

A MUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO E O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

THE PUBLIC POWER CIVIL RESPONSIBILITY MUTATION AND THE “UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS”

Simone Cristina Gonçalves de Andrade¹

Ederson dos Reis Soares²

Nair Terezinha Caraça Souza³

Marcos Jose de Andrade⁴

Simone Letícia Santin⁵

Vinicius Lacerda Salera⁶

RESUMO: Pretendemos com esse artigo evidenciar a evolução do instituto jurídico da responsabilidade civil do Estado, e além disso, averiguar a possibilidade de sua aplicação no “estado de coisas inconstitucional” (ECI), tema esse muito salutar a todo povo brasileiro, que por inúmeras vezes possuem direitos essenciais violados, sem nenhuma resposta dos Poderes Públicos. Tendo em vista as diversas decisões da jurisprudência pátria se observa que ela tem caminhado numa alteração da teoria da responsabilidade de subjetiva para objetiva até mesmo nos atos ditos omissivos. O presente trabalho fora feito através do método dedutivo indutivo por meio de pesquisa teórica fazendo revisões bibliográficas de periódicos e doutrinas bem como análise da jurisprudência atual das Cortes Superiores. O trabalho começará tratando de todo o percurso histórico da responsabilidade civil, desde as eras monarcas aos tempos atuais, posteriormente iremos tratar sobre os conceitos básicos e as teorias da responsabilidade encampadas no nosso ordenamento, passaremos então para análise da mutação ocorrida no instituto em comento, devido os avanços jurisprudenciais, e por fim abordaremos de forma sucinta o ECI, atualmente reconhecido no sistema carcerário brasileiro e por conseguinte tentaremos encontrar possibilidade de aplicação da responsabilidade civil também nestas circunstâncias, assegurando aos particulares meios mais eficazes frente as atrocidades cometidas pelo Poder Público, inclusive no ECI.

3073

Palavras-chaves: Responsabilidade. Mutação. Estado de Coisas Inconstitucional.

¹Pedagoga, Professora Efetiva da SEDUC – TO, Gurupi-TO.

²Advogado e Professor Licenciado em Pedagogia e Letras, UNIRG, Gurupi- TO, Servidor Efetivo da SEDUC-TO.

³Licenciada em Normal Superior e Ciências Biológicas, UFT- Palmas, Servidora Efetiva da SEDUC- TO.

⁴Bacharel em Direito, UNIRG, Gurupi TO, Analista Judiciário TJ-PA.

⁵Licenciada em Ciências Biológicas UNEMAT– Cáceres – MT. Professora Efetiva da - SEDUC-TO.

⁶Licenciado em Educação Física, UNIRG, Gurupi TO, Servidor Efetivo da SEDUC – TO.

ABSTRACT: With this article, we aim to highlight the evolution of the State's civil responsibility legal institute and, besides, to check the possibility of its application in the “unconstitutional state of affairs” (USA), a theme that is so important to the Brazilian people that for time and time again have their basic rights violated, with no response from the Public Power. Having in mind the many Brazilian jurisprudential decisions it is observed that it has leading to an alteration of the subjective responsibility theory into objective even in the omitted cases. The present study had been done using the inductive deductive method through theoretical research doing bibliographical revisions of journals and doctrines as well as actual jurisprudences analysis from the Superior Courts. The study will begin speaking of the whole civil responsibility historical path, since the monarch eras until the present time, furthermore we will talk about the basic concepts and the responsibility theories adopted by our system, then we will move on to the analysis of the mutation occurred in the studied institute, due to the jurisprudential advances, and then we will briefly talk about the USA, today known in the Brazilian prison system and following we will try to find out the possibility of the civil responsibility application in these circumstances too, assuring to the particulars more efficient ways before the atrocities committed by the Public Power, including in the USA.

Keywords: Responsibility. Mutation. Unconstitutional things state.

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo fazer um estudo, sobre o instituto da responsabilidade civil do Estado e a possibilidade de aplicação do mesmo no ECI, instituto do direito alienígena colombiano, muito em voga na atualidade e que gerou muita controvérsia aos juristas.

3074

Por isso é de suma importância a análise do referido instituto, de modo a clarear os grandes avanços que a Suprema Corte está trazendo para os recentes casos em que por ausência de um Estado competente a população brasileira tem seus direitos fundamentais cerceados, e por isso a necessidade de uma reparação.

Primeiramente, nos atentaremos ao breve resumo da evolução histórica da responsabilidade civil, desde a época do Estado absolutista, até chegar aos dias atuais onde a responsabilidade é em regra objetiva.

Apontado as teorias da responsabilidade surge a necessidade de demonstrar que as transformações, que os Tribunais Superiores estão desencadeando em relação aos atos omissivos praticados pelo Estado, querendo, pois, trazer a regra da responsabilidade objetiva também nos atos omissivos. Hoje tal entendimento já encontra guarida em vários julgados e em parte da doutrina moderna, fazendo-se necessária uma melhor análise dessa benéfica mutação jurisprudencial.

Sabido dos conceitos gerais da responsabilidade, que é imprescindível para entender a incógnita central do presente artigo, iremos também fazer uma explanação sumária do conceito do ECI, trazido pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF) para poder demonstrar possíveis teses de aplicação da responsabilidade objetiva no estado de coisas, e assim tentar responder se será realmente possível responsabilizar o Estado diante do ECI.

1.1. MATERIAIS E MÉTODOS

Para elaboração desse artigo de revisão, fora empregado o método dedutivo indutivo, por meio de pesquisa teórica realizada a partir da revisão bibliográfica de jurisprudências dos Tribunais, sites especializados de busca, teses e dissertações de diversos autores bem como de doutrinas renomadas do Direito Brasileiro.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A doutrina é pacífica no entendimento quanto a evolução do instituto da responsabilidade civil. Porém existe divergência quanto a nomenclatura utilizada pelos vários doutrinadores, desta feita, utilizaremos a classificação de Di Pietro (2012).

O marco inicial se dá com a *teoria da irresponsabilidade*, que surge ainda no Estado absolutista, onde a figura do rei era tida como imaculada e jamais passível de erro, as máximas do direito comparado nos evidencia a soberania do monarca v.g., “*the king do not wrong*”.

Dentro ainda desta fase, houve um período em que o Estado continuava irresponsável, mas o prejudicado poderia atacar diretamente o agente estatal que cometeu o ato lesivo e este sofreria sozinho todas as consequências.

A segunda parada na história da responsabilidade foi o começo das *teorias civilistas*, onde o Estado era equiparado as pessoas civis e, por conseguinte era possível atacá-lo diretamente diante dos atos lesivos cometidos, logo tal teoria se alicerçava sobre os princípios do Direito Civil.

Ponto peculiar das teorias civilistas, foi o denominado pela doutrina de *Teoria dos atos de império e atos de gestão* onde o Estado ora praticava seus atos revestido do poder de império ora no de gestão, assim o primeiro é entendido quando a Administração age com autoridade peculiar e soberana e é regida pelo Direito Público, estando acima de todos; já no segundo caso,

⁷“O Rei não erra nunca”.

ocorre que esta mesma Administração se põe em situação de igualdade com os particulares nos atos de gerência da máquina administrativa e por isso se submeteria ao Direito Privado.

Diante disso, verifica que o Estado se apresenta com duas faces (Público e Privado) e só haveria responsabilização quando o Estado praticasse o fato no seu poder de gestão, geralmente realizado pelos prepostos do rei.

Devido à grande dificuldade em separar as duas faces do Estado, a referida teoria não prosperou, e com isso surge a *teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva*, onde se afasta a distinção entre atos de império ou de gestão, sendo mister a aferição do critério subjetivo, ou seja, a culpa do agente. Nesse caso a doutrina começou a buscar a mínima igualdade entre o Estado e os particulares.

Subindo os degraus históricos, chegamos a espécie das *teorias publicistas*, que num primeiro momento era tido como *Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público* tendo como marco, o caso emblemático da menina francesa Agnès Blanco, julgado pelo Tribunal Administrativo francês, pois os atos do Estado não poderiam ser discutidos na seara do Direito Privado.

O grande diferencial que esta teoria trouxe, foi retirar a responsabilidade do agente que a cometeu o dano e passar para a pessoa do Estado, podendo ocorrer de três formas distintas, quais seja: pela falta do serviço (omissão); pelo serviço ter ocorrido tardiamente; ou ainda pela má realização do serviço.

3076

Dentro ainda das teorias publicistas, chega-se no último nível do instituto da responsabilidade, que foi o surgimento da *Teoria do risco integral ou do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva*, aqui o elemento subjetivo não é aferido, apenas prova-se o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. No dizer de Carvalho Filho (2016) “essa teoria é mais benéfica ao particular lesado, pois restou bem mais fácil a configuração da responsabilidade por parte do Estado”.

Por fim, fazendo a subsunção das teorias retro, ao histórico brasileiro, podemos chegar à conclusão que a teoria da irresponsabilidade não teve guarida em nosso ordenamento mesmo diante da omissão das Constituições de 1824 e 1891 pois, Leis Federais previa a responsabilidade solidária do Estado com os funcionários em alguns casos específicos, e com a promulgação do Código Civil de 1916, entendeu-se que fora adotado a teoria subjetiva – hoje usada excepcionalmente. Já de 1934 a 1937 as Constituições previam expressamente a responsabilidade entre o Estado e Funcionário. Por fim, com o advento da Carta de 1946 adotou-se a tese da

responsabilidade objetiva que perdura como regra até os dias atuais, conforme dispõe o art. 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1988).

3. NOÇÕES GERAIS E AS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

3.1. NOÇÕES GERAIS

A *prima facie*, é imperioso esclarecer que existe vários tipos de responsabilidade, e que ela segue a natureza da norma a qual está ínsito o “direito violado”, neste diapasão tem-se basicamente a responsabilidade penal, civil e administrativa. Que são todas autônomas e independentes entre si, mas que podem ser cumuladas em um único caso.

Outro ponto importante é justamente a distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, onde a aquela diz respeito a responsabilidade no plano dos contratos administrativos e esta última sobre as inúmeras atividades que o Estado produz, principal foco desse trabalho.

3.2. ELEMENTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3077

O primeiro elemento é *fato danoso*, definido como um acontecimento humano ou natural que importou num prejuízo a um particular, insta salientar que esse fato pode ser lícito em decorrência de ofensa ao princípio da isonomia ou ilícito que ofende o princípio da legalidade; comissivo (ação) ou omissivo, mas que necessariamente deve ser antijurídico, ou seja, o fato deve ser injusto em relação ao direito.

O segundo elemento necessário a ensejar a responsabilidade civil, e o mais óbvio de todos, é a presença do *dano*, pois será incompreensível visualizar a responsabilização de uma “pessoa”, no caso o Poder Público, se não houver um dano a ser reparado. Neste sentido a doutrina classifica esse dano de forma ampla, podendo ser material resultado, geralmente, de ofensa ao patrimônio ou moral, quando está intimamente ligado a personalidade da pessoa.

Finalizando a análise dos três elementos genéricos da responsabilidade civil, temos o *nexo de causalidade* que é a relação existente entre o fato (conduta) e o dano, ou seja, é o elo que ensejará a responsabilidade para o Poder Público.

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Verifica-se que a doutrina, aponta como cerne basilar desse tipo de responsabilidade a presença de culpa, e por isso a subjetividade, pois para se imputar a Administração a responsabilização de um fato danoso é imperioso a demonstração da culpa seja do agente ou do próprio serviço e mais a comprovação dos três elementos genéricos da responsabilidade (fato, dano, e nexos causal), pois caso contrário não poderá ser verificado a responsabilidade, sendo os próprios elementos as causas excludentes da mesma.

Importante frisar que o termo “culpa” empregado pela doutrina é diferente do Direito Penal, pois deve ser entendido na sua concepção *lato*, ou seja, quando se diz culpa estamos referindo tanto do agente que age de forma negligente ou imperito ou imprudente; mas também daquele que age com dolo, o *animus* de cometer o dano.

Segundo a análise de Pereira (1998), é ponto central da responsabilidade subjetiva a necessidade de que o fato administrativo seja ilícito, ou seja, que a ação ou omissão praticada pelo Estado seja contrário ao Direito, não sendo possível a aplicação de responsabilidade subjetiva nas condutas lícitas.

Também encontramos, em algumas doutrinas, além da prática de atos omissivos, outro caso, ensejador da responsabilidade civil subjetiva envolvendo o Poder Público: é o caso da ação de regresso do ente Público em desfavor do agente (servidor) que causou o ato lesivo, aplicando-se a regra do Código Civil de 2002.

3078

3.4. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Esse tipo de responsabilidade se deu a partir do momento em que estava manifesto a desproporção entre o poder do Estado e o do particular, pois mesmo diante de inúmeras regras que impõe proteção ao particular o Estado continua superior e com prerrogativas exclusivas, com essa teoria a vítima não precisa demonstrar culpa da Administração, apenas o fato administrativo e antijurídico numa ação/omissão do Estado e nesse sentido Carvalho Filho (2016) elucida que “diante da desigualdade de poder entre o Estado e o particular, aquele deve arcar com um risco natural, que decorre de suas inúmeras atividades”.

Sendo o risco, inerente ao Estado, surge na doutrina duas teorias que tentam explicar o alcance da responsabilidade objetiva para com o Estado, são elas: em regra a *teoria do risco administrativo* e excepcionalmente a do *risco integral*.

O que caracteriza a primeira é a possibilidade do Estado invocar causas excludentes de responsabilidade que de modo geral são: a *culpa exclusiva da vítima*, onde o comportamento do Estado não concorreu para o acometimento da lesão; a *culpa concorrente da vítima*, pois cada parte vai responder na medida do que concorreu e os tribunais vem adotando a tese que se não for possível auferir o *quantum* cada parte foi responsável aplica-se o teor de cinquenta por cento; e o *caso fortuito/força maior* que são aqueles casos em que o resultado não era previsível e possível de evitar e também não houve a participação do Estado, alguns estudiosos adiciona a este o *fato de terceiros*, pois é também uma intervenção estranha ao fato.

A segunda teoria, afastada do ordenamento, concebe que todo tipo de situação danosa que ocorresse, quando presente um agente da Administração, seria caso de responsabilidade do Estado, independentemente se houve contribuição da vítima para a ocorrência do resultado danoso, não cogitando qualquer uma das hipóteses de excludente ou atenuação ao Poder Público, porém tal teoria será utilizada quando envolver: materiais bélicos; substâncias nucleares; atos de terrorismo e danos ambientais, esse último pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça⁸ (STJ).

Para a análise dos sujeitos envolvidos na responsabilidade, a luz da CRFB/88, usaremos os ensinamentos de Marinela (2015) que “elencas três sujeitos, a saber: o Estado, direta e indiretamente (sujeito ativo); o agente estatal; e a vítima”.

3079

O Estado, engloba as *Pessoas Jurídicas de Direito Público*: administração direta e indireta. E depois as *Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadora de Serviço Público*: administração indireta e as Concessionárias, Autorizadas e Permissionárias, em todos esses casos a responsabilidade do Estado é subsidiária.

O agente estatal deve ser entendido de forma ampla, abrangendo todo e qualquer tipo de pessoa que esteja a serviço do “Estado”. Num primeiro momento esse agente não responde, pois, o Estado é responsável pela conduta do mesmo seja pela culpa *in elegendo* (escolheu mal) ou na culpa *in vigilando* (foi falho na fiscalização), porém como se verifica da parte final do dispositivo constitucional, o Estado poderá promover ação de regresso contra o infrator.

Por fim temos ainda a vítima, que é a pessoa que teve seu direito violado, por uma conduta lícita ou ilícita do Poder Público e que busca a reparação do dano.

⁸ REsp nº 1374284, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Dje de 05/09/2014.

4. A MUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA NOS ATOS OMISSIVOS DO ESTADO

Depois de fazermos uma digressão pelo Instituto da Responsabilidade Civil – elencando o aspecto histórico e conceitual – passaremos a analisar o cerne do presente trabalho, que é a mutação da responsabilidade civil do Estado nos atos omissivos, para isso analisaremos três correntes, esquematizadas por Santos (2017), a respeito da responsabilidade nos atos omissivos.

A primeira corrente traz a ideia de que tanto os atos omissivos quanto os comissivos devem ser responsabilizados sempre com enfoque na teoria objetiva, pois diante da exegese do art. 37, §6º da CRFB/88, o legislador constituinte não fez distinção a qual conduta (se ação ou omissão) ser aplicada na responsabilização do Estado, apenas frisando que a mesma deveria ser objetiva.

A segunda corrente diz que a responsabilidade por omissão é sempre subjetiva, e é atualmente a posição majoritária da doutrina e do STJ. O principal nome a encabeçar tal entendimento é a do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que aduz:

A responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (MELLO, 2015, p. 1032).

3080

No mesmo sentido o STJ vem adotando a mesma corrente, como se depreende do seguinte julgado:

[...] II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que “a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos” [...] (AgRg no REsp 1345620/RS, SEGUNDA TURMA, Relator (a) Ministro (a): ASSUETE MAGALHÃES, Julgado em 24/11/2015, Publicado no DJe em 02/12/2015).

Deve-se ressaltar que o STF nos primeiros julgados que tratava da temática sobre qual tipo de responsabilidade se aplicar nos atos omissivos, a Corte Máxima seguia a referida corrente v.g., no caso de danos morais a familiares de um detento morto em um presídio estadual, nesse sentido foi o julgado:

[...] III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses. IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da *faute de service*. [...] (RE 179.147/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ Nr. 39 do dia 27/02/1998). Grifo nosso.

Porém, atualmente, o STF vem seguindo orientação diversa do julgado retro mencionado adotando a responsabilidade objetiva também nos atos omissivos. Diante disso surge a terceira corrente, que entende ser caso de aplicação da responsabilidade objetiva nos atos omissivos desde que específicos.

Neste diapasão, passaremos a analisar com olhar mais aprofundado, essa última corrente que é o palco da mutação na aplicação das teorias da responsabilidade, para isso valho-me de dois recentes julgados: RE 841.526/RS (relator Min. Luiz Fux) e RE 580.252/MS (relator Min. Teori Zavascki), que com maestria abordaram a temática.

Como dito alhures, o próprio STF entendia que em omissão estatal só caberia a responsabilidade subjetiva, hoje o pensamento da Corte não é mais o mesmo, pois houve grande avanço na jurisprudência a fim de dar mais garantias aos cidadãos face ao Estado. Porém como disse o próprio Min. Luiz Fux “a responsabilidade civil do Estado por omissão é tormentosa tanto na seara jurisprudencial quanto na doutrinária haja vista o art. 37, §6º da CRFB/88, não dar respaldo claro para o caso das omissões estatais” (RE 841.526, FUX, STF).

Diante da imprecisão do dispositivo constitucional, coube ao próprio Pretório Excelso definir em quais casos iria se aplicar a responsabilidade objetiva, nessa esteira o STF “não encontra dúvidas que o referido artigo da Carta Magna é fundamento também dos atos omissivos, porém para uma perfeita aplicação da teoria objetiva se faz necessário a comprovação do nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público em impedir a ocorrência do evento danoso, quando realmente tinha a obrigação legal de fazê-lo, ou seja, podia e devia fazer” (RE 841.526, FUX, STF), comungando da mesma ideia inúmeros julgados da Suprema Corte⁹.

Assim havendo o Estado o dever legal de fazer, e ocorrendo a omissão, abre ensejo a responsabilidade objetiva, porém isso só será cabível quando a omissão for jurídica, conforme esclarece Gilmar Mendes: “*somente haverá omissão, no sentido juridicamente relevante, se houver um prévio dever legal de agir. Tal entendimento já foi evidenciado pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria criminal, e é válido para todos os campos do Direito*” (MENDES *apud*, FUX).

Sergio Cavalieri Filho, um dos doutrinadores adeptos da terceira corrente, define de forma clara o que o STF quis dizer com omissão específica:

⁹RE 607.771 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 14/05/2010; AI 852.237 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 25/06/2013.

A omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268).

Insta observar que o Min. Luiz Fux no RE 841.526 lembra da necessidade de que além do Estado ter o dever de agir, ele também deve estar autorizado a agir, configurando desta feita a omissão específica. Porém o próprio Ministro já demonstra a inaplicabilidade prática do segundo pressuposto, pois diante da Supremacia do Poder Público, é forçoso encontrar liame onde o mesmo não haveria tal autorização, ainda mais em se tratando de Direito Público.

É bom esclarecer que essa mudança, que superou a segunda corrente, e começou a aplicar a responsabilidade objetiva também em caso de omissão, como dito em linhas anteriores, não está adstrito ao Direito Penal e no caso dos encarcerados, mas há aplicação ampla para todos aqueles que esteja sob a guarda ou proteção do Estado, e em todos os ramos do direito, eis que podemos extrair dos julgados da Suprema Corte vários casos em que os Ministros adotaram o entendimento exarado, dentre eles: quando um aluno ocasionou dano a outro aluno de escola pública (RE 109.615); quando da omissão de equipe hospitalar no procedimento pós-cirúrgico (AI 852.237), no caso do incêndio que lesionou menores internados em centro socioeducativo (ARE 669.001), dentre tantos outros casos presentes na vasta jurisprudência, que confirma a aplicação da tese aqui encampada.

3082

Ora, diante de tanta minúcia com que o tema já foi até aqui exarado, seria redundante dizer, mas necessário, que o entendimento prevalecente da doutrina moderna, ainda que minoritária, com ajuda do arcabouço jurisprudencial do STF sedimentou a tese de que somente quando houver omissão específica do Estado é que este será impelido a reparação do dano pela teoria objetiva, demonstrando, pois, a inversão do ônus da prova, cabendo ao ente Público demonstrar causa excludente de responsabilidade. Logo se *in casu* a omissão estatal for genérica o Estado ainda deverá responder pelo dano, porém a vítima deverá comprovar a culpa do Estado, aplicando, por conseguinte a teoria subjetiva, sob pena de fazer aplicação *contra legem* da teoria do risco integral.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A em primeiro plano, é imperioso nos debruçarmos por alguns instantes a respeito desse novo movimento doutrinário e jurisprudencial chamado de “estado de coisas inconstitucional”,

que a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 do Distrito Federal de relatoria do Min. Marco Aurélio, vestiu a roupagem do ordenamento pátrio.

Nesse sentido, foi a Corte Constitucional Colombiana, que primeiro adotou em seu sistema o chamado ECI e definiu seus principais pressupostos, para ensejar a sua aplicabilidade, desta feita os destaco:

Situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, *Sentencia* nº SU-559, de 6 de novembro de 1997 *apud*, AURÉLIO).

Ora, mas o que seria o ECI? Os próprios pressupostos, já citados, são autoexplicativos, quando demonstra que esse ‘estado’ ocorre após a transgressão de todos os limites, no plano dos direitos fundamentais, com atos omissivos ou comissivos de modo que as autoridades públicas não conseguem resolver a referida problemática sendo necessária uma atuação conjunta de todos os Poderes.

Campos (2015), denota que “a Corte brasileira a partir do momento que optou por reconhecer o ECI nessa pátria, referente ao caso do sistema prisional, esclarece que a mesma está diante de um litígio estrutural e que simples medidas convencionais não são passíveis de resolver a inconstitucionalidade das coisas”. Assim, ainda complemento tal entendimento com o brilhante comentário do Min. Luiz Fux na ADPF 347, de que o STF deve proporcionar um “ativismo judicial dialógico”, para poder com sorte, reestabelecer a normalidade do sistema carcerário brasileiro.

3083

Insta observar que no Brasil o ECI fora aplicado somente ao sistema carcerário, porém o Direito alienígena já o consagrou em matérias distintas como no caso do deslocamento forçado de pessoas para outros lugares em razão do alto índice de violência ocorrido no Estado Colombiano¹⁰.

Sem mais delongas, o fato é que o ECI foi declarado na ADPF 347/DF, e não é nosso objetivo traçar uma análise detalhada do mesmo, pois se fosse assim a alma deste artigo seria sobremaneira massacrada, cumpre, pois, dizer que apenas queríamos fazer uma explanação conceitual do ECI para, nas próximas linhas, inseri-lo na seara da responsabilidade civil do Estado.

¹⁰*Sentencia T-025, de 22/1/2004 apud*, CAMPOS.

Quando a Suprema Corte disse que o sistema penitenciário está vivendo um estado de coisas inconstitucional, ela quer dizer que o Poder Público está praticando danos nefastos aos presos brasileiros e, por conseguinte a seus tutelados que devem receber a mesma atenção, ou porque não, até mais do que os cidadãos brasileiros.

Entretanto o que se observa é a infringência de direitos fundamentais, tanto decorrente de atos comissivos e principalmente de atos omissivos, tais como o da dignidade da pessoa humana, a vedação a tortura e a tratamento desumano, bem como ainda aos direitos relativos à saúde, higidez física e psíquica, dentre tantos outros, ou seja, não está sendo garantido o mínimo existencial. Afinal não foi sem razão que o Ministro de Estado da Justiça José Eduardo Cardozo comparou, com acerto, os presídios brasileiros com as masmorras medievais e para ele era preferível a morte ao enfrentamento das prisões brasileiras, como bem relatado inúmeras vezes pelos ministros do Supremo na plenária da ADPF 347/DF.

É de suma importância frisar que o principal bem massacrado pelo Poder Público, numa análise generalizada, é o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, que como bem disse o Min. Luiz Fux no seu voto do RE 841.526/RS, com o advento da Carta Cidadã “tornou-se o centro axiológico” de todo o sistema jurídico.

Visto toda essa situação deplorável que, infelizmente, o Estado está proporcionando aos seus tutelados, hoje nós falamos de detentos e no amanhã uma incógnita permanece, não há no meu ver outro meio se não a responsabilização do ente estatal desses prejuízos, que muitas vezes são irreparáveis no plano moral.

Desta feita o STF ao declarar o ECI o faz de forma generalizada e que abrange toda a estrutura, *in casu*, carcerária. Deste modo coadunado com o brilhantíssimo comentário do Min. Ricardo Lewandowski, nesses casos “o risco se torna integral para o Estado” (RE 841.526, FUX, STF), pois ele o proporcionou, e por conclusão lógica haverá o dever de responsabilização do Poder Público, sem se falar de causa excludente de responsabilidade. O que acho importante frisar é que declarado o ECI caberá a cada parte interessada que teve seus direitos lesados procurar a via judiciária para requerer o ressarcimento do seu dano, em ações autônomas.

Como já deslumbrado, o ECI é novo em nosso ordenamento e *data venia* aos posicionamentos¹¹, que entende não ser possível a responsabilidade civil do Estado diante das

¹¹ HADDAD, 2017.

referidas omissões públicas, ao meu ver o entendimento mais acertado seria o da plena possibilidade de responsabilização do Poder Público.

Fazendo uma breve retrospectiva, já comentamos os inúmeros casos em que a nossa Corte Máxima reconheceu o dever de responsabilidade do Poder Público ora diante de morte de detento (RE 841.526/RS), ou da existência de presídios que não proporcionava condições legais de encarceramento (RE 580.252/MS) dentre tantos outros, e justamente nesses casos não houve dúvidas em reconhecer a responsabilidade do Estado com escopo no art. 37, §6º da CRFB/88. Pois bem, se nesses casos “isolados” a Corte assim reconheceu, com mais força e combustível jurídico deve ser reconhecido àqueles que, infelizmente, estão adstritos ao ECI.

Concluo, portanto, que reconhecido o ECI, o STF abre precedente e proporciona ao tutelado prova cabal a ensejar responsabilidade civil do Estado, com base na teoria objetiva, mesmo que na “prática” as indenizações estabelecidas pelo judiciário não sejam “realmente reparadoras”, o que não pode ser concebido é a não responsabilização. Ainda deve-se frisar que comentamos o caso dos detentos, pois foi onde o Supremo reconheceu o ECI, mas como dito alhures esse instituto está aberto a toda área imaginável, desde que preencha seus requisitos e haja seu reconhecimento, e, por conseguinte a possibilidade de responsabilização.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa propôs uma análise do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio e com isso fazer um diagnóstico da mutação ocorrida no mesmo, por ocasião do atual posicionamento dos Tribunais Superiores, em especial nossa Corte Suprema, que com acerto visou dar maior meios ao povo brasileiro de se defender contra as barbáries cometidas pelo Estado.

Diante de todo o exposto, nota-se que atualmente a jurisprudência de nossos Tribunais tem consolidado o entendimento de que até mesmo nos atos omissivos, à necessidade de que a teoria empregada (subjetiva) seja alterada para uma melhor responsabilização frente aos danos causados pelo Poder Público aos particulares, adotando assim também nos atos omissivos específicos a teoria da responsabilidade objetiva, insculpida no art. 37, §6º, da CRFB/88.

Insta observar que no decorrer do trabalho, trouxemos à baila a recente decisão do STF em declarar que o sistema carcerário está vivendo um estado de coisas inconstitucional, e em decorrência desse momento trágico da história brasileira – talvez o pior desde a abolição da escravidão pela princesa Isabel nos idos de 1888 – onde o Estado deixou de garantir o mínimo

existencial aos detentos de forma generalizada e com isso perdeu todo o controle da situação, havendo a necessidade da implementação de políticas integradas entre os três Poderes da República.

Nessa esteira, levantamos a celeuma da possibilidade de se aplicar o dever de responsabilidade para com esses tutelados, que além de ter perdido o mínimo que lhes devia ser atribuído, não poderia ficar à mercê de um quantum indenizatório, uma vez que lhe sendo assegurado uma justa indenização, além de trazer um certo senso de justiça àqueles que teve seus direitos violados, o Estado também começará a reconhecer a necessidade de melhorias nas suas políticas públicas. Ademais reconhecemos irrefutável a tese da possibilidade de responsabilização do Estado no ECI pela teoria objetiva.

Por fim, é bem verdade que o Estado não poderia ser responsabilizado objetivamente por tudo, sem observar as causas excludentes de responsabilidade, sob pena de se adotar o risco integral, ao arrepio constitucional. Porém o que nos restou evidenciado é que no ECI, foi o próprio Estado que, de forma omissiva, acabou por causar tantas irregularidades no sistema normativo, execrando os preceitos mais fundamentais que a Carta magna trouxe. E dessa forma não haveria outro meio se não a responsabilização.

Neste diapasão, fica claro aos nossos olhos, que toda essa mutação só ocorre, porque o Poder Público é omissivo nas suas políticas públicas tanto para implementá-las quanto para fiscalizá-las. Caso existisse um Estado que realmente cumprisse as determinações legislativas, seria absolutamente dispensável debater sobre a necessidade de cada vez mais, buscar maior proteção aos particulares, e esses devendo, ainda, buscar o Poder Judiciário para fazer cumprir aquilo que já devia ser feito *ex officio* pelo Poder Público, pois os “pobres pupilos do Estado” não teriam do que reclamar diante de um Estado obediente as normas constitucionais e respeitador da dignidade inerente a todo ser humano.

3086

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/09/2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Consultor Jurídico, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 24/10/2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Responsabilidade civil do Estado em caso de morte de detento**. Dizer o Direito, 2016. Disponível em: < <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/04/info-819-stfi.pdf>>. Acesso em: 18/10/2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

GALIZIA, Paulo Sérgio Brant de Carvalho. **Responsabilidade Civil Do Estado Por Omissão**. 2011. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2011. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5744>>. Acesso em: 19/10/2017.

HADDAD, Samira Henriques. **Responsabilidade Civil e o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário Brasileiro**. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI Brasília – DF, 2017. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/05cgtivs/D7INW6wWTQBNHu3k.pdf> >. Acesso em: 25/10/2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros. 2016. 3087

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

OLIVEIRA, J. A. N. **Responsabilidade Civil do Estado no Brasil: natureza, evolução e perspectivas**. 2001. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. Disponível em: < <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79423>>. Acesso em: 27/09/2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

SANTOS, Danillo Lima dos. **Responsabilidade civil do Estado por omissão e suas correntes**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2,588552&seo=1>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

STF, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17/10/2017.

_____. Plenário. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Relator Orig. Min. Teori Zavascki red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 16/02/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>. Acesso em: 16/10/2017.

_____. Plenário. **Recurso Extraordinário 841.526/RS**. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 30/03/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4645403>. Acesso em: 16/10/2017.