para os seus cidadãos. Foi preciso outorgar aos cidadãos serviços que valorizem a sua saúde, educação e trabalho, ou seja, torna-se dever do Estado a prestação de serviços com a finalidade de assistência. Preocupa-se não apenas com o indivíduo em sua própria esfera, mas sim na incidência do coletivo.

Os Poderes Públicos devem prestar assistência àqueles que não têm condições de exercerem por conta própria esses direitos, formando a ideia de “justiça social”¹³.

Há nesta dimensão a preocupação em compensar as desigualdades entre as classes, principalmente entre a classe trabalhadora e a classe operária. O ser humano continua sendo valorizado, e a ordem constitucional se preocupa em inibir violações dos direitos destes. Porém, a valorização do ser humano é verificada nos momentos de inserção do indivíduo na sociedade, ou seja, nas relações coletivas.

Para Dimoulis¹⁴ os direitos sociais, foram estabelecidos com a preocupação de criar políticas públicas e sociais para garantir aquilo já estabelecido nas normas

¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56.

¹³ Ibid., p. 58.

garantidoras de direitos. O autor argumentar que os direitos sociais têm características subjetivas e objetivas. A característica subjetiva diz respeito à prestação do Estado para cada cidadão, sendo, portanto, os direitos públicos sociais individualizáveis. Já a característica objetiva se subdivide em duas prestações. A primeira subdivisão se refere à prestação material, ou seja, ao oferecimento pelo Estado de bens e serviços públicos, os quais devem ser disponibilizados para todos, mas principalmente para suprir as necessidades daqueles que não tem condições de arcar com os preços da iniciativa privada. A segunda subdivisão da prestação objetiva diz respeito à prestações normativas, isto é, na criação de normas as quais devem proteger direitos individuais.

Assim, percebe-se que o constituinte não restringiu os direitos fundamentais apenas como aqueles de tutelas individuais, diferenciando-se assim os direitos de primeira e segunda dimensão, na maneira a qual se permitiu a atuação do Estado (antes negativa, agora positiva e assistencialista).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são preocupados com não apenas com o indivíduo em si, nem como grupo social, mas com os elementos coletivos os quais proporcionam a natureza humana. Considerados como direitos de solidariedade e fraternidade, a preocupação do constituinte é viabilizar a existência concreta do ser humano, visto agora, não apenas como indivíduo, mas como nação. Se incluem na ordem jurídica os direitos ao meio ambiente, qualidade de vida, direito de informática, garantias da intimidade e privacidade, entre outros.

São configurados como aqueles direitos de titularidade coletiva, os quais, mesmo beneficiando cada pessoa individualmente, requer proteção de maneira mais ampla. A própria efetivação desses direitos exige uma mobilidade maior.

Sarlet¹⁵ reconhece a ausência da constitucionalização dessas garantias, embora sejam consideradas importantes em âmbito internacional.

Diante de toda a análise dos preceitos fundamentais incidentes na ordem jurídica, se faz necessário avaliar especificamente os direitos fundamentais os quais ensejarão na discussão de responsabilidade por parte do Estado no caso de descumprimento de um desses valores constitucionais.

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 59.

2.2 DIREITO À VIDA: EVOLUÇÃO DE SUA PROTEÇÃO LEGISLATIVA

No título referente aos direitos e garantias fundamentais da Constituição, está disposto no *caput*, do artigo 5º que “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: (...)”. Nota-se a importância dada pelo legislador em definir como o primeiro direito a ser assegurado sendo o direito à vida. Isto porque, segundo Moraes¹⁶, a possibilidade de exercícios dos demais direitos fundamentais dependem dele.

O autor defende uma dupla acepção do direito à vida, consistindo tanto no direito de continuar vivo, quanto o direito de possuir uma vida digna no sentido de subsistência. O constituinte ao positivizar esse direito, definiu como protetor o Estado, o qual deverá inibir qualquer violação ao direito primordial de uma pessoa. O cuidado deverá ser observado sob o prisma da característica da universalidade, e também, sob a característica da efetividade dos direitos fundamentais, devendo promover a prestação de serviços para garantir a adequada subsistência da pessoa humana.

Concordando com o posicionamento do citado autor, Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷ se adianta em explicar as consequências jurídicas do atentado à este direito fundamental. Primeiramente, a ordem jurídica classifica a violação como crime, criando tipos penais para aquelas situações em que se verifica o atentado contra a vida de um indivíduo. A punibilidade será mediante reclusão, podendo ser julgado por órgão com jurisdição competente específica, em casos de configuração da modalidade dolosa. A competência para decidir ao final das Ações Penais as quais auferem a violação do direito à vida, é do órgão constitucionalmente legitimado, qual seja o Tribunal do Júri.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentário aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998. p. 87.

¹⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

A Carta Magna também dispõe sobre o direito à qualidade da vida dos cidadãos. Este deverá ser promovido, através de medidas as quais busquem, principalmente, a preservação do meio ambiente.

Além das expressões constitucionais, o Brasil é signatário de tratados internacionais, os quais preconizam maior proteção desse bem jurídico em qualquer outra jurisdição.

Assim, nota-se que a exigência de proteção ao direito a vida é uma premissa fundamental, não podendo o Estado se opor a isso, e nem desrespeita-la.

Faz-se necessária uma avaliação dos efeitos do referido princípio no ordenamento jurídico, como também uma análise do desenvolvimento da proteção dada pelo legislador.

Como será explanado, a Carta Magna não dispõe sobre o momento de iniciação da vida, sendo apenas protegido constitucionalmente os direitos fundamentais das pessoas físicas e naturais já dotadas de personalidade civil. Ou seja, aqueles sujeitos sobreviventes ao evento parto. Importante frisar que apesar de os direitos fundamentais serem oponíveis apenas aos indivíduos exteriorizados, isto não implica na exclusão da proteção das garantias fundamentais de indivíduos intrauterinos. Isto porque, a legislação infraconstitucional ampara essas situações, inclusive com reflexos dos efeitos dos direitos fundamentais, nas suas disposições. Desta forma, apesar da noção do direito à vida ser restrita na Constituição, este direito não admitirá violação, pois estará amparado em outras normas.

A constitucionalização do direito a vida se deu mediante inúmeros acontecimentos históricos os quais configuraram banalização desse direito, e foram explanados em âmbito constitucional como medida de assegurá-los futuramente. Há necessidade em proteger as vidas dos representados pelo legislador, dando ênfase a este princípio, e por isso ocupou a primeira posição da ordem de garantias constitucionais.

Mesmo com a concretização do direito a vida na Carta Magna, verifica-se certa seletividade de preocupação dos poderes públicos com outros direitos fundamentais. Esta seleção é verificada pela omissão do Poder Legislativo, em debates sobre assuntos polêmicos, os quais versam sobre direitos ainda não positivados. A falta ocasionada pelos parlamentares mostra a escolha de não tratar sobre certos temas, a fim de que não se provoque insatisfação do eleitorado. Assim, essa ausência de legislação tem como consequência o ativismo judicial, o qual,

muitas vezes, vem para suprir determinada lacuna, e estabelecer uniformidade em casos semelhantes.

A concepção de que os indivíduos que atentam contra a vida de outrem, e são sancionados com penas restritivas de liberdades, enfrentam dificuldades e violações contra a própria vida nos presídios brasileiros, também será objeto de análise.

Conforme visto, o Estado deve atuar para minimizar as violações de garantias individuais dos sujeitos, inclusive, dos encarcerados, pois esse tem a obrigação de respeitar as normas fundamentais. Entretanto, as atuais condições enfrentadas pelos presidiários atingem diretamente o direito à vida, garantido no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988. No cárcere, o Estado tem o dever de proteger o bem jurídico primordial, atuando como garantidor responsável por aqueles de quem restringe a liberdade. Na ocorrência da desvalorização deste direito, se faz necessária a existência de mecanismos de limitação do poder estatal, responsabilizando-o pelo descumprimento de sua razão constitucional.

Posto isso, notável a necessidade da transformação da jurisdição sobre o tema vida humana, na medida em que a sociedade se adapta e evolui. Também a própria noção de vida humana se evolui na medida em que a biociência avança em suas pesquisas. O direito precisa dar conta de amparar essas novas situações, as quais serão debatidas futuramente.

Neste sentido, verifica-se a proteção dada pelo direito nos casos de violações à integridade física, moral, e as discussões sobre a partir de qual momento se considera o surgimento de uma vida, e sobre qual os efeitos jurídicos ela se enquadrará.

Pondera-se sobre:

2.2.1 Direito à Existência

Conforme já explanado, a proteção ao direito à vida abarca também a proteção de uma existência digna, no sentido de subsistência do ser humano. O sentido de existência é também o de não violação à sua essência como ser vivo, a qual, apenas poderia ocorrer pelas vias naturais e inevitáveis da biologia. A

jurisdição traz hipóteses de responsabilização daquele que interromper a vitalidade de um sujeito de direito.

Comumente, aquele que interrompe esse processo vital de maneira violenta, é responsabilizado pelo direito penal, pois é trata-se de uma infração contra o maior bem jurídico tutelado pelo direito.

Apesar de estar implícita a noção de existência digna, a mesma não foi exteriorizada na Constituição, por ser de natureza subjetiva. Caso constasse de maneira expressa o direito de uma vida digna, isso poderia abrir espaço para aplicação da moral subjetiva do julgador ao se deparar com questões que tratariam de disponibilização da vida de outrem. Um dos exemplos da doutrina sobre o julgamento da existência digna é o de desligamento de aparelhos médicos, daqueles que se utilizam dos aparelhos para sobreviver, transformando essa existência em puramente artificial e externa, não sendo, portanto, digna, para muitos.

2.2.2 Vedação à Eutanásia

Em continuidade com o tópico anterior¹⁸, a legislação brasileira não prevê qualquer tipo de interrupção do processo vital, pelo próprio indivíduo que exige a própria morte. As condutas de eutanásia e ortotanásia são vedadas pelo ordenamento jurídico. Numa breve explicação, a primeira conduta também é chamada de “homicídio piedoso”, a qual seria possível exigir de terceiros a própria morte a fim de esmaecer algum tipo de sofrimento. Já a segunda conduta, é a oposição do prolongamento da própria vida por equipamentos médicos, também chamado de “direito à morte digna”.

O Estado, entretanto, não intervém na esfera particular de um indivíduo de encerrar com o seu próprio processo vital. Aquele que comete suicídio, não é responsabilizado penalmente, pois está dispondo de seu próprio bem jurídico. Contudo, este não será tratado da mesma daquele que o instigou ou induziu-o ao cometimento desse ato. O segundo irá responder penalmente pela prática.

¹⁸ Embora o tema não seja objeto do presente trabalho, explica-se a eutanásia como forma de dimensionar a acepção jurídica do direito à vida.

O direito, ao se deparar com essas situações, escolheu, mesmo contra a vontade dos sujeitos, em dar proteção à vida destes. O argumento para essa vedação é o de que, mesmo que o indivíduo queira dispor desse bem jurídico, o Estado não poderia regular normas em favor de escolhas individuais. Isto porque, o ordenamento jurídico não tutela apenas a vida como bem jurídico singular, mas também, como coletivo. Caso houvesse regulamentação desses casos, as normas que protegeriam a vida seriam incompatíveis com estas.

2.2.3 Questão Do Aborto

Interessam as controvérsias jurídicas quanto ao momento pelo qual se considera existente uma vida. O constituinte, apesar de ter a intenção em dar máxima proteção ao bem jurídico vida, não sedimentou a questão do aborto.

O Professor José Afonso da Silva analisa três tendências a serem consideradas pelo constituinte. A primeira seria a de tutelar o direito à vida, desde a sua concepção, proibindo absolutamente a conduta do aborto, não estabelecendo, portanto, nenhum tipo de lapso temporal a ser considerado. A segunda admite a proteção pela vida a partir do nascimento, momento pelo qual seria considerado consagrado ao ser humano o título de sujeito de direitos, não importado o momento intrauterino, corrente pela qual se admite possível o aborto. E a terceira defendia a neutralidade da Carta Magna, a qual não deveria se posicionar nesta questão¹⁹.

Devido à ausência de previsão Constitucional o assunto portando, é debatido na legislação infraconstitucional, e também pelo Judiciário, o qual teve de estabelecer alguns parâmetros para julgar casos não previstos anteriormente²⁰. Na legislação penal, já estão previstos oportunidades restritas de realização do aborto, os quais são exceções à vedação da prática.

O Supremo Tribunal Federal atua nessas situações de forma ativista, pois tenta suprir a omissão do Poder Legislativo, o qual é relutante em discutir o assunto.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 203.

²⁰ Embora o tema não seja objeto do presente trabalho, explica-se o aborto como forma de dimensionar a acepção jurídica do direito à vida.

A divergência entre as ideologias das bancadas congressistas colaboram para essa omissão.

Verifica-se uma dificuldade em determinar limites temporais, à serem considerados legítimos para intervenção da jurisdição no momento em que se deve tutelar o direito à vida. Em outras palavras, é de grande complexidade o estabelecimento de um momento específico a ser considerado a existência de uma vida. Sobre isso, recentemente, a Corte Superior decidiu pela não incidência da Normal Penal, em hipóteses de aborto realizado nos três primeiros meses de gestação. A fundamentação para a decisão foi de natureza científica, mostrando a necessidade de serem considerados elementos da neurociência na incidência da criação de normas.

2.2.4 Pena De Morte

Apesar de existirem exceções específicas à vedação da pena de morte²¹, a constituição não admite a que o Estado retire de um cidadão a sua vida, como sanção de um delito cometido. Isto porque, se permitido, seria contraditório ter um instrumento normativo, o qual simultaneamente ofereceria proteção à vida, e cerceasse ela como condição penal.

Assim, como desdobramento da tutela do processo vital, a pena de morte é vedada, punindo-se os infratores com limitações de liberdade.

2.2.5 Células Troco

Também a partir dos desenvolvimentos das pesquisas com células tronco, o direito se deparou, mais uma vez, com uma hipótese não prevista na legislação. Os estudos científicos em células embrionárias foram autorizados pela Lei de Biossegurança, a qual foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

²¹ Tais exceções estão previstas no Código Penal Militar e, também, no art. 5º, inciso XLVII, alínea "a", da Constituição Federal.

3510/DF²². Foi arguida a violação do texto Constitucional por se utilizar de células tronco oriundas de embriões humanos, os quais não foram utilizados no procedimento de fecundação *in vitro*, para a realização das pesquisas.

O Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional o art. 5º da Lei 11.105/2005. Desta forma, reafirmou-se a ausência de disposição sobre o momento em que se começa a vida no texto Constitucional, e também, de nenhuma das formas e proteções da vida intrauterina. Assim, as tutelas dos direitos fundamentais constitucionalmente inscritos, se dão apenas para pessoas físicas, ou seja, aqueles seres humanos exteriorizados, dotados de personalidade civil.

Neste sentido, vislumbra-se a proteção do direito à vida no âmbito infraconstitucional. O Ministro Carlos Ayres Britto afirma não se poder confundir o embrião de pessoa humana, com pessoa humana embrionária, tendo o primeiro proteção infraconstitucional, derivada das disposições da Carta Magna. Destarte, não haveria violação dos direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana, ou direito a vida, das células tronco utilizadas em pesquisas científicas.

2.2.6 Direito À Integridade

O direito a vida não pode ser analisado isoladamente no ordenamento jurídico. Consoante às características dos direitos fundamentais, estes tem caráter de complementariedade. Sendo assim, apesar de serem derivadas do direito à vida, a integridade física e moral, também abarcam o objeto do presente estudo.

Em relação à integridade física, pode se constatar que a agressão ao corpo também é uma violação do direito a vida, mesmo esta não sendo extinta. A legislação penal diferencia o tratamento diante dessas infrações pois configuram violações à bens jurídicos diferentes, não incorrendo no rito do Tribunal do Júri, por exemplo.

Especificamente, sobre o direito dos presos, os quais são de objeto desta pesquisa, a Constituição assegura à eles, o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIV). A motivação para o destaque desta proteção em específico, foi o de abolir

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF, rel. Min. Ayres Brito, julgado em 27 de maio de 2010.

os casos de extração da confissão de um delito, através da tortura e outros meios degradantes para aqueles que ficam no cárcere.

Neste sentido, restou positivado a vedação à tortura dos encarcerados (art. 5º, III), a fim de vedar absolutamente qualquer tipo de procedimento o qual cause a opressão da liberdade de alguém. A submissão à tratamento desumano o degradante também é vedado pelo ordenamento.

Além disso, protege-se também a integridade moral, a qual inclui os elementos subjetivos individuais, ou seja, os elementos imateriais (como por exemplo a honra, a moral, a reputação, entre outros). A tutela desses bens jurídicos também são diferenciados pela legislação infraconstitucional.

Portanto, a proteção desses direitos exige medidas a serem cumpridas pelo Estado, afim de que sejam respeitadas as disposições da Carta Magna. Entretanto, nota-se as dificuldades atuais do cárcere, o qual não corresponde com os indicativos ideais de tratamento dos presos.

Em relação à integridade física, ao ser realizada uma breve análise, é possível perceber que os sujeitos estão submetidos à superlotação de presídios e ausência de condições mínimas de saúde e higiene pessoal. A integridade moral é igualmente infringida, devido às condições degradantes nas quais são colocados os presos reduzindo-os ao grau desprezível da situação humana. Não se pode esperar que ao colocar um ser humano em condições degradantes não afetaria os seus elementos subjetivos da norma. A moral individual, no presente sistema penitenciário, não pode ser comparada à de uma pessoa a qual não se sujeita ao cárcere.

Visto isso, conclui-se que o encarceramento, na forma como é realizado hoje pelo Estado brasileiro, viola direitos fundamentais os quais foram positivados em resposta às situações as quais se queria abolir. Contudo, apesar de legitimada essa proteção dos pesos, estas normas não possuem eficácia na realidade atual.

Desta forma, em consonância ao já exposto, verifica-se uma seletividade do Poder Público diante da importância dada a proteção de determinados bens jurídicos. Vislumbra-se um sistema penitenciário falido, o qual não legitima o descumprimento de normas fundamentais.

A promoção de políticas públicas afim de reduzir o agravamento da situação é ínfimo e limitado. Os governantes não atendem à esta necessidade por esbarrar, novamente, em debates polêmicos sobre os direitos dos presos. Assim, resta ao

Poder Judiciário organizar mutirões e determinar medidas para dar efetividade à norma constitucional.

2.3 DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM KANT

Entende-se que tanto o direito a vida como o direito a dignidade da pessoa humana, são parâmetros à serem seguidos na ordem constitucional. E embora sejam dois princípios constitucionais, ora normas autônomas, ambos se conectam para atingir o interesse do Estado Democrático de Direito. Contudo, esta interação não significa na inexistência de conflitos entre eles, os quais serão solucionados pela técnica da preponderância, aplicada em cada caso concreto. Um exemplo sobre o conflito entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana são os casos de debates sobre o tema eutanásia. Diante disso, afirma-se o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, existindo a possibilidade de se admitir casos de limitação desses.

Bruno Weyne²³, em sua obra, reflete sobre as concepções do princípio da dignidade da pessoa humana, e suas as origem essenciais, as quais serão utilizadas no estudo para avaliar os seus efeitos.

O autor inicia conceituando a concepção ontológica, a qual, para ele é toda a noção a qual considera a dignidade humana como atributo do indivíduo. A ideia de ser um elemento inerente de todos os seres humanos é a posição majoritária da doutrina, inclusive por Sarlet, e consagrada também, pelos tratados internacionais firmados, dentre eles o Pacto de San José da Costa Rica (1969). O mesmo afirma ainda a interligação da concepção ontológica, à metafísica clássica, a qual tem sua base nas noções platônicas e aristotélicas, que relacionam a essência à própria qualificação do ser humano. Critica-se o entendimento de dignidade da pessoa humana como intrínseca à natureza humana, por entender que é inviável um mesmo elemento ser de natureza intercultural. Além disso, argumenta-se que a noção ontológica é apenas derivada de um princípio criado pelo ordenamento jurídico. O

²³ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da Dignidade Humana**: Reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

autor declara sua posição de não conceituar ou analisar este preceito fundamental sob a ótica da concepção ontológica.

Weyne explica que, para Kant, alguns elementos são transcendentais, e não podem ser compreendidos pela razão prática. Dentre esses elementos, está a natureza humana, e se a dignidade da pessoa humana é a essência da natureza humana, isso significa que a dignidade da pessoa humana não pode ser conhecida em si mesma, e, portanto, não poderá ser conceituada através da concepção ontológica. A dignidade da pessoa humana não se encaixa na ontologia (ser enquanto ser), pois é um conhecimento teórico, não podendo ser conhecido em si. Lembra-se que o conhecimento na visão kantiana é limitado sendo obtido através de fenômenos, os quais são percebidos pela consciência humana, através de experiências práticas.²⁴

Explana-se também a concepção teológica. Esta se embasa nas determinações religiosas cristãs, a qual preceitua a criação do homem à imagem e semelhança de Deus. Essa visão da dignidade decorre de dois fatores: o primeiro seria a participação do indivíduo na própria dignidade do divino; o segundo seria a atribuição da dignidade de alguém pressupondo o dogma da criação. Defende-se nessa concepção a impossibilidade do conhecimento científico em determinar os limites da dignidade. Para aqueles que adotam essa concepção, a pessoa humana não pode ser percebida com fenômenos, ou se enquadrar em critérios científicos, políticos, ou morais, ela deve, na verdade, ser reconhecida na esfera do sagrado.

Weyne, de plano, apresenta a mesma crítica da concepção ontológica, qual seja a intenção de conceituar teoricamente a noção de dignidade da pessoa humana, através de elementos transcendentais, neste caso, no Sagrado. Conforme já exposto, o autor explica o entendimento kantiano referente a limitação do conhecimento humano, o qual, necessariamente precisaria ser captado através de fenômenos. Assim, como a razão humana não pode alcançar a noção do divino, através de elementos práticos, isso torna a dignidade humana um resultado impossível de ser considerado. Se Deus é a fonte de conhecimento da dignidade humana, esta não pode ser conhecida, pois a fonte já configura objeto do estudo transcendental, o qual, segundo Kant, não pode ser alcançado.

²⁴ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da Dignidade Humana**: Reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 172.

Outra crítica à concepção teológica é quanto a fundamentação da ideia de dignidade. Por ser baseada numa ideia religiosa, há dificuldade de explicar o motivo da existência dessa dignidade do ser humano e de seus efeitos. A justificação de algumas indagações deverá ser feita necessariamente de maneira racional, e não apenas pelas razões de uma divindade. Ou seja, a fundamentação teológica quanto a dignidade da pessoa humana ser derivada da criação humana pela imagem e semelhança de Deus, não possibilita a motivação racional para as situações em que há contraposição dos interesses do divino.

Também há insurgência contra a concepção teológica sobre a consideração da pessoa, a qual tem direito a dignidade, como parte do divino, bem como, a noção inserida apenas em âmbito religioso, excluindo a moral e a ciência do campo de aplicação do princípio. Neste sentido, por se defender a não criação de critérios para a análise das pessoas, não se poderia justificar o objeto da dignidade.

A última crítica a ser feita é a em relação a qualificação eclesiástica, auferindo em distinções entre os fiéis, assim como, a heteronomia da fé. Além de ferir o princípio da igualdade, percebe-se a ocorrência de uma imposição de escolhas dos líderes religiosos na esfera privada dos fiéis, em substituição da liberdade de escolha individual.

O autor conclui que a concepção teológica possui fracos argumentos teóricos, e diante dessa fragilidade, permitindo-se utilizar do princípio da dignidade da pessoa humana de forma negativa. A concepção teológica resta insuficiente para aplicação e interpretação do princípio no ordenamento jurídico²⁵.

A concepção final a ser analisada, é a intuicionista, a qual se verifica diante de intuições da configuração do princípio em si mesmo. Este elemento intuitivo poderia ser influenciado por normas culturais, as quais podem ser descritas diferentemente nos tratados internacionais²⁶. Já adentrando nas críticas contra o intuicionismo, o autor afirma ser impossível desvincular a justificativa de crenças particulares em verdades morais por intuição. Segundo o autor não se permite questionar a intuição ou a justificação dessas verdades, pois são inquestionáveis pelo agente, tendo de ser internamente coerentes.

²⁵ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da Dignidade Humana**: Reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186.

²⁶ Ibid., p. 187.

A segunda crítica é sobre a prova interna de coerência, a qual, possibilita questionamentos e abre brechas para interpretações divergentes quando em situações de intuições conflitantes.

Weyne²⁷ finaliza o estudo quando às concepções da dignidade da pessoa humana, também rejeitando a concepção intuicionista como critério de interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois esta não comporta a argumentação racional, ficando no plano da subjetividade ética.

Em complementariedade às concepções filosóficas explanadas por Weyne, Ingo Sarlet²⁸ traz considerações sobre a dignidade da pessoa humana quanto a sua evolução do pensamento ocidental. Ele faz-se uma breve introdução quanto aos ideais do pensamento cristão, o qual afirma o ser humano como imagem e semelhança de Deus, não podendo utilizar-se da pessoa como objeto ou instrumento.

Também explica a concepção filosófica da antiguidade clássica, a qual entende como dignidade da pessoa humana como posição social ocupada, sendo possível analisar a dignidade em grau e módulo, possibilitando uma diferenciação de dignidades entre indivíduos de uma comunidade.

Na idade média, o autor analisa os ensinamentos de São Tomás de Aquino, o qual defendia a concepção de autodeterminação do ser humano, mas também, que a dignidade estava ligada à noção de imagem do sagrado.

A noção de dignidade da pessoa humana é analisada também pelo viés jusnaturalista, diante das concepções de liberdade e racionalidade, estas com o objetivo de separar os ensinamentos jurídicos dos dogmas religiosos. A ideia jusnaturalista defende a igualdade de todos os indivíduos, impossibilitando a diferenciação de medidas de dignidade.

O autor explica que Kant, a partir do estudo da razão, o qual resulta na concepção do ser humano como fim em si mesmo, e não como instrumento, traz noções importantes as quais estão sendo utilizadas para a formação dos conceitos de dignidade da pessoa humana

²⁷ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da Dignidade Humana**: Reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 198.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

As concepções sobre o princípio da dignidade implicam em uma resposta da ordem jurídica, no âmbito protetivo. Sarlet²⁹ parte da ideia de qualidade intrínseca do ser humano a dignidade da pessoa humana, a qual é irrenunciável e inalienável. Traz a ideia de princípio fundamental, e sua conceituação não se fixa diante de situações concretas.

Rizzatto³⁰ também entende que a dignidade é inata ao ser humano. O autor reconhece duas características da dignidade, sendo a primeira o fato de que a dignidade é inerente à essência humana devido ao próprio nascimento da pessoa; já a segunda característica é a noção de vida digna. O autor ainda faz referência ao exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet, ao mencionar que a dignidade está garantida a todo e qualquer cidadão na Constituição Federal, independentemente de sua posição ou conduta social. Assim, um criminoso também tem o seu direito de dignidade garantido, mesmo que não venha a ter boa reputação ou que venha a ser exposto pelos meios midiáticos, entretanto, a dignidade lhe é inerente.

Sarlet também traz a concepção de que a dignidade consiste em uma dupla manifestação, sendo a primeira a determinação do dever estatal de salvaguardar os direitos fundamentais dos representados, e a segunda como instrumento de limitação do poder público. O princípio é simultaneamente obrigação do Poder Público o qual deve medir esforços em proteger os indivíduos representados.

Percebe-se a ideia de prestação como uma concepção afirmativa da participação estatal, e a função defensiva com limite negativo da atuação do Estado. A prestação é no sentido de preservação da dignidade por meio da promoção de medidas as quais possibilitem o exercício deste princípio.

Sarlet³¹, posteriormente, exemplifica a ocorrência de ambas as manifestações na materialização da legitimidade do Estado em cumprir seu dever de punir, aplicando sanções àqueles que transgrediram normas penais, sendo possível a restrição da liberdade dos indivíduos. Neste caso, outros princípios, também são aplicados para proteção dos direitos do encarcerado, sendo necessário para assegurar o mínimo necessário para manutenção da sua dignidade, mesmo na execução de uma sanção penal.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

³⁰ RIZZATTO, Nunes. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

³¹ SARLET, op. cit., p. 131.

A dignidade como limite e tarefa do Estado, chamada também de dimensão dúplice, abarca a expressão da dignidade como autonomia do indivíduo de se autodeterminar, e também a necessidade de assistência por parte da comunidade como meio para se atingir a dignidade. O autor explica que a dignidade protetiva se irá se sobrepôr a dignidade autônoma, pois para todos aqueles para quem se verifique a ausência de condições que assegurem a sua capacidade de autodeterminação, cabe a comunidade e ao Estado, atuação de proteção da dignidade do indivíduo, como forma de tratamento da pessoa humana. Mesmo o curatelado ou assistido, os quais tenha perdido a capacidade de autodeterminação, devem ser tratados com dignidade.

Mesmo aquele que não tenha mais consciência da sua própria dignidade, deve tê-la respeitada pela sociedade.

Alguns autores os quais defendem junto da ideia de essência do próprio ser humano, a capacidade de autodeterminação, no sentido de ter consciência de si mesmo como ser digno podendo busca a pretensão da dignidade em frente aos demais.

Neste viés, pertinente destacar a incapacidade dos presos de autodeterminação. Apesar dos motivos os quais levaram o encarceramento, o preso como indivíduo, na concepção de fim em si mesmo, não pode ser utilizado como objeto, sendo qualquer ofensa a sua dignidade deve ser objeto de responsabilização. A utilidade do cárcere não pode se sobrepôr a proteção da dignidade da pessoa humana.

Fundamenta-se um critério objetivo para avaliar a violação da dignidade da pessoa humana, qual seja, a instrumentalização do ser humano. Portanto, frisa-se que mesmo que haja perda da autonomia, o ser humano deve ser respeitado como dignidade, devido a sua condição humana.

Essa é a justificativa da concepção ontológica a qual, por considerar a dignidade como intrínseca ao ser humano, esta deve ser protegida e respeitada, mesmo diante da superveniência de dificuldades da sua capacidade.

O reconhecimento da proteção do princípio na ordem constitucional implica na proteção de igual maneira por parte do Estado, o qual deverá evitar as violações concretas da dignidade.

O autor acentua:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), como todas as consequências que daí podem e dever ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.³²

Em síntese, Kant³³ expõe que os imperativos categóricos seriam aqueles que, mediante o uso da razão, seriam máximas universais e absolutas, as quais se tornariam regras aplicadas a quaisquer situações. O imperativo categórico seria livre de qualquer influência externa à razão, se tornando um fim em si mesmo.

Outro imperativo conceituado por Kant, seriam os hipotéticos, os quais, ao contrário do primeiro, teriam influências internas e pessoais, diante do não fundamento exclusivo na razão.

Portanto, a necessidade da liberdade kantiana para se obter a razão pura, e assim restar configurada a dignidade da pessoa humana para o indivíduo que a alcançasse, se justifica para a concepção de imperativos categóricos.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível verificar que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é utilizada como parâmetro para a aplicação de direitos fundamentais. Nota-se que a Carta Magna estabeleceu a Dignidade como fundamento do Estado brasileiro, conferindo esta característica de pressuposto para as relações entre os cidadãos e o ente público. Para Sarlet³⁴ o constituinte agiu com acerto ao defini-lo como princípio guia, o qual vem sendo aplicado no ordenamento jurídico como o principal fundamento para a tutela de direitos dos administrados.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

³³ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana na jurisprudência do STF. **Revista Jurídica. UNISUL**. Santa Catarina: Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 8, n. 14, 2017. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/4662>. Acesso em 04 de abril de 2018.

Diante de tais concepções, o estudo demonstrará a seguir a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para a configuração de responsabilidade do Poder Público sobre aquele de quem restringe a liberdade.

3. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

O estudo se direciona para analisar a responsabilidade extracontratual do Poder Público, mais precisamente do Poder Executivo, ao promover atos os quais podem resultar eventualmente no prejuízo de algum particular. Se trata do assunto na esfera cível, em que a reparação de danos se dá mediante indenizações e ressarcimentos pecuniários. Não há situações imutáveis de responsabilização do Estado, ou seja, não são taxativas as hipóteses de responsabilidade por atos de fora do contrato ou fora de relações jurídicas, bastando apenas o prejuízo de terceiro decorrente de um comportamento comissivo ou omissivo do Poder Executivo.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵ entende a responsabilidade extracontratual do Estado como reação ao dano causado por este, quando fere garantias individuais, devendo existir a reparação econômica, na proporção da lesividade. O estudo pretende demonstrar através das teorias de responsabilização extracontratual, as esferas do encargo administrativo sobre a violação do direito à vida no sistema carcerário, diante de sua ação ou omissão. Para essa análise, é necessária a identificação das teorias administrativas e suas evoluções.

As duas principais modalidades de responsabilidade do Estado à serem pesquisadas consistem na subjetiva e objetiva. Na primeira, busca-se avaliar a falha do serviço estatal, quando podendo ser executado e não é, ou é mau executado. Para o professor Celso Antônio³⁶, não basta apenas o resultado do dano, é preciso verificar a presença dos requisitos da culpa (imprudência, negligência e imperícia) na atividade estatal. Já a segunda, não depende de falha ou má execução, pois é suficiente o resultado danoso causado pela atuação do Estado para insurgir no comprometimento de reparação.

3.1 AS TEORIAS ACERCA DO TEMA: EVOLUÇÃO

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1021

³⁶ Ibid., p. 1.032

A fim de introduzir o assunto, é necessária a avaliação das razões anteriormente consideradas no ordenamento jurídico. Consoante aos ensinamentos de Cahali³⁷ o exercício da atividade pública, podem eventualmente provocar dano à terceiros. Inicialmente questiona-se as proporções da responsabilidade civil do Estado em comparação da responsabilidade comum privada, já que ambas são ressarcidas patrimonialmente.

Stoco³⁸ entende a responsabilidade como um instituto de proteção dos direitos dos cidadãos lesados, os quais tem a possibilidade de buscar o ressarcimento frente ao Estado. Por fim, ele afirma ser uma consequência de um comportamento contrário ao direito. Assim, a obrigação do Estado é uma derivação dos atos danosos, ou seja, um dever jurídico consequencial, e não original.

Ainda sobre as proporções da responsabilidade, o autor cita os princípios do *neminem laedere* (não lesar ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem), os quais estabelecem a extinção do encargo o de reparação. Estes princípios se referem à consequência da lesão, obrigatoriamente na imposição de uma contraprestação daquele que lesou para o prejudicado. Especificamente na norma civil se verifica a reconstituição do dano causado, por uma prestação pecuniária, afim de que se reestabeleça a situação anterior ao evento danoso. Desta forma, se criou o dever jurídico geral de proteção social, não podendo ficar inerte o ordenamento jurídico diante de lesões à diferentes bens jurídicos.

Assim a análise do tratamento do Estado em relação aos particulares, na incidência de algum prejuízo decorrente de sua atividade, é necessária.

3.1.1 Teoria da Irresponsabilidade

A primeira das teorias à serem analisadas é a denominada de Teoria da Irresponsabilidade, a qual considerada ser indevida qualquer tipo de reparação à terceiros pelo Estado.

³⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 16 de março de 2018.

³⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em www.proview.thomsonreuters.com. Acesso em 16 de março de 2018.

Na concepção absolutista o Estado não deveria responder pelos prejuízos que causasse, tendo em vista o poder soberano exercido pelo Rei, o qual era incondicional perante os governados. Neste momento histórico, o Rei era a autoridade máxima e este não estaria passível de erros (*The King can't do no wrong*). Se o Estado é o Rei e o Rei não erra, não há o que se cogitar em indenização por parte do Poder Público. O Estado não poderia ser colocado no mesmo patamar que um súdito, não podendo lhe ser exigido qualquer montante, tendo em vista que as finanças do Estado eram pagas por aquele que, em tese lhe requereria a reparação. Neste sentido entendia-se impossível a contraprestação desse ente contra ele mesmo. Ainda nas noções absolutistas, o Estado não era quem oportunizava garantias aos representados, pelo contrário, os representados eram quem prestavam ao Soberano.

É notável três fundamentos para a concepção da teoria da irresponsabilidade. Sendo o primeiro a soberania do governante, não sendo passível de receber o mesmo tratamento de que seus súditos, não podendo reduzi-lo à esta equiparação. A relação entre Estado e governado deveria ser vertical. O segundo fundamento seria o de que o Poder Público por ser considerado como o ente protetor do direito, não poderia infringi-lo. Assim, defendia ser inviável a responsabilização estatal, por se entender que o Governante não poderia configurar ao mesmo tempo como violador e protetor de garantias. E por fim, a consequência da não possibilidade de responsabilização do ente o qual tutelaria os direitos dos governados seria a de que se os atos praticados por funcionários públicos ocasionassem prejuízos, estes não seriam considerados atos do Estado, devendo o funcionário público responder individualmente³⁹.

Nesse contexto, percebe-se os argumentos de ilegitimidade do órgão estatal no ressarcimento pecuniário aos lesados. Além disso, tenta-se afastar a previsão de um encargo, a ser pago pelo Estado, o qual se utilizaria do patrimônio público.

Teceram-se duras críticas à esta teoria, sendo uma delas a de que se o Rei era aquele quem tutelava o direito, este não poderia se abster da obrigação decorrente dos danos ocasionados pelas ações ou omissões à terceiros. Além disso,

³⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 16 de março de 2018.

o Estado é um ente dotado de personalidade jurídica, dispondo de direitos e contraindo obrigações para com seus representados.

Assim, diante da insuportável possibilidade de o particular arcar com o dano sozinho, alguns países abandonaram a Teoria da Irresponsabilidade em seus atos normativos. Especificamente nos Estados Unidos, por meio do *Federal Tort Claim Act* (1946), e na Inglaterra devido ao *Crown Proceeding Act* (1947).

3.1.2 Teorias Civilistas

Por meio dessas teorias, tenta-se entender por qual razão e em quais situações o Estado tem o dever de responder. Admitiu-se a responsabilidade baseada nas noções civis do elemento subjetivo culpa.

Inicialmente, havia a diferenciação dos atos praticados pela Administração Pública entre os denominados atos de império e atos de gestão.

Os atos de império seriam aqueles fundados nos instrumentos legitimamente atribuídos ao Poder Executivo, autorizando-o a praticar atividades unilaterais, as quais poderiam prejudicar os direitos dos cidadãos. Estes atos, portanto, são aqueles praticados pelo Estado na sua qualidade de soberano, agindo para a manutenção da ordem social, se fazendo essencial a sua atuação nestes casos. Assim, fundado nas prerrogativas exclusivas do Estado, seria admitida a ocorrência de eventuais danos ocasionados pela coercibilidade do Executivo. Devido à impossibilidade do particular agir com essas imunidades, os atos de império também possibilitavam a sobreposição dos interesses e atos do Estado, aos direitos dos representados.

Já os atos de gestão são os executados em conformidade com as disposições estabelecidas aos administrados também, colocando o Estado numa posição de horizontalidade. A prática desses atos se refere apenas à mera gestão e organização de serviços e patrimônios⁴⁰.

A distinção dos atos serviu para relativizar a teoria da irresponsabilidade, passando a se permitir pelo ordenamento jurídico a responsabilização de algumas

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 787-788.

condutas do Poder Público. Percebe-se, portanto, a separação da figura do Rei para a figura do Estado, com a distinção dos atos praticados por cada um deles. Resiste-se à ideia de irresponsabilidade pelos atos de império pela conservação da noção de que o Rei exercia a soberania sob seus súditos, sendo seus atos incontestáveis.

Desta forma, se os atos os quais exigirem força e coerção, ambas sendo prerrogativas da execução e proteção da jurisdição pelo Soberano, ocasionarem algum dano ao particular, o Rei não teria a obrigação de responder por estes comportamentos.

Assim, apenas os atos de gestão eram passíveis de serem ressarcidos, já que dizem respeito as condutas que são comportamentos considerados típicos da administração ou atos dos servidores, podendo estes serem responsabilizados.

Contudo, insurgiu-se contra esta teoria principalmente no que diz respeito à dificuldade de separação do Poder Executivo em duas figuras distintas, como também a classificação de atos de gestão como todos aqueles que organizam temas de serviços e patrimônios públicos. Diante dessas questões, desconsiderou-se a responsabilização de apenas de um dos atos nominados.

Mesmo assim, a doutrina civilista se ateve à ideia de responsabilidade devido à demonstração do elemento culpa. Criou-se a teoria da Culpa Civil, a qual estabelecia que qualquer indivíduo teria de responder por prejuízos causados à terceiros, desde que comprovado o referido elemento subjetivo culpa. Incluiu-se o Estado nesta concepção, numa tentativa de equiparação do particular. Foi dada a partir da culpa civil duas atribuições àquele o qual buscava a reparação do dano causado: ônus de encontrar o agente provocador do dano e o ônus de provar dolo ou culpa. A culpa civil na prática se tornou muito onerosa para o cidadão encontrar o agente causador do dano⁴¹.

Stoco⁴² aponta, dentre outras consequências, da admissão da teoria clássica civilista, a presunção da existência do elemento culpa. Quando na demonstração da culpa, caso haja a presunção deste elemento o ônus da prova se inverteria. Passaria do administrado (quem teria originalmente este ônus), ao causador do dano de provar a ausência da culpa e conseqüentemente o dever de reparação. Desse modo, configurava-se a responsabilidade civil, sem a comprovação pelo lesado a

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 788.

⁴² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em www.proview.thomsonreuters.com. Acesso em 16 de março de 2018.

conduta prejudicial do agente público, mantendo o elemento subjetivo para auferir a necessidade de indenização.

3.1.3 Teorias Publicistas

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica a origem das teorias de responsabilidade do Estado com base nos princípios do direito público, as quais foram elaboradas a partir do caso Blanco.

Relata-se que em 1873, na jurisdição francesa foi proposta uma ação civil de indenização, após um acidente envolvendo um particular e uma transportadora pública. O fundamento utilizado para a propositura da demanda foi a suposta existência de responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados a terceiros. Neste caso, também se entendeu possível a obrigação de reparação dos danos causados devido à atos realizados por agentes públicos. O tramite processual se deu no tribunal administrativo, o qual manifestou ser sua competência julgar demandas referentes ao funcionamento de serviços públicos. Entendeu-se não ser possível auferir a responsabilidade estatal com base nos princípios da doutrina civilista, devido o Estado possuir certas prerrogativas relacionadas à realização da atividade pública, as quais interferem também nas relações do ente público com os particulares⁴³.

A partir deste raciocínio, determinou-se inviabilidade de tratar a Administração Pública como se particular fosse. Assim, surgiram duas fortes teorias embasadas nos princípios do direito público.

A primeira a ser estudada é a Teoria da Culpa Administrativa (ou Teoria da Culpa do Serviço), a qual pretendia transferir a culpa do agente público, anteriormente tendo de ser comprovada e individualizada no funcionário, para uma culpa do serviço público. Neste momento, o servidor não é mais indicado precisamente, e tão pouco deve ser comprovado a sua culpa. Analisa-se o funcionamento do serviço público de forma genérica e abrangente, verificando se o Estado funcionou mal, ou se ele não atuou, ou se atuou atrasado. Não é mais

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 788.

preciso encontrar a pessoa física e demonstrar os elementos subjetivos. Tem que se provar a não atuação do Estado, quando este podendo atuar, não atuou.

Também chamado de culpa anônima do serviço público, esta teoria traz a obrigação do Poder Público de indenizar o cidadão pela falha do serviço prestado, independentemente da averiguação da culpa do agente o qual desenvolve a atividade.

Rui Stoco⁴⁴ afirma que o ato propulsor da responsabilização, é composto por elementos denominados de “fatores de atribuição”, os quais mesclam indicativos tanto objetivos quanto subjetivos. Dentre eles, o nexos de causa e efeito entre a ação ou omissão do resultado lesivo. Estes fatores serão analisados em pesquisa, e utilizados para fundamentação da incidência estatal sobre a morte de presos.

Já o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁵ afirma estar ultrapassada a noção de responsabilidade subjetiva. Isto porque é desnecessário a comprovação de uma culpa individual para requerer a obrigação do Estado de indenizar. Ele explica que a doutrina civilista tradicional se apegou a comprovação dos elementos subjetivos quando na falha do serviço público. Os elementos configuradores da culpa (negligência, imprudência e imperícia), segundo o autor nem sempre são aptos de percepção probatória, entretanto a não comprovação destes não impõe diretamente numa responsabilização objetiva por parte do Estado.

Ao final, apresentou que nem todas as falhas do serviço público acarretarão na responsabilidade. Isto porque, serão analisados, além do nexos causal de resultado final do serviço, também os elementos contrários à culpa. Se constar que o Estado agiu com diligência, prudência e perícia, não haverá de se falar em responsabilidade. O autor entende, portanto, ser possível uma responsabilidade subjetiva e objetiva.

Em síntese, a Teoria da Culpa Administrativa deveria ser fundamentada no binômio “falta do serviço/culpa da Administração”⁴⁶, sem analisar a subjetividade do servidor, admitindo a possibilidade de indenizar terceiro, se o serviço público em si, ocasionasse algum dano.

⁴⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em www.proview.thomsonreuters.com. Acesso em 16 de março de 2018.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.033.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 699.

Novamente, havia grandes dificuldades em comprovar as omissões e falhas do Estado, pelos cidadãos, na demonstração de mal funcionamento do serviço público. Ainda se requeria da vítima a demonstração da falta do serviço público, sendo que, se não demonstrado seria inexistente o dever de reparação do dano.

Noutra esteira, sem dispensar a primeira tese publicista, adotou-se a Teoria do Risco, a qual previa a responsabilidade objetiva para os atos do Estado. Sua origem se deu após a Revolução Francesa, nas disposições inovadoras da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Criou-se o entendimento de que da mesma forma que os cidadãos deviam contribuir com para a atuação estatal, repartindo os benefícios entre todos, deveria também haver a distribuição dos prejuízos sofridos. No referido tratado, estabelecia-se que cada cidadão iria contribuir com o Estado na medida de sua possibilidade. Sendo assim, caso alguém da sociedade sofra algum dano, e tenha de arcar com esse prejuízo individualmente, desregulando a sua possibilidade de cooperar com as despesas estatais, isso acarretaria no desequilíbrio das contribuições.

Isto porque, teria de ser feito uma redistribuição entre todos os cidadãos para encobrir a falta do primeiro que não teria a possibilidade de arcar com seu encargo, devido ao dano sofrido. Assim, o ordenamento jurídico passou a estabelecer ao Estado o dever de indenizar, com finanças públicas, o cidadão prejudicado.

O que se percebe é a substituição da análise dos elementos subjetivos, para a avaliação apenas do nexos causal do prejuízo sofrido e a atividade exercida pelo Estado. Desta forma não se verifica na Teoria do Risco a negligência, imprudência ou imperícia do serviço público, tão pouco do agente individualizadamente.

Di Pietro⁴⁷, explica três pressupostos para auferir a responsabilidade objetiva, quais sejam: a) a prática de um ato ilícito ou lícito por servidor; b) em decorrência deste ato seja causado à terceiro um dano específico; c) e que haja nexos de causalidade entre o ato do agente público e o prejuízo.

Assim, denominou-se como Teoria do Risco a possível existência de um risco é aleatório, o qual pode, ou não, acontecer. A atividade exercida pelo Estado possui um risco intrínseco em seu desenvolvimento, devendo o ente público se preocupar com a redução das possibilidades deste evento arriscado acontecer. Neste sentido, o Estado terá de responder quando o mero risco se transformar em dano concreto.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 789.

Esta tese ainda se subdividiu entre outras duas teorias específicas, sendo elas Teoria do Risco Integral e Teoria do Risco Administrativo.

A Teoria do Risco Integral determina o Estado como devedor obrigatório sempre que se envolver em uma intercorrência causadora de um prejuízo, devendo, portanto ser analisado este dano objetivamente. Se a mera presença do Estado, expuser as pessoas ao risco, e causar algum tipo de dano, este deverá ressarcir os cidadãos pelos prejuízos causados, independentemente de quem deu causa. Frisa-se que o prejuízo obtido pelo particular é decorrente tão somente do desempenho, regular ou irregular da atividade pública.

Cahali⁴⁸ aponta ainda ser analisado o fato objeto do dano causado ao administrado para se auferir o dever do Estado de indenizar. A atividade administrativa, neste sentido, pode ser omissiva ou comissiva, regular ou irregular, extinguindo qualquer a noção de culpa administrativa, anônima do serviço, ou falha no desenvolvimento do serviço.

Aplica-se o risco integral nas disposições expressamente previstas. Uma das possibilidades de responsabilização pelo risco integral é as dos danos causados pelo exercício da atividade nuclear. Conforme previsto no art. 21, inciso XXIII, alínea 'd', da Constituição Federal, compete exclusivamente à União a exploração desse serviço. Sobre a responsabilidade civil pelos danos causados pelo serviço nuclear, o legislador infraconstitucional, na Lei 6.453/77, já estabelecia o risco objetivo por essa atividade.

Também se acolheu a Teoria do Risco Integral nas hipóteses de danos ocasionados por atos terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras (Lei 10.309/2001 e Lei 10.744/2003).

A segunda subdivisão se denominou se Teoria do Risco Administrativo. Esta se fundou na mesma raiz do risco objetivo, mas permite a excludente de responsabilidade, que são, caso fortuito, força maior, culpa de terceiros (eventual vítima).

Hely Lopes Meirelles⁴⁹ afirma bastar a lesão para a configuração do dever de indenizar, nos ditames da Teoria do Risco Administrativo. Não há de se analisar a

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 16 de março de 2018.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 699.

falta do serviço, apenas se verifica a ocorrência ou não ocorrência de atividade estatal. Nesta teoria, se está inserida na Administração Pública o fator lesivo. O autor dispõe ainda que os pilares para a adoção desta tese são o risco e a solidariedade social.

O autor distingue a Teoria do Risco Administrativo e a Teoria do Risco Integral, reafirmando a possibilidade de demonstração, pelo Estado, de culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização, apesar de a vítima não ser obrigada a provar a culpa da Administração. Desta forma, apesar da dispensa de comprovação da culpa da Administração, esta não responderá em qualquer caso, podendo ser isenta de reparação caso evidenciado a culpa do administrado no evento lesivo.

Tem-se que diferença entre as correntes acima explanadas, não seriam apenas ontológicas, e sim em razão de seus efeitos e funções. As consequências jurídicas da primeira é o comprometimento do Estado em responsabilizar os cidadãos lesados, por se encarregar de assumir o risco integral de sua atividade. Ao passo que a segunda admite a demonstração dos elementos externos a atividade estatal, possibilitando a análise no caso concreto das excludentes de responsabilidade.

3.2 A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO DIREITO POSITIVO

Inicialmente, anota-se que a Teoria da Irresponsabilidade não foi acolhida pela jurisdição brasileira.

As primeiras constituições brasileiras, apesar de serem omissas quanto a responsabilização do Estado, previam a responsabilidade na hipótese de abuso ou omissão do funcionário público na execução de suas atividades.

A responsabilidade solidária era acolhida pelas leis infraconstitucionais e também pela jurisprudência, a qual determinava a indenização do Estado em conjunto com o funcionário público, nas hipóteses de danos causados nos serviços ferroviários e telegráficos da época.

Sobre a responsabilidade do servidor, a Constituição de 1891 em seu artigo 82, previa que “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.”.

No Código Civil de 1916, havia a previsão da responsabilidade civil pelos atos ilícitos, os quais gerariam o encargo decorrente de ação ou omissão voluntária, analisada sob a noção dos elementos subjetivos, reafirmando a necessidade da consideração da culpa. Especificamente, no artigo 159 do referido Diploma Legal revogado, dispunha que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Apresenta-se fortemente a introdução das teorias civilistas, de natureza subjetiva no ordenamento. No artigo 15, do antigo Código, previa que as pessoas jurídicas de direito público eram responsáveis pelos atos de seus representantes quando na atuação de sua atividade, causassem danos a terceiros, devido a comportamentos contrários ao direito, ou pelo descumprimento do dever previsto em lei. Di Pietro⁵⁰ observa que a expressão prevista no artigo, ora “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”, dava a se entender pela necessidade de demonstração da culpa do funcionário para a responsabilização do Estado. Entretanto, alguns juristas interpretaram como prescindível a demonstração da culpa, tendo em vista da ausência de expressão literal pela norma, adotando a responsabilidade objetiva.

Também neste sentido, o autor Yussef Cahali⁵¹ entende que o Marco Civil de 1916, não teria ultrapassado os ditames das teorias subjetivas, pois no contexto individualista a responsabilidade estatal somente poderia ser reconhecida se o funcionário tivesse agido com dolo ou culpa.

A Constituição de 1934, a responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário foi expressamente acolhida. O artigo 171 admitia a responsabilização solidária do funcionário em conjunto com a Fazenda Nacional, Estado ou Municipal, pelos danos ocasionados por culpa, omissão ou abuso do exercício da atividade administrativa. O dispositivo foi repetido posteriormente, na Constituição Federal de 1937.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 791

⁵¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 16 de março de 2018.

Já a Constituição de 1946 adotou a teoria objetiva, rompendo com as ideias civilistas e subjetivas de responsabilização. Nos termos no artigo 194 “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”. O paragrafo único do mesmo artigo propunha o direito de regresso do Estado contra o funcionário causador do dano, quando este tivesse incorrido em culpa.

A inovação trazida pela Constituição de 1967 é a ação regressiva contra o agente em caso de culpa, incluindo também, a responsabilização pela inocorrência em dolo do servidor.

O Código Civil de 2002, também dispõe, no artigo 43, sobre a responsabilização estatal pelos atos cometidos por seus agentes, ressalvados o direito regressivo contra os causadores do dano, se demonstrado por parte destes, culpa ou dolo.

Também em outro dispositivo, verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil, no art. 972, parágrafo único, acolheu a teoria objetiva, configurando o dever de indenização, independente da análise de culpa, aquele que exerça atividade a qual implique em algum risco para os direitos de outrem.

Stoco⁵² também distingue as diferentes formas de reparação dos danos, devido a imposição de uma sanção ao Estado, conforme o âmbito jurídico protetor de um determinado direito. Especificamente sobre a moral, o autor afirma que as sanções penais visam apaziguar a sociedade e também sua defesa, já as condenações civis por ofensa à moralidade de um sujeito, são à título particular de um sujeito específico.

Di Pietro⁵³ aponta ainda a necessidade de regularização do Código Civil, a fim de atualizar o artigo para suprir a omissão legislativa sobre a responsabilização das pessoas jurídica de direito privado as quais exercem função pública. Parte da doutrina entende que, se desde a Constituição de 1946 se estabeleceu pacificamente a Teoria da Responsabilidade Objetiva para tratar dos danos causados pelo Estado, possibilitando apenas o regresso contra o funcionário, é porque não abrange esta mesma ideia para as pessoas jurídicas.

⁵² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em www.proview.thomsonreuters.com. Acesso em 16 de março de 2018.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 792.

A Carta Magna de 1988 seguiu a mesma linha, determinando no artigo 37, § 6º, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

Sobre o direito de regresso, diante da literalidade da Constituição, entende-se possível que o Estado cobre o valor pago ao lesado pela sua atividade, a título de indenização, do agente público, entretanto, só poderá fazê-lo se ficar provado que o agente público agiu com dolo ou culpa.

Neste sentido, Maria Sylvia Di Pietro⁵⁴ entende que o dispositivo traz elementos das duas teorias, quais sejam a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do servidor público. A Constituição Federal de 1988 estabelece como critérios da responsabilização:

a) Agente público: entende-se que o servidor público o qual pratica o ato danoso deve ser vinculado a pessoa jurídica de direito público, ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, mesmo que esta última entidade não esteja expressamente prevista nas disposições legais. Para Meirelles⁵⁵, o constituinte utilizou acertadamente o termo genérico “agente público”, possibilitando a inclusão de todas as pessoas que tenha o encargo de realizar alguma atividade ou serviço público. Para o autor, exige-se apenas a qualidade de agente público para a responsabilização.

b) Serviço público: necessário que o dano ocorra no momento da prestação de algum serviço público, mesmo pelas pessoas jurídicas de direito privado em função delegada pelo Estado. Assim, são excluídas os órgãos da administração pública indireta as quais exercem atividade econômica de caráter privado, e incluídas as concessionárias e permissionárias de serviço público, nesta atividade específica.

c) Dano à terceiro: a atividade pública deve causar prejuízo ao cidadão em decorrência da prestação estatal, configurando então o nexo de causalidade necessário para a responsabilidade objetiva. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a responsabilização do dano causado à terceiro, sendo dispensável

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 792.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 704.

a qualidade de usuário do serviço público danoso⁵⁶. Tendo em consideração que o legislador não trouxe a diferenciação sobre o sujeito prejudicado ser usuário ou não do serviço prestado, os julgadores não poderiam fazer essa discriminação.

d) Categoria do agente: o agente público considerado acolhe todas as categorias consideradas.

e) Qualidade: é imprescindível para configurar responsabilidade estatal, o dano causado pelo agente público nesta qualidade, ou seja, exercendo a função administrativa.

Neste sentido, o professor Hely Lopes Meirelles⁵⁷ esclarece a adoção pelo constituinte da Teoria do Risco Administrativo. O autor exemplifica a ideia da teoria com a ocorrência de alguma lesão a um detento, quando estava sob a guarda imediata do Estado. Devido ao dever de zelar pela integridade física de seus administrados, o detento tem o direito à indenização, exceto se restar demonstrada a presença de alguma causa excludente de responsabilidade pelo Estado.

Especificamente sobre o tema do cidadão indenizado, ser usuário ou não do serviço público, insta destacar a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.

O Recurso Extraordinário nº 591.874/MS, interposto pela empresa Viação São Francisco Ltda., trouxe a questão sobre a necessidade de indenização pelas prestadoras de serviços públicos pelo terceiro não usuário do serviço. Os fatos narravam um acidente entre um ônibus de transporte coletivo e um ciclista, o qual veio a óbito. A empresa, ao recorrer, alegou ser indevida a responsabilidade objetiva da mesma, devido ao fato de a vítima não ser usuário do serviço público. Questionou-se a extensão do termo “terceiros” utilizado na Constituição Federal, para caracterizar o dever de indenizar o dano para aqueles que não se utilizem do serviço o qual estava sendo executado.

O Supremo Tribunal Federal, constatando a repercussão geral da matéria arguida, entendeu que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece a reparação por qualquer ato em razão das atividades praticadas por seus agentes, independentemente se o lesado usufruir ou não da atividade prestada. Portanto, a responsabilidade, desde a Carta Magna, passou a ser objetiva em relação a

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 591.874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26 de agosto de 2016.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 704.

terceiros, não havendo qualquer distinção feita pelo legislador constituinte sobre a qualidade do sujeito passivo da lesão causada pelo Estado.

Nos termos do voto do relator, eis o raciocínio motivado:

Com fundamento nesse argumento, penso também que não se pode interpretar restritivamente o alcance do referido art. 37 § 6º, sobretudo porque o texto magno, interpretado à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados “terceiros”, isto é, entre usuários e não usuários do serviço, vez que todos eles, de igual modo, podem sofrer o dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado.

Não impressiona, *data venia*, o entendimento segundo o qual apenas o terceiros usuários do serviço público gozam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, porquanto têm o direito subjetivo de receber um serviço adequado. É que tal raciocínio contrapõe-se à própria natureza do serviço público, que por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal.⁵⁸

Assim entendeu a Corte Superior, pela inocorrência da interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

Na hipótese do caso julgado no acórdão, o ministro relator Ricardo Lewandowski, entendeu que não restou demonstrada a negligência da vítima, e tão pouco o acidente ter ocorrido devido a força maior. Assim, não se poderia aplicar a Teoria do Risco administrativo a fim de que se decretasse uma das causas excludentes de responsabilidade.

Desta forma, o ministro relator afirmou a configuração do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço, sendo tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.

Embasando-se na repercussão geral do referido julgado, por analogia, também pode se entender que a atividade pública do encarceramento responde, portanto, objetivamente pelos danos causados os presidiários. Estes sujeitos, (embora não configurem a qualificação de usuários da prestação da atividade, propriamente ditos) quando lesados pela execução do serviço podem configurar sujeitos legítimos de direito para requerer a indenização, devendo ser analisado

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 591.874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26 de agosto de 2016.

apenas o nexo de causalidade. A presente pesquisa tratará, ainda, da responsabilidade estatal sobre os presídios privados no território brasileiro.

Também prevê a responsabilidade a título objetivo o Código de Defesa do Consumidor, promovendo a defesa dos interesses do consumidor. Tendo em consideração que o consumidor é a parte mais frágil na relação de consumo, inverte-se o ônus da prova. Ainda sobre a instrução probatória, percebe-se o acerto do legislador em aplicar a responsabilidade objetiva nessa esfera jurídica, tendo em vista a inviabilidade do consumidor em demonstrar qualquer tipo de elemento subjetivo oriundo do fornecedor do produto consumido.

Portanto, a regra da responsabilidade objetiva analisa os aspectos concretos das circunstâncias para que seja estabelecido o dever de indenizar o cidadão.

Ainda se discute na doutrina a responsabilidade objetiva do Estado, quando o ato danoso decorrer de antijuridicidade. Di Pietro⁵⁹ entende que a concepção de ato antijurídico não pode ser no mesmo sentido de que ato ilícito. Como já explanado a licitude ou ilicitude do ato danoso praticado não interfere para a responsabilização estatal devida. Nos moldes da responsabilidade objetiva, só poderá ser considerado o ato antijurídico se ocasionar-se, dentro da ilicitude ou licitude da atividade administrativa, uma lesão anormal e específica a um sujeito determinado.

A título de exemplo de ato lícito o qual ensejaria a responsabilização civil do Estado, a autora traz alguns dispositivos normativos os quais elencam alguns atos considerados não ilícitos no direito brasileiro. Dentre eles, o artigo 188, inciso II, do Código Civil vigente, estabelece como ato lícito “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”. Pode-se ilustrar a atividade do poder de polícia do Estado, a qual não ensejara reparação ao cidadão que tiver seus bens lesionados por essa atividade.

Quanto ao poder de polícia do Estado, Yussef Cahali⁶⁰ assinala a obrigatoriedade dos agentes públicos, em preservar a integridade corporal daquele que foi detido. Ele salienta já existir previsões jurisprudenciais de responsabilização civil sobre a morte de presos, causadas por agentes. Nas situações de exercício da atuação policial entende-se necessária a reparação do dano causado, devido ao não cumprimento encargo da entidade policial. Além de analisar eventos danosos aos

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 794.

⁶⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 16 de março de 2018.

presos, ele também verifica as condições dos agentes penitenciários, quando estes são lesionados, durante o cumprimento do serviço público, na ocorrência de eventos como rebeliões de preso.

Entretanto, apesar da licitude permitida no dispositivo citado anteriormente, o Marco Civil estabelece em seu artigo 929 que “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”.

Também no mesmo Diploma Legal, o artigo 930 dispõe que “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.”.

Por fim, Di Pietro ainda assinala que a responsabilidade civil do Estado poderá ser decretada, se verificada a excludente de culpa da vítima do dano ou possuidor da coisa.

3.3 RESPONSABILIDADE POR AÇÃO E POR OMISSÃO

Conforme já exposto, os atos jurídicos praticados pelo Estado podem ocasionar prejuízo à terceiros, ensejando em uma futura restituição ao lesado. Ao contrário das teorias puramente civilistas, em que se espera a reparação dos danos apenas decorrentes de ato ilícito, para o Direito Administrativo não é necessário a ilicitude do ato para a responsabilização pelo dano. Nestes casos, a reparação é medida que se impõem à administração pública, mesmo quando houve licitude no comportamento do Estado.

Sendo o dano causado por uma ação ou omissão estatal, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁶¹ afirma a necessidade de analisar o evento danoso à luz de critérios específicos. Para o autor, antes da determinação do dever de indenizar, deve se estudar os vícios do ato, seja pela mera objetividade, ou, pela subjetividade. Assim, deve se distinguir se o dano foi ocasionado por ato comissivo do Estado, se

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.038.

foi por omissão, ou, se o dano foi causado por uma atividade a qual gerou risco de dano.

3.3.1 Atos Comissivos

Na hipótese de ser um dano causado por ação estatal, a doutrina impõe a imputação objetiva pelo prejuízo. Isto porque o Estado dispõe de prerrogativas jurídicas, as quais objetivam a realização de atos em benefício da coletividade.

Além disso, tendo em vista a horizontalidade na relação entre a administração pública e o particular, não seria possível a configuração dos elementos culpa ou dolo do ente público. Inclusive, o princípio da isonomia fundamenta a prescindibilidade de comprovação em um viés subjetivo, pois, mesmo que os atos da administração tenham a intenção de promover o interesse público, o particular precisa ser indenizado na medida da lesividade de seu prejuízo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁶² a reparação do dano causado independe de verificação se o ato originário era legítimo ou ilegítimo. Considerando os poderes outorgados a administração pública, entende-se que não é possível deixar de se envolver com algum dos serviços prestados pelo Estado. Assim, independentemente da licitude, ou falta dela, no evento causador do dano, se o bem jurídico do administrado for lesionado, este tem o direito de indenização, o qual será verificado de maneira objetiva.

Assim, a reparação do dano será devida, de maneira objetiva, quando da atuação legítima ou ilegítima do Estado ferir um bem jurídico tutelado.

Vale ressaltar que o autor faz uma referência a responsabilização do Estado por ação ilícita material, quando, por exemplo, o espancamento de um prisioneiro ocasionar lesões definitivas a ele.

Na hipótese o abuso de autoridade dos servidores públicos não será analisada subjetivamente, pois entendeu-se que a causa do evento danoso foi o próprio encarceramento, sendo irrelevante, na presente análise o abuso de poder

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.041.

pelos agentes penitenciários. Basta o abalo do direito juridicamente protegido para gerar indenização.

Ademais, poderá ser exercido, em desfavor do agente, o direito de regresso, segundo o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

No caso do dano ser causado pela empresa privada prestadora de serviço público, deve-se determinar quem irá responder pelo ato lesivo, ou seja, se é a administração, a empresa privada, ou as duas.

Para essa determinação, Mauro Sérgio dos Santos⁶³ faz uma distinção entre responsabilidade primária e secundária.

A primária seria aquela direta, proposta contra o sujeito autor do dano. Assim, quando o agente público causador está vinculado a administração pública, direta ou indireta, ajuizada a demanda judicial de reparação de dano.

Já a secundária depende da análise das condições do primário em reparar o prejuízo causado.

Entretanto, caso o dano tenha sido causado pelo agente vinculado a empresa privada prestadora de serviço público, a responsabilidade primária é da empresa.

Nesta hipótese, entende que poderia se ter no polo passivo da demanda apenas a empresa privada ou, se esta não tiver condições de arcar com o prejuízo sozinha poderia se tratar subsidiariamente com o ente público o qual delegou do serviço.

Mauro Sérgio dos Santos⁶⁴ ainda afirma que a decisão judicial, se julgada favorável ao ofendido, condenaria a empresa privada (responsável primária) bem como o Estado (responsável secundário) à repararem os danos causados. Deu-se ênfase no chamamento do responsável secundário apenas se o primeiro não tiver oportunidade de arcar com as indenização ele mesmo.

3.3.2 Atos Omissivos

⁶³ SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 422.

⁶⁴ SANTOS, loc. cit.

Além da responsabilização da administração pública pelos eventos comissivos, os eventos omissivos também podem ser objeto de reparação.

Nesses casos a responsabilização deverá ser analisada subjetivamente, pois entende-se que a inércia do serviço público tem de ser justificada com base nos elementos culpa ou dolo. Contudo, não pode se dizer que tal entendimento é pacífico, pois, poderão haver casos nos quais o Poder Público responderá objetivamente por sua omissão.

Para alguns autores a inação do serviço não é, tecnicamente, a geradora do dano, mas sim, o fator o qual propiciou a lesividade para terceiro.

Yussef Cahali⁶⁵ dispõe que se o Estado omitiu-se de algum serviço, e um eventual prejuízo ocorra, não há como responsabilizar objetivamente a administração, pois esta não, efetivamente, agiu. Desta forma, quando o evento não foi praticado pelo Poder Público em si, e sim por uma força externa, a Administração deve responder subjetivamente, analisando a potencialidade do Estado em prever a ocorrência da lesão, e então poder evita-lo.

Seguindo no mesmo raciocínio Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁶ entende que, apesar de não poder se imputar ao Estado a responsabilidade exclusivamente pela causa, pois, no caso de omissão não houve efetiva uma ação do Estado, deve se analisar o nexos causal entre o dano e a ausência de conduta da administração. Para ele, se o Estado tinha o dever de minimizar o risco de geração de um evento prejudicial, aí sim, poderia se cogitar uma responsabilização pelo dano causado a terceiro. Nos termos do autor, se o poder público não tem o dever de otimizar o prováveis prejuízos, não haveria justificativa para o Estado suportar o encargo patrimonial da lesão sofrida.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁷ explica a divisão doutrinária em face do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Alguns entendem ser aplicada a mesma norma, tanto para hipóteses lesivas decorrente de atos comissivos ou omissivos da Administração. Outros sustentariam a aplicação da teoria da culpa do serviço público, sendo obrigatoriamente subjetiva a análise do dano por omissão.

⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 16 de março de 2018.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.041.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 797.

Nota-se, contudo, pela tendência doutrinária em adotar a responsabilidade objetiva em alguns casos de sua omissão.

Sobre os danos passíveis de reparação, ocasionados da omissão estatal Cahali⁶⁸ faz uma breve explicação da exigência mínima da causa ou condição para a determinação da restituição do dano.

Com tal característica, a causa primária seria a omissão direta do serviço público. Se exigível o dever legal do Estado e este não otimiza os riscos de dano no serviço público, e eventual risco vem a acontecer, também seria identificado a causa para a indenização. Na hipótese de concorrência entre o não aprimoramento do risco e fatores estranhos, os quais não foram previstos pela administração, o autor entende ser incidência de causa concomitante da administração. Caso não fosse exigível a conduta do Poder Público, o qual, mesmo se omisso na execução de obra ou serviço público, não poderia evitar ou prever o fenômeno gravoso, ai não há como responsabiliza-lo.

Para Cahali o encargo do Poder Público deve sempre ser analisado pela causalidade. O autor entende que “causa, nas obrigações jurídicas, é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação”⁶⁹. Assim a omissão deveria ser analisada como causa do dano, e não como condição propiciadora do evento lesivo. O agente público o qual se omite seria o ato danoso em si, e não mera condição, e seria responsabilidade.

Portanto, os casos de indenização do Poder Público são apenas quando este não age quando era possível, agiu deficientemente, ou agiu tardiamente. Estas são situações suficientes para configurar omissão.

Desta forma, a doutrina entende que se o Estado tinha o dever jurídico de agir ou fazer, e se absteve, deve ser responsabilizado.

Além do nexo causal também são analisados outros elementos para a caracterização desta modalidade de responsabilidade. Um desses outros critérios seria a ilicitude da conduta da administração.

⁶⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 16 de março de 2018.

⁶⁹ CAHALI, loc. cit.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁰ observa que, ao contrário da responsabilidade por ação a qual independe da licitude da atividade do Estado, na responsabilidade por omissão o dano sempre decorrerá de uma ilicitude. Isto porque quando a administração pública tem o dever legal de agir e não age, o resultado será de um comportamento ilícito devido ao descumprimento do referido dever. O autor ainda afirma ser necessariamente uma responsabilidade subjetiva, pois todos os comportamentos ilícitos do Estado são decorrentes de negligência, imprudência, imperícia, ou da deliberada intenção do não cumprimento da norma.

Ainda defende-se a apuração de outros indícios além dos já explanados para a configuração de omissão do Poder Público, como a expectativa do próprio Estado em relação àquele serviço. Tal expectativa advém de imposição legal, a qual pode ser regulamentada por regimentos os quais determinam a forma de comportamento frente a sua atividade.

3.3.3 Atos danosos propiciados por atividades exclusivas do Estado

Ao contrário dos eventos em que o Estado tinha o dever de diminuir o risco de dano, aqui o próprio ente produz o risco do qual o dano é ocasionado. Tem-se que não ele não é o sujeito direto da causa do dano, porém não haveria como desvinculá-lo do evento. Por ter constituído os fatores proporcionadores da lesão ao bem jurídico a doutrina entende que esta responsabilidade deve ser objetiva.

Algumas situações de responsabilidade pela atividade positiva do Estado já haviam sido previstas na Carta Magna. A principal delas é a disposta no art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, da Constituição Federal.

Para fins de exemplificação: na hipótese de uma lesão causada pelo serviço nuclear, apesar de não ter sido exercida diretamente pelo Estado, a exploração destes recursos é derivada de uma atividade exclusiva da União, a qual criou a ocasião do dano quando decidiu monopolizar as atividades referentes a elementos nucleares.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.041

4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PROTEÇÃO À VIDA DO PRESO

Frente à situações fáticas dos presídios brasileiros, é necessário analisar como o Estado atua para minimizar as violações de garantias individuais dos sujeitos encarcerados. As condições enfrentadas pelos presidiários atingem diretamente o direito à vida, garantido no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988. Conforme já explanado no estudo, entende-se como vida, não apenas a circunstância de continuar vivo, mas também de se promover a existência digna. No cárcere, o Estado tem o dever de proteger este bem jurídico dos presos, atuando como garantidor responsável por aqueles de quem restringe a liberdade. Na ocorrência da desvalorização deste direito, se faz necessária a existência de mecanismos de limitação do poder estatal, responsabilizando-o pelo descumprimento de sua razão constitucional.

Baseando-se nos ensinamentos doutrinário já trazido na pesquisa sobre o tema da responsabilidade estatal, analisar-se-á possibilidade de obrigação não apenas na esfera administrativa, mas também nas instancias do poder judiciário, o qual tem atuado como ativista nas questões de garantir a aplicação da norma constitucional, diante da omissão do legislador e do administrador.

Sendo assim, é imprescindível tratar do julgamento da ADPF 347⁷¹, a qual declara o estado de coisas inconstitucionais, diante das inúmeras falhas do sistema penitenciário.

4.1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Entendendo que o sistema penitenciário brasileiro é o resultado de uma evolução de outros sistemas implantados anteriormente, não se pode adentrar nesta análise sem um retrospectivo histórico das diversas formas de cumprimento da expiação no Direito Penal.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 de fevereiro de 2016.

Dentre os modelos estudados estão os sistemas pensilvânico, auburniano e progressivo. Damásio de Jesus, resumidamente, expões os três modelos afirmando que o no Pensilvânico, o condenado executa a pena na cela individual, vedada a saída dele, em regra; no sistema de Auburn havia a possibilidade de trabalho conjunto durante o dia, sob a regra do silêncio absoluto, havendo isolamento durante a noite; No terceiro sistema o sentenciado passava um tempo isolado, e progressivamente havia o abrandamento do regime solitária, podendo ser colocado no trabalho conjunto e até em liberdade condicional, daí o nome de sistema Progressivo⁷².

4.1.1 Sistema Pensilvânico

O primeiro grande modelo prisional foi denominado de Sistema Pensilvânico⁷³ (ou Celular) sendo instituído em 1790 nos Estados Unidos. Tal organização trazia algumas determinações para a ressocialização dos presos, consistentes em isolamento total, abstinência de bebidas alcóolicas, e a realização de orações. Entende-se⁷⁴ que a constituição deste sistema teve influências tanto teológicas, em razão da imposição ao encarcerado a realização de preces para o seu retorno a sociedade, quanto iluministas, pois vislumbra-se a destituição de castigos corporais aos infratores.

Em 1776 foi construída a prisão de *Walnut Street* objetivando a aplicação do sistema, principalmente no que se dizia respeito ao confinamento de maneira isolada. Inicialmente não se conseguiu aplicar tal método de forma integral, permitindo aos presos menos perigosos a convivência com os demais internos, sendo colocado em confinamento solitário apenas aqueles com periculosidade elevada.

⁷² JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 565.

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

⁷⁴ NASCIMENTO, Diego. **Evolução dos sistemas penitenciários**. Salvador: Universidade Salvador, n. 128, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1835>. Acesso em 16 de março de 2018.

Em razão da crescente população carcerária da época foi necessária a construção de outros dois estabelecimentos prisionais quais sejam a Penitenciária Ocidental (*Western Penitentiary*, 1818) e Penitenciária Oriental (*Eastern Penitentiary*, 1829).

Na prisão ocidental, a qual seguiu a arquitetura do panótico de Jeremy Bentham, conseguiu-se estabelecer a ideia de isolamento absoluto não sendo permitido qualquer tipo de atividade laborativa nas celas. Em 1829, na conclusão da penitenciária oriental, entendendo não ser possível a aplicação desse regime, resolveu-se abrandá-lo permitindo o trabalho na própria cela.

Tentou-se diversas vezes aplicar o Sistema Pensilvânico em sua integralidade, entretanto, diante da sua rigurosidade isso não foi possível.

As determinações de isolamento absoluto, silêncio, trabalho nas celas e oração, sofreram duras críticas.

Apesar da redução de gastos com vigilância que este sistema ocasionou, devido ao silêncio dos presos, facilitando a manutenção da ordem e disciplina tal organização foi extremamente danosa aos internos.

Especificamente sobre o critério de isolamento, Bitencourt⁷⁵ traz a crítica de que como o homem é um ser social, e o regime celular configurava grandes índices de transtornos psicológicos em razão da solidão e do silêncio. O autor expõe as críticas doutrinárias feitas em relação ao paradoxo entre ressocialização e retirada do acusado do meio social. Os condenados eram completamente afastados do ambiente exterior à penitenciária, e muitas vezes, dos próprios presos. Ausente a atividade social por parte deles, não haveria como reabilitar o transgressor da norma se ele será impedido de se comunicar com outras pessoas. Entendeu-se também que o cárcere solitário seria uma forma refinada de tortura, pois o preso perdia a noção de tempo, espaço e realidade, refutando a instituição do isolamento total.

Também se criticou a imposição da religião para a reabilitação do preso, a qual iria contra a liberdade de crença, pois a religião utilizada para atestar a ressocialização era a cristã. Assim, se o apenado cultua-se outra religião, esta não serviria de base, já que a ética cristã era a que prevalecia como parâmetro.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82

Apesar de superado, o Sistema Celular não foi completamente negado. O autor⁷⁶ traz algumas características as quais embasaram a constituição de outros modelos prisionais, sendo elas:

- a) o estabelecimento de celas individuais para o retiro noturno dos presos. Esta disposição resolve problemas relativos ao encarceramento de grupos de pessoas.
- b) possibilidade de isolamento desde que não viole qualquer garantia fundamental, sendo afastado em caso de configuração de tortura.
- c) aplicação do regime pensilvânico em casos de agentes com elevada periculosidade.

Desta forma, diante do fracasso do Sistema Pensilvânico, tornou-se necessária a elaboração de um novo, o qual foi denominado de Sistema Auburniano.

4.1.2 Sistema Auburniano

Sua origem se deu após a avaliação do sistema celular, bem como a substituição da pena de morte e outros castigos corpóreos pela sanção restritiva de liberdade, sendo autorizada a construção de um novo estabelecimento em 1816.

Os presos de Auburn foram divididos em três categorias, as quais levaram em consideração apenas critérios subjetivos. A primeira categoria, na qual se aplicada o regime de isolamento celular, era destinada aos delinquentes reincidentes; a segunda eram os presos que tinham a possibilidade de ressocialização, porém também seriam submetidos ao recolhimento três dias na semana e tinham autorização para realizarem atividades laborativas; a terceira categoria era preenchida por aqueles que eram mais prováveis de serem corrigidos completamente, sendo obrigatório a estes presos o retiro noturno, e trabalho junto aos demais interno durante o dia, podendo ser submetidos à cela individual uma vez por semana⁷⁷.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 83.

⁷⁷ / Ibid., p. 87.

Diante do fracasso, novamente, da carceragem isolada, o sistema foi adaptado a fim de permitir-se a labuta conjunta dos internos por meio do silêncio absoluto e descanso em cela individual. Tais critérios são as principais características deste sistema.

De acordo com Bittencourt, entretanto, percebe-se que tal regime não estabelecia diretrizes, necessariamente, para a correção do infrator, e sim instruções objetivando a disciplina do interno, mantendo a segurança interna e maximizando o uso da mão de obra carcerária.

O contexto histórico da época não poderia ser mais propício para o desenvolvimento deste modo de execução. Com o desenvolvimento da indústria buscava-se no mercado de trabalho, mão-de-obra barata e especializada, a qual se encontrava escassa. Contudo, diante de um novo olhar voltado para a criminologia, relacionando a classe assalariada e os índices de reincidência dos crimes contra o patrimônio, concluiu-se que o método de isolamento total nas prisões privava tanto os presos da ressocialização quanto o mercado da força de trabalho, da qual buscava. Ocorre então a adaptação dos operários a necessidade a qual o sistema capitalista demonstrava.

Assim, houve a troca da segregação solitária pela exploração da mão-de-obra carcerária, expandindo as diretrizes de disciplina dos estabelecimentos prisionais para as indústrias, possibilitando benefícios para a economia. Neste sentido, alguns autores sustentam a ideia de que o sistema auburniano surgiu por anseios mercantis⁷⁸.

Dentre as características do referido modo de execução, mantiveram-se algumas do anterior. Dentre elas o silêncio absoluto durante a realização do trabalho, possibilitando aos presos direcionarem algumas palavras aos guardas, apenas com a voz baixa e prévia autorização (comunicação vertical). Entendeu-se que a quietude durante a atividade proporcionava a reflexão, bem como era também um meio para o controle e manutenção da ordem. Seguindo a ideia de que o trabalho dignifica o homem, este seria o meio para a ressocialização do condenado o qual iria recuperar a sua honrabilidade e ao final do cumprimento de sua pena, retornaria a sociedade.

⁷⁸ NASCIMENTO, Diego. Evolução dos sistemas penitenciários. **Revista direito UNIFACS**. Salvador: Universidade Salvador, n. 128, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1835>. Acesso em 16 de março de 2018.

Contudo, Bittencourt⁷⁹ analisa a determinação de serviços aos presidiários não como um método de reabilitação, mas como meio do sistema pena para impor ideologias, não podendo ser visto com a finalidade de correção do infrator.

Alguns aspectos negativos foram exemplificados na obra do referido autor.

A primeira retaliação ao Sistema Auburniano é no sentido de que o projeto não cumpre a sua função ideológica ou pedagógica. Para os sindicatos dos trabalhadores da época, o trabalho na prisão significava menor custo e concorrência com o trabalho livre, sendo contrário as convicções da economia colonial. Também se dizia que a especialização dos presos poderia, de certa forma, desqualificar os demais trabalhadores, deixando todos no mesmo patamar de equiparação. Diante da não diferenciação de um ex-delinquente e de um trabalhador comum, evidenciou um grande sentimento vingativo por parte da população, a qual exigia das autoridades públicas maior rigor na aplicação da sanção.

A segunda crítica é em razão do obstáculo enfrentado para se conseguir transformar o estabelecimento prisional em uma indústria simulada. A doutrina entende que esta experiência promoveu uma ilusão de produtividade entre os presos, contudo, tal suposto objetivo de ressocialização era mascarado. Como já exposto anteriormente, a atividade imposta aos internos tinha o objetivo de conservar a dominação da sociedade capitalista. Entendeu-se que o labor não iria restituir o condenado à sociedade, na verdade, o iria aliená-lo⁸⁰.

A terceira circunstância censurada pela doutrina seria o excessivo rigor com que se tratava os presos. Percebe-se a instituição de um regime de disciplina semelhante com o militarismo, cumulando-se com a regra do silêncio. Segundo Bittencourt⁸¹ a reunião de detentos para finalidades laborativas, demanda um comando específico.

Outro aspecto negativo do regime era a aplicação de castigos cruéis aos presos, refletindo a ideia maquiada de controle excessivo.

Por fim, como semelhanças dos dois sistemas poderia estabelecer as determinações de celas individuais, o método de isolamento (mesmo que mais relativizado no segundo regime), também atividades como forma de ressocialização e o caráter retributivo àquele que transgride a norma penal. Como diferenças é

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

⁸⁰ Ibid., p. 92.

⁸¹ Ibid., p. 93

notável as distintas motivações pelas quais foram instituídas cada um dos sistemas, o primeiro observando as ideologias religiosas e o segundo os pressupostos econômicos⁸².

4.1.3 Sistema Progressivo

O terceiro sistema a ser estudado é o Sistema Progressivo. Embora este regime já tivesse sido adotado por alguns países da Europa, após a caída dos regimes Pensivânicos e Auburnianos, a sociedade teve de determinar novas diretrizes a serem adotadas para a execução penal.

Bittencourt⁸³ explica que este modelo tem a ideia de divisão do tempo de duração da reprimenda em períodos de abrandamento da sanção, proporcionando privilégios ao recluso se este preenchesse requisitos para receber tais benefícios. O bônus recebido pelo detendo por bom comportamento, por exemplo, tinha caráter de correção positivo, não meramente retributivo como dos outros sistemas, e o preparava para retornar a sociedade, gradativamente, antes do término da sua expiação.

Assim, visualiza-se a dupla finalidade do sistema Progressivo, sendo a primeira incentivar ao condenado a boa conduta e o aceite do condenado quanto ao regime aplicado. Já a segunda seria a intenção de reformar o condenado distribuindo benefícios em razão do período sancionatório cumprido.

Dentre os novos modelos criados a partir da ideia principal deste regime, estão o sistema inglês progressivo (*mark system*) e o sistema progressivo irlandês.

O sistema progressivo inglês consistia em um sistema de pontos dos quais poderiam ser cumulados pelo condenado, podendo trocá-los por determinado benefício. Este sistema de vales promoveu a quantificação da boa conduta a qual poderia ser medida proporcionalmente em relação a gravidade do delito. Se o detento estivesse de acordo com as normas do presídio, era computado um prêmio,

⁸² NASCIMENTO, Diego. Evolução dos sistemas penitenciários. **Revista direito UNIFACS**. Salvador: Universidade Salvador, n. 128, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1835>. Acesso em 16 de março de 2018.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

se não, uma multa. O tempo de condenação, portanto, podia ser otimizado pelo aproveitamento do trabalho e bom comportamento do interno.

Verifica-se o caráter meritocrático deste sistema o qual não tinha, necessariamente uma uniformização na aplicação da pena.

Bittencourt⁸⁴ explica os três períodos do sistema progressivo:

a) isolamento celular diurno e noturno: Momento dirigido à reflexão do apenado sobre o delito cometido. Caso não apresentasse melhoria em sua conduta poderia ser submetido a trabalho rígido e método de alimentação escassa.

b) trabalho em comum sob a regra do silêncio: Com resquícios dos regimes anteriormente impostos, o trabalho em conjunto durante o dia seguia a ordem mediante o silêncio absoluto. Entretanto, o condenado poderia passar para uma etapa seguinte do trabalho, se alcançasse bônus suficientes, progredindo, portando. Foram feitas algumas críticas no sentido da ganancia do preso em acumular pontos apenas para passar à próxima etapa, e não, efetivamente tendo uma boa conduta pois estaria apto a ressocialização; e

c) liberdade condicional: Nesta fase a liberdade do sentenciado era restrita a algumas condições, nas quais, se não obedecida poderia ser revogada. Se não houvesse a revogação, ai sim, se era obtida a liberdade legítima.

As vantagens proporcionadas por este sistema foram inúmeras, dentre elas o fim de rebeliões, e a instituição na população carcerária do hábito do trabalho.

Outra importante segmentação do sistema Progressivo foi o sistema Progressivo Irlandês. Tal regime foi considerado ideal para a maioria dos estudiosos criminalistas. No mesmo sentido de diminuição da intensidade da reprimenda, conforme a boa conduta do apenado aperfeiçoou-se o sistema especificamente na fase de preparo do detendo no retorno a sociedade.

Em 1854 se estabeleceram algumas prisões intermediárias, as quais abrigavam os internos que se encontravam entre a carceragem e a liberdade provisória. Esta nova modalidade tinha o objetivo de propiciar algum contato com o exterior permitindo uma melhor reintegração.

O período intermediário mantinha o trabalho como atividade obrigatória, contudo, esta era realizada fora do estabelecimento prisional, devendo o preso ser recolhido apenas para repouso noturno. Outras vantagens podem ser listadas como

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011p. 99.

o abandono do uniforme, abolição de castigos corporais, possibilidade de comunicação (tanto com os outros detentos quanto com a população), escolha do trabalho a ser executado e recebimento de remuneração. Isto trazia a ideia ao preso de que o condenado estava pronta para recebê-lo de volta sem restrições, pois ele teria se recuperado no momento de cumprimento de sua pena⁸⁵.

As críticas feitas a este sistema são em relação ao abrandamento da expiação como meio para se ter maior conhecimento da personalidade e responsabilidade do detento. Também se apontou a inviabilidade de se promover o sistema com base na livre vontade do interno em obedecer a disciplina imposta pelo sistema.

Apesar disso, a legislação brasileira adota o Sistema Progressivo para a execução penal. A transferência do interno do regime mais gravoso para o menos rígido está explícito no art. 112 da Lei de Execução Penais⁸⁶.

No Brasil, em 1850 foi construída a primeira prisão, com a finalidade de privar a liberdade do indivíduo para transformá-lo e devolvê-lo à sociedade. Com influências do sistema de Auburn onde se tinha o isolamento celular noturno e trabalho obrigatório durante o dia, sob a regra do silêncio. A denominada Casa de Correição da Corte estabelecia a atividade laborativa como elemento necessário para incidir na pessoa do condenado bons hábitos. Contudo, não se observava a ideia de remuneração pela labuta⁸⁷.

Observa-se novamente o isolamento e o silêncio como aparelhos de controle e manutenção da disciplina. Os estudos criminológicos da época já indicavam quem eram os destinatários do cumprimento de pena, ou seja, os encarcerados em sua maioria eram delinquentes ocasionais e participantes da classe mais pobre⁸⁸.

Em 1920 foi inaugurada a Penitenciária do Estado de São Paulo, considerada a construção modelo, construída para abrigar 1.200 (mil e duzentos) presos, o total correspondente a população carcerária do Estado. O estabelecimento prisional possuía oficinas de trabalho, enfermaria e celas individuais, influenciando a construção de novas penitenciárias da época. Apesar de serem consideradas

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

⁸⁶ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 173.

⁸⁷ PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14.

⁸⁸ Ibid., p. 16.

modelares, nenhuma das novas prisões obedecia ao princípio da classificação dos presos em relação a gravidade do delito por eles perpetrados⁸⁹.

A Casa de Detenção de São Paulo foi uma tentativa de se recolher separadamente os presos provisórios dos condenados, entretanto, em virtude da crescente população carcerária da época, o estabelecimento passou a acolher tal internos⁹⁰.

Apenas da década de 50 foram criadas no Brasil os Institutos Penais Agrícolas, sob a influência das ideias de *Mark System*, onde os presos trabalhavam no campo durante o dia e eram recolhidos em celas coletivas no período noturno⁹¹.

A legislação penal vigente, apesar de adotar o Sistema Progressivo, tem algumas dissonâncias com o modo de implemento da expiação. O Código Penal estabelece três regimes para o cumprimento de pena, contendo critérios tanto objetivos quanto subjetivos para a aplicação de determinado regime, serão diferentes os estabelecimentos prisionais a serem executados a reprimenda, dependendo do encaixe ou não desses critérios.

Em síntese, o regime fechado seria executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o regime semiaberto em colônia agrícola ou industrial; e o regime aberto em casa de albergado.

A realidade fática do Sistema Prisional Brasileiro impede o real sistema de progressão, isto porque diante da inexistência de uma casa de albergado a reintegração do sujeito a sociedade não ocorre de modo fragmentado e sim de maneira direta.

Segundo a Lei de Execuções Penais⁹², em seu art. 112, são dois os requisitos para a progressão de regime: o bom comportamento (critério subjetivo) e o cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime determinado na sentença. A Súmula n.º 421 do Superior Tribunal de Justiça estabelece a impossibilidade de progressão por salto, sendo imprescindível a passagem do condenado pelo sistema imediatamente menos gravoso.

O autor Adeildo Nunes também destaca a obrigatoriedade de cumprimento pela Administração Pública e órgãos do Poder Judiciário, o ditado da Súmula Vinculante n.º 56 editada em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal. Tal dispositivo

⁸⁹ PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 17.

⁹⁰ PORTO, loc. cit.

⁹¹ PORTO, loc. cit.

⁹² NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 258.

estabelece que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

O referido Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS⁹³ determinou que caso o condenado preencha os critérios para progressão de regime e não tiver vaga no estabelecimento onde ele deveria iniciar novo regime, o Juiz da execução está autorizado a fixar outras medidas as quais possibilitam o abrandamento da expiação.

Atualmente, o Sistema Prisional Brasileiro encontra-se em crise. São inúmeros os casos de presídios superlotados, sendo inexistente à essa população a assistência médica, ocasionando a morte de detentos em face de propagação de doenças contagiosas. Também em face da superlotação o controle interno do presídio é falho, permitindo a entrada de drogas e armas, proporcionando a ocorrência de rebeliões, das quais muitas vezes, também resultam em óbitos.

Assim, nota-se que o objetivo da ressocialização dos detentos está longe de ser alcançado na maioria dos presídios brasileiros.

4.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS: ANÁLISE DA ADPF 347/STF

Inicialmente, é preciso indicar a origem histórica do termo “estado de coisas inconstitucionais”, o qual foi declarado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, a qual objetivava chamar atenção ao tratamento do Estado em relação aos presidiários.

O denominado Estado de Coisas Inconstitucionais teve sua origem em uma decisão judicial da Corte Constitucional colombiana, proferida em 1997. A *Sentencia de Unificación* n.º 559⁹⁴, tratava da hipótese em que 45 professores municipais foram privados de seus direitos previdenciários pelas autoridades locais. A omissão foi considerada geral, pois o repasse dos subsídios destinados à educação estava

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 641.320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º de agosto de 2016.

⁹⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación* n.º 559/1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 16 de março de 2018.

desregular e desigual entre determinados territórios. Assim, constatou-se um descumprimento geral dos poderes públicos em relação à grande classe de professores atingidos devido a esta recusa. No caso, a Corte Constitucional declarou o Estado de Coisas Inconstitucionais, determinando aos municípios, os quais estavam em situação parecida, um período razoável para a correção da inconstitucionalidade declarada.

Portanto, o termo é adotado em situação as quais possuem o intuito de proteger a população da omissão extrema dos poderes públicos, objetivando a reparação causada pela inércia estatal.

Segundo Carlos Campos são três os pressupostos para a declaração do Estado de Coisas. O primeiro deles seria a violação de direitos fundamentais de forma massiva e genérica, fazendo com que tais infringências abrangeriam uma grande parcela da população. O segundo pressuposto é a inércia dos poderes públicos em suas competências constitucionais, configurando uma “falha estatal estrutural”, agravando a violação dos direitos fundamentais. O último critério é a intervenção de vários órgãos governamentais os quais determinam novas diretrizes na tentativa de reparar a situação gerada⁹⁵.

Em 1998 foi declarado novamente o Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia. Desta vez, a decisão da Corte Constitucional dizia respeito ao problema da superlotação das penitenciárias nacionais. A *Sentencia de Tutela* n.º 153, de 1998⁹⁶ afirma as condições degradantes nas quais os internos eram submetidos. A verificação de violação massiva de direitos fundamentais, em razão dos quadros de superlotação e violência no sistema prisional, e a ausência de políticas públicas a fim de minimizar os danos causados, fez com que o Estado de Coisas fosse decretado. Contudo, a mera ordem da Corte Constitucional às autoridades públicas a tomarem as providencias necessárias, não surtiu os efeitos desejados.

Foi apenas em 2004⁹⁷, com a Corte colombiana proferindo a *Sentencia de Tutela* n.º 25, referente ao caso de deslocamento forçado de pessoas, que o Estado

⁹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Conjur*, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 13 de março de 2018.

⁹⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela* n.º 153/1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 16 de março de 2018.

⁹⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela* n.º 25/2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 16 de março de 2018.

de Coisas Inconstitucional surtiu os efeitos desejados. A ocorrência de migrações de cidadãos colombianos para outras cidades, em virtude do acentuado índice de violência urbana chamou atenção das autoridades públicas. Com a declaração de Estado de Coisas, houve o diálogo entre os poderes estatais a fim de otimizar a situação vivida pela população. De acordo com Campos⁹⁸, a Corte Constitucional, diante da insuficiência das políticas públicas já implementadas, determinou, nos limites de sua competência, uma análise orçamentaria, formulação de novas políticas públicas e legislação específica sobre estes episódios, e um prazo determinante para a tutela dos sujeitos direta ou indiretamente atingidos pela omissão pública até então. A influencia do Poder Judiciário neste caso gerou efeitos positivos comparados às hipóteses anteriormente citadas.

No Brasil, a ADPF 347 objetivava o reconhecimento do Estado de Coisas de Inconstitucionalidade em razão da ineficácia do sistema penitenciário nacional. Diante da violação em massa de direitos fundamentais da população carcerária, decorrentes de ações e omissões do Poder Público de todos os entes da federação, era necessária a intervenção do Judiciário a fim de determinar medidas compatíveis com o disposto na Carta Magna.

Vale lembrar que a medida impetrada está prevista no art. 102, § 1º da Constituição Federal, o qual determina a análise da Arguição pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo Bruno Araújo de Andrade⁹⁹ a tutela dada pela ADPF tem a finalidade de reparar ou prevenir determinada lesão a preceitos fundamentais. Esta violação pode ser decorrente de ato ou omissão, daquele que tem o dever de garantir e proporcionar os direitos fundamentais. O autor destaca que o sentido do dever estatal está relacionado ao princípio da legalidade, pelo qual a Administração está vinculada em cumprir seus atos na forma disposta pela lei.

Diante disso, o autor expõe as características de aplicabilidade mediata, em que se precisa de medidas complementares para produzirem os efeitos jurídicos os quais se determinam na decisão. Também explica no texto a modalidade do controle constitucional preventivo, o qual tem a intenção de evitar futura lesão, e o

⁹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Conjur**, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 16 de março de 2018.

⁹⁹ ANDRADE, Bruno Araújo de; TEIXEIRA, Maria Cristina. O Estado de coisas inconstitucional: uma análise da ADPF 347. **Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito**, São Paulo, v. 13, n. 13, p. 85-121, 2016.

repressivo, para reparar a conduta já ocorrida. Em ambos os casos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental age quando existe ofensa ou contrariedade dos princípios protegidos pela Constituição, nas atividades estatais.

No mesmo sentido, o Gilmar mendes¹⁰⁰ afirma que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser utilizada para impugnar tanto a lei ou ato normativo de forma direta, quanto para promover a impugnação do ato normativo ou lei a partir de situações fáticas.

Para ele, a primeira hipótese é o caso de controle principal, o qual se faz de maneira direta e imediata sob à lei ou ato normativo. Já na segunda situação, indaga-se a lei e sua aplicabilidade, tendo estes casos de arguição um caráter incidental.

Estas modalidades de controle constitucional, destinadas ao controle incidental, ocasionarão efeitos a todos os casos os quais possuem similitudes de condições.

Após esta breve capitulação da juridicidade da ADPF, passa-se a estudar especificamente a medida proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade.

Em síntese, aduziu-se na Arguição¹⁰¹ a não possibilidade da Administração Pública de criar o número de vagas prisionais suficientes ao tamanho da população carcerária, inviabilizando a promoção de condições adequadas ao encarceramento. Ademais, a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), deixando de repassá-los aos Estados, relacionando a má qualidade no quadro penitenciário ao não repasse das referidas verbas. Também se argumentou sobre a não observância dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Tais artigos preveem a audiência de custódia, a qual seria um instrumento importante para a redução da superlotação.

As situações retratadas seriam o resultado de falhas das políticas públicas, as quais só poderiam ser solucionadas mediante a adoção de providências por parte dos poderes estatais em todos os âmbitos federativos. Fundamentando-se na técnica de declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais, pugna-se medidas cautelares necessárias para a interrupção mediata da violação das garantias

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.198.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 de fevereiro de 2016.

constitucionais e também, a fiscalização por parte do Judiciário do cumprimento das providencias determinadas.

Foram requeridos os seguintes pedidos, em caráter liminar¹⁰²:

a) determinar aos Juízes e Tribunais a apresentarem a motivação expressa, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, justificando a não aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

b) instauração das audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

c) a consideração do Poder Judiciário da situação do sistema penitenciário brasileiro durante o processo penal;

d) o estabelecimento pelos Juízes de penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela norma;

e) ao Magistrado da execução penal para abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;

f) ao Juízo da execução para que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatada condições mais severas daquelas previstas quando do cumprimento da expiação;

g) a coordenação mutirões carcerários pelo Conselho Nacional de Justiça.

h) a liberação das verbas contingenciada pela União do Fundo Penitenciário Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, então decidiu por deferir os pedidos das alíneas “b” e “h”, indeferir as cautelares das alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f”, e julgar prejudicada a alínea “g”¹⁰³.

A partir dessa decisão, o estudo analisa os votos dos ilustres Ministros frente às noções de ativismo judicial.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 de fevereiro de 2016.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 de fevereiro de 2016.

Basicamente, entende-se por atuação ativista quando o Poder Judiciário atua ampliando a sua competência, julgando não apenas de maneira técnica mas também política, diante da ausência de determinações do Poder Legislativo ou Executivo. O ativismo judicial, portanto é o efeito promovido pela inercia dos outros poderes legitimados para decidirem questões administrativas ou legislativas. Tal omissão acaba transferindo o poder de criação da norma para o Judiciário, o qual formula decisões de caráter normativo¹⁰⁴.

Ultrapassando a legitimidade para atuar como legislador negativo, alguns Magistrados inovam no mundo jurídico com suas decisões, criando das decisões leis e determinações, as quais competem à outros órgãos a sua definição.

Eduardo Cambi¹⁰⁵ afirma competir ao Judiciário o controle do Legislativo e Executivo, quando estes órgãos falharem na função de garantir e promover os direitos fundamentais.

Neste sentido, vislumbra-se que os Ministros, no presente caso, atuaram de maneira ativista contrariando as omissões dos demais Poderes, como se evidenciará.

Dentre os pedidos concedidos estão os de implementação da audiência de custódia (alínea “b), bem como a determinação de descontingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (alínea “h”).

Sobre o primeiro pedido, entende-se que houve ativismo judicial pois, apesar de estar instituída em tratados e convenções internacionais, a implementação deste instituto no âmbito nacional deveria ser através da legislação. O requerimento para que se fossem observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é legítimo, diante da preocupação quanto a minimização dos prejuízos daqueles privados de sua liberdade.

Assim, foi determinado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁶ que os Juízes e Tribunais realizem audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Conquanto tal determinação esteja sendo cumprida e seja extremamente

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**. São Paulo. p. 37-58. 2012.

¹⁰⁵ CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocedimentalismo**. São Paulo: RT, 2009.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 de fevereiro de 2016.

benéfica em relação aos acusados, o Legislador não consagrou tal medida, havendo apenas uma resolução para fins organizacionais.

Isto mostra que a atuação do Judiciário como legislador negativo, apesar de dar conta das omissões dos demais poderes, não incentiva ao legítimo detentor da competência normativa em se posicionar sobre tais assuntos.

Outro pedido deferido com caráter ativista é o de liberação do Fundo Penitenciário Nacional. O relator, Ministro Marco Aurélio, votou da seguinte forma:

Já em relação ao pedido contido na alínea “h”, verifica-se que o Fundo Penitenciário Nacional- FUNPEN, criado pela Lei Complementar 79, de 07 de janeiro de 1994, regulamentada pelo Decreto 1.093, de 03 de março de 1994, tem por finalidade proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. Seus recursos encontram-se previstos no disposto no art. 2º, da Lei Complementar 79, bem como art. 45, § 3º e art. 49, ambos do Código Penal, ao passo que a aplicação deve observar o disposto no art. 3º, da Lei Complementar 79, e art. 2º, do Decreto 1.093/94, mediante convênio, acordos ou ajustes, nos termos do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei Complementar 79, e art. 6º, do Decreto 1.093. Observa-se uma tentativa de racionalizar o uso dos recursos em detrimento da efetivação dos direitos fundamentais.

Um ponto, todavia, merece esclarecimento. É que, ao estabelecer o repasse de recursos mediante instrumentos de cooperação, o art. 3º, § 1º, da Lei Complementar nº 79, deixa a iniciativa dos projetos a qualquer ente federado, isto é, tanto os Estados quanto a União podem propor projetos para utilização dos recursos do Fundo, tendo em vista a competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário (art. 24, I, da Constituição Federal). Disto decorre que o interesse na matéria é repartido entre a União e os Estados. Nesta perspectiva, é interessante que alguns projetos sejam previstos e executados nacionalmente, como, a título ilustrativo, de implementação da monitoração eletrônica. A atuação nacional na hipótese poderia diminuir o valor da licitação no tocante à aquisição da tecnologia ou das próprias tornozeleiras. Contudo, a realidade é diversa: (...) Creio que, dessa forma, o Supremo Tribunal Federal está, em cognição sumária, reconhecendo a impossibilidade de que se mantenha o atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário; reconhecendo a importância da proteção internacional dos direitos humanos; dando indicações ao Poder competente para que tome medidas, desde logo, aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados e deixando para analisar mais detidamente o caso e os demais pedidos requeridos quando da devida análise do mérito¹⁰⁷.

Portanto, com a determinação judicial de descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional, a atuação ativista se evidencia. Isto porque, apesar das determinações legislativas sobre o gerenciamento das referidas verbas, o Supremo

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 de fevereiro de 2016.

Tribunal Federal impõem à Administração Pública novas diretrizes, as quais devem ser observadas, mesmo não constando nas deliberações legítimas.

As principais críticas ao acolhimento deste pedido são em relação à intervenção do Judiciário para a exigência de formulação de novas políticas públicas em relação à população carcerária¹⁰⁸.

Mesmo sendo necessária a criação de novas disposições sobre o sistema prisional no âmbito executivo, a imposição da destinação da verba penitenciária não compete ao Judiciário quanto julgador da ADPF, e sim ao legislativo o qual expressa na lei tais determinações.

Atualmente, não se vislumbra uma real mudança por parte dos Poderes Públicos, mesmo após o julgamento da ADPF 347. O sistema carcerário ainda está em crise, e portanto se questiona a efetividade das exigências a serem cumpridas para amenizar as constantes violações dos direitos fundamentais dos presos.

4.3 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM KANT

Fábio André Guaragni traz questões sobre o homem-objeto, ou homem instrumento, temas criticados na concepção kantiana, especificamente em relação ao princípio da culpabilidade (informação verbal)¹⁰⁹. Para Kant, com a pena retribui-se a ideia de imperativo categórico de justiça. Retribui-se uma pena à uma prática de um crime realizado por um ser humano em sua liberdade, já que ele errou quando tinha a opção de acertar. A liberdade kantiana é idealista consistindo em uma liberdade do dever ser, ela é postulada ao homem, pois os homens tem que ser livres para que o poder do Estado e o Contrato Social sejam eficaz. Se explica que a vontade expressada pelos seres racionais é a causa da liberdade.¹¹⁰

¹⁰⁸ SANTOS, Luciana Rêgo dos; BEZERRA, Fernando Veras. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e a implementação das políticas públicas no Brasil. **Revista de faculdade de direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, p. 185-214, jan./jun. 2017.

¹⁰⁹ Aula ministrada pelo professor Fábio André Guaragni na disciplina de Direito Penal I, na graduação de Direito, 3º período, no 1º semestre de 2015, no Centro Universitário Curitiba.

¹¹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 480.

Portanto, a punição do Direito Penal, apenas porque não se pode deixar um fato injusto ficar impune, ou punir por que é correto, ou até mesmo, punir como obrigação moral do Estado, consiste apenas na retribuição do mal com outro mal, sem finalidades. A pena serve para reestabelecer o direito. Não pode usar o ser humano como exemplo dos demais, pois isso é instrumentalizar o ser humano. Tratando assim o ser humano como meio de alcançar o fim de que não se configure mais aquele determinado ilícito.

As ideias kantianas também são utilizadas para criticar a Teoria da Prevenção Geral Negativa da pena. Essa teoria consiste na noção de que o Direito Penal, ao estabelecer uma punição para aqueles que infringem a norma, intimida os outros indivíduos através da lei. A Pena geraria uma coação psicológica com o objetivo de se evitar o cometimento de outros crimes.

Guaragni expõe que, para Kant, a pena não tem utilidade no futuro, portanto, não se espera a punição de um indivíduo para causar coação na sociedade a fim de que não se pratiquem mais delitos.

Partindo da ideia de que o homem é um fim em si mesmo, ele não pode ser objeto do poder do Estado, já que se o homem for objeto, isso viola os direitos individuais e suas liberdades. Guaragni¹¹¹ explica, ainda, que Kant como contratualista, entendendo que o homem deve ser sujeito livre do poder. Portanto, se o Estado pune, para que o homem sirva de “exemplo”, ele se torna o sujeito em objeto, fazendo com que haja a quebra da proposta de poder. Assim o indivíduo seria útil para o Estado, ou até mesmo o serviria, tirando a sua cidadania. Kant não suporta que o Estado use alguém e gere utilidades ao futuro as custas de um indivíduo-objeto. Portanto, Kant olha para a pena, apenas no passado, para que não haja uma quebra da equação liberal.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana ao vedar a utilização do homem como instrumento, mostra-se necessário a análise do porquê punir. A legitimação dos discursos de punição do indivíduo infrator sob a ótica de que ele tinha oportunidade de acertar e escolheu infringir a norma penal, e por isso deve ser punido também requer análise filosófica, para auferir a liberdade de autodeterminação deste indivíduo.

¹¹¹ BUSATO, Paulo Cesar (Coord.). **Questões atuais do sistema penal**: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Eduardo Tribo Roncaglio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 81.

São dois princípios regentes do Direito Penal, os quais são pertinentes no presente estudo. O primeiro é o princípio da culpabilidade o qual prevê noções de proporcionalidade e individualidade a partir da ideia de culpabilidade. A culpabilidade é vista como uma ligação subjetiva pessoal, sendo o que diferencia o direito penal de outros ramos. Existem, portanto, dois tipos de responsabilidades a serem analisadas no Direito Penal, sendo a primeira a responsabilidade objetiva, a qual não pode ser o único critério de imputação de pena, tendo que ser somada a uma responsabilidade subjetiva, a qual deve ser avaliada pelos elementos do dolo ou culpa. A mera relação de causalidade não interessa para o direito penal. Atualmente o tratamento jurídico utiliza-se de aspectos relacionados ao subjetivo do agente, tendo de ser explanadas as considerações internas, para que possa aplicar a pena¹¹².

Ou seja, a responsabilidade objetiva é atribuir a alguém os resultados decorrentes dos nexos causais de uma conduta, sendo estes totalmente externos. Como o Estado, e as Pessoas Jurídicas não possuem os elementos internos de dolo ou culpa, estes, são analisados apenas por responsabilidades objetivas.

Após a análise desses elementos, e atribuída uma sanção, esta deverá ser individualizada, devido ao imperativo constitucional, fazendo-se necessário a existência de um regime de fixação de pena, estabelecido no Estatuto Repressivo. Este sistema deve respeitar as noções de proporcionalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito analisa se a pena está sendo proporcional de forma global. Dentro da ideia de individualização e do princípio da culpabilidade, alguns bens jurídicos são mais importantes e por isso recebem do ordenamento pena mais grave.

Assim a reprimenda tem que ser suficiente para repor e reprovar a culpabilidade do fato. O limite da culpabilidade nas Teorias Retributiva, trazem noções kantianas para vedar a situação de que para um crime pouco grave, a reprovação da culpabilidade já leve a uma pena alta.

¹¹² Aula ministrada pelo professor Fábio André Guaragni na disciplina de Direito Penal I, na graduação de Direito, 3º período, no 1º semestre de 2015, no Centro Universitário Curitiba.

Como aspecto prático da implementação do princípio da dignidade da pessoa humana, Rizzatto¹¹³ entende que o princípio da proporcionalidade está efetivamente ligado com a promoção desse direito. O princípio da proporcionalidade é utilizado como meio balizador de resolução de conflitos entre normas, junto com a técnica da ponderação. A característica instrumental do princípio da proporcionalidade também se relaciona com o valor supremo do princípio da dignidade da pessoa humana, isto porque ele é quem dá o norte para a harmonização dos princípios e assim, sob o meio da proporcionalidade é que a dignidade da pessoa humana é aplicada. O autor afirma não ser possível a resolução de conflitos principiológicos apenas com análise do princípio da proporcionalidade. Nestes casos, Rizzatto sugere a análise do comportamento das partes sob o crivo da boa-fé.

Também não se pode deixar de destacar a determinação de Sarlet, sobre não haver espaço para a dignidade da pessoa humana onde não puder ser assegurado direitos fundamentais. Isto porque, as violações de direitos fundamentais diversos da dignidade, implica no não reconhecimento da proteção desta pelo Estado. Ao final, insta destacar a conceituação de Sarlet, sobre a dignidade da pessoa humana:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em casa ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹⁴

Assim, o sistema penitenciário atual, não traz a possibilidade de assegurar a proteção da dignidade da pessoa humana para os presos, isto porque, viola direitos fundamentais importantes, como o da vida. Portanto, vislumbra-se a possibilidade de postular determinações do Estado afim de que haja a proteção do direito da

¹¹³ RIZZATTO, Nunes. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

dignidade da pessoa humana diante das situações pelas quais os presos se encontram atualmente.

4.4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO PRESO

Diante de todo o exposto, entende-se por legítima a reparação do dano causado pelo Estado em face do detento, pelo qual se tinha o dever de cautela, enquanto recolhido em estabelecimento prisional. Conforme já apresentado, é necessário verificar o nexo de causalidade entre o Estado e a lesão para averiguar se a responsabilidade será de caráter objetivo ou subjetivo.

4.4.1 A responsabilidade do Estado segundo a doutrina

Stoco¹¹⁵ justifica a possibilidade do instituto pelo monopólio da atividade do poder de punir do Estado, o qual assume a guarda e vigilância dos apenados, devendo promover as medidas necessárias para afastar qualquer tipo de violação de direitos constitucionalmente garantidos.

O autor ainda afirma que tais hipóteses de danos promovidos pelos detentos, mesmo o Estado sendo causador indireto, a obrigação de indenizar permanece, pois foi a atividade pública que criou a situação propícia para a lesão acontecer.

Especificamente sobre o evento morte ocorrida em presídio público, serão analisadas algumas hipóteses e verificada a subjetividade ou objetividade na execução do serviço público.

Em relação aos presídios o de Mello dispõe sobre a responsabilidade do Estado quando ocorrem suicídios em determinado presídio. Traz o exemplo da ineficiência de fiscalização nas carceragens, nas quais, algumas são encontradas objetos perigosos e em outras não. Na hipótese de não serem confiscados tais

¹¹⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em www.proview.thomsonreuters.com. Acesso em 16 de março de 2018.

utensílios e algum preso vier a óbito, o Estado deve responder sobre a morte do encarcerado, pois deveria ter o dever de cautela para garantir a não ocorrência deste evento.

Tendo em vista o dever de fiscalização das carceragens, o qual é disciplinado nos regimentos internos dos próprios estabelecimentos, bem como a cautela quanto a vida e integridade física dos presos, tem-se que o descumprimento destes deveres legais são passíveis de responsabilização. Quando o dano poderia ser evitado pelo Estado, caso este cumprisse a imposição da norma deve se apurar além do dolo ou culpa a expectativa que se tinha no serviço.

O autor ainda afirma que, mesmo nos casos de culpa presumida a responsabilidade do Estado, quando resultado de uma omissão, não se converte em objetiva. Assim, caso reste evidenciado a ausência de dolo ou culpa, não haverá se falar em encargo do Estado pelo dano. Vale lembrar a desnecessidade do lesado em comprovar a existência dos elementos subjetivos. O ônus da prova é da administração pública, a qual, caso demonstre que a sua omissão, a qual proporcionou o dano, não é decorrente de intenção ou imprudência, fica excluída do dever de indenizar.

Por exemplo, no caso de uma rebelião em um estabelecimento prisional, a qual teria ocasionado a morte de um dos condenados, entende-se que o evento morte não foi efetivamente causado pelo Estado. Entretanto, precisa ser verificado se houve medidas para a prevenção de que o ato ocorresse, impossibilitando o dano.

Ainda se distinguem os tipos de omissão, classificando-as em específica ou genérica. A omissão específica é quando o evento danoso decorre da inércia direta e imediata do ente público, o qual se mantém inerte referente à uma determinação previamente fixada. Ou seja, a inatividade específica é sobre o não cumprimento de um dever ímpar à Administração. Já a omissão genérica seria derivada da falta ou mau funcionamento do serviço público, não lhe sendo previsto um encargo característico.

A jurisprudência pende sobre a análise objetiva para a responsabilidade estatal pela omissão específica. Sobre o tema do presente estudo, este é o entendimento da Suprema Corte, o qual será demonstrado oportunamente.

Bandeira de Mello ainda traz duas situações suscetíveis de indenização pela omissão do Estado. A primeira delas diz respeito a alagamentos de depósitos,

evidenciando o dever da administração em manter os bueiros limpos para o escoamento de águas nestes casos. A segunda situação seria a do assalto realizado em frente das autoridades policiais, as quais não impediram a lesão do patrimônio do terceiro. Ambas os episódios demonstram a atuação insuficiente do Poder Público.

Celso Antônio Bandeira de Mello também traz como exemplo o assassinato de preso por outro preso, afirmando que a atividade do estado é o início de uma sequência de atos, os quais tem grandes chances de serem danosos a terceiros. Quando o ato lesivo ocorrer, por mais que este não tenha sido ocasionado mediatamente pela administração, os atos anteriores indicarão a sua participação, ensejando na responsabilidade.

Discorda-se Bandeira de Mello sobre a justificativa de responsabilidade objetiva se um detento ferir o outro. Ele entende ser criado o risco aos reprovados por conviverem com demais infratores de natureza perigosa, sendo possível a indenização quando um deles é mutilado, devido ao perigo no qual incorrem por coabitarem com outros delinquentes. Contudo, o estabelecimento prisional não poderia ser isolado e, considerando ser um ambiente de reclusão para todos aqueles que infringem a norma penal, independentemente da gravidade da conduta cometida, entende-se que o risco é inerente ao estabelecimento em que se encontra. Poderia, sim, haver a referida indenização ao condenado que tem a sua integridade física violada, entretanto não pelo risco causado pela Administração Pública, mas pela omissão do serviço em confiscar objetos os quais podem propiciar dano.

Assim, o ente deverá indenizar os terceiros, os quais tiveram seus bens jurídicos lesionados devido ao risco pelo qual se expuseram. Se a atividade estatal geradora do perigo teve resultados danosos, estes deverão ser restituídos na medida dos encargos causados.

O professor ainda ressalta que a indenização apenas é devida se a atividade é correlata com a causa do prejuízo. Se a lesão sofrida por terceiro não tiver relação com este único pressuposto, ora a promoção do risco pela atividade estatal, então não haverá responsabilidade objetiva.

No caso de fugas de detentos, o qual é a fonte do risco, ocasionarem lesões a terceiros os quais habitam próximos ao estabelecimento prisional, é legítima a restituição. Agora, se os detentos provocarem danos em locais afastados da fonte

do risco, não será devida indenização pelo Estado. In casu, a Administração Pública poderá ser responsabilizada, pelo comportamento omissivo da falta ou insuficiência da fiscalização e guarda dos condenados.

Contrariamente aos eventos proporcionados pelo Estado, não há obrigação objetiva de indenizar caso um evento da natureza vier a lesionar determinado bem jurídico. Isto porque não há correlação entre o risco e o fato natural. Ainda se referindo aos presídios, caso um raio atingisse-o e causasse a morte de alguns encarcerados, apesar de inexistir a responsabilidade objetiva, poderia se discutir subjetivamente a omissão do Estado em evitar o dano, estabelecendo a compra de para-raios, por exemplo.

Por fim, Mauro Sérgio dos Santos reafirma a desnecessidade em comprovar a culpa individual do agente público, mas sim a da própria administração, evidenciando a falta do serviço público, a sua ineficiência ou o seu atraso.

4.4.2 A responsabilidade pelo óbito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Recentemente foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n.º 841.526/RS¹¹⁶, o qual em caráter de repercussão geral, determinou a responsabilidade civil do Estado por morte de detento.

Entendeu-se no recurso pela aplicabilidade da Teoria do Risco Administrativo, porém com algumas peculiaridades.

Em síntese, o caso dizia respeito ao óbito de um detento por asfixia mecânica, tendo evidências tanto de homicídio quanto de suicídio. Assim, havendo o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima em razão de omissão do serviço público, no qual se era possível agir para impedir o evento lesivo, restou evidenciada a necessidade de indenização. Foi considerado, ainda, a necessidade de garantia dos direitos fundamentais do detento, dentre eles, a higidez física e moral.

Desta forma configurada a relação entre a morte do interno e a omissão do Estado, é nítido a caracterização de responsabilidade pelo evento. Todavia,

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 841.526/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º de agosto de 2018.

contrária a doutrina tradicional, a Suprema Corte entendeu pela aplicação da responsabilidade objetiva.

Conforme já apresentado no presente estudo, a responsabilidade por danos decorrentes da falta, falha ou atraso no serviço público, nem sempre será aplicada de forma subjetiva. Apenas recapitulando, a professora Di Pietro¹¹⁷ adotando a corrente doutrinária tradicional, entende que a responsabilidade por omissão será subjetiva. Nesta situação, a autora consigna a presunção de culpa do Poder Público, não se exigindo do lesado a comprovação da culpa ou dolo. Isto porque, seria mais conveniente ao Estado a demonstração das razões pelas quais não agiu, ou que agiu com devido dever de cuidado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se pacificando no sentido de que também se configura o encargo de caráter objetivo em casos de omissão.

Especificamente sobre a divergência sobre a aplicação do artigo 37, § 6º, da Carta Magna, o Ministro Luiz Fux explica que embora o constituinte tenha deixado claro, a responsabilização objetiva do Estado pelos danos causados por suas atividades, não está especificado no texto qual seria a solução nos casos de omissão.

O relator, então, adotou a ideia da incidência da omissão específica, pois Administração tinha a obrigação legal e específica de tutelar determinado direito, e podendo evitar um dano, evitável. Enfatizou seu entendimento de que esta responsabilização será caracterizada independentemente de prova dos elementos subjetivos da atividade prestada.

Desta forma, o consignou-se que o descumprimento do dever específico de tutela, imposto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, geraria a responsabilidade civil objetiva para o Estado.

Neste sentido, o relator proferiu seu voto:

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 799.

risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima.¹¹⁸

Ademais, como o Estado tomou para si a pretensão de punir, deve exercer tal obrigação cumprindo com todas as outras determinações de garantias fundamentais, das quais se comprometeu também.

Firmando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 700.927/GO, adota a posição de responsabilidade civil do Estado no evento morte caracterizado pelo suicídio.

Neste recurso, argumentou-se ausência de participação dos agentes públicos, os quais, em tese, removeram todos os objetos que apresentavam risco da cela do preso suicida. Refutando as alegações, a Suprema Corte considerou que a indenização era medida a ser imposta. Isto porque, diante do resultado morte, a Administração não tomou todas as medidas necessárias para impedir o evento.

O ministro Gilmar Mendes consignou em sua decisão:

[...] o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo, então, a responsabilidade civil objetiva, em razão de sua conduta omissiva, motivo pelo qual é devida a indenização decorrente da morte do detento, ainda que em caso de suicídio ¹¹⁹

Nos casos em que não seria possível evitar a morte do detendo, por exemplo, morte súbita, afasta-se o dever de indenização do Estado, pois é rompido o nexo de causalidade. Em 2016, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pela dispensa do encargo para não se aplicar a Teoria do Risco Integral, na qual basta o envolvimento do ente público no evento danoso para ensejar uma reparação¹²⁰.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 841.526/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º de agosto de 2018.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n.º 700.927/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17 de setembro de 2012.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. “Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso. Morte súbita. Alegação de que não foram prestados os atendimentos médicos especializados necessários para garantir a vida do detento no estabelecimento prisional. Nexos causal não demonstrado. Restou demonstrado nos autos que o preso foi submetido a tratamento hospitalar e devidamente medicado, vindo a falecer. Ausência, portanto, de liame entre a ação da Administração Pública e dos seus agentes e o evento danoso, o que afasta a pretendida reparação. Ausência de nexo causal entre o evento e o dano sofrido. Sentença mantida.”. Apelação cível n.º 1005328-72.2014.8.26.0269/SP. Apelante: Marcia Alexandra Ferreira Miranda. Apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Juiz Diego Migliorini Junior. Julgado em 28 de janeiro de 2016.

Em situações de mortes acidentais, nas quais mesmo tomados todos os cuidados para ausência de resultado lesivo, e ainda assim acontecer devido a um fato imprevisível, exclui-se, também a obrigação indenizatória. Para esta possibilidade, não há se falar em reparação de dano, tendo em consideração a inexistência de nexos causal entre a atividade estatal (poder punitivo) com o evento danoso com resultado morte.

Portanto, diante do exposto, o estudo conclui ser possível a decretação do encargo reparatório em caráter objetivo, nas hipóteses omissivas no desenvolvimento da atividade pública do poder de punir, em que se configure a relação de causalidade do evento morte com a falta, falha ou atraso do serviço prestado nos estabelecimentos prisionais.

4.4.3 Excludentes de responsabilidade

Diante da exposição sobre a possibilidade de responsabilizar o Poder Público em razão dos óbitos ocorridos nos estabelecimentos prisionais, esta parte da pesquisa se dedica em explicar as hipóteses de exclusão de tal encargo.

Di Pietro¹²¹ assinala a importância do elemento causa para a decretação da obrigação da Administração Pública em reparar o dano. Inclusive, relembra que nem sempre é adotado pelos tribunais a teoria do risco, podendo, portanto, incidir-se em determinados casos a teoria da culpa administrativa.

Em relação aos atos comissivos do Estado, já foi visto que a responsabilização será feita de maneira objetiva. Da mesma forma que para a responsabilidade objetiva ser declarada diante do nexo de causalidade, ela pode ser afastada pelo mesmo argumento.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹²² afirma ser necessária a comprovação de relação entre a atividade do Estado e o dano causado.

Se verificados os pressupostos da responsabilidade objetiva, o Estado deverá responder, agora, se não, este é isento.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 795.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.052.

Assim, uma das hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal é por comprovação da culpa da vítima. O autor discorre sobre a situação, fazendo um adendo em relação a comprovação da culpa da vítima. Para ele, equivoca-se aquele que a entende como uma excludente em si mesma. A comprovação a ser feita nesse caso não é a de culpa da vítima e sim, verificar quem foi o causador do dano. Se o causador do dano for o próprio lesado e, ausente o nexo de causalidade entre o dano e o Estado, não se deve imputá-lo a responsabilidade.

O autor conclui que o mais relevante na hipótese de culpa da vítima não é a prova de sua culpa e sim, a análise sobre a inexistência de relação entre o fato gerador do dano ser uma atividade estatal.

Existe também a hipótese denominada de concausa¹²³. Ou seja, quando o causador do dano seja tanto o estado quanto do prejudicado, em que ambos concorreram para a produção da lesão. Nesta situação não haverá a exclusão, apenas a redução do quantum devido a título de indenização. Esta atenuante será proporcionalmente distribuída na medida da participação de cada sujeito, de causar o dano.

A força maior também é uma causa excludente de responsabilidade objetiva. Novamente frisa-se a comprovação de ausência de relação entre a atividade estatal e o evento danoso.

O caso fortuito não configura uma excludente de responsabilidade tendo em consideração a incerteza da sua origem. Por não se ter conhecimento da sua proveniência, qual atuação pública lesiva não eliminaria a obrigação de reparar.

Já quanto a responsabilidade subjetiva, na qual se analisa a falta, falha, ou morosidade no serviço público, elide-se a responsabilidade se não houve a configuração de dolo ou culpa. Lembrando ser importante a verificação de omissão estatal quando este podia agir, e mesmo assim não o fez.

Em outros termos, o professor Celso Antônio fala sobre a configuração de responsabilidade quando o dano era evitável e a Administração Pública se omitiu. Portanto, se o dano era inevitável, não há se falar em indenização.

Neste sentido, Di Pietro entende por força maior um evento sendo imprevisível, alheio e estranho a vontade das partes¹²⁴. Não havendo o nexo de

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.053.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 795.

causalidade entre o Poder Público como causador do dano, a responsabilidade é indevida.

Por isso, basta a verificação de incidência da força maior para a isenção do encargo. Não acolhe a mesma sorte as situações de casos fortuitos. Isto porque, se a atividade estatal apresenta alguma imperfeição, não pode ser alegada a impossibilidade de se descobri-la. Desta forma não se exime o Poder Público pela deficiência do serviço prestado¹²⁵.

Também há a figura da culpa de terceiro. Di¹²⁶ Pietro expõe que, segundo o artigo 188, inciso II, do Código Civil, não se configura ato ilícito quando há a destruição de coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de removê-la de perigo iminente. Ainda no mesmo artigo, o parágrafo único estabelece a legitimidade da conduta lesiva, caso a vítima estivesse em situação de perigo, tornando os atos necessários.

Conquanto o próprio lesado não tenha sido o causador do seu próprio estado de perigo eminente, este poderá requerer indenização. Assim, determinou-se que o Estado não se exime da obrigação reparatória quando ao exercer o poder de polícia gerar prejuízo a ofendida, por exemplo.

Todavia, se comprovado que o dano foi produzido por culpa de terceiro, o autor do dano, no caso o Poder Público, poderá propor ação regressiva para reaver o *quantum* ressarcido ao lesado, nos termos do artigo 930, *caput*, do mesmo Diploma Legal.

Stoco¹²⁷ declara que alguns autores admitem outras causas excludentes, como por exemplo o estado de necessidade. Contudo, entende não ser compatível a consideração de situações personalíssimas da condição da atividade do servidor público, as quais o eximiriam de responsabilidade, para excluir a do Estado.

Observa-se que nos casos de óbitos ocorridos nas carceragens, apenas haveria de se cogitar a ideia de excluir o Estado de sua responsabilidade em casos de força maior. Ademais, não se poderia justificar que o dano causado a vítima era inevitável, se a morte decorrer de rebeliões ou ausência de assistência médica, por exemplo. A crise do sistema prisional já é tema notório pelas autoridades, as quais

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.053.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 796.

¹²⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em www.proview.thomsonreuters.com. Acesso em 16 de março de 2018.

são omissas em relação a necessidade de implantação de políticas públicas para a população carcerária.

Se por qualquer outro fundamento pleitear-se a exclusão da obrigação em reparar os danos gerados pela restrição de liberdade, este não deverá ser acolhido.

5 CONCLUSÃO

O estudo, inicialmente evidenciou a preocupação do ordenamento jurídico em dar maior proteção aos direitos fundamentais, os quais só podem ser tutelados a partir do direito à vida. Sendo assim, o constituinte estabeleceu como guia para a efetivação de tutela das garantias constitucionais, o preceito de Dignidade da Pessoa Humana. Tal princípio é notavelmente valorado quando existem violação de direitos fundamentais. Entretanto, a maneira como o Estado brasileiro cumpre com o seu dever de punir, viola garantias constitucionais dos presos.

Apesar de ser legítima a aplicação de pena para aquele que comete os delitos previsto na legislação penal, a sanção não pode ser aplicada de maneira a ensejar violações ne garantias fundamentais. As noções kantianas de dignidade da pessoa humana também foram estudadas, sendo compreendidas em vedação na utilização do homem como instrumento de justificativa para questão do porquê punir.

Desta forma, evidenciado o descumprimento de preceitos fundamentais pelo próprio Poder Público, devido às situações flagrantemente indignas, nas quais o presidiários são submetidos, entendeu-se necessária a avaliação de uma possível responsabilização por estes atos.

Os elementos doutrinários auferidos no trabalho demonstram ser imprescindível a existência de nexos causal entre a atividade prestada pela Administração e o evento danoso. Dentre os atos envolvendo o Estado, verifica-se dois tipos de encargo, a depender de como o Poder Público se encaixa na cadeia causal.

Se o dano é causado por um ato comissivo, ou seja, atividade direta estatal, entende-se pela responsabilidade objetiva não sendo necessário a demonstração de outros elementos.

A divergência se aplica nos casos de omissão.

Conforme explanado, a doutrina tradicional entende pela responsabilização subjetiva nos casos de omissão, ou seja, quando o Estado não agiu, agiu mau, ou agiu tardiamente. Nessas hipóteses seria necessária a caracterização dos elementos culpa (na modalidade de negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo. Para alguns autores a omissão Pública deve ser justificada por estes critérios, e caso não comprovado nexos causal, deverá ser excluída a responsabilização.

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se direciona para um posicionamento diferenciado. Entende-se que a aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não distinguiu a obrigação reparatória entre atos comissivos ou omissivos. Para a Suprema Corte a responsabilidade pode ser objetiva para os casos de descumprimento de um dever constitucional específico.

Consolidando este entendimento, aplicou-se o encargo de caráter objetivo para uma situação envolvendo óbitos de detentos em presídios. O preceito de proteção à vida e integridade do interno, ao ser descumprido pelo Poder Público pela omissão recorrente de políticas públicas para a melhoria do sistema prisional, nos quais podem se verificar inúmeras violações de direitos constitucionais, é um dever específico. O constituinte ao delegar ao Estado o poder de punir, também lhe conferiu inúmeras obrigações no sentido de se aplicar o princípio da proporcionalidade para aplicação de uma condenação. A partir do momento em que o Estado cumpre apenas com a aplicação da reprimenda (a qual provém da atuação do Poder Judiciário) e não promove condições razoáveis para a execução desta, isto implica em uma atuação omissa.

Entende-se que a omissão do dever de guarda dos detentos, poderia acarretar em alguma consequência, dentre elas, um possível óbito, evidenciando o mau funcionamento do serviço carcerário. Assim, deve o Estado ser imputado pelo descumprimento do encargo do qual tinha em relação à este cidadão.

Assim, pelos argumentos doutrinários e jurisprudenciais dos quais a pesquisa foi pautada, verifica-se a possibilidade em determinar a responsabilidade estatal (objetiva, por sua vez) em razão dos óbitos ocorridos em presídios.

REFERÊNCIAS

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

BUSATO, Paulo Cesar (Coord.). **Questões atuais do sistema penal**: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Eduardo Tribo Roncaglio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF, rel. Min. Ayres Brito, julgado em 27 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n.º 700.927/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 591.874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26 de agosto de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 641.320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º de agosto de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 841.526/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. “Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso. Morte súbita. Alegação de que não foram prestados os atendimentos médicos especializados necessários para garantir a vida do detento no estabelecimento prisional. Nexo causal não demonstrado. Restou demonstrado nos autos que o preso foi submetido a tratamento hospitalar e devidamente medicado, vindo a falecer. Ausência, portanto, de liame entre a ação da Administração Pública e dos seus agentes e o evento danoso, o que afasta a pretendida reparação. Ausência de nexos causal entre o evento e o dano sofrido. Sentença mantida.”. Apelação cível n.º 1005328-72.2014.8.26.0269/SP. Apelante: Marcia Alexandra Ferreira Miranda. Apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Juiz Diego Migliorini Junior. Julgado em 28 de janeiro de 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 16 de março de 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocedimentalismo**. São Paulo: RT, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Conjur**, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 13 de março de 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación* n.º 559/1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 16 de março de 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n.º 153/1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 16 de março de 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n.º 25/2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 16 de março de 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUARAGNI, Fabio André. Aula ministrada pelo professor Fábio André Guaragni na disciplina de Direito Penal I, na graduação de Direito, 3º período, no 1º semestre de 2015, no Centro Universitário Curitiba.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentário aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Diego. Evolução dos sistemas penitenciários. **Revista direito UNIFACS**. Salvador: Universidade Salvador, n. 128, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1835>. Acesso em 16 de março de 2018.

NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

RIZZATTO, Nunes. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana na jurisprudência do STF. **Revista jurídica. UNISUL**. Santa Catarina: Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 8, n. 14, 2017. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/4662. Acesso em 04 de abril de 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. s. p. Livro eletrônico. Disponível em www.proview.thomsonreuters.com. Acesso em 16 de março de 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**. São Paulo. p. 37-58. 2012.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da Dignidade Humana**: Reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.