

“RESPONSABILIDADE CIVIL POR MORTE DE PRESOS”

HELIOMAR WEIRICH

“RESPONSABILIDADE CIVIL POR MORTE DE PRESOS”

**Trabalho Monográfico apresentado
ao Curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.**

**Orientador: Nicolau Apóstolo
Pítsica.**

**FLORIANÓPOLIS–SANTA CATARINA
1999**

HELIOMAR WEIRICH

“RESPONSABILIDADE CIVIL POR MORTE DE PRESOS”

FLORIANÓPOLIS–SANTA CATARINA
1999

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

O presente Trabalho Monográfico, intitulado "**Responsabilidade Civil por Morte de Presos**", elaborado pelo acadêmico Heliomar Weirich e aprovado pela Banca Examinadora composta pelo Capitão PM Calixto Antônio Fachini, pela professora Vera Lúcia Teixeira e pelo professor Nicolau Apóstolo Pítsica, obteve aprovação com nota 9,7 (nove vírgula sete), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria 1886/94 MEC, regulamentada na Universidade Federal de Santa Catarina pela Resolução nº. 003/95 CEPE.

Florianópolis, março de 1999.

**Professor Nicolau Apóstolo Pítsica
Orientador**

**Professora Vera Lúcia Teixeira
Membro da Banca Examinadora**

**Capitão PM Calixto Antônio Fachini
Membro da Banca Examinadora**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

RESPONSABILIDADE CIVIL POR MORTE DE PRESOS

PROFESSOR ORIENTADOR: NICOLAU APÓSTOLO PÍTSICA.

ORIENTANDO: HELIOMAR WEIRICH

Florianópolis, março de 1999.

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	8
CAPÍTULO I.....	7
TÓPICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL.....	7
1. <i>DA RESPONSABILIDADE.....</i>	7
2. <i>DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</i>	8
3. <i>RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL: ELEMENTOS.....</i>	11
4. <i>RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL – SEU FUNDAMENTO.....</i>	19
5. <i>DO RESPONSÁVEL – O ESTADO.....</i>	14
CAPÍTULO II.....	25
TEORIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	25
1. <i>CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</i>	25
2. <i>TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE.....</i>	26
3. <i>TEORIAS CIVÍLISTAS.....</i>	28
4. <i>TEORIAS PUBLICISTAS.....</i>	33
CAPÍTULO III.....	38
DOCTRINA DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO ESTADO	38
1. <i>ANÁLISE DA TEORIA VIGENTE EM NOSSO SISTEMA LEGISLATIVO.....</i>	38
2. <i>DOS ATOS COMISSIVOS OU OMISSIVOS.....</i>	30
3. <i>ELIDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO</i>	48
4. <i>AÇÃO REGRESSIVA</i>	40
CAPÍTULO IV	43
MORTE DE PRESOS OU PRATICADA POR PRESOS: QUEM, COMO E QUANTO RESPONDE CIVILMENTE?.....	43
1. <i>COMO POSTULAM ?</i>	43
2. <i>QUANTO POSTULAM ?</i>	46
2.1. <i>Em relação ao dano moral.....</i>	46
2.2. <i>Em relação às despesas decorrentes do evento.</i>	47
2.3. <i>Em relação ao tempo de duração da prestação alimentar.....</i>	48

2.4. Em relação ao valor da prestação alimentar.....	51
3. <i>QUEM PODE POSTULAR ?</i>	53
3.1 Prescrição da ação indenizatória.....	56
4. <i>QUEM RESPONDE ?</i>	57
5. <i>COMO SE DEFENDE O ESTADO</i>	59
6. <i>COMO SÃO PROFERIDAS AS DECISÕES EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.</i>	63
6.1. Dos recursos.....	67
7. <i>COMO DECIDE O TJSC.</i>	68
7.1. Qual teoria adotada ?	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Esta pesquisa tem como objeto a análise da responsabilidade civil em casos de morte de presos e nas situações em que eles ocasionem morte.

Inicialmente, procurar-se-á clarear o entendimento doutrinário a respeito dos conceitos de vocábulos de suma importância para este trabalho, especialmente em relação a responsabilidade, a responsabilidade civil, a responsabilidade civil da Administração Pública (seus elementos e fundamentos), o Estado, agente público, teoria da irresponsabilidade, teoria civilista ou teoria da culpa, teoria objetiva e suas subdivisões (risco administrativo, risco integral e risco social).

Isto porque a definição de tais vocábulos propiciará ao leitor um melhor entendimento do que aqui se propõe. Veremos o quão distintos são a responsabilidade, a responsabilidade civil e a responsabilidade civil da Administração Pública. Em relação à última veremos sua complexidade, principalmente na análise de condutas negativas, onde sempre que o Estado for acionado para responder por atos que deixou de praticar, defende-se com arguições no sentido que sua responsabilização deva ser atingida pela teoria subjetiva, clamando pela aplicação da teoria objetiva apenas aos atos comissivos.

A irresponsabilidade era a regra até atingir-se a fase em que o Poder Público respondia nas situações em que seus agentes agissem com dolo ou culpa. Atualmente a responsabilidade da Administração Pública é verificada pela teoria objetiva, ou seja, não se fala mais em culpa e sim em nexo causal entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo administrado, apenas.

Por isso, far-se-á uma análise da teoria do risco administrativo, subdivisão da teoria objetiva a qual entendemos como a vigente e que diferentemente da teoria do risco integral e do risco social, admite excludentes de responsabilização, entretanto, assim como estas, aplica-se aos atos positivos e

negativos da a Administração Pública. Contudo, o entendimento acerca de sua aplicação às ações e omissões do Estado, como veremos, está distante de ser considerado pacífico, haja vista, a posição no sentido de que a atribuição de responsabilidade à Administração Pública por condutas omissivas é atingida pela teoria subjetiva, sendo a teoria objetiva utilizada apenas às condutas comissivas, com amparo nos professores Maria Helena Diniz e Bandeira de Mello, dentre outros.

Assim como persiste a controvérsia acerca da teoria aplicável às condutas negativas, não se pode tecer outro comentário a respeito das excludentes de responsabilização admitidas na teoria da responsabilidade civil do risco administrativo pois, para alguns limitam-se a força maior e a culpa da vítima e para outros estendem-se, além destas, ao caso fortuito, ao fato de terceiro e ao estado de necessidade. Como veremos, nos casos em que a pretensão elisiva baseia-se na força maior, em caso fortuito, em fato de terceiro e em estado de necessidade, a elidente deve ser analisada considerando a inevitabilidade do resultado para que o Estado possa isentar-se de responsabilidade.

Os prejuízos sofridos pelos administrados decorem, em muitas situações por conduta culposa ou dolosa do servidor público, entretanto, ao postular, não precisa o lesado, ou seus dependentes, demonstrar a culpa ou dolo, deve apenas demonstrar o nexó causal entre o dano e a atividade exercida pela Administração Pública. A verificação de dolo ou culpa por parte do agente público é função da Administração Pública, com o interesse único de ressarcir-se, de nada interferindo na relação entre os dependentes do lesado e o Estado.

Superada esta etapa, nos posicionaremos de frente com a nossa construção pretoriana. Far-se-á análise jurisprudencial de casos em que resultou morte de preso ou nas em que estes ocasionaram a morte.

Não são poucas as vezes em que tomamos conhecimento que presos morrem enquanto cumprem pena privativa de liberdade. Outras tantas ocorrem

durante a execução da prisão. Ante a falência do nosso sistema penitenciário muitos suicidam-se. Ao manter uma pessoa privada de liberdade por prática de crime, por exemplo, contra o patrimônio, ou qualquer outra espécie, ou ainda sem nem mesmo ter assegurado o direito de defesa ao indiciado, seria justo deixar a Administração Pública impune por propiciar condições para que esta pessoa seja privada da vida? Ante o preceito constitucional de que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” nos resta concluir que o Estado tem função de garantidor da integridade física dos presos, por isso responsável pela sua integridade física e por seus atos pois a sociedade delega-lhe poderes para mantê-lo custodiado e se permite que preso evada-se, todos os danos ocasionados por ele são sua responsabilidade.

Entretanto nossa sociedade, pouco informada, sequer procura ressarcimento. Os informados, muitas vezes descrentes do Poder Judiciário, deixam de acionar o Estado. Os poucos lesados informados e crentes ou não do Poder judiciário, ao ajuizarem a indenizatória, nos demonstram que estão parcialmente informados.

Nossa pesquisa jurisprudencial, sem procurar esgotar a matéria, procura observar como postulam os dependentes econômicos da vítima de homicídio praticados por presos e os dependentes do preso que veio a morrer enquanto detido ou prestes a ser; quanto postulam os prejudicados, especialmente em relação ao dano moral, despesas com funeral e luto, tempo da duração da prestação alimentar e valor desta; a quem é conferida legitimidade para ajuizar a ação indenizatória e a prescrição da prestação alimentar; quem responde pelo evento e como se defende; como são proferidas as decisões de primeira instância e os recursos; como decide o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e a teoria adotada.

Veremos, em relação à teoria aplicada, que nossa jurisprudência (no mais das vezes), entende como sinônimas a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo, diferentemente da posição doutrinária que as entendem, ao lado da teoria do risco social, como subdivisões da teoria objetiva; e ainda aplicam a

teoria objetiva e fundamentam a atribuição de responsabilidade pela conduta culposa. Em outras afirma que vige a teoria do risco integral, inadmitindo elidentes de responsabilização, tanto aos atos comissivos como aos omissivos.

A principal característica da teoria objetiva às vítimas refere-se a inversão do ônus da prova. Tãmanha a importância de tal ônus que as fundamentações apresentadas para eximir o estado de responsabilidade acabam por tentar a aplicação da teoria subjetiva quando deve resolver-se o conflito pela objetiva. Poderia o Estado comprovar as elidentes, contudo, sabendo das dificuldades em prová-las opta por tentar a aplicação da teoria subjetiva quando o resultado deve-se à conduta negativa.

CAPÍTULO I TÓPICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

1. DA RESPONSABILIDADE

Inicialmente, faz-se necessário discorrer a respeito dos elementos que compõem a responsabilidade do Estado, objetivando-se clarear pontos fundamentais deste trabalho.

O termo responsabilidade deriva do latim “*respondere*, na acepção de assegurar, afiançar”,¹ contendo a raiz *spondio*, constituindo-se esta, na maneira utilizada pelo direito romano para vincular o devedor a uma obrigação oriunda de acordo verbal.

Considerando-se que o agir humano é regido por normas, tais como religiosas, morais e jurídicas, pode-se concluir que o significado da expressão responsabilidade pode ser atingido sempre que ocorrer transgressão ou inobservância de normas aceitas pela sociedade. Contudo, o vocábulo

¹ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 495.

responsabilidade tem seu real significado atingido conforme a atividade lesiva e a esfera em que ocorra. Configurando-se no âmbito moral ou jurídico, no direito público ou privado, a expressão passa a apresentar modalidades diversas e espécies adequadas a cada situação. Desta forma, torna-se descabível, em decorrência de suas características, atribuir-lhe definição una e precisa, mesmo porque a responsabilidade surge do vínculo da relação entre a vida em sociedade e as normas adotadas para a manutenção da harmonia e da ordem social.

“A responsabilidade é um fato social porque está inserida na vida em sociedade. Independente do tipo da norma descumprida, importando a transgressão em alguma lesão, rompe-se a ordem e a harmonia social, dando margem à responsabilidade que surge como instrumento único, hábil e capaz de se retornar ao status quo ante.”²

Entendendo-a como regra elementar do convívio social Gonçalves preleciona:

“Quem pratica um ato ou incorre numa omissão que resulte em danos, deve suportar as

² ROSA, Leilane Zavarizi Mendonça da. **Reflexões acerca da responsabilidade extracontratual do Estado.** Florianópolis, Dissertação de Mestrado, UFSC, 1996, p 14.

conseqüências do seu procedimento.

Trata-se de uma regra elementar do equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se portanto que a responsabilidade é fenômeno social.”³

As espécies de responsabilidade surgem de acordo com o dano ocasionado e, por vezes, aliadas às normas transgredidas pois, só assim, analisando-se as circunstâncias do fato, tornar-se-á possível uma definição mais aproximada de seu estrito significado e conseqüente reparação do dano.

Por conseguinte, faz-se necessário estudá-la em suas distintas formas, como responsabilidade moral e jurídica, sendo que esta resulta do descumprimento de regras estabelecidas pelo Estado, enquanto aquela, de normas éticas.

A responsabilidade civil por certo é a primeira a ser indagada, salvo as vezes em que tal posição é ocupada pela responsabilidade penal. Esta ao ocorrer dano à sociedade e aquela ao atingir interesse individual, de acordo com Chaves.⁴

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em se tratando de responsabilidade civil, as dificuldades em defini-la reduzem-se pois menor é sua abrangência. Sidou a define como a “Imposição de reparar o dano causado a outrem, quer em razão de obrigação assumida (inexecução obrigacional), quer por inobservância de norma jurídica (obrigação extracontratual).”⁵

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 3.

⁴ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. V. 3 São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 42.

⁵ SIDOU. Op. cit. p. 495.

Caio Mário ao descrevê-la afirma sua existência na sujeição de alguém a um dever ressarcitório:

“A responsabilidade civil consiste na efetivação da responsabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil que se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.”⁶

Verifica-se, mediante tais citações, que a responsabilidade civil, se traduz na obrigação de indenizar, trata-se, em verdade, de uma resposta ao causador do dano.

Houve tempos em que a reparação do dano consistia numa vingança privada. Contudo os sistemas legislativos surgiram e evoluíram gradativamente. O Código de Hamurabi tratou do dano e da correspondente reparação, contudo consagrou a vingança privada. Deixando de acolhê-la, o Código de Manu progrediu em relação ao de Hamurabi, especialmente por prever a pena pecuniária imposta ao responsável pela lesão. Pouco mais desenvolvido, o direito romano tratou da responsabilidade civil voltada para o adágio popular de “olho por olho e dente por dente”. Entretanto a solução era inadequada, pois não sendo possível reparar-se o dano, então ainda se admitia a vingança privada. Real evolução verificou--se com a proibição desta opção, especificamente com a vedação legal do lesado fazer justiça com as próprias mãos.

“Quando assumiu a direção da composição dos pleitos, a autoridade começou também a punir, substituindo-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 16.

Evoluiu, assim, da justiça punitiva exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, percebendo que indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, porque perturbavam a ordem que se empenhava em manter.

Resultou daí a cisão dos delitos em duas categorias: os delitos públicos (...) e os delitos privados. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição, evitando os conflitos.”⁷

Segundo alguns doutrinadores, avanço significativo ocorreu com a *Lex Aquilia*,

⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p.18.

impedindo de forma absoluta a justiça privada e fixando princípios como o da culpa, básico à teoria da responsabilidade, para regular a reparação do dano. Por isso a responsabilidade civil baseada na culpa é, também, chamada de *aquiliana*.

Caio Mário nos ensina que apenas o elemento culpa não é suficiente para fundamentar a responsabilidade civil, tendo em vista que apenas ele não é fundamento suficiente para responder à questão: “por que é responsável o causador do dano?”⁸

Por conta disso surgem as teorias subjetiva e objetiva (responsabilidade sem culpa). A primeira, baseada na culpa, considera a conduta daquele que causou o dano, isto é, se agiu de maneira negligente, imprudente ou inobservando os métodos de sua função, devendo tal situação restar provada para justificar a reparação pois, indemonstrada a culpa não há que falar-se em responsabilidade. A segunda, na relação da conduta com o dano, no nexo de causalidade, no risco. Tais teorias encontram-se melhor definidas nos capítulos seguintes desta monografia.

O Código Civil Brasileiro em seu art. 159 edita: “Todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Assim como o Código Francês, portanto, demonstra adotar, para efeitos de responsabilidade civil, a teoria subjetiva.

Nossa codificação civil em alguns dispositivos adota, por exceção, a teoria objetiva da responsabilidade civil: arts. 1528 e 1529 – obrigação resultante do dever de vigiar. Além das disposições do Código alguns diplomas legais também adotam a responsabilidade objetiva: Decreto n.º 268/12, relativo à

responsabilidade no transporte ferroviário, e o Decreto-Lei n.º 321/16, Código Brasileiro do Ar, atualmente substituído pelo Código Brasileiro Aeronáutico.

Tal teoria, da responsabilidade sem culpa, originada do direito romano, toma por base o nexo de causalidade, sendo utilizada, por vezes, para resolver fatos em que a verificação da responsabilidade, adotando-se a teoria subjetiva, mostra-se ineficiente. Segundo Aguiar Dias:

“A teoria da responsabilidade objetiva (...) Corresponde, em termos científicos, à necessidade de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam

⁸ PEREIRA. Op. cit., p. 18.

reparados pelo critério clássico da culpa.”⁹

Além destas situações a teoria da responsabilidade civil objetiva é utilizada para atribuir responsabilização ao Estado pois, se ao administrado fosse incumbido o dever de provar a culpa da Administração Pública, dificilmente os lesados obteriam ressarcimento, ante a sua hiposuficiência perante aquele.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL: ELEMENTOS

Para que se concretize a responsabilidade civil estatal, baseada na teoria objetiva, faz-se necessário o preenchimento de seus elementos constitutivos, ressaltando-se que a ausência de um deles impedirá a responsabilização. Apresenta, portanto, a responsabilidade civil objetiva estatal os seguintes elementos: o sujeito, o nexo causal e o dano.

O Estado, em nossa análise, é o sujeito passivo, o devedor da obrigação. O sujeito ativo é o recolhido nos estabelecimentos penais e, também, aquele que está sofrendo o ato da prisão, que está por ser preso, é qualquer pessoa que estando privada da liberdade, legalmente ou não, venha a morrer. Demonstrado o nexo causal e comprovada a existência de um dano, o lesado passa a ser considerado credor de indenização.

“ O dano se constitui no prejuízo, no desequilíbrio patrimonial sofrido pela vítima. Este dano deve ser certo, especial, anormal e deve corresponder a uma situação protegida juridicamente. Certo é o dano efetivo e atual, podendo até ser futuro. O que lhe retira a capacidade de indenização é a eventualidade.

Dano especial é aquele que se refere a uma ou algumas vítimas, o prejuízo não é disseminado por toda a Sociedade.

⁹ DIAS. Op. cit., p. 49.

A anormalidade do dano corresponde ao excesso, ultrapassa os inconvenientes suportáveis pela vida em Sociedade.¹⁰

A vítima, ou seus familiares, pode sofrer danos de ordem patrimonial (material) ou moral, pois considerando-se que o patrimônio do sujeito é um conjunto de bens materiais e imateriais, a indenização do dano moral é possível. Além disso o dano moral encontra-se previsto constitucionalmente.¹¹ Persiste atualmente, questionamentos a respeito do valor a ser atribuído à vítima ou a seus familiares.

A ocorrência do nexo de causalidade também se faz necessário pois é a relação entre o fato gerador da responsabilidade e o dano. É o elemento estrutural da teoria objetiva. Ou seja, deve o lesado demonstrar a relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido. Não precisa nem mesmo argüir conduta culposa por parte do servidor público ou do Poder Público. A demonstração de culpa é para os casos em que a atribuição de responsabilidade verifica-se pela teoria subjetiva da responsabilidade civil, entretanto quando figura no polo passivo o Estado, não há que falar-se nela.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL – SEU FUNDAMENTO

Analisando a responsabilidade civil estatal Cahali explica: “Entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.”¹²

¹⁰ ROSA. Op. cit. p. 26

¹¹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

¹² CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 9.

O ilustre professor Celso A. B. de Mello preleciona: “Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de repor economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos,

materiais ou jurídicos.¹³

“[...] é uma responsabilidade civil: não poderia haver responsabilidade penal da administração. É uma responsabilidade extra-contratual: a responsabilidade que sanciona o não cumprimento por uma pessoa pública das obrigações que assumiu[...]”¹⁴

Para Hely Lopes Meirelles trata-se da responsabilidade que “impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.”¹⁵

A doutrina, com muito esforço, tem procurado analisar os motivos, as justificativas, os fundamentos da responsabilidade estatal em decorrência do dano ocasionado por seus agentes ou por omissão do Poder Público. O mais apontado pela doutrina é a solidariedade, pois todos devem suportar os danos ocasionados pela atividade estatal.

Celso Ribeiro Bastos, analisando o instituto encontra na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão o seu fundamento e preleciona:

“Nos dias atuais existe grande aceitação da teoria da igualdade ou proporcionalidade dos encargos públicos. No art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrada pela Revolução Francesa em 1897, ficou estabelecido o princípio de que uns cidadãos não devem sofrer mais do que outros os encargos impostos pelo interesse comum em virtude da atividade do Estado, e por tal razão os danos ou acidentes resultantes a certos particulares devem sem repartidos entre todos, mediante a devida indenização.”¹⁶

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 430.

¹⁴ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almeida, 1981, p. 305.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** 22^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 553.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 187.

Contudo, os doutrinadores separam a conduta do Estado em lícita e ilícita e procuram adequar, de acordo com a separação, a justificativa, o fundamento. Sendo lícito seu ato, o princípio da igualdade, pelo qual todos devem suportar os danos decorrentes da atividade estatal, será a justificativa, a fundamentação. Sendo ilícito, o fundamento é o princípio da legalidade. Sobre o assunto assim descreve Weida Zancaner Brunini:

“Toda vez que o administrado sofre qualquer dano originário de ato ilícito e houver um nexo de causalidade entre da atividade da Administração e o evento danoso, o Estado responde, qualquer que seja o dano. O princípio que fundamenta esse ressarcimento é o princípio da legalidade, mesmo porque a administração rege-se sob a égide da legalidade, não devendo dela apartar-se, sendo que, toda vez que a faça, deve arcar com as conseqüências.”¹⁷

Se o princípio da igualdade ou da legalidade, é a fundamentação da responsabilidade civil estatal, pouco importa, ressaltando-se, apenas, que o Estado de Direito não pode deixar de cumprir o ordenamento promulgado ou outorgado por ele próprio.

5. DO RESPONSÁVEL – O ESTADO

Pelo dito constata-se o quanto complexo e interessante é o instituto da responsabilidade, principalmente ao tratá-lo nas situações, como nesta monografia, em que o responsável, o devedor da obrigação, o sujeito passivo da relação jurídica é, especificamente, o Estado.

Muitas são as definições, os conceitos atribuídos ao Estado. Tantos que Bonavides escreveu: “Houve no século XIX um publicista do liberalismo – Bastiat –

¹⁷ BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 33/34

que se dispôs com a mais sutil ironia a pagar o prêmio de cinqüenta mil francos a quem lhe proporcionasse uma definição satisfatória de Estado”.¹⁸

Não ousaremos atribuir-lhe definição, pelo contrário, usaremos a do professor Wolkmer e, estivesse vigente a proposta de Bastiat, por certo, o ilustre professor ganharia o prêmio, entendendo o Estado como sendo a “instância politicamente organizada, munida de coerção e de poder, que, pela legitimidade da maioria, administra os múltiplos interesses antagônicos e os objetivos do todo social, sendo sua área de atuação delimitada a um determinado espaço físico.”¹⁹

Os doutrinadores que pesquisam de maneira mais aprofundada o Estado adotam teorias para fundamentar sua origem, entretanto a doutrina majoritária entende que o Estado tenha sido criado pela sociedade.

Constata-se, portanto, que o Estado foi criado pela sociedade para atender suas demandas e o uso desta expressão, de acordo com Bonavides:

“O emprego moderno do nome Estado remonta a Maquiavel, quando este inaugurou O Príncipe com a frase célebre: Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são estados, e são repúblicas ou principados”²⁰

Ao Estado, como dito, criado pela sociedade, esta lhe delega competência para coordená-la, para exercer a função de administrador de seus anseios, enfim, para atingir o interesse social. Tamanha é tal delegação que Azambuja escreve:

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 49.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Rio Grande do Sul: Sérgio Fabris, 1990, p. 9.

²⁰ BONAVIDES. Op. cit. P. 50.

“Com exceção da família, a que, pelo nascimento o homem forçosamente pertence, mas de cuja tutela se liberta com a maioridade, em todas as outras sociedades ele ingressa voluntariamente e delas se retira quando quer, sem que ninguém possa obrigá-lo a permanecer. Da tutela do Estado, o homem não se emancipa jamais. O Estado o envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes do seu nascimento, com a proteção do nascituro, e se prolongam até depois da morte, na execução das suas últimas vontades.”²¹

O Estado, por meio de seu ordenamento jurídico, identifica os credores e devedores de obrigações e os classifica em pessoas físicas e jurídicas. É, ele, pessoa jurídica, dotada de personalidade e capacidade de agir próprias, enfim, é sujeito de direito e obrigações.

É por meio de seus agentes que o Estado cumpre suas obrigações, que as executam como se ele fosse. Tal relação é de fundamental importância à caracterização da responsabilidade civil estatal. Entretanto, as teorias criadas para fundamentar a responsabilidade do Estado com base nesta relação e com fundamento nas teorias civilistas apresentam-se inadequadas. Poderia o Estado delegar funções, à pessoas físicas ou jurídicas, para agirem em seu nome, adotando a teoria do mandato. De outro modo, poderia delegar funções adotando a teoria da representação, ou seja, necessitando de tutores ou de curadores, assemelhando-se a um incapaz. Tais teorias, contudo, não se mostraram suficientes para fundamentar esta relação e, em virtude disso, os doutrinadores alemães introduziram a idéia de órgão para justificá-la.

“Pela teoria do órgão, nascida na Alemanha, a pessoa jurídica opera por si mesma. O órgão é uma parte dela, não um ente autônomo, distinto.”²²

²¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Globo, 1957, p. 2.

²² CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 75.

Os agentes públicos, em verdade, não representam o Estado, tão pouco exercem funções de mandatário, são eles o próprio Estado. Tal relação, portanto, é absolutamente direta pois, estará o Estado agindo sempre que o agente exercer atividades relacionadas à sua função. Analisando a relação entre o Estado e o servidor, Trujillo discorre:

“O reconhecimento da responsabilidade do Estado como sendo direta perante o administrado lesado, vincula-se à concepção organicista do ente público, segundo a qual imputa-se o dano causado ao particular, diretamente à pessoa jurídica de cuja organização faz parte o funcionário causador do prejuízo. Considera a teoria orgânica que a atividade do funcionário configura-se como atividade da própria pessoa jurídica.”²³

Desta forma tem-se que o evento ocasionado pelo servidor público é ocasionado pelo Poder Público, logo ocorrendo danos deve-se atribuir ao Estado a responsabilização pois o agente enquanto no exercício das atividades é o próprio Estado. Este responderá objetivamente (com base no nexo causal independentemente de culpa) e somente poderá acionar aquele nos casos em que o resultado ocorreu por dolo ou culpa. No próximo capítulo serão analisadas as teorias sobre a responsabilidade.

CAPÍTULO II TEORIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste capítulo serão analisadas as teorias da responsabilidade civil e, de maneira superficial, seu desenvolvimento doutrinário e legislativo.

²³ TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade dos Estados por Ato Ilícito**. São Paulo: Editora Direito, 1996, p. 41.

“A doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade com culpa, e deste para o da responsabilidade civilística e desta para a fase da responsabilidade pública em que nos encontramos.’

Sob o domínio dos Governos absolutos negou-se a responsabilidade do Estado, secularizada na regra inglesa da infalibilidade real – “The King do not wrong” –, extensiva aos seus representantes; sob a influência do liberalismo, assemelhou-se o Estado ao indivíduo, para que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos de seus agentes; finalmente, em nossos dias, atribui-se à Administração Pública uma responsabilidade especial de direito Público.”²⁴

Ao analisarmos as teorias procuraremos conceituá-las, unicamente com o objetivo de clarear a leitura desta monografia. Ressalte-se que mesmo tendo sido admitida a evolução de uma para outra teoria, a anterior não foi, repentinamente, substituída.

2. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

A primeira teoria a surgir para explicar os casos em que o Poder Público causasse danos foi a teoria da irresponsabilidade, denominada também de teoria feudal, regalista ou regaliana e infelizmente vigorou por dilatado lapso temporal.

“Facury, em sua obra Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista, quando comenta

²⁴ MEIRELLES. Op. Cit. 561

a teoria da irresponsabilidade, traz observações interessantes. Relata que após Justiniano criou-se no Estado Romano determinada regra que previa o pagamento de indenização quando o Estado desapropriasse bens da igreja. Existiria aí um germe para se reconhecer futuramente a responsabilidade do Estado.”²⁵

Os súditos haviam de suportar de forma compartilhada os erros causados pelo Poder Público, de forma absolutamente normal. Era a soberania.

A partir Revolução Francesa, com a separação dos poderes, onde não mais se admite a possibilidade do Executivo subordinar-se à outro poder, surge novo fundamento para tal teoria.

O fato de, até certo tempo o Poder Público, ser reconhecido como uma pessoa moral, como uma ficção do direito, existindo apenas abstratamente, reforçava tal teoria e, desta forma, entendia-se que jamais poderia ser responsabilizado por atos que nesta condição realizava. Entretanto tal entendimento configurava-se numa injustiça. Cahali, analisando-o, nos fornece o seguinte relato:

“Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do Direito: se o Estado se constitui para a tutela do Direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade quando sua atuação falha e seus representantes causam danos aos particulares.”²⁶

Hely, que preferiu chamá-la de doutrina, nos clareia a respeito de sua superação:

²⁵ ROSA. Op. cit., p.40/41.

²⁶ CAHALI. Op. cit., p. 19.

“A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crow Proceeding Act, de 1947*, e pelo *Federal Tort Claims Act, de 1946*. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes.”²⁷

Em 1824 o Brasil outorgou sua primeira Constituição, consagrando a teoria da irresponsabilidade da Administração Pública. Mesmo com a promulgação da Carta Republicana, em 1891, não se verificou alterações em relação a responsabilização Estatal pois, de acordo com o art. 82, a responsabilidade era atribuída apenas ao funcionário:

“Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente seus subalternos.”²⁸

Até então percebiam-se os resquícios do Estados despóticos ou absolutos e, a eles não se atribuía responsabilidade.

3. TEORIAS CIVILISTAS

O clamor social pela aplicação de uma teoria que atribuísse responsabilidade à Administração Pública por danos causados no exercício de suas funções, socorreu-se de regras do Direito Civil. Descrevendo sobre o assunto Cahali nos ensina que a teoria civilista foi a principal responsável pela superação da teoria da irresponsabilidade:

²⁷ MEIRELLES. Op. Cit. 561.

²⁸ BAZHUNI, Marco Antônio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em decorrência de sua Atividade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992, p. 46.

“Se hoje os administrativistas de todos os quilates timbram em tripudiar sobre a teoria da responsabilidade civil do Estado, buscando transportar o instituto para o âmbito do direito público, não podem eles, contudo, negar os elevados méritos da concepção civilística da responsabilidade estatal, no que terá sido esta a grande contestadora inicial do princípio da irresponsabilidade absoluta.”²⁹

Mesmo reconhecendo-se o Estado como um sujeito de direito e obrigações e com a substituição da teoria da irresponsabilidade pela concepção civilística não se verificou grande passo. Contudo sua irresponsabilidade já não era absoluta pois, já entendia-se a

²⁹ CAHALI. Op. cit., p. 19.

divisão na forma de realizar suas atividades, ora agindo como se fosse um particular, ora como um governante, ou seja em atos de império e de gestão. Sonia Sterman, escrevendo sobre a origem dessa distinção preleciona:

“Com a Revolução Francesa surgiu um fato que passou a alterar a teoria da responsabilidade estatal. Esse fato originário da multidão enfurecida que danificou inúmeras propriedades de particulares, os quais procuraram acionar o Estado para obter o ressarcimento de seus prejuízos. Porém, com o fato de proteger o erário francês das inúmeras ações, criou-se distinção entre atos de império e atos de gestão, atribuindo somente a estes últimos (de gestão) a possibilidade de se obter o ressarcimento dos danos causados.”³⁰

Adotada tal divisão, o problema passou a ser: como definir se o Estado estaria agindo sob o *jus imperii* ou sob o *jus gestionis*? Cretella Júnior, analisando a divisão comenta que “embora apresentando inegável progresso em relação à teoria anterior, a teoria dos atos de gestão (com culpa evidente do funcionário) de modo algum é satisfatória em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque para aquele que sofre o dano não interessa a natureza do ato, se é de império ou de gestão. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar desamparado o cidadão que sofreu prejuízo por ato do próprio Estado?”³¹

Por isso, tal divisão, gradativamente, foi sendo substituída pela teoria da culpa civil (*in eligendo* ou *in vigilando*) que, também, fez uso das regras civilísticas, onde se atribui responsabilidade sempre que comprovada a negligência, imprudência ou imperícia.

Se o servidor constitui-se no próprio Estado, este é, em verdade, responsável, por tê-lo escolhido. A *culpa in eligendo*, verifica-se, portanto quando aquele causar prejuízo a qualquer administrado.

³⁰ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado (Movimento multitudinários, saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas)** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992 p. 14.

³¹ CRETILLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar.** São Paulo: Saraiva, 1980, p. 70.

A *culpa in vigilando* dá-se quando, na execução das funções do Estado, o funcionário age de maneira negligente. Aquele deve reparar o dano pois, efetivou-se o resultado pela conduta deste.

Em nosso país, mesmo na vigência da Carta de 1891 que, como dito, consagrou a teoria da irresponsabilidade, em 1916 é editado o Código Civil que, no artigo 15, dispõe:

“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

A partir de então se o agente público estivesse agindo em nome do Estado e ocasionasse danos, por dolo ou culpa, deveria o lesado ser ressarcido pela Administração Pública. O art. 159 do Diploma Civil, estipulou o direito de regresso contra o servidor causador do dano.

“A Constituição Federal de 1934 editou a responsabilidade solidária entre o agente público e o Estado, e o litisconsórcio passivo necessário na oportunidade da demanda judicial. Mantendo ainda a teoria subjetiva como fundamento, o ato praticado pelo funcionário deveria resultar de conduta dolosa para que se configurasse o dever de indenizar. Foi também mantido o direito de regresso do Estado junto ao funcionário. A sentença condenatória do Estado tinha força executiva para exigir o ressarcimento do funcionário. A Constituição outorgada em 1937 nenhuma novidade trouxe em matéria de responsabilidade civil pois manteve tanto a teoria subjetiva quando a solidariedade entre funcionário e Estado.”³²

Apesar da significativa evolução esta teoria não se apresentou de maneira a propiciar uma segurança

³² ROSA. Op. cit. p. 60.

de ressarcimento. A identificação do real causador do dano e as dificuldades em se definir situações passíveis de ressarcimento, por certo, merecem destaque dentre as que exerceram influência no sentido de exigir sua substituição por outra que, ao contrário, ofertasse segurança ao lesado— segurança de que a Administração Pública responda pelos seus atos. A respeito do assunto Hely, num parágrafo, sintetiza:

“A doutrina civilística ou da culpa comum, por sua vez, vem perdendo terreno a cada momento, com o predomínio das normas de Direito Público sobre as normas de Direito Privado na regência das relações entre a Administração e os administrados. Resta, portanto, a teoria da responsabilidade sem culpa como única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos.”³³

No próximo tópico observaremos as teorias publicistas de atribuição de responsabilidade civil ao Estado. Veremos que a solução dos conflitos baseadas nestas teorias, finalmente, propiciam segurança de ressarcimento aqueles que foram

³³ MEIRELLES. Op. cit. p. 561

**lesados pela atividade
administrativa.**

4. TEORIAS PUBLICISTAS

Associado ao fato das teorias baseadas na culpa civil não darem segurança ao lesado, em 1873, em França, Agnes Blanco, foi atropelada por vagonete de uma Companhia Nacional e seu pai postulou indenização baseado na teoria da responsabilidade civil do Estado.

O Tribunal Administrativo foi considerado o competente para julgar o caso. Concretizou-se assim, o ponto de partida da fase chamada publicista ou das teorias objetivas pois rompe com as teorias civilistas. Com muita propriedade, Rivero comenta:

“Ao afirmar o princípio da competência administrativa em relação a todas as ações de responsabilidade intentadas contra o Estado, baseia essa competência na autonomia da responsabilidade da Administração, que não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil para as relações entre particulares, mas que obedece as regras especiais, que variam consoante as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.”³⁴

Esta fase deixou de atribuir valor à conduta do agente, entendendo como necessário à atribuição de responsabilidade ao Estado, a caracterização da relação de causalidade entre o comportamento daquele e o dano, apenas.

A fase publicista, desconsidera se lícito ou não o comportamento e apresenta como teorias: a da culpa administrativa, a do acidente administrativo, a do risco administrativo, a do risco integral e a do risco social.

³⁴ RIVERO. Op. cit., p. 311.

Apenas com o objetivo de evitar interpretações adversas acerca da denominação das teorias desta fase e, evidentemente, sem a menor intenção de atribuir-lhes definições precisas, faremos um breve comentário sobre as mesmas.

A teoria da culpa administrativa, primeira da fase publicista e caracterizada como a utilizada na transição entre a culpa civil e a administrativa é tratada por Cretella Júnior da seguinte forma:

“A culpa administrativa não se opõe à culpa no direito privado, apresenta-se como um matiz mais rico e todo peculiar mercê da posição do funcionário diante da pessoa jurídica que representa [...]. No âmbito de responsabilidade administrativa, a culpa é compreendida de maneira mais ampla.”³⁵

A ação do funcionário passou a ser reconhecida como a do Estado. A omissão, também.

A teoria do acidente administrativo é tida como a teoria da culpa administrativa aprimorada, pois nela se baseia e, como tal, atribui à vítima o ônus da prova. Logo não há que falar-se em teoria fundamentada na responsabilidade objetiva. A alteração é no sentido de que não se analisa a culpa do funcionário e sim do serviço público, por isso também chamada de teoria da culpa anônima ou da falta serviço.

“A falta do serviço, no ensinamento de Duez, pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço.”³⁶

Com esta alteração (análise da culpa do serviço público em substituição à análise da culpa do servidor), deu-se início a uma nova teoria, a do risco administrativo. Esta não mais exige a culpa.

“Ainda sob a égide da teoria da culpa anônima ou do acidente administrativo, passa a jurisprudência francesa, em determinadas situações, a adotar uma outra teoria, a do risco, a

³⁵ CRETELLA JÚNIOR. **Curso de ...** p. 77/78.

³⁶ MEIRELLES. Op. cit., p. 562.

qual se constitui no fundamento das teorias realmente objetivas que leva em conta exclusivamente o nexo de causalidade.”³⁷

Decisões tomadas pelo Conselho de Estado, baseadas no risco, foram comentadas por Jean Rivero da seguinte forma:

“Em todas as hipóteses, está-se na presença de uma medida não culposa, mas excepcional, que inflige a um particular, no interesse geral, um prejuízo anormal. O fundamento da responsabilidade reside no atentado à igualdade de todos perante os encargos públicos, seria injusto que uma só pessoa pagasse uma decisão tomada no interesse geral.”³⁸

Mediante tais decisões do Conselho surge a teoria do Risco Administrativo, a primeira que realmente pode ser chamada de objetiva.

A teoria do Risco Administrativo admite elidentes de responsabilidade. A do risco integral não. Nesta a responsabilidade da Administração Pública é absoluta.

Nas lições do professor Hely, analisando a teoria que tem como fundamentos a solidariedade e o risco, encontramos:

“Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda

³⁷ ROSA. Op. cit. p. 51.

³⁸ RIVERO. Op. cit., p. 327.

Pública. O risco e a solidariedade social são pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem recebido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946.

Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.”³⁹

Pelo visto, a doutrina do risco administrativo não atribui, obrigatoriamente, responsabilização ao Poder Público ao contrário, havendo culpa concorrente ou exclusiva da vítima ou de terceiros e, dando-se o prejuízo por caso fortuito, força maior e em estado de necessidade, tais situações podem ser argüidas pelo sujeito passivo como elidentes de responsabilização.

No Brasil, o primeiro dispositivo a consagrar a doutrina do risco administrativo, galgada na teoria objetiva, foi o artigo 194 da CF de 1946 que assim dispôs:

“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

A constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1 reeditaram que a responsabilidade da Administração Pública deva ser verificada pela doutrina do Risco Administrativo e que a ação regressiva deveria ter por base as regras civilísticas.

Em 05 de outubro de 1988 o Congresso Nacional Promulgou a Constituição vigente e, no § 6º do art. 37 encontramos: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito

³⁹ MEIRELLES. Op. cit., p. 562-3.

privado prestadoras de serviço público 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.”

Tal dispositivo, por tratar-se do conteúdo principal deste trabalho, será melhor abordado no próximo capítulo.

A Teoria do Risco Integral, vista por Hely como a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, difere desta apenas em relação às excludentes. Em síntese, não as admite.

“Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.”⁴⁰

Por fim, a Teoria do Risco Social que ao ter seu fundamento analisado por Casali Bahia, recebeu o seguinte comentário:

“O fundamento da teoria é bem simples. Se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. O que revela não é mais individualizar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar.”⁴¹

Entretanto tal doutrina não se encontra integrada ao instituto da responsabilidade da Administração Pública pois “A teoria do risco social é relativamente combatida pela doutrina, pois a seguridade do dano poderia provocar um relaxamento das pessoas quanto à prudência no agir. Sabendo que o Estado suportaria o dano, não se preocuparia o particular em evitá-lo.”⁴²

Interessa-nos, especialmente, a doutrina do risco administrativo, adotada atualmente e melhor estudada no próximo capítulo.

⁴⁰ MEIRELLES. Op. cit., p. 563.

⁴¹ CASALI BAHIA, Saulo José. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 93.

⁴² CASALI BAHIA. Op. cit., p. 97.

CAPÍTULO III

DOUTRINA DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO ESTADO

1. ANÁLISE DA TEORIA VIGENTE EM NOSSO SISTEMA LEGISLATIVO

Como dito no capítulo precedente, a partir da Carta de 1946 no tocante a responsabilidade civil do Estado, nosso sistema Legislativo passou a reger-se pela teoria objetiva baseada na doutrina do risco administrativo. A constituição Federal vigente edita em seu art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano.”

Apesar de arguições iniciais no sentido de que a atual Carta teria adotado a teoria do Risco Integral, Hely Lopes Meirelles nos ensina:

“O § 6º do art. 37 da Constituição Federal seguiu a linha traçada nas constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com o apoio da melhor doutrina.”⁴³

Assim sendo, o lesado não precisa comprovar que a atividade estatal foi exercida de forma culposa para obter ressarcimento. Basta comprovar que da atividade administrativa resultou dano e ao Estado será atribuída a responsabilização.

⁴³ MEIRELLES. Op. cit., p. 565.

A sociedade incumbe o Estado de atingir os seus interesses. Este, ao fazer isso, pode, a todo instante, ocasionar prejuízo a particulares. Desta forma, deve a sociedade arcar com o risco. Ou de outra forma, deve o Estado, instituído por ela – em verdade, ela própria – suportar o risco de provocar danos.

“A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta é inferida do fato da Administração.”⁴⁴

A análise da responsabilidade civil do Estado, tomando-se por base a teoria do risco administrativo, demonstra que responde pelo dano causado, independentemente de tratar-se de conduta lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva, bem como se material ou jurídica. É suficiente a demonstração do nexo causal entre a atividade e o dano.

“Assumir o risco pela eventualidade da configuração de um dano face à sua atividade administrativa é para o Estado, ou pelo menos deveria ser, questão inerente à sua própria condição de Estado.”⁴⁵

Analisando a responsabilidade da Administração Pública, Oliveira nos informa ser necessário, para sua caracterização, apenas o injusto prejuízo e o nexo causal entre a atividade administrativa e o evento:

“O Poder Público assume os riscos no exercício de suas atividades de interesse coletivo. Da atividade pública resultando prejuízos que recaiam mais sobre uns e menos sobre outros, a

⁴⁴ MEIRELLES. Op. cit., p.562

⁴⁵ ROSA. Op. cit. p.64.

coletividade representada pelo Estado, deve reparar esta injustiça, exista ou não culpa do órgão estatal. Basta que se demonstre o injusto prejuízo, o nexo de causalidade e a referibilidade ao erário.”⁴⁶

Por isso, ao Estado, nos casos em que houver conduta omissiva ou comissiva do agente e o administrado for lesado – nas situações em que administrativamente não se atingir solução - será atribuída a obrigação indenizatória.

O lesado deve provar, apenas, a relação de causalidade entre a conduta da Administração Pública e o dano.

Veja-se que é o próprio prejudicado, no mais das vezes, que embasa seu pedido ou solicita comprovação de que a conduta se deu de forma culposa a ponto de ocasionar-lhe os danos que pretende indenização, quando basta-lhe, pela teoria objetiva, a comprovação da relação entre a atividade e o dano, devendo, qualquer outra circunstância, não exercer interferência sobre a responsabilidade civil do Estado. Aguiar afirma que “é preciso que as vítimas também se empenhem civicamente no reconhecimento e na decretação da responsabilidade do Estado. O fato de uma campanha nesse sentido envolver o seu interesse não as compromete. Defender interesse legítimo é mais do que um direito, é um dever, porque aquele que não sabe lutar pelo que lhe cabe não merece recebê-lo.

O ministro da justiça da França, Roberto Badinter, feriu o problema, em entrevista radiofônica no fim de 1981, salientando que as vítimas não conhecem suficientemente o seu direito e lembrando que um guia prático para o seu uso seria em breve editado. Cerca de dez milhões de francos deixam anualmente de ser pagos às vítimas, porque estes ignoram seus direitos e não os fazem valer. Se assim acontece na França, não se pode realmente alimentar maior otimismo em relação ao nosso país.”⁴⁷

⁴⁶ OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Edipro, 1995, p.36.

⁴⁷ DIAS”. Op. cit., p. 667.

Vejamos a brilhante sugestão da professora Leilane em relação a função da Administração Pública no que tange ao seu dever de informar os administrados sobre seus direitos:

“Como o Estado utiliza os meios de comunicação para esclarecer, por exemplo, que direitos trouxe ao consumidor a codificação que lhe é específica, que males faz o cigarro à saúde, como e por que exercer o direito de voto, poderia também esclarecer, pouco a pouco, que direitos possui o administrado no tocante à responsabilidade civil, ao invés de propagandear sua volúpia em edificar, a maioria das vezes desnecessariamente, tentando talvez criar uma imagem de obreiro do bem comum, como se isso não fosse sua obrigação”.⁴⁸

Não apenas as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente. A hipertrofia das funções da Administração Pública fez com que delegasse ou concedesse suas tarefas à pessoas jurídicas de direito privado. Com a promulgação da Constituição de 1988, precisamente pelo § 6º do artigo 37, tais pessoas foram incluídas no âmbito da responsabilidade objetiva.

“Trata-se, destarte, da evolução ideológica do pensamento jurídico, ora esboçado na doutrina, ora esboçado pela própria jurisprudência, cujas tendências já revelavam a necessidade de equiparar à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, às das pessoas jurídicas de direito privado autorizadas, concessionárias ou permissionárias, por ocasião do desempenho das atividades delegadas pelo poder público, no estrito âmbito das delegações, para as estritas funções objetos das atribuições delegadas, pois tais entidades, embora dotadas de personalidade privada, quando no desempenho das atividades delegadas pelo Poder Público, representam verdadeiras longa manus da Administração Pública, verdadeiros prolongamentos da Administração Pública, pois, via de regra, passam pelo crivo da Licitação Prévia, obrigatória para os contratos de concessão de serviços públicos, o que poderá ensejar até mesmo a culpabilidade in eligendo da

⁴⁸ ROSA. Op. cit. p. 114.

própria Administração, poder concedente, em caso de lesão a terceiros advinda pela má execução dos trabalhos delegados.”⁴⁹

Às pessoas jurídicas de direito privado, detentoras de autorização do serviço, aplica-se a teoria do risco administrativo. De outra forma, às que prestam serviços, aplica-se a teoria subjetiva, ou seja, para atribuir-lhes responsabilidade faz-se necessário a comprovação de culpa. Em relação às últimas, provada a má escolha da prestadora do serviço, o Estado será responsabilizado solidariamente. Isto, em síntese, de acordo com Cahali.⁵⁰

Isto posto, resta-nos verificar se a teoria do risco administrativo aplica-se tanto aos atos comissivos como aos omissivos.

2. DOS ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS

Se montarmos um paralelo entre os danos ocasionados por omissão e os ocasionados por ação do Poder Público, constataremos que os danos sofridos pela sociedade ocorrem, principalmente, por atos negativos.

“Certamente pela hipertrofia por que vem passando a atividade estatal, são exatamente os atos omissivos que figuram com maior índice de causa de lesão à Sociedade.”⁵¹

“Considerando-se que, mesmo em se tratando de ato comissivo, já é relativamente tímida a utilização da teoria objetiva, a aplicação da teoria subjetiva aos atos omissivos passa a se apresentar como conseqüência lógica.”⁵²

Será?

⁴⁹ BAZHUNI. Op. cit., p. 60.

⁵⁰ CAHALI. Op. cit., p. 151/152

⁵¹ ROSA. Op. cit. p. 65.

Admite-se que para atribuir responsabilidade à Administração Pública é necessário apenas a relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano. Contudo, indaga-se, se a atribuição de responsabilidade se dá, fazendo uso da teoria do risco administrativo, também, às omissões.

“Não obstante a aceitação de que o §6º do art. 37 da Constituição Federal agasalha a teoria do risco administrativo, admitindo as elidentes de responsabilização, surgiram, tanto na doutrina como na jurisprudência, questionamentos sobre a modalidade objetiva no sentido de definir se ela se aplica a qualquer conduta do Estado, tanto comissiva quanto omissiva.”⁵³

“Certa controvérsia resta ainda na doutrina e indiretamente na jurisprudência sobre a aplicação ou não da teoria objetiva aos atos omissivos praticados pelo Estado que porventura causem danos ao particular.”⁵⁴

Há doutrinadores que afirmam, como por exemplo Maria Helena Diniz e Bandeira de Mello, que a teoria do risco administrativo só se aplica aos atos comissivos, entendendo que os atos omissivos devam ser resolvidos pela teoria subjetiva pois, deixando o Estado de agir configura-se não uma causa do dano e sim uma condição para que o evento ocorra.

“O art. 37, § 6º, da Carta Constitucional reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva do Estado pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do Poder Público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa [...]. Na hipótese de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade estatal é subjetiva, por depender de procedimento doloso ou culposo [...]. Os prejuízos

⁵² ROSA. Op. cit. p.100.

⁵³ CAHALI. Op. cit., p. 283/4.

⁵⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Jurisprudência Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 172/173.

não são causados pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que omissão é condição do dano.”⁵⁵

O professor Bandeira de Mello afirma que nos casos em que o resultado é atribuído a omissão do Poder Público, a melhor opção é resolver o conflito pela teoria subjetiva, haja vista, que o Estado deve responder por omissões culposas, apenas.

Adotando-se tal entendimento, nos casos em que o Estado simplesmente deixar de cumprir seu dever, omitir-se, deverá o lesado provar não apenas a omissão mas, também a conduta culposa, para atribuir-lhe responsabilidade.

O Estado ao se omitir deixa de cumprir suas funções e efetivamente ocasiona o dano pois, no mais das vezes, a sociedade porta-se na convicção de que a Administração Pública, criada para atender seus anseios, realmente executa suas funções. Frise-se que é o Estado quem induz a sociedade a crer na fiel execução de suas atividades. Enfim, por inércia da Administração Pública ou de seus agentes, ocorre o resultado.

É suficiente a comprovação do nexa causal. Apenas. Não se faz necessário a comprovação de conduta omissiva culposa ou dolosa. Dissemos que vige a teoria do risco administrativo, o qual admite elidentes. Em relação aos atos negativos da Administração Pública, repetimos, pois mesmo seguindo os que entendem a omissão como concausa ou condição e não como causa, não há negar-se que a conduta omissiva exerça influência direta no resultado danoso.

Por isso, tal como ocorre nas elidentes de responsabilização, é da Administração Pública o ônus da prova de que não houve omissão. Não precisa o lesado comprová-la quando devia o Estado ter atuado.

Tal entendimento aplica-se, entendemos, às situações em que tem o Poder Público o dever de exercer atividade, pouco importando se a falta de serviço ocorre por culpa ou não. Se tem o Estado o dever de assegurar a integridade física de presos e durante a privação de liberdade permite que alguns venham

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 415.

a morrer, não resta dúvida que houve omissão, pois deixou de atender preceito constitucional – “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”(CF. art. 5º, XLIX). Havendo morte de presos o Estado deverá ser responsabilizado, não por culpa, mas por responder objetivamente. Poderá demonstrar alguma excludente, ônus seu.

“Não importa que o dano se tenha dado por omissão, o que verdadeiramente interessa é o dano sofrido pelo administrado.

Quando o Estado deixa de agir, sua responsabilidade deveria ser um freio a esta inação, entretanto isto não ocorre.”⁵⁶

Não ocorre porque insistem, aqueles que dependem da vítima, na realização de perícias e nas provas testemunhais para comprovar suas alegações, sendo raras as ações embasadas unicamente na teoria do risco administrativo quando o dano se originou de condutas positivas e, como não poderia deixar de ser, mais raras ainda, quando originou-se de condutas negativas.

O Estado, por seus funcionários, ao agir, adota uma conduta positiva, pratica um ato comissivo. Enfim, sua conduta se verifica por intermédio de uma ação – na edificação de uma obra ou na prestação de um serviço, efetivados para atender as necessidades sociais.

Apenas a título de exemplo, se concordarmos com a aplicação da teoria subjetiva aos atos omissivos, atribuir-se-á responsabilidade à Administração Pública, independentemente de comprovação de culpa, quando esta fornecer segurança aos cidadãos e no decorrer desta atividade, eventualmente os administrados forem lesados e, de outra forma, se deixar de propiciar segurança, ou seja, se simplesmente não oferecer segurança pública alguma, o lesado deverá comprovar, para obter indenização, que o Estado, culposamente, não cumpriu com sua função.

⁵⁶ ROSA. Op. cit. p. 102.

Inobstante posição doutrinária no sentido de que a teoria objetiva do risco administrativo é aplicável somente às condutas positivas do Estado, constatamos sua aplicação às negativas, tanto em doutrina como em jurisprudência⁵⁷.

Pouco importa se o resultado se deu por ter o Estado atuado ou deixado de atuar nos casos em que devia pois, se o fizer de forma a causar dano responderá objetivamente e se deixar de atuar, também. A Administração Pública não pode deixar de cumprir com suas funções, isto é, ao se omitir, a sua conduta será verdadeira causa e não, *data vênia*, condição da lesão. Amparamo-nos em Brunini e Cahali.

“O Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-o à comprovação de culpa para a conseqüente imputação de responsabilidade ao Estado.”⁵⁸

“O Des. Lazzarini, contudo, invocando magistério de Toshio Mukai, contesta a informação de que o ato comissivo seria causa, enquanto o omissivo não o seria [...]”⁵⁹.

Sendo a omissão causa do dano sofrido, responderá o Estado. Presentes os elementos constitutivos da responsabilidade civil objetiva do Estado, quais sejam, a relação entre a atividade da Administração Pública e o dano (atividade administrativa, dano e nexos causal entre eles).

Outrossim, utilizando-se a teoria do risco administrativo, na resolução de questões em que a omissão for a causa ou, indiferentemente, condição,

⁵⁷ CAPÍTULO IV da presente monografia.

⁵⁸BRUNINI. Op. cit., p. 62.

impede-se de alargar, ainda mais, as possibilidades do Estado ficar impune, haja vista, as excludentes de responsabilização, que por si só, já o amparam em inúmeras situações e, verdadeiramente, quem realmente necessita de proteção é o administrado pois, tivesse

⁵⁹ CAHALI. Op. cit., p. 285.

aquele cumprido com sua função, este não teria sido lesado.

3. ELIDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO

Vimos que vige a teoria objetiva do risco administrativo, que tem por fundamento o nexu causal, apenas, entre a ação ou a omissão do Estado e o dano, entretanto, admite excludentes ou elidentes de responsabilização.

“Na realidade qualquer que seja o fundamento invocado para responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo – risco integral – risco proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexu de causalidade entre a atuação ou omissão de ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular.

Trata-se de questão de fato, a ser investigada em cada caso concreto, de modo que, demonstrado o referido nexu, surge a obrigação de indenizar, o que incorre se ausente sua demonstração.”⁶⁰

Encontramos na doutrina posições divergentes acerca das causas de excludente de responsabilização. Cahali, Cretela Júnior e Rivero admitem a culpa da vítima (exclusiva ou concorrente), o estado de necessidade, o caso fortuito e a força maior.⁶¹ Di Pietro, Medauar e Brunini: a força maior e a culpa da vítima.⁶² Além destas há o fato de terceiro.

“O que se percebe por vezes no tocante às elidentes é que a questão envolve apenas uma nova divergência semântica, principalmente quanto às categorias caso fortuito e força maior. Ora a divergência passa a ser dos requisitos à

⁶⁰ CAHALI. Op. cit., p. 44/45.

⁶¹ CAHALI. Op. cit., p. 44; CRETELLA JÚNIOR. *Curso de ...* p. 138; RIVERO. Op. cit., p. 326.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 361; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 407; BRUNINI. Op. cit., p. 69

caracterização destas situações: ora a desmedida extensão que adota uma ou outra categoria transforma qualquer intempérie numa situação de força maior.⁶³

Em relação ao caso fortuito e a força maior há doutrinadores que os entendem como sinônimos, outros preferem atribuir-lhes conceituação individual. Caio Mário vê o caso fortuito nos casos em que o resultado é oriundo de forças da natureza e a força maior quando o dano for ocasionado por ação humana.⁶⁴ Contrariamente, Bandeira de Mello, acertadamente, cremos, entende a força maior como um acontecimento irresistível e o caso fortuito como a falha técnica, o defeito⁶⁵. Há os que dividem o caso fortuito em interno e externo.

“O caso fortuito interno ocorreria a partir da atividade da própria administração. Seria um fato imprevisível, mas atrairia responsabilidade civil ao Estado. Isto porque deve-se entender que a atividade estatal criou um risco. Se a administração se coloca no mundo físico, guiando um carro, construindo um edifício, fez surgir, pelo só fato da sua atividade, um risco para os demais [...]. Como se vê, não se exige a presença de culpa. A teoria é objetiva (risco administrativo).

Por outro lado, haveria casos fortuitos (denominados externos) que não adviriam da atividade da administração, mas de terceiros ou da natureza. Neste caso, a administração não deveria reparar ao lesado (só a teoria do risco social fará com que o caso fortuito externo não sirva como excludente).⁶⁶

Efetuando-se esta divisão do caso fortuito em interno e externo, verifica-se que, em muito, tal divisão, assemelha-se a separação em caso fortuito e força maior pois esta e o fortuito externo caracterizam-se pela irresistibilidade, por causas externas sem interferência de ação humana e ou por eventos da

⁶³ ROSA. Op. cit. p. 72.

⁶⁴ PEREIRA. Op. cit., p. 322/323

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 458.

⁶⁶ CASALI BAHIA. Op. cit., p. 71.

natureza e, o fortuito interno e o caso fortuito pela falha técnica, por causas internas com interferência de ação humana e pela imprevisibilidade.

Vejamos o que preleciona Themistocles Cavalcanti sobre o caso fortuito e a força maior, posicionando-se de forma a conceituá-los individualmente:

“[...]se a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço;

admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço; na força maior, nenhuma interferência tem a vontade humana, nem próxima nem remotamente, enquanto que, no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e no funcionamento do serviço.”⁶⁷

Inobstante tratamento doutrinário divergente acerca da conceituação dos institutos, os requisitos apontados para a caracterização de um e outro são os mesmos: a necessidade, a inevitabilidade e a imprevisibilidade. Note-se que a imprevisibilidade não é exigida por unanimidade na doutrina. Os que a dispensam para o caso fortuito, também o fazem para a força maior.

“O que elide a responsabilidade do Estado não é poder prever o evento e o efeito que este terá, mas sim não poder evitar a concretização do dano, porque tendo condições de o evitar e não o fazendo, está identificada a omissão que importa em ressarcimento por parte do Estado”.⁶⁸

Constatamos que o Estado, realmente, isenta-se de responder pelos danos por caso fortuito ou força maior nas situações em que o resultado era, indubitavelmente, inevitável.

Partindo do pressuposto de que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, nas situações em que o nexo causal, entre a atividade e o dano, for demonstrado a Administração Pública será responsabilizada. Contudo, pode ela, provar a culpa exclusiva da vítima, afastando, assim sua responsabilidade. Se provar culpa concorrente, exime-se parcialmente. Verifica-se, portanto, que incumbirá à Administração Pública provar a culpa da vítima. Como dito, é a teoria objetiva.

⁶⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 415.

⁶⁸ ROSA. Op. cit. p.79

Elide-se, também, o Estado, de ressarcir o dano ocasionado nas situações em que comprovar ter agido em estado de necessidade. Diferentemente do Direito Penal, que exige uma situação emergencial ou de risco de vida, o Estado eximir-se-á da obrigação de ressarcir o prejuízo quando, agindo em estado de necessidade, provocar danos a

alguém em favor da sociedade, ou seja, pode a Administração Pública, para salvaguardar direitos da coletividade, lesionar direito de um ou mais administrados, sem entretanto que lhe seja atribuída responsabilidade pois, trata-se de elidente de responsabilização, desde que o resultado danoso seja inevitável.

“Chocam-se os direitos coletivos com os direitos individuais, o que, conforme o caso, poderá justificar a responsabilidade ou exclusão. A desapropriação por necessidade pública [...], bem como a requisição, obrigam a pessoa jurídica pública à reparação, a própria lei estabelece as condições em que o Estado entra na posse dos bens particulares. Épocas anômalas na vida dos povos justificam o emprego de medidas excepcionais e o exercício de poderes discricionários que recaem sobre o particular, restringindo-lhe as áreas dos direitos diante do interesse público.

Impõe-se, pois, a necessidade pública, prevalecendo sobre os direitos privados, o que implica a renúncia na gama dos interesses individuais em prol do interesse coletivo.”⁶⁹

Nestas situações, analisa-se a necessidade da atividade e a inevitabilidade do resultado, para o Poder Público isentar-se da obrigação, pouco importando a previsibilidade ou não do dano.

Há, ainda, situações em que, no executar atividades, administrados são lesados, contudo, isto deve-se a atos praticados por terceiros e não por atos dos agentes públicos. O ônus da comprovação é da Administração Pública. Se o fizer e demonstrar que o resultado era inevitável, isto é, se provar que não houve omissão e que o ato ensejador do prejuízo foi praticado por terceiro, este deverá indenizar o lesado. Hely, ao discorrer sobre as elidentes, nos ensina:

“Observe-se que o art. 37, § 6º . só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a

terceiros. Portanto o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestado pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí porque a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam dano aos particulares. Nestas Hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6º da CF, por que o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos.”⁷⁰

Verifica-se, desta forma, que o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e a culpa da vítima constituem-se em excludentes de responsabilização. Contudo antes de assegurar a isenção, se deverá comprovar a inevitabilidade do dano. Nos casos em que alegar estado de necessidade, deve demonstrar, a necessidade da ação ou omissão, além da inevitabilidade do resultado para eximir-se.

Isto em relação ao ressarcimento por danos aos bens móveis e imóveis pois em relação à integridade física dos privados da liberdade, em decorrência do dispositivo constitucional expressar ser assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral, pouco importa se o Estado agiu em estado de necessidade, se o evento se deu por culpa exclusiva ou concorrente da vítima, por fato de terceiro, por caso fortuito ou força maior, haja vista a obrigação da Administração em preservar a integridade dos reclusos. Como veremos no

⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR. *Curso de...* p. 145.

próximo capítulo, até mesmo nos casos de suicídio é atribuída responsabilização ao Estado pois, no exercício de sua atividade ressocializadora, antes de propiciar ao preso condições de retornar ao convívio social e dele fazer parte com dignidade, com condições de disputar uma vaga no mercado de trabalho, o deprime a ponto de levá-lo ao suicídio. Frise-se que apesar da jurisprudência colhida, com transcrições de decisões, em sua maioria, fundamentando o dever ressarcitório na falha do serviço, na omissão culposa, em verdade tal fundamentação não se faz necessário pois se durante a atividade (privação de liberdade) ocorrer morte de preso, demonstrado está o nexo causal, configurada está a responsabilidade civil da Administração Pública.

Em situações em que o Estado não tem o dever de agir, por exemplo, impedir vendavais, depredações, entre outras, concordamos que a atribuição de

⁷⁰ MEIRELLES. Op. cit., p. 567/568.

responsabilidade deva verificar-se pela teoria subjetiva da responsabilidade civil, isto é, tomando conhecimento o Poder Público que acontece depredação e nada faz para resolver tal irregularidade, demonstrada está a omissão culposa e deverá ressarcir os lesados. Entretanto, em relação aos atos praticados antes de sua ciência e se ao saber da depredação intervém e procura evitar sua continuidade, não poderá ser responsabilizado, salvo se vigente a teoria da responsabilidade do risco integral, pois responde objetivamente em relação aos eventos oriundos de sua atividade e não de fatos de terceiros.

4. AÇÃO REGRESSIVA

A sentença que declara responsabilidade do Estado por conduta culposa ou dolosa de seus agentes, constitui-se em título executivo judicial. Munido deste instrumento, a Administração Pública executa judicialmente o agente público ressarcindo-se do montante dispendido para indenizar o lesado.

A Constituição Federal ao dispor no § 6º do art. 37: “responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”, reforçou o amplo conceito de agente público já fornecido pela doutrina que entendia como sendo “quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto exercita, é um agente público.”⁷¹ “São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.”⁷²; “São todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.”⁷³

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 21.

⁷² MEIRELLES. Op. cit. P. 70.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 443

Assim sendo, a atribuição de responsabilidade à Pessoa Jurídica, quer de direito público quer de direito privado, dá-se pela ação ou omissão do agente, sempre que, nessa qualidade, ocasionar dano a administrados.

Não há interesse, de acordo com Odete Medauar, em verificar se o agente está ou não no exercício de suas funções.

“A locução ‘nessa qualidade’ traduz o vínculo que deve existir entre o desempenho de atividades junto à Administração e o evento danoso. Assim, se um agente exerce a função de motorista e provoca um acidente no seu período de férias, sem o veículo oficial, não há que se cogitar de responsabilidade da administração. Mas se um policial militar, no exercício das atividades de sua função, dirige veículo particular e atropela pedestre, o caso é de responsabilização. Ainda que o agente tenha tido conduta abusiva ou excessiva”.⁷⁴

O agente público, portanto, será acionado pela Administração nos casos em que, por dolo ou culpa, der causa ao resultado. Note-se que o Estado responde objetivamente e, o servidor subjetivamente.

“Configura-se, pois, a ação regressiva como um direito subjetivo público do Estado, através do qual é exigido do agente responsável a repetição do montante devido e pago ao particular pelos danos causados, em razão de sua conduta culposa ou dolosa, decorrente de ação ou omissão do Estado.”⁷⁵

Desta forma, constata-se que a ação regressiva, configura-se em instrumento que permite ao Estado fazer o servidor responder por seus erros.

Sobre tratar-se de direito ou dever, da Administração Pública, ingressar com a ação regressiva, apesar da redação do dispositivo mencionar “assegurado o direito de regresso contra os responsáveis nos casos de dolo ou culpa”, entendemos que “a interpretação que deve ser dada ao final do § 6º do art. 37 da Carta

⁷⁴ MEDAUAR. Op. cit., p. 403

Constitucional, até por respeito à coisa que é pública, é que o preceito ali contido confere ao Estado um poder - dever quanto à proposição da ação regressiva. A efetividade dessa interpretação está concretamente demonstrada na esfera federal brasileira, pois o não exercício do direito regressivo implica sanções diretas ao agente dele incumbido.⁷⁶

Outro não é o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos:

“Em verdade, o princípio de regresso contra o autor do dano, quando este se
origina de

⁷⁵ QUEIROZ TELLES, Antônio A. **Introdução ao Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 128.

⁷⁶ ROSA. Op. cit. p. 91.

culpa ou dolo, atenta para o direito da Sociedade do Estado Moral, a ética no exercício das funções públicas [...] pretende-se que a moralidade administrativa, antes diria a moralidade estatal [...] impeça que agentes públicos exorbitem das suas atividades legais ou as exerçam de forma incompatível com os ditames da legalidade e da moralidade.”⁷⁷

Nos termos do art. 70, III, do Código de Processo Civil, a denúncia à lide daquele que é obrigado por lei ou contrato a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda, é obrigatória.

Apesar da vigência deste dispositivo não perde o Estado, o direito de ressarcir-se perante o agente, mesmo porque, este somente será responsabilizado após regular processo que decidir como dolosa ou culposa sua conduta. A respeito, preleciona Cahali:

“Tenha-se em conta, finalmente, que embora não pedida pela Fazenda Pública a denúncia da lide ao funcionário faltoso, ou mesmo que esta tenha sido inadmitida, ainda assim – desde que evidenciados no curso da instrução probatória os pressupostos do art. 37, § 6º, *in fine*, da Constituição Federal – permanece incólume o direito da Administração sucumbente de voltar-se, regressivamente, contra aquele, pelas vias próprias, para buscar o reembolso do que houver despendido com a condenação que lhe foi imposta.”⁷⁸

Frise-se que o Estado poderá ressarcir-se quando o agente público, nessa qualidade, por dolo ou culpa, ocasionar prejuízo.

⁷⁷ BASTOS. Op. cit., p. 196.

⁷⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. Cit. p. 222.

CAPÍTULO IV

MORTE DE PRESOS OU PRATICADA POR PRESOS: QUEM, COMO E QUANTO RESPONDE CIVILMENTE?

Este capítulo apresenta como objetivo analisar a responsabilidade civil nos casos de morte de presos e nos homicídios praticados por estes. Interessa-nos, especialmente, a quem atribuí-la, como se dá tal atribuição e que critérios são adotados para atingir-se o *quantum* indenizatório, tudo de acordo com a jurisprudência.

1. COMO POSTULAM ?

Frise-se, inicialmente, que na grande maioria dos casos, sequer ocorre pedido indenizatório, especialmente, em decorrência do desconhecimento dos próprios direitos, óbice relevante para o acesso ao Poder Judiciário.

Nas vezes em que a ação indenizatória é intentada, digamos, de maneira coerente, os interessados procuram informar a data dos fatos, como se deu o evento e a renda da vítima, requerendo o pagamento dos funerais; pensão mensal no valor de 2/3 (dois terços) do salário percebido pela vítima, até que viesse a completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, incluindo-se a verba referente ao 13º salário; correção monetária e juros de mora sobre as parcelas vencidas; custas, honorários advocatícios; o benefício da assistência judiciária gratuita; ressarcimento pelo dano moral e pelo luto da família, cujo arbitramento deverá ser feito em liquidação de sentença.

Note-se que até mesmo quando o resultado morte ocorre durante a execução da prisão, aqueles a quem o *de cuius* devia alimentos ajuízam ação indenizatória, alegando, acertadamente, que o resultado foi atingido pela atividade exercida pela Administração Pública.

Nos casos em que a prisão ainda não se revestiu das formalidades legais os familiares impetram à indenizatória, alegando a ilicitude do ato, imputando ao Estado a responsabilização, mesmo se tratando de suicídio.

“Postulando a condenação do Estado ao ressarcimento de danos emergentes, lucros cessantes e dano moral, decorrentes de suicídio (auto-eliminação) do filho [...]; data em que se encontrava preso, [...] pelo fato de que estaria promovendo desordens; tendo sido preso no dia anterior (27.12.90) e encontrado sem vida na manhã do dia do óbito,[...]; alegando para tanto os autores, que a vítima fora presa ilegalmente, não se tendo lavrado flagrante, de que não se dera conhecimento à autoridade judiciária, inclusive aos pais, em cuja companhia vivia e aos quais prestava ajuda econômica, percebendo à época como bancário um salário correspondente a cinco salários mínimos; que por força do disposto no par. 6o, do art. 37, da Constituição Federal, a pessoa jurídica de direito público responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa; que segundo a doutrina e a lição de CRETELLA JUNIOR as "pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado, têm direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos, cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais"; transcrevendo a respeito ementa de acórdão de órgão fracionário deste eg. Tribunal de Justiça, sobre caso idêntico, aplicável à espécie; pedem afinal a indenização devida, a título de dano moral, além de danos emergentes e lucros cessantes, e reembolso das despesas com funeral, a partir do evento, acrescidas as parcelas vencidas de correção monetária e juros de mora, ou seja, de uma pensão mensal correspondente a metade (1/2) do salário da vítima até a data em que completaria 65 anos de idade, sendo que os danos morais em conformidade com o art. 1.553 do CC.[...]. Transcrevendo citação de HELY LOPES MEIRELLES, no sentido de que todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública sem se indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis*, uma vez que ambas são formas da atuação administrativa [...].” (Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. Publicado no DJSC n.º 9180, pag. 07, 20.02.95).

Atualmente, não há que falar-se em tal divisão. Vigê a teoria objetiva.

As situações em que por omissão no exercício da atividade estatal, qual seja, a privação da liberdade, preso venha a morrer, não são distintas as pretensões.

Detento recolhido na Cadeia Pública morre devido a graves queimaduras sofridas durante um incêndio na cela que ocupava e ascendente imputa à Administração Pública Estadual responsabilidade objetiva pelo evento danoso, a seu ver, decorrente de ato do carcereiro que permitiu que detentos incendiassem a cela.

“Alegou que dependia economicamente do filho, requerendo a condenação do réu ao pagamento de pensão equivalente a um salário mínimo, desde a data do sinistro até o ano em que a vítima completaria 65 anos, custas, honorários advocatícios e o benefício da assistência judiciária gratuita; além da constituição de capital, nos moldes do art. 602 do CPC.” **(ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95)**

Entretanto, não são poucas as vezes em que os lesados procuram demonstrar a culpa, especialmente, a *culpa in vigilando* e apesar disso requerem a aplicação da teoria objetiva.

“[...]aforaram ação ordinária de indenização contra o Estado de Santa Catarina, em decorrência da morte de seu filho, [...], no interior da Penitenciária [...], onde cumpria pena como co-autor de crime de latrocínio.

Alegam que a ocorrência teve grande repercussão no contexto estadual e, apesar de inquérito policial instaurado para apurar a responsabilidade, o procedimento em questão restou arquivado. Entretanto, os elementos existentes nos autos estão a indicar com segurança que, na espécie, houve homicídio, praticado no

interior do estabelecimento prisional. Aludem que não houve suicídio, fazendo remissão a fatos aludidos no inquérito policial, tais como a ausência de fraturas típicas de um enforcamento; a ausência de luz na cela do detento durante a noite, período em que a morte ocorreu; a presença de sinais de espancamento; o fato de, quando encontrado o corpo, a cela estar aberta, etc.

Assinam que, diante dessa situação, a questão deve ser solvida sob a ótica da responsabilidade civil objetiva, decorrente da culpa in vigilando, uma vez que o de cujus, sempre com bom comportamento, estava sob a tutela do Estado, a quem cumpria zelar pela sua integridade física durante a execução da pena.

Esclarecem que, anteriormente à sentença condenatória, a vítima prestava auxílio econômico à família com os rendimentos que auferia no cultivo agrícola, correspondentes a três salários mínimos mensais. Por isso, entendem incumbir ao ente público o pagamento de três salários mínimos mensais, devidos desde o óbito até a provável sobrevivência do sinistrado, que a jurisprudência tem estabelecido em 65 anos de idade”.(grifamos) (ApC n. 46.757, da Capital. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil, 30 .11.95. DJSC n. 9397, pag 10, 15.01.96).

Se fugitivos praticam homicídio ou latrocínio, os dependentes da vítima impetram ação indenizatória, afirmando que é do Estado a obrigação de manter recolhidos os que se encontram com determinação judicial para tanto.

“Afirmando que os crimes cometidos por foragidos são da responsabilidade do Estado, requereu a condenação do réu ao pagamento de uma justa indenização à família da vítima, abrangendo dano emergente, lucros cessantes, despesas com funeral, dano moral, juros compostos e demais cominações legais.” (ApC n. 41.052, da Capital. Relator: Des. Alcides Aguiar. Quarta Câmara Civil. 26.05.1994. DJSC n.º 9015, pág. 06, 23.06.98)

Verifica-se, portanto, que o primeiro aspecto a ser considerado é em relação ao fato dos dependentes sequer acionarem o Poder Judiciário no intuito de serem ressarcidos. O segundo é em relação à forma postulada, no mais das vezes, de maneira equivocada. Ora comprovando a dependência econômica, quando há presunção legal. Ora

demonstrando, ou ao menos tentando, a conduta culposa na privação de liberdade. Outras vezes, pedindo menos do que lhes cabe.

2. QUANTO POSTULAM ?

Neste tópico, interessa-nos a análise do *quantum* a ser postulado pelos lesados com possibilidades de obterem êxito junto ao Poder Judiciário, especialmente em relação ao montante referente ao dano moral, às despesas de tratamento médico hospitalar, de funeral e luto da família, ao tempo de duração da prestação de alimentos às pessoas a quem o de cujus os devia e em relação ao valor da prestação alimentar.

“Se não pode constituir uma fonte de enriquecimento, deve no entanto compreender todas as verbas para a manutenção dos que foram prejudicados pelo dano a ser reparado.” (Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. DJSC n.º 9180, pag. 07, 20.02.95).

2.1. Em relação ao dano moral.

"São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato"
(Súmula 37 do STJ).

Em relação ao ressarcimento por dano moral, seu montante é atingido, apenas na liquidação de sentença (C.C. arts. 1537 à 1552).

“No que concerne ao quantum a ser liquidado ou apurado, melhor, in casu, é se manter o entendimento adotado pela Magistrada a quo, quando relegou para fase posterior - liquidação de sentença - o valor da indenização.” (ApC n. 36.101, da Capital. Relator: Des. Cid Pedroso. Terceira Câmara Civil. 25.06.91. DJSC nº 8.295 - Pág 08 - 17/07/91.)

“Por último, deve ser reconhecido o dano moral, pois, "se a dor não tem preço a sua atenuação tem", sendo cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato (Súmula 37 do STJ); a decorrer de dor que certamente atingiu os apelados pelo falecimento e nas circunstâncias trágicas referidas de seu filho; e que será apurado em liquidação de sentença por arbitramento, na forma requerida.” (Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. Publicado no DJSC n.º 9180, pag. 07, 20.02.95).

“[...] proveu-se parcialmente a remessa a fim de que a apuração do valor correspondente ao dano moral seja feita por arbitramento[...].” (ApC n. 36.739, da Capital . Relator: Des. Eder Graf. Terceira Câmara Civil, 10.0991. DJESC: nº 8.343 - Pág 05 - 23/09/91)

Ao pesquisarmos, encontramos nas iniciais exposto o montante solicitado, a título de dano moral, entretanto, de acordo com o pleiteado na maioria das ações, somos pelo seu atingimento na forma especificada nos acórdãos anteriores.

2.2. Em relação às despesas decorrentes do evento.

Via de regra os pedidos são acompanhados de documentos comprobatórios das despesas com o funeral, requerendo a condenação do réu ao montante comprovado como despesas e, têm recebido guarida do Poder Judiciário, tanto em primeira como em segunda instância, entretanto, decisões remetem à liquidação de sentença a apuração do ressarcimento e da indenização.

“[...] a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração; a liquidação desses prejuízos é feita de acordo com os preceitos das leis substantiva civil e adjetiva respectiva (no caso, art. 1.537, I e II, do Código Civil e arts. 603 a 611 do CPC).” (Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. Publicado no DJSC n.º 9180, pag. 07, 20.02.95).

Note-se que o acórdão nos alerta que: “deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração. Desta forma, havendo despesas comprovadas, serão ressarcidas.

“Além disso, há que se ressarcir os prejuízos auferidos com o fêretro, de acordo com o recibo juntado.” (ApC n. 46.757, da Capital. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil, 30 .11.95. DJSC n. 9397, pag 10, 15.01.96).

2.3. Em relação ao tempo de duração da prestação alimentar.

Dentre os credores de alimentos, destacam-se os pais, esposas e filhos. Estes requerem que a prestação alimentar seja determinada até a data em que o alimentado menor complete 21 ou 25 anos. Aos pais e a esposa até a data em que a vítima completaria 60 ou 65 anos de idade. Seus pedidos são atendidos.

Várias petições iniciais expressam o pedido de que a obrigação alimentar deva persistir até a data em que a vítima completasse, se viva fosse, 60 anos, outros, quando a vítima é solteira e os postulantes são seus ascendentes, requerem que dure até a data em que a vítima atingisse a idade de 25 anos. Quando o alimentado é menor o requerimento

é para que a data *ad quem* seja a da maioridade ou a em que este complete 25 anos de idade, o que tem propiciado a formação de certa jurisprudência.

"O critério para a duração da prestação indenizatória é adotado da seguinte forma: para a viúva meeira, até que a vítima completasse 65 anos, tempo presumível de sobrevivência. Para os filhos, até completarem 21 anos, ou alcancem maioridade através do casamento, retroativos à época do fato. 'Os critérios acima foram adotados, na esteira de nosso Tribunal Doméstico, notadamente do acórdão, cujo relator foi o Des. Hélio Mosimann, cujo aresto transcrevemos em parte: 'Calcula-se a pensão mensal devida aos familiares do morto, tomando-se por base dois terços do salário que ela percebia, à época do evento, reajustável de acordo com as correções que recaírem sobre o padrão remuneratório do respectivo cargo ou função. O salário mínimo só é considerado como parâmetro na falta de outros elementos. O limite temporal da pensão, em relação ao cônjuge, é o da sobrevivência provável da vítima e, para os filhos menores, no caso, vai até completarem a maioridade, desde que não sobrevenha uma das causas extintivas da obrigação' (in JC vol. 52, pág. 133)." **(ApC n. 34.415, da Capital. Relator: Des. Napoleão Amarante. Primeira Câmara Civil. 26.09.90. DJESC: nº 8.124 - Pág 03 - 06/11/90)**

"Pensão, tempo de duração, até a data em que o morto completaria 60 (sessenta) anos de idade - Recurso interposto, improvido, sentença confirmada." (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26. 11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

"O prazo do pagamento das prestações, tratando-se de dependente economicamente, deve ser aquele da provável sobrevivência da vítima, no caso, 60 (sessenta) anos, conforme vem se posicionando nosso Tribunal de Justiça (JC 51/221)". **(ApC n. 35.484, da Capital. Relator: Des. José Bonifácio. Segunda Câmara Civil, 23.04.91. DJSC nº 8.254 – p.11 – 20.05.91).**

Nas situações em que determina-se a duração da prestação alimentar até a data em que a vítima completaria 60 anos, a fundamentação acaba por demonstrar que o correto é até os 65 anos.

“O prazo para pagamento das prestações, tratando-se de dependente economicamente, deve ser aquele da provável sobrevivência da vítima, no caso, 60 (sessenta) anos, conforme vem-se posicionando nosso Tribunal de Justiça (JC 51/221 e Ap. Cív. nº 35.484, da Capital, Rel. Des. José Bonifácio)’. Acrescente-se, ainda, que inassiste razão ao apelante quando sustenta que a pensão deva ser fixada em relação à sobrevivência dos pais da vítima e não em relação a esta, ou que deveria ser limitada à data em que o falecido viesse a completar 25 anos de idade.

Conforme tem orientado o Superior Tribunal de Justiça:

‘Após inicial divergência, veio a consolidar a Turma o entendimento no sentido de considerar a presumida sobrevivência da vítima como sendo termo final do pagamento da pensão, tomando-se por base a idade provável de 65 anos, haja vista não se pode presumir que a vítima, aos 25 anos, deixaria de ajudar seus familiares, prestando-lhes alimentos’ (REsp. 28.861-PR, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in RT 698/237).

Extrai-se do mesmo julgado:

‘Para o cálculo indenizatório, tem-se levado em consideração o período que vai da data do evento até a data do falecimento dos seus pais ou a data em que a vítima completaria 65 anos’.

Como a sentença optou pela limitação da indenização até a provável sobrevivência de 60 anos da vítima, com este limite concordando os apelados, já que não recorreram, é de se ressaltar, no entanto, que o eventual falecimento destes, se verificado anteriormente ao termo estabelecido, já que são idosos, será causa extintiva da obrigação.” (ApC n. 46.757, da Capital. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil, 30 .11.95. DJSC n. 9397, pag 10, 15.01.96).

A decisão inicial que fixou a data em que a vítima completaria 60 anos como termo final da obrigação, sem recurso, tornou desnecessário trazer jurisprudência para

fundamentar a duração da prestação alimentar. Nos casos em que assim se decide, bem como nos que limita a idade de 25 anos da vítima, muitos deles atendendo pedido dos credores e, não havendo recurso, acertadamente, este é o lapso temporal, pois já decidido e não contestado. Entretanto a jurisprudência, tanto do TJSC como do STJ e STF nos demonstra:

“Observa-se que o tempo de duração da pensão devida, segundo a jurisprudência dominante, deveria corresponder à duração provável da vida restante da vítima, fixada em 65 anos. Como não houve recurso voluntário, é defesa, nos limites do art. 475, II do CPC, a reformatio in pejus, do que resta limitada a pensão à data em que a vítima completaria 25 anos.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim decidiu: ‘RESPONSABILIDADE CIVIL — Ato ilícito — Acidente e morte — Filho solteiro que prestava auxílio à mãe — Limitação da prestação aos vinte e cinco anos de idade — Inadmissibilidade — Inexistência de fundamento — Iniludivelmente há obrigação do filho de fornecer, não apenas agora, porém durante toda a vida restante provável, alimento aos pais’ (apud Jurisprudência Catarinense, 1984, vol. 45, pág. 110).

Desta forma, entende o Supremo Tribunal Federal:

‘Não é possível que, aos 25 anos de idade, a vítima não mais auxiliaria seu pai prestando-lhe alimentos, CPC, art. 602 e seus §§; CC, art. 1.537. Conhecimento e provimento de recurso extraordinário para restabelecer a sentença, condenando a empresa ré a pagar a pensão ao autor até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade’ (STF — 1ª T. — RE — rel. Min. Néri da Silveira — j. 20.3.84 — RT 600/228).’ (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26. 11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

“A duração da pensão devida aos ascendentes (pais da vítima), será a partir do fato (óbito) até a data em que o filho, se vivo, completaria 65 anos, se não sobrevier a extinção da obrigação por qualquer dos meios definidos no direito positivo.”
(Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. DJSC n.º 9180 – Pág. 07 – 20.02.95).

Percebe-se, portanto, que o tempo de duração da prestação alimentar, quando os dependentes são os ascendentes ou cônjuge é atingida considerando-se a provável sobrevivência da vítima, 65 anos, e quando os dependentes são filhos da vítima, até atingirem a maioridade. Quando os alimentados são os pais da vítima o Estado arguiu no sentido de que aos 25 anos a vítima deixaria de contribuir para o sustento dos ascendentes e, por incrível que pareça, os dependentes da vítima, muitas vezes, sequer contestam. Outras vezes, como visto, eles próprios postulam desta forma.

2.4. Em relação ao valor da prestação alimentar.

A prestação alimentar tem seu montante atingido tomando-se por base os rendimentos da vítima. Isto é pacífico, mas o seu *quantum*, se corresponde a um terço, a metade ou a dois terços de seus rendimentos, apesar de dominância pelo último fração, várias decisões são pelas outras, definidas na análise dos casos em concretos.

“Quanto ao salário-base, deve ser o da vítima e não o salário mínimo. É que a apelada comprovou o quantum percebido pela vítima.

Só se aplica o salário mínimo quando não se determina o valor efetivamente percebido. Vide Lex - JTACSP - 83/113 e 115; JC 65/174.” (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26. 11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

Há casos que decide-se por um terço dos rendimentos da vítima, muitas vezes por pedido dos interessados.

“O pedido foi formulado em 03 (três) salários mínimos, e a sentença condenou o Estado em 1/3 (um terço) dos rendimentos da vítima. **Assim, necessário torna-se conhecer efetivamente os rendimentos desta.**

Nesta instância, por força do duplo grau jurisdicional, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Everton Jorge da Luz, manifesta-se pela confirmação, lançando observação que não há necessidade de se proceder a liquidação de sentença para apuração do quantum dos rendimentos da vítima, eis que conforme cópia da Carteira de Trabalho, fls. 12 e 13, é possível saber que a vítima, à época do óbito, percebia 01 (um)

salário mínimo, equivalente a Cr\$600.000,00 (seiscentos mil cruzeiros), acrescidos de 25% (vinte e cinco por cento).” (grifamos) (ApC n. 36.101, da Capital. Relator: Des. Cid Pedroso. Terceira Câmara Civil. 25.06.91. DJSC nº 8.295 - Pág 08 - 17/07/91).

Nesta intervenção, a Procuradoria Geral de Justiça objetivou assegurar o menor dispêndio à Administração Pública, pois a Sentença a quo já determinara o quantum, diga-se, 1/3 dos rendimentos da vítima. Amparado na jurisprudência, como as decisões que seguem pois tal fração é freqüentemente utilizada para os casos em que o postulante é ascendente da vítima solteira.

“Responsabilidade civil - Ação de indenização por ato ilícito, aforada contra o Estado - Suicídio de preso recolhido ao xadrez de Delegacia de Polícia - Culpa in vigilando, caracterizada - Indenização devida, pensão correspondente a 1/3 (um terço) dos rendimentos da vítima, inclusive pelo dano moral, que será fixado em liquidação da sentença.” (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26. 11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

“Para a fixação do quantum da indenização foi considerado que ‘É entendimento pacífico, em tais casos, o pagamento de 1/3 (um terço) dos rendimentos que a vítima percebia, ou inexistente esse dado, 1/3 (um terço) do salário mínimo, pois presumivelmente o restante seria gasto com as próprias despesas”. **(ApC n. 35.484, da Capital. Relator: Des. José Bonifácio. Segunda Câmara Civil,.23.04.91. DJSC n.º 8.254 – p.11 – 20.05.91).**

Entretanto, não é o que se constata, pesquisando os casos em que a vítima é o principal responsável pela subsistência da família (esposa e filhos), restringindo-se, tal entendimento, aos casos em que a vítima é solteira e os que postulam são seus ascendentes, sendo que, mesmo em tais situações, muitas são as decisões que fazem uso da fração maior. Nas demais, é

predominante o entendimento do *quantum* corresponder aos dois terços da renda da vítima.

"Calcula-se a pensão mensal devida aos familiares do morto, tomando-se por base dois terços do salário que ele percebia, à época do evento, reajustável de acordo com as correções que recaírem sobre o padrão remuneratório do respectivo cargo ou função. O salário mínimo só é considerado como parâmetro na falta de outros elementos (JC, vol. 65/174)". (Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. Publicado no DJSC n.º 9180, pag. 07, 20.02.95).

“É construção pretoriana estável hoje, no sentido de que se deva destinar aos dependentes do assalariado morto, a título de indenização, o valor de 2/3 de sua renda, partindo-se da constatação de que o terço restante (1/3) era consumido pela própria vítima, nos gastos pessoais de sua própria subsistência” (TJPR — Ac. e Reexame necessário 1.356/87 — Curitiba, rel. Des. Oto Luiz Sponholz — 1ª C. Cível — v.u. — j. 8.3.88).

Assim já decidiu o STF, in verbis:

‘Do cálculo da pensão deve ser deduzido 1/3, que representa as presumíveis despesas pessoais da vítima’ (RE 85.417, rel. Min. Cunha Peixoto, in RTJ 84/250).” (ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95).

Conclui-se, desta forma, que a prestação alimentar deve corresponder a 2/3 dos rendimentos da vítima quando os dependentes são seus descendentes ou esposa e 1/3 quando a vítima for solteira e os postulantes são seus ascendentes.

3. QUEM PODE POSTULAR ?

Aos pais, filhos e cônjuge é conferida legitimidade para postular indenização. A esposa pode, por si e representando os filhos.

“[...] por si e representando seus filhos menores [...],[...] aforou ação de indenização contra o Estado de Santa Catarina, alegando que era casada com [...], de cuja união nasceram [...] e [...], menores impúberes.” **(ApC n. 36.739, da Capital . Relator: Des. Eder Graf. Terceira Câmara Civil, 10.0991. DJESC: nº 8.343 - Pág 05 - 23/09/91)**

Mesmo já tendo sido postulada indenização pelo espólio ou outros interessados, dependentes são aceitos a intervir como assistente litisconsorcial.

“ESPÓLIO DE [...], representado pelo inventariante [...], ajuizou contra o ESTADO DE SANTA CATARINA ação ordinária de indenização, sustentando que, em 27.3.89, por volta das 13h30min, [...] foi vítima de latrocínio, praticado pelos menores [...], ambos foragidos da FUCABEM[...]. Afirmando que os crimes cometidos por foragidos são da responsabilidade do Estado, [...] interveio no feito, como assistente litisconsorcial do autor, [...], fundamentando seu interesse jurídico no fato de ter convivido maritalmente por 10 anos com [...].

O fato de a ação não ter sido aforada pelas pessoas físicas dos sucessores do falecido e, sim, pelo espólio, pleiteando inclusive dano moral, não arrosta necessariamente a ilegitimidade ad causam, dès que seu valor, passando a integrar o ativo da herança tocará a final aos herdeiros.

Falece ao espólio legitimidade para pleitear alimentos em favor de filha do de cujus já maior de idade à ocasião da propositura da ação.” **(ApC n. 41.052, da Capital. Relator: Des. Alcides Aguiar. Quarta Câmara Civil. 26.05.1994. DJSC n.º 9015, pág. 06, 23.06.98)**

Saliente-se que a atribuição de responsabilidade ao Estado não se dá apenas em relação a integridade física do preso, mas sobre todos os seus atos. Os familiares (pais, filhos, esposa) não necessitam comprovar a dependência econômica. É que a prova do vínculo familiar com a vítima é o quanto basta para autorizar a presunção de que

sentiram dor moral com a morte daquela. O desgosto e o abalo psíquico são presumidos, pois, em relação aos sucessores do falecido.

“Em prol dos parentes compreendidos dentro do estrito círculo de relações da família, vale dizer, dos filhos vis-a-vis dos pais e vice-versa, dos irmãos, com relação aos irmãos, uma presunção se estabeleceria, sempre, juris tantum, de dano moral’. E remata: ‘Fora daí, não. O amigo ou o sobrinho, ou o primo, v. g., que pretendessem uma tal reparação teriam, antes, de fazer prova bastante, quantum satis, de que efetivamente sofreram tais danos....” **(ApC n. 41.052, da Capital. Relator: Des. Alcides Aguiar. Quarta Câmara Civil. 26.05.1994. DJSC n.º 9015, pág. 06, 23.06.98)**

A jurisprudência prevalecente dos Tribunais é de acordo com os arestos de acórdãos a seguir transcritos.

“[...]a prova no tocante à dependência econômica da Autora em relação ao filho, embora não tenha se apresentado de forma robusta e esmerada, a jurisprudência (...) de forma criteriosa tem adotado para o caso a presunção de dano (TJPE - ADCOAS - verbete 48.941)’.

Assim é que o dano sofrido pela autora com a morte do filho - de quem dependia economicamente - conforme declinado na peça inicial e as ordens de pagamentos efetivadas pelo mesmo a sua mãe, conforme documento [...] - levam à presunção legal, que não foi elidida.

Deriva esta presunção legal da interpretação dada ao julgamento do RE n. 59.538, em que foi relator o Min. Djaci Falcão que assinalou que o ‘dano decorrente da morte de uma pessoa ligada a outra por vínculo de sangue é presumido. Daí o direito à indenização’.

Daí resta que, no caso, a indenização devida e fixada na sentença não tem o condão apenas de substituir a ajuda financeira que a mãe recebia de seu filho vitimado, mas sim de vir a reparar a morte de seu filho, via responsabilidade civil objetiva do Estado.

Lembrado na sentença, destaca-se da nossa Jurisprudência Estadual, acórdão da lavra do eminente Des. Rubem Córdova, que assinalou:

‘O direito de pleitear reparação pela morte do filho deriva fluente e tranqüila da própria relação de parentesco e da obrigação dela decorrente’(JC 51/221)[..]

‘Os pais têm direito a indenização pela morte de filho maior e solteiro, independentemente da prova de que recebiam do mesmo ajuda econômica, pois, no caso, o dano é presumido’ (TJPE in ADCOAS - Verbete 48.941).

‘Indubitavelmente há obrigação do filho de fornecer, não apenas agora, porém durante toda a sua vida restante provável, alimentos aos pais’ (RT 520/232).

‘A jurisprudência dominante reconhece a indenização pela morte de filho solteiro, ainda que maior de idade, vitimado por ato ilícito, que concorria com fruto de seu trabalho para a economia familiar’ (JC, vol. 40/245)”. **(Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. DJSC n.º 9180, – Pág. 07 – 20.02.95).**

“Lembre-se, aliás que: ‘A contribuição de filho à economia do lar é fato que ocorre freqüentemente, e a falta dessa contribuição importa em prejuízo, que pode e deve ser reparado pelo autor da lesão’ (Tribunal de Justiça de São Paulo), in RT, vol. 207, pág. 201).[..]

‘(...) A pobreza da vítima fatal (...) não importa em prova de que em nada contribuía para a renda familiar. A jurisprudência não se orienta no rumo da cobrança de prova de rendimentos da vítima, pois até mesmo a morte de criança enseja indenização. O que ocorre é que a morte de filho priva potencialmente a família de um apoio efetivo de valor infinito, além de representar a perda, ao menos em potencial, de um fator positivo de renda do grupo familiar’ (in Jurisprudência Catarinense, vol. 51/221 e 223).

‘[.] Parece importante lembrar que a construção jurisprudencial que levou à edição da Súmula 491 (...), a qual admite o pagamento de indenização (...), partiu da consideração de que, com a morte do filho, frustravam-se as expectativas de ganhos futuros, por parte de seus pais (...) (STF — 2ª T. — RE 115.766-6-SP — j. 5.3.91).” **(ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95).**

Vislumbra-se, assim, que ascendentes descendentes e cônjuges têm legitimidade para postular indenização independentemente da prova de dependência econômica.

3.1 Prescrição da ação indenizatória

Não correm os prazos prescricionais, conforme prevê o art. 169, inc. I, c/c o art. 5º do Código Civil Brasileiro, aos absolutamente incapazes. Por isso aos menores de dezesseis o prazo prescricional só se inicia quando completarem 16 anos e se esgota aos 21, pois o prazo para postular alimentos prescreve em cinco anos, nos termos do artigo 178, § 10 ,I do Código Civil Brasileiro.

Em se tratando de capazes ou semi-capazes, o prazo prescricional é de 05 anos, haja vista a natureza alimentar da indenização por isso aos semi-capazes o prazo inicia aos dezesseis anos .

Quanto ao ressarcimento pelas despesas de luto da família, funeral, lucros cessantes e ao dano moral, precevem em cinco anos.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - SUICÍDIO DE PRESO - INDENIZAÇÃO - PRESCRIÇÃO.

Prescreve em cinco anos o direito à ação de indenização contra o Estado.

‘Se a demanda foi proposta apenas pela viúva daquele que suicidou quando se encontrava em prisão do Estado, sem menção, como autores, aos filhos ainda incapazes, as causas suspensivas do curso da prescrição que lhes favorecem (CC, art. 168) não beneficiam aquela”. **(ApC n.º 48.947, de Taió. Relator: Desembargador Newton Trisotto. Segunda Câmara Civil. 05.06.97. DJSC n.º 9747, pag. 12, 18.06.91.**

4. QUEM RESPONDE ?

Durante a atividade de privação de liberdade, ocorrendo morte de preso ou de pessoa livre, mas praticada por alguém que esteja ou que deveria estar preso, ao Estado

será atribuída a responsabilidade, pouco importando no caso de morte de preso, se esta se deu por homicídio ou suicídio.

"O Estado deve ressarcir o dano resultante do suicídio de preso recolhido ao xadrez de Delegacia de Polícia, cujo estado físico e mental inspirava cuidados e assistência médico-hospitalar. Irrelevante, no caso, tratar-se ou não de prisão ilegal." (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26. 11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

“Ao Estado incumbe zelar pela incolumidade dos presos, devendo indenizar os danos por estes sofridos nas prisões, independentemente de culpa dos servidores do presídio” **(ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95)**

As pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado, têm o direito subjetivo à proteção contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, ou, ainda, da parte de estranhos.

“Indiscutível a responsabilidade do Estado de Santa Catarina para o pagamento da indenização postulada. Ora, em face do disposto no art. 5o., XLIX, da Carta Magna, a obrigação de reparar quaisquer danos causados por parte do Estado tem amparo legal com fundamento no princípio da responsabilidade objetiva, que independe da prova da culpa .

[...]Eis porque a preliminar de ilegitimidade do Estado de Santa Catarina, para figurar no pólo passivo da relação processual, deve ser afastada de plano.

[...]O festejado autor YUSSEF SAID CAHALI, [...] cita como exemplo o caso bastante conhecido do jornalista Wladimir Herzog, encontrado morto nas dependências do DOI-CODI, em São Paulo, cuja ação de responsabilidade civil proposta, foi julgada procedente, e comenta: 'Na realidade, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja da parte de outros detentos, seja igualmente da parte de estranhos' .

Neste diapasão são as decisões do Supremo Tribunal Federal, ver RTJ 77/601 e RT 495/261". **(ApC n. 35.484, da Capital. Relator: Des. José Bonifácio. Segunda Câmara Civil,.23.04.91. DJSC n.º 8.254 – p.11 – 20.05.91).**

Nos casos em que o resultado ocorreu por conduta culposa dos agentes públicos, independentemente de denúncia à lide, persiste o dever por parte da Administração pública.

“Quanto à denúncia da lide, com fulcro no art. 70, III, do CPC, aos funcionários responsáveis pela segurança da cadeia pública de Tubarão/SC, que estão obrigados pela lei a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo suportado pelo réu, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido em casos que tais, como se infere do acórdão da lavra do Min. José de Jesus Filho, cujo voto transcreve-se:

‘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. Com base nesta norma constitucional, a Municipalidade de São Paulo denunciou à lide seu motorista, envolvido no acidente de trânsito. Tal pretensão veio a ser indeferida nas instâncias ordinárias, á consideração que a Municipalidade poderia usar a via de regresso. Tudo bem. Sucede, que nada impedia a Municipalidade de denunciar à lide na qualidade de terceiro o seu motorista na forma estabelecida no inciso III do art. 70 do CPC. E foi o que ela fez acertadamente data venia’ (STJ 62/218).

A comprovação da culpa objetiva estatal independe da culpa individualizada de seus agentes, visto que o nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o evento danoso restou cristalino, porém é possível a denúncia, face a obrigação ressarcitória a qual os carcereiros estão jungidos.

Ocorre, in casu, concorrência de culpa subjetiva e objetiva; o Estado responde, exclusivamente, perante à autora pela possível omissão dos carcereiros que permitiram que detento, sob a custódia estatal, incendiasse a cela; preserva-se, contudo, o direito de regresso do réu, consubstanciado nos valores pagos à título de indenização, além de custas e honorários advocatícios.

Assim, segundo a orientação dos princípios da instrumentalidade e da economia processuais, e pelo fato de continuar indene o direito de regresso do Estado de Santa Catarina, via demanda autônoma, mantém-se a sentença em reexame, afastada, pois, a denúncia da lide, nesta fase, eis que implicaria em anulação do processo e retardo na prestação jurisdicional em face da autora.” **(ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95)**

5. COMO SE DEFENDE O ESTADO

No mais das vezes o Estado ao ser citado para responder o pedido indenizatório por morte de preso, ou por homicídio praticado por este, se defende com arguições no sentido de que não pode ser responsabilizado por condutas culposas de seus agentes, apresenta teses que excluem a responsabilidade da Administração Pública, requer, subsidiariamente que a data ad quem da prestação alimentar, seja determinada pela idade de quem a receber, insurge-se contra os pedidos de indenização por dano moral, clama pelo reconhecimento de fatos que resolvam a indenização (casamento, concubinato, alteração na situação econômica do indenizado).

“Citado, apresentou resposta o Estado de Santa Catarina, sustentando que não pode ser responsabilizado por ato pessoal de seus servidores, e exemplo do que

ora se cuida, discorrendo longamente acerca da aplicação dosada da teoria objetiva.

Insurgiu-se contra o pedido de indenização por dano moral e pelo luto, asseverando, outrossim, que na hipótese de condenação ao pagamento de pensão, não poderá ultrapassar os 25 (vinte e cinco) anos para os menores.” **(ApC n. 36.739, da Capital . Relator: Des. Eder Graf. Terceira Câmara Civil, 10.0991. DJESC: nº 8.343 - Pág 05 - 23/09/91)**

“A Procuradoria Geral sustenta que face a responsabilidade objetiva, o Estado tem o dever de indenizar; quanto à indenização, a idade a ser considerada deve ser 25 (vinte e cinco) anos, impondo-se a ressalva do casamento e do concubinato; os juros devem ser contados da citação.” (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26. 11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

Quando ascendentes requerem a indenização, exige o Estado demonstração da dependência econômica. Se a prisão for legal, alega que a ação Estatal deu-se de forma normal, se ilegal procura eximir-se atribuindo responsabilidade ao agente público que não revestiu das formalidades legais o ato de privação de liberdade.

“A defesa apresentada pelo Estado está arrimada na alegação de que a autora não demonstrou a dependência econômica que tinha em relação à vítima a justificar o pedido de uma pensão que a viria a substituir e que o recolhimento do detido vitimado se fez com a observância de estilo, dentro dos padrões normais para a espécie e circunstância e que a ação que o vitimou foi de caráter excepcional, inusitada, inesperada, extraordinária, eis que não houve responsabilidade direta dos agentes públicos sobre a espécie.” **(ApC n. 36.101, da Capital. Relator: Des. Cid Pedroso. Terceira Câmara Civil. 25.06.91. DJSC nº 8.295 - Pág 08 - 17/07/91)**

A questão da legitimidade ativa não passa *in albis*. Questiona a legitimidade da mãe em requerer indenização por morte de filho maior e solteiro, arguindo nas preliminares, que o espólio é o legítimo e, apesar disso, quando o Espólio

aparece no lado ativo, insurge-se com maior rigor,⁷⁹ principalmente ao requerer indenização por dano moral e pensão aos herdeiros maiores. O artigo 602 do CPC é invocado pelos requerentes, a defesa, por conseguinte, alega a solvabilidade Estatal, obtendo êxito, diga-se.

“Citado, o Estado de Santa Catarina ofereceu resposta em forma de contestação; em preliminares, argüiu carência da ação, por ilegitimidade ativa, face a inexistência de prova nos autos que ateste a relação de dependência (mãe-filho) alegada; sustentou que, mesmo subsistindo aquela, **a ação deveria ser proposta pelo espólio de [...], resguardaria-se, assim, a habilitação de outros possíveis dependentes**, denunciou à lide os responsáveis pela segurança do estabelecimento prisional.

No mérito, postulou a improcedência do pedido, haja vista a ausência de nexo etiológico entre o incêndio e a morte do detento, aduzindo, ainda, culpa concorrente da vítima; contestou a forma de liquidação, argumentando que a pensão, se devida, teria como termo final a data em que a vítima atingisse 25 anos, idade que, presumivelmente, constituiria nova família. Pugnou pelo descabimento da constituição de capital, face a presunção de solvabilidade estatal.” (grifamos) **(ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95)**

“Contestando o feito, aduziu o réu que não se admite que o espólio postule indenização, o que só poderia ser feito de forma individuada, ou seja, pelas pessoas a quem a vítima devia alguma contribuição pecuniária.

Afirmou que, pela idade que possuía aquela (68 anos), não vislumbra a ocorrência de dano emergente e lucro cessante. Além disso, não existe nos autos prova de que, de alguma forma, contribuía para o sustento de algum familiar, que, na verdade, nem se sabe quem são, eis que não elencados na peça exordial.

⁷⁹ Grifamos partes dos próximos dois arestos de Acórdãos citados para demonstrar a contradição existente de uma defesa para outra. No primeiro, para obter o reconhecimento da ilegitimidade, é argüido que o

Asseverou ainda que, indemonstrado o prejuízo econômico ou moral, é incabível a indenização por danos morais. Por fim, dizendo que o Espólio não sofre danos morais e que não tem direitos alimentares, requereu, preliminarmente, que fosse o mesmo julgado carecedor da ação e, no mérito, a improcedência da demanda.[...]

Inconformado, apelou o Estado de Santa Catarina sustentando, preliminarmente, que o Espólio não tem legitimidade nem para requerer indenização por dano moral, nem para pleitear alimentos em favor da filha da vítima, [...], eis que, quando da propositura da ação, já contava ela com mais de 21 anos. No mérito, alegou que, para que seja possível a indenização por dano moral, é necessária uma justificativa, pressuposto que não traz a peça exordial, não podendo aquele ser postulado de forma genérica. Afirmou, ainda, que os alimentos fixados à filha da vítima são indevidos, eis que não restou comprovada a sua dependência econômica. Ponderou, porém, que caso sejam mantidos os alimentos, é necessário que se fixe até quando serão eles devidos, dê-se que a sentença apenas fixou o dies a quo. Por fim, requereu que sejam acolhidas as preliminares de ilegitimidade do espólio para postular danos morais e alimentos para a filha da vítima, ou, caso não sejam estas acatadas, que sejam excluídas da condenação essas verbas, ou, ainda, caso subsista a condenação quanto aos alimentos, que seja fixado o dies ad quem destes.” (grifamos) **(ApC n. 41.052, da Capital. Relator: Des. Alcides Aguiar. Quarta Câmara Civil. 26.05.1994. DJSC n.º 9015, pág. 06, 23.06.98).**

Nas situações em que ocorre a morte de presos por suicídio e ao Estado é imputada responsabilidade por ato negativo, por conduta omissiva, a defesa argüi que não há o nexo causal, a relação de causa e efeito necessária à responsabilização.

“O Estado, por sua vez, ao contestar a ação proposta, se insurgiu contra tal pretensão, alegando que, no caso, não se aplica a teoria da responsabilidade objetiva e sim a da

espólio é quem deveria ter impetrado a ação e não a mãe da vítima. No segundo alega que o espólio é

responsabilidade subjetiva, em se tratando de omissões, ou seja, de falta de serviço, hipótese em que a causa lesiva é outra, para responsabilizar-se o Estado é preciso que esteja em pauta um comportamento omissivo; eis que o Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou, quando descumprir o dever legal de agir, correspondente a ‘falta de serviço’; a responsabilidade estatal pelas omissões ‘só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona, funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados’; no caso, o evento ocorreu em função de ação da vítima; salientando mais adiante que o nexo causal diante de omissão do Poder Público, somente existirá quando o serviço podendo e devendo agir para impedir a produção de um dano, não o fez, dando azo a que sobreviesse; pois sempre seria possível ao lesado reclamar da omissão estatal e postular indenizações; que as irregularidades verificadas devem ser apreciadas in concreto, em cada caso particular; e, no caso, a prova que instrui a inicial demonstra de forma cabal e total a improcedência do pleito; acrescentando que os Autores não comprovaram a dependência financeira; afinal arremata asseverando que resultou demonstrado a inexistência de causa e efeito, de dolo ou culpa a ser atribuído ao agente público, que in *casu* agiu no estrito cumprimento do dever, ao zelar pelo bem-estar público, conforme termo de ocorrência; requerendo enfim o julgamento antecipado da lide.” (ApC. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova. Segunda Câmara Civil. 01.11.94. Publicado no DJSC n.º 9180, pag. 07, 20.02.95).

“Contestando, o Estado, preliminarmente, alegou a inexistência de liame causal entre o evento e o ato de seus prepostos e que a condenação, ausente este requisito, extrapolaria os limites da responsabilidade objetiva. Assevera que o inquérito policial, assim como a sindicância administrativa, concluíram pela hipótese de suicídio por enforcamento. Afiança que inexistiu qualquer omissão de providência por parte do Estado, tampouco o emprego abusivo das faculdades que lhe são conferidas, pelo que o evento danoso só pode ser atribuído única e exclusivamente ao sinistrado. Sustenta que, para falar-se em responsabilidade objetiva, há de configurar-se o dano e a relação de causalidade entre a conduta do agente estatal e evento danoso, o que incoerreu na espécie, ainda que não se cogite de culpa. No mérito, sustentou a improcedência do pedido, aduzindo que nenhuma prova foi produzida de que o falecido ancorava a economia familiar, até porque se parte do

pressuposto de que, estando confinado, cumprindo pena pela prática de delito, estava impossibilitado de arcar com as despesas domésticas. Asseverou, ademais, que, na hipótese de ser devida a indenização, esta há de ter por parâmetro a terça parte da remuneração da vítima, pois esta tem sido entendida como a contribuição do filho solteiro para a economia doméstica. Ao depois, deve ser considerada a idade de 25 anos para o termo final da obrigação de indenizar, já que, no mais das vezes, com esta idade o filho já teria constituído nova família, pelo casamento, deixando de auxiliar no sustento de pais e irmãos.” (ApC n. 46.757, da Capital. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil, 30 .11.95. DJSC n. 9397, pag 10, 15.01.96).

6. COMO SÃO PROFERIDAS AS DECISÕES EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Transcorridos mais de 05 anos entre a data do evento (morte de preso) e a propositura da ação indenizatória, apenas os que ao tempo do evento eram incapazes, poderão postular sem que lhes seja declarada a prescrição. Viúva, ascendentes e descendentes, capazes, ao postularem após este lapso temporal obterão resposta similar a que segue.

“[...] acolhendo a tese da prescrição, julgou extinto o processo.” (ApC n.º 48.947, de Taió. Relator: Desembargador Newton Trisotto. Segunda Câmara Civil. 05.06.97. DJSC n.º 9747, pag. 12, 18.06.91.

Suicídio cometido por presidiário no interior do presídio, ajuizada ação indenizatória o magistrado proferiu a sentença “julgando improcedente a pretensão deduzida na peça vestibular.” (Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. Publicado no DJSC n.º 9180, pag. 07, 20.02.95). Acolheu a tese da falta de respaldo legal apresentada no sentido de que o Estado só responde por omissões quando devia ter atuado e não o fez (falta de serviço).

Em ações impetradas por viúva, por si e representando filhos, muitas são as decisões pela duração da obrigação alimentar, em relação aos filhos, até

que completem 21 ou 25 anos de idade e, em relação à viúva, até a data em que a vítima, se viva estivesse, completaria 65 anos de idade, apesar do pedido para que tivesse como data *ad quem*, para ambos, a data da provável sobrevida da vítima.

“Determinada a especificação de provas, ao que atenderam apenas os autores, entregou a magistrada a prestação jurisdicional, julgando procedente em parte o pedido, para condenar o réu à indenização, consistente em: despesas com o funeral, no montante de Cr\$13.280,00 (treze mil, duzentos e oitenta cruzeiros) monetariamente corrigidos da data do evento, acrescido de juros a partir da citação; ressarcimento pelo dano moral, correspondente a 200 (duzentos) salários mínimos, contemporâneos da liquidação da sentença, acrescidos de juros de mora; pensão de 1/3 (um terço) de 2,57 (dois vírgula cinquenta e sete) salários mínimos para [...] e [...], até que completem 25 (vinte e cinco) anos e 1/3 (um terço) de 2,57 (dois vírgula cinquenta e sete) salários mínimos para [...], até que a vítima viesse a atingir a idade de 65 anos, tudo a partir da data do evento, as vencidas corrigidas monetariamente mês a mês e acrescidas de juros legais, de 12% (doze por cento) ao ano, a contar da citação. Impôs, outrossim, ao vencido, o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixou em 20% (vinte por cento) do valor total da condenação e 20% (vinte por cento) de uma anuidade das prestações vincendas. Embora hajam decaído de parte do pedido, isentou os autores dos ônus da sucumbência, em virtude de gozarem dos benefícios da assistência judiciária.”
(ApC n. 36.739, da Capital . Relator: Des. Eder Graf. Terceira Câmara Civil, 10.0991. DJESC: nº 8.343 - Pág 05 - 23/09/91)

Decisões no sentido de que o montante devido é o correspondente a 1/3 dos rendimentos da vítima e até a data em que esta completaria 60 anos de idade, quando quem postula é a mãe da vítima, são proferidas em primeira instância, atribuindo ao Estado a obrigação alimentar.

“[...] pagar à autora da ação 1/3 (um terço) dos rendimentos da vítima, até a data em que esta completaria 60 (sessenta) anos, correção monetária a partir do óbito e juros legais a partir da citação. Custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por

cento) do total da condenação e mais o mesmo percentual de uma anuidade vincenda.”
(ApC n. 36.101, da Capital. Relator: Des. Cid Pedroso. Terceira Câmara Civil. 25.06.91. DJSC nº 8.295 - Pág 08 - 17/07/91)

“O Estado foi condenado a pagar à autora da ação 1/3 (um terço) de um salário mínimo, com correção monetária, a partir da data do óbito, até a data em que o morto completaria 60 (sessenta) anos, juros de mora a partir da citação, despesas processuais e honorários arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação e de uma anuidade vincenda.” (ApC n. 35.484, da Capital. Relator: Des. José Bonifácio. Segunda Câmara Civil, 23.04.91. DJSC n.º 8.254 – p.11 – 20.05.91).

Se os ascendentes são os postulantes o entendimento é similar.

“[...] julgou procedente o pedido, condenando o Estado a pagar aos autores 1/3 de um salário mínimo, mensalmente, com todos os reajustes, a partir da ocorrência do óbito, bem como a ressarcir as despesas havidas com luto e funeral, documentadas às fls. 7, tudo devidamente corrigido, mais juros moratórios a partir da citação. Condenou, outrossim, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação apurada e 10% de uma anuidade vincenda.” (ApC n. 46.757, da Capital. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil, 30 .11.95. DJSC n. 9397, pag 10, 15.01.96).

Inobstante, tal entendimento em casos similares tem-se, também, decidido pelo montante de 2/3 até a data em que o filho (vítima) completaria, se vivo fosse, 25 anos e idade:

“Sentenciando, o magistrado a quo mencionou a inexistência de recurso do réu contra o despacho saneador, e julgou procedente, em parte, o pedido, condenando o Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização à título de pensão mensal à autora, correspondente a 2/3 de um salário mínimo,

a contar da data da morte de seu filho (10.3.90) até a data em que este completaria 25 anos de idade.

Estipulou o pagamento das prestações vencidas, de uma vez, multiplicando-se o número de meses, entre 10 de março de 1990 e a data da conta, por 2/3 do salário mínimo vigente à época, quantia sobre a qual incidirão juros de 6% ano e correção monetária a contar da citação; além do pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o montante das prestações vencidas, acrescido de doze das vincendas dispensou a constituição de um capital prevista no art. 602 do CPC e, por fim, determinou a remessa dos autos a este Tribunal, em razão do duplo grau de jurisdição obrigatório." (ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95)

Nos casos em que postula-se, por morte de marido e pai, o *quantum* da prestação alimentar é atingido por 2/3 dos rendimentos da vítima e o pedido de reversão das cotas remanescentes e juros compostos, tem recebido a seguinte decisão:

"Indefiro o pedido de incidência de juros compostos, pois só compatíveis com homicídio de causa dolosa.

"Também incompatível o pedido de reversão das cotas das remanescentes, por isso indeferido.

"Isto posto, julgo procedente o pedido de [...] e outros, para condenar o Estado no pagamento de indenização consistente em 2/3 da aposentadoria auferido pela vítima à época do evento, com as correções havidas, sendo 50% para a viúva, até a sobrevivência provável da vítima fixada em 65 anos, ou até que convalesça novas núpcias, e 50% para os filhos, até a idade de 21 anos, retroativos à data do pedido, ou até que alcancem a emancipação pelo casamento, ou outra forma.

‘Condeno ainda o Estado, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor de 12 prestações vincendas e sobre o saldo devedor das vencidas, tudo apurado em liquidação de sentença por cálculo do contador." (ApC n. 34.415, da Capital. Relator: Des. Napoleão

Amarante. Primeira Câmara Civil. 26.09.90. DJESC: nº 8.124 - Pág 03 - 06/11/90)

Desta forma vê-se que a duração da prestação alimentar é atingida tomando-se por base a data da provável sobrevivência da vítima. Isto em relação aos casos em que o dependente for viúva ou ascendentes da vítima pois, nos casos em que os dependentes são os filhos, é fixada até que atinjam a maioridade ou os 25 anos. Note-se que em se tratando de vítima maior e solteiro(a) as alegações de presunção de que aos 25 anos, idade da provável constituição de família própria, deixaria de prestar alimentos aos pais não são acatadas; nem poderiam ser pois a presunção é a de que por toda a vida persiste o dever dos filhos em auxiliar seus pais. Pode-se presumir que os ascendentes deixem de contribuir para a manutenção dos filhos, quando estes atingirem a maioridade ou os 25 anos de idade, provável data de conclusão de curso superior, não o contrário.

6.1. Dos recursos

Nos termos do artigo 475, II do CPC, a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal. Logo, verifica-se que existem, para tais decisões, duas espécies de recursos. Os voluntários e o obrigatório, também denominado de reexame necessário.

“Irresignado com a decisão que lhe foi adversa, o Estado de Santa Catarina recorre, insistindo, inicialmente, em que o espólio não tem legitimidade para postular indenização por dano moral, nem para pleitear alimentos em favor da filha da vítima, dês que aquela já contava 21 anos à data do ingresso da ação em Juízo.

No mérito, sustenta faltar à inicial a justificativa para pleitear danos morais, com inviável tal pretensão de forma genérica; não restou comprovada a dependência econômica da filha em relação à inditosa vítima; se mantido, porém, os alimentos, impõe-se fixar o seu termo ad quem.” **(ApC n. 41.052, da Capital. Relator:**

Des. Alcides Aguiar. Quarta Câmara Civil. 26.05.1994. DJSC n.º 9015, pág. 06, 23.06.98)

“Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, apelou o Estado, propugnando pela reforma do decisum, argumentando, prefacialmente, que a culpa in vigilando não era de ser aplicada na definição da responsabilidade, diante do reconhecimento do suicídio, declarado nos autos de inquérito policial. Inacolhida a tese de que não restou configurado o nexo causal entre a conduta dos agentes e o evento danoso, propugna pela reforma, ainda que parcial da sentença, em face da não comprovação da dependência econômica e em razão do lapso temporal da obrigação. Sustenta que os autores não fizeram prova relativamente à atividade econômica do de cujus, acrescentando ser descabido fixar-se como termo final da obrigação a data em que o morto completaria 60 anos, porque a sobrevivência a ser tomada como parâmetro é relativa aos autores e não à vítima. Acrescenta que a condenação imposta não poderia ultrapassar a data em que o morto completaria 25 anos, posto ser a época em que, presumivelmente, o filho constituiria nova família, deixando de contribuir para o sustento dos pais. Por derradeiro, postulou, ao menos, pela extirpação do período relativo ao cumprimento da pena.” (ApC n. 46.757, da Capital. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil, 30 .11.95. DJSC n. 9397, pag 10, 15.01.96).

A parte final da transcrição acima demonstra as dificuldades apresentadas pelos dependentes do lesado, especialmente pelas defesas apresentadas objetivando a exclusão de responsabilidade.

7. COMO DECIDE O TJSC

Pode-se afirmar que a posição dominante nas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina segue o entendimento de que:

“É dever do Estado zelar pela integridade física de seus presos, conforme inserido no art. 5º, XLIX, da Carta Magna. Deriva daí o dever de guarda e vigilância sobre o preso. Pela teoria do risco integral, quer o preso tenha sido morto, quer tenha cometido suicídio,

espontaneamente ou motivado, a pessoa jurídica pública responde, em tese, pela morte, no mínimo por culpa in vigilando.” (ApC n. 46.757, da Capital. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil, 30 .11.95. DJSC n. 9397, pag 10, 15.01.96).

Esta construção pretoriana é formada, dentre outras, pelas expressões “teoria do risco integral” e “culpa in vigilando”, utilizadas para fundamentar a mesma decisão; isto é, para dizer porque o Estado é responsável pelo preso. Outra questão: é a teoria do risco integral que vige, ou é a teoria objetiva na modalidade do risco administrativo que admite excludentes de responsabilização? Nossa posição é a do professor Bandeira de Melo.

“De há muito, os Tribunais brasileiros invocam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento de direito positivo que lhe supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art. 37, § 6º) atribuindo-lhe o intuito de acolher, como regra de nosso direito, a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação, o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade falta de serviço. [...] O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria declarando outra, consoante o exposto. Sem embargo, em outros tantos casos não há negar que, realmente, estão embasados na responsabilidade objetiva propriamente dita”.⁸⁰

Homicídios praticados por policiais enquanto executam o ato privativo de liberdade, entenda-se, enquanto tentam efetuar a prisão faticamente, mesmo que desprovido do mandado correspondente, já passam a ensejar responsabilização por parte da Administração Pública. Por isso vê-se que o Estado responde pela vida do preso, sob qualquer forma, até mesmo se ilegal a prisão.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 469

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE DETENTO - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CF ARTS. 5o., XLIX E 37, § 6o. - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

A responsabilidade civil do Estado é sempre objetiva, inclusive no caso de prisão, pouco importando se legal ou ilegal.

Mesmo que o preso cometa suicídio, persiste o dever de indenizar, pois o Estado responde pela integridade física e moral do detento.[...]

A obrigação do Estado é de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, 5o., XLIX). Pouco importa se a prisão era legal ou ilegal.

O Estado responde pela pessoa que prendeu, tendo o dever de vigilância relativamente à vida e segurança dos detentos.” (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26. 11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

Em relação à prescrição a matéria já está consolidada.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - SUICÍDIO DE PRESO - INDENIZAÇÃO - PRESCRIÇÃO.

Prescreve em cinco anos o direito à ação de indenização contra o Estado.

Se a demanda foi proposta apenas pela viúva daquele que suicidou quando se encontrava em prisão do Estado, sem menção, como autores, aos filhos ainda incapazes, as causas suspensivas do curso da prescrição que lhes favorecem (CC, art. 168) não beneficiam aquela.

[...]É certo que não corre prescrição contra incapazes, no caso, os filhos da apelante, como está expresso no artigo 169 do Código Civil.

Porém, não há como extrair do processo a conclusão de que o pedido está sendo formulado também em nome dos filhos. Nem mesmo no recurso há alusão ao nome deles como autores da demanda.

Considerando que a ação foi proposta pela apelante quando já decorrido o prazo quinquenal da prescrição (Decreto n.º 20.910/32), voto pelo desprovemento do recurso, ressalvando que os menores poderão intentar ação própria buscando a indenização pela morte de seu genitor.” **(ApC n.º 48.947, de Taió. Relator:**

**Desembargador Newton Trisotto. Segunda Câmara Civil. 05.06.97.
DJSC n.º 9747, pag. 12, 18.06.91)**

Em alguns casos em que o evento se deu por homicídio ou indiferentemente por suicídio e a vítima deixa esposa e filhos, os alimentos em relação aos últimos são fixados até a data em que completem 21 anos e, em relação à viúva, até a data em que a vítima, se viva fosse, completaria 65 anos. Note-se que a regra é tomar por base a provável sobrevivência da vítima, mas aos filhos a data limite varia, ora aos 21, ora aos 25 anos, pois presume-se que a partir desta idade, são os filhos que passam a auxiliar os pais. Irrelevante a causa da morte para gerar o dever indenizatório. (vários arestos transcritos neste trabalho nos dão conta desse entendimento).

RESPONSABILIDADE CIVIL. SUICÍDIO DE PESSOA RECOLHIDA À CADEIA. CONDENAÇÃO DO ESTADO A UMA INDENIZAÇÃO DE DOIS TERÇOS DO VALOR DOS PROVENTOS DO DE CUJUS, SENDO UMA METADE PARA A MULHER E A OUTRA PARA OS FILHOS MENORES. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA.

‘O Estado deve ressarcir o dano resultante do suicídio de preso recolhido ao xadrez de Delegacia de Polícia, cujo estado físico e mental inspirava cuidados e assistência médico-hospitalar. Irrelevante, no caso, tratar-se ou não de prisão ilegal’ (JC 51/221).

[...]No mérito, em que pesem as argumentações do Estado, no tocante a sua inimizabilidade no evento, não podem ser acatadas. Isso porque a responsabilidade objetiva do Estado é teoria adotada em nosso ordenamento jurídico, quer pela Norma Maior, quer pelo Código Civil [...].

‘Na realidade, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja da parte de outros detentos, seja igualmente da parte de estranhos’ [...].

'Da obra 'Responsabilidade Civil', do jurista Humberto Theodoro Júnior, retiramos: 'Como tem decidido o STF, em semelhante conjuntura não há que se indagar do elemento culpa por parte do serviço público. 'A tendência não só doutrinária, como jurisprudencial é situar o problema da responsabilidade civil do Estado no campo do direito público, fora do conceito civilístico da culpa' ('RDA', 10/141). Em outras palavras: 'O nosso direito se libertou do critério da culpa subjetiva para esposar o da culpa objetiva, no qual se cogita apenas da causalidade do ato praticado pela administração pública ('RDA', 40/337).

'Esta solução' - ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO - 'é de justiça social. Visa a repartir de modo eqüitativo os encargos sociais. O custo do serviço público, no qual se inclui o dano causado a particulares, deve ser repartido por todos. Se a vítima do dano arcasse com este ou tivesse de comprovar culpa ou dolo para vê-lo ressarcido, estaria suportando mais do que sua parte, como integrante da comunidade' .

'O grande princípio informativo do direito público moderno' - lembra CRETELLA JÚNIOR - 'é o da absoluta igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos', de sorte que a responsabilidade objetiva da Administração 'emerge como faceta inequívoca do problema de repartição dos encargos públicos entre os membros de uma dada coletividade administrativa'.

'Essa responsabilidade objetiva do Estado, por meio da qual se materializa o dever de manter a igualdade jurídica dos cidadãos perante a Administração Pública, para CRETELLA JÚNIOR pode ser assim enunciado com base na lição de VEDEL [...]: 'O dano causado pela administração ao particular é uma espécie de encargo público que não deve recair sobre uma só pessoa, mas que deve ser repartido por todos, o que se faz pela indenização da vítima, cujo ônus definitivo, por via do imposto, cabe aos contribuintes'[...].

'Restou, portanto, inquestionável a responsabilidade do Estado no evento, e a conseqüente obrigação em reparar o dano.' (ApC n. 34.415, da Capital. Relator: Des. Napoleão Amarante. Primeira Câmara Civil. 26.09.90. DJESC: nº 8.124 - Pág 03 - 06/11/90)

Quando o resultado é atingido por conduta comissiva dos agentes públicos não resta a menor dúvida quanto ao dever de reparação dos danos sofridos pelos familiares da vítima. Entretanto a fundamentação da atribuição de responsabilidade civil ao Estado é feita pela aplicação da teoria do risco integral com citação do professor Hely que, na própria citação, nos dá conta de excludentes de responsabilização, demonstrando a vigência da teoria do risco administrativo.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. HOMICÍDIO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR. DANO PATRIMONIAL E MORAL. CUMULABILIDADE. ARBITRAMENTO.

A morte de pai de família, atingido por tiro desferido por policial militar, gera a obrigação indenizatória da Administração, em face da teoria objetiva ou do risco integral.

Modernamente é admitida acumulação da indenização por danos materiais com danos morais.

[...] Ficou comprovado que o óbito decorreu de tiro pelas costas, desferido por policial militar em serviço, o qual, inclusive, acabou condenado criminalmente.

Evidente, portanto, a responsabilidade da Administração, fruto da culpa objetiva.

Diz Hely Lopes Meirelles:

‘Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexa causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da administração’[...]

Portanto, também o dano moral deve ser indenizado, conforme fundamentou a ilustre Juíza prolatora de decisum em reexame.

Todavia, a inicial pediu que a apuração se fizesse em liquidação de sentença, mas o art. 1.553 do Código Civil é expresso, remetendo a fixação para o arbitramento.

No entanto, optou a magistrada por fixar em 200 (duzentos) salários-mínimos o valor do dano moral, remetendo para a liquidação a sua apuração.

É preferível que neste tocante se altere o decisum a fim de que a apuração se faça por arbitramento.” (ApC n. 36.739, da Capital . Relator: Des. Eder Graf. Terceira Câmara Civil, 10.0991. DJESC: nº 8.343 - Pág 05 - 23/09/91)

A obrigação alimentar poderá ser extinta em relação a viúva quando convolar núpcias ou passar a conviver em união Estável. Da mesma forma em relação aos filhos quando atingirem a maioridade.

“A ressalva da convalidação de núpcias ou do concubinato deveria ter sido formulada. Assim, nesse passo, é de se dar provimento ao recurso do Estado. A pensão poderá ser extinta, uma vez ocorra a circunstância.” (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26.11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

Veja-se que a responsabilidade da Administração Pública não é apenas sobre a morte de presos, mas também quando estes praticam homicídio, pouco importando se contra preso ou não, pois o Estado é o responsável por eles.

“Responsabilidade Civil do Estado - Homicídio perpetrado por menor foragido de estabelecimento correcional - Falha na vigilância - Dever de indenizar - Ação proposta pelo espólio - Danos morais - Ilegitimidade ativa ad causam - Inocorrência -Arts. 5o, X, e art. 37, par. 6o da CF/88 - Dependente maior de idade, à época do ingresso da ação - Alimentos que só a ela e não ao espólio compete pleitear - Provimento parcial do apelo.

A fuga de menor de estabelecimento correcional mantido pelo Estado, por descuido de seus funcionários, e a prática por aquele de homicídio, obriga o ente público a responder pelos prejuízos decorrentes do ato ilícito (CF, arts. 5o, X, e 37, par. 6o).

‘O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima’ (STJ).

[...]A responsabilidade do Estado, através da falha ou negligência do seu servidor, emerge plenamente evidenciada, obrigando-o à reparação pertinente.

A matéria sub examen, no plano doutrinário e jurisprudencial, tem merecido o seguinte tratamento:

‘Responsabilidade civil do Estado - Fuga de preso em regime semi-aberto que vem a cometer homicídio -Falha e omissão na vigilância - Indenização dos danos no veículo da vítima, ‘depenado ’ quando já em mãos da polícia, despesas de luto e funeral, e reparação do dano moral em forma de pensão - Procedência - CCB, arts. 159 e 1537 -CF-88, art. 37, par. 6o (Ampla consideração com doutrina e jurisprudência)’.

‘Responsabilidade Civil do Estado. Comportamento omissivo do serviço público penitenciário. Fuga de apenado em regime semi-aberto de cumprimento de pena e subsequente assassinato por ele praticado. O Estado, quando em razão de falha da organização ou do funcionamento do serviço, seja porque não funciona, seja porque funciona mal ou com atraso, venha a causar danos a terceiro, responde civilmente pelos prejuízos advindos do evento ilícito. Dano material e dano moral. São ambos ressarcíveis e cumuláveis, quando defluem do mesmo fato gerador, porque a tutela jurídica se estende aos dois sem qualquer distinção (CF, art. 37, par. 6o, CCB, art. 159) - Sentença confirmada - Recurso desprovido’.(“JB” 170/191 - 1a CC do TJRS).

Com efeito, ‘... a jurisprudência em todos os países cultos tem sempre ampliado o conceito de responsabilidade, porque cabe ao Estado velar pela regularidade dos serviços públicos e, conseqüentemente, responder por todos os resultados do seu mau funcionamento’.

Como bem ressalta o aresto em epígrafe:

‘É inegável que à primeira vista possa chocar a idéia de se responsabilizar o Estado pelo evento a despeito de não se indicar, contundentemente, a culpa de algum funcionário.

Todavia, não pode ser outra a interpretação que se tira do art. 37, par. 6o, da Carta Magna, ‘segundo o qual a administração tem a obrigação de indenizar mesmo que, sem culpa, seus agentes ou funcionários ocasionem prejuízo a terceiro. Para

excluir tal obrigação, só demonstrando a culpa da própria vítima ou de terceiro, ou ainda a ocorrência de fenômenos da natureza ou de força maior'.

'Fica evidente, portanto, que o Estado deve responder pelo mau funcionamento de seus serviços, 'sempre que seu funcionário for demorado, lento e vagaroso no desempenho dos mesmos, e desse estado de letargia surgiu o dano[...]']'.

O renomado Caio Mário da Silva Pereira [...], é categórico:

'A nova lei das leis só reforçou posicionamento antigo da jurisprudência e da doutrina acerca da teoria do risco integral e do princípio do acidente administrativo, pois 'basta comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público ou o mau funcionamento deste, ou uma irregularidade anônima que importa em desvio da normalidade para que fique estabelecida a responsabilidade do Estado e a conseqüente obrigação de indenizar [...]']'.

Do Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, emerge o mesmo entendimento:

'Responsabilidade civil do Estado - Fuga de preso - Condenado que, após evasão, empreendeu delito patrimonial - Nexo causal entre a falha de sistema penitenciário e o evento danoso - Responsabilidade objetiva que importa obrigação de indenizar - Aplicação e inteligência dos arts. 107 da CF de 1969 e 37, par. 6o, da atual' (RT 650/156).

Destarte, indiscutível ressaí o dever do Estado em indenizar.

Quanto não ter a exordial justificado o pedido de reparação pelo dano moral, a omissão não tem o efeito de viabilizar a pretensão.

É que a prova do vínculo familiar com a vítima é o quanto basta para autorizar a presunção de que sentiram dor moral com a morte daquela. O desgosto e o abalo psíquico são presumidos, pois, em relação aos sucessores do falecido[...].

Como bem decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça: Dano moral. Prova. Desnecessária a demonstração de que a perda de um membro inferior acarreta grave sofrimento, além de eventuais prejuízos econômicos. Essa conseqüência é da natureza das coisas, de ciência comum' (REsp. n. 17.073-O-MG - rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Se assim se dá em relação à desfiguração corpórea, não há como duvidar - salvo prova superior em contrário - de igual ou maior sofrimento em face à morte de familiar mais direto, como sói ocorrer *in casu*.

Portanto, tendo sido assegurado, com o advento da CF de 1988, art. 5o, 'de forma genérica e ampla, o direito ao ressarcimento' por danos morais (RT 641/182), e porque estes causados aos parentes mais próximos não precisam de prova, porque a presunção é no sentido de que sofrem prejuízos com a morte do parente' (JB 170/191), a omissão da exordial revela-se incapaz de ilidir o pedido.

Respeitante ao *quantum* reparatório, a sentença acertadamente remeteu seu cálculo para a liquidação que haverá de se efetuar por arbitramento." **(ApC n. 41.052, da Capital. Relator: Des. Alcides Aguiar. Quarta Câmara Civil. 26.05.1994. DJSC n.º 9015, pág. 06, 23.06.98)**

Nos casos de suicídio o Estado defende-se, como dito, pelas teses de que em omissões há de restar demonstrada a culpa, aplicando-se a teoria subjetiva. Felizmente, apesar do Estado ter obtido êxito em primeira instância neste caso, parece-nos, que não é este o entendimento das Colendas Câmaras dos TJs do país.

"A Câmara decidiu acolher o pedido de reforma para julgar procedente a ação, na forma requerida, com fundamento nos arts. 159, combinado com o art. 1.537, I e II, do Código Civil e, ainda, no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal, face a prova produzida na instrução do feito; uma vez que resultou comprovada a responsabilidade civil do Estado, em decorrência da comprovação do nexo causal entre o fato e os danos causados aos demandantes (terceiros), por causa de atuação lesiva de agentes públicos, no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las; desde que a Administração defere ou possibilite ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.

[..] resultou comprovada inquestionavelmente a responsabilidade civil do Estado; uma vez que, no caso, houve flagrante e porque não dizer escandalosa omissão, perfeitamente caracterizada, por parte dos agentes, desde a autoridade policial até os policiais plantonistas, encarregados da vigilância, da ordem e segurança, no período em que se encontravam de serviço, e por isso responsáveis pela incolumidade física e moral das pessoas porventura

presas[...]; tanto é verdade que nada se fez em proveito do preso que somente no dia seguinte pela manhã, ante a presença de familiares, é que o encontraram enforcado no interior da cela onde fora deixado a sua própria sorte; o que, por si só, evidencia a completa omissão dos agentes de segurança do Estado, os quais podendo e devendo agir para impedir a produção de um dano, não o fizeram, dando azo a que sobreviesse; tivessem sido diligentes e cumpridores de seus deveres, na forma da lei, por certo nada de extraordinário teria ocorrido, a não ser a prisão ilegal, que não sendo a causa do evento, foi o começo de tudo[...].

A obrigação de ressarcir o dano, no caso de homicídio (ou suicídio), independe da responsabilidade criminal (art. 69 do Código Penal, art. 1.523 do Código Civil).

Cabe essa obrigação a todo aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (art. 159 do CC).

E o art. 37, par. 6º da Constituição Federal, estabelece que o Estado responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causar a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[...] De fato, assiste razão aos apelantes; eis que, no caso sub judice, a sentença impugnada não se houve com acerto, não pode subsistir, por não ter dado à causa solução jurídica adequada, face os elementos de prova (documental e oral) e de convicção constantes dos autos, e princípios de direito aplicáveis à espécie, no sentido de que a pessoa jurídica de direito público (Estado) responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, pelo que dispõe o parágrafo 6º, do art. 37, da Constituição Federal; o que vale dizer, pelo que resultou comprovado quantum satis, no caso, o Estado (réu) deve ressarcir os danos resultantes da morte (suicídio) do filho dos autores (pais), que se encontrava preso numa cela do 1º Distrito Policial da comarca da Capital, cujo estado físico e mental inspirava cuidados e assistência médico-hospitalar; [...] por estarem presentes os pressupostos legais, ou seja, o dano derivado direta ou indiretamente da atividade ou omissão exercitada pelos agentes, de ordem pessoal, patrimonial e moral, e o nexu causal, que é o fundamento básico da responsabilidade civil, os quais resultaram comprovados, como convinha em casos que tais, pelos autores (ou seja, pelos lesados); sem a ocorrência por sinal de qualquer excludente, força maior ou culpa da vítima, levada ao suicídio graças a

omissão dos agentes de segurança, quais sejam, da autoridade policial que autorizou a prisão, sem mais nem menos, sem tomar as providências, medidas ou precauções que no caso se faziam necessárias e imprescindíveis, mesmo que para evitar complicações e implicações de ordem legal, isso na forma da lei em vigor, e também dos policiais plantonistas que estavam em serviço no dia em que ocorreu o fato de que tratam estes autos para efeito de indenização, acarretando, assim, por tais circunstâncias, a responsabilidade civil do Estado; daí por que impunha-se a procedência do pedido, na forma requerida pelos autores; motivos pelos quais impõe-se por esta via recursal a reforma da decisão recorrida, dando-se então provimento ao recurso, para o fim de ser julgada a ação procedente e condenar o réu ao pagamento das verbas indenizatórias pedidas na petição inicial e a que têm direito os pais da vítima (filho).

[...]Por último, deve ser reconhecido o dano moral, pois, ' se a dor não tem preço a sua atenuação tem', sendo cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato (Súmula 37 do STJ); a decorrer de dor que certamente atingiu os apelados pelo falecimento e nas circunstâncias trágicas referidas de seu filho; e que será apurado em liquidação de sentença por arbitramento, na forma requerida.

Por tais razões de decidir, a Câmara, por uniformidade de votos, após os debates e votação, decidiu dar provimento ao recurso, para julgar procedente a ação e condenar o Estado a pagar: 1 - as despesas de funeral, corrigidas desde o desembolso até o efetivo pagamento; 2 - a pensão alimentícia, fixada e correspondente a dois e meio salários mínimos desde o óbito da vítima até a data em que esta completaria 65 anos; sendo que sobre as parcelas vencidas incidirá correção monetária, até o efetivo pagamento, mediante cálculo do contador; 3 - e dano moral, a ser fixada em liquidação de sentença, por arbitramento; e, ainda, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o montante das parcelas vencidas e doze vincendas." (Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. DJSC n.º 9180, Pág. 07 – 20.02.95).

Sempre que presos vierem a morrer o Estado passa a ter o dever de indenizar , pois o tem o dever de zelar pela integridade física dos mesmos sempre.

“INVESTIGAÇÃO POLICIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - SENTENÇA CONFIRMADA.

‘As pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, ou, ainda, da parte de estranhos’[...]” (ApC n. 36.101, da Capital. Relator: Des. Cid Pedroso. Terceira Câmara Civil. 25.06.91. DJSC nº 8.295 - Pág 08 - 17/07/91)

Os pedidos em relação ao que perderam, ao que despenderam, ao que deixaram de perceber e em relação ao dano moral, devem ser efetuados pelos lesados, na inicial.

“A indenização é devida, nos limites do pedido inicial, não se admitindo o pedido de reparação por dano moral apresentado somente nas alegações finais.” (ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95)

Conclui-se, pelo visto, que o Estado responde civilmente pela morte de presos, tanto nas situações em que o evento se deu por ato de outros presos ou policiais, como nas em que houve suicídio ou em decorrência de força maior. Isto porque desde que a Administração realize certa atividade, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que seus agentes venham a causar, por ação ou omissão, injustamente a terceiros. Cabe ao Estado velar pela regularidade dos serviços públicos e, conseqüentemente, responder por todos os resultados do seu mau funcionamento pois, tem a obrigação de indenizar mesmo que, sem culpa, seus agentes ou funcionários ocasionem prejuízo a terceiro. Fica evidente, portanto, que o Estado deve responder pelo mau funcionamento de seus serviços, sempre que seu funcionário for relapso no desempenho destas atividades, e dessa morosidade resultar prejuízos.

7.1. Qual teoria adotada ?

Nas ações indenizatórias a Administração Pública procura fazer valer a tese de que em omissões a teoria aplicável é a subjetiva, contudo, não é atendida.

“Com referência à responsabilidade em si do Estado sobre as pessoas recolhidas a prisões comuns, não prevalece a alegação de que se tratou, in casu, de situação excepcionalíssima, como diz a defesa, alegando que o recolhimento do detido vitimado se fez com observância de estilo.

Acontece que, conforme se colhe da ementa lavrada por oportunidade do julgamento da Apelação Cível n. 35.484, da Capital, pelo eminente Des. José Bonifácio, ‘as pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, ou ainda, da parte de estranhos’[...].

Neste entendimento perfilham as doutrinas de Cretella Júnior, Yussef Said Cahali (que por sinal cita como exemplo o caso bastante conhecido do jornalista Wladimir Herzog), Humberto Theodoro Júnior, entre outros.

E neste caso, em especial, é de acrescer que a maior responsabilidade do Estado está em que a vítima, ainda na fase de investigação policial, foi colocada em cela com perigoso assassino[...].” (ApC n. 36.101, da Capital. Relator: Des. Cid Pedroso. Terceira Câmara Civil. 25.06.91. DJSC nº 8.295 - Pág 08 - 17/07/91)

Extrai-se, de tal aresto, que está sendo indeferida a tese de que a decisão deva ser tomada pela teoria da culpa. Entretanto, a fundamentação da negatória é no sentido de que houve culpa por parte da autoridade policial, qual seja, colocar a vítima, ainda na fase de investigação policial, em cela com perigoso assassino.

A teoria do risco integral é a mais citada pelas Câmaras Cíveis. Mas ao analisarmos a fundamentação de sua aplicação constatamos que o Tribunal de Justiça do Estado e Santa Catarina ou a entende como sinônima da teoria do risco administrativo ou fala naquela e aplica esta. Poucas são as decisões

citando apenas o risco administrativo. O que não resta dúvida é em relação a teoria objetiva, apesar das fundamentações no sentido de que a atribuição de responsabilidade se deve por conduta culposa dos agentes públicos.

“A indenização decorre do risco administrativo que está consagrado no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta de 88.

Há responsabilidade objetiva, independente da culpa. Assim, se o Estado, por seus agentes, prendeu o filho da apelada e este pereceu na Cadeia Pública, por homicídio ou suicídio, pouco importa, deve responder pelos respectivos danos.

Havia o dever de respeito à vida, à integridade física do detento. Essa obrigação de segurança não foi observada.” (ApC n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26. 11.91 . DJSC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.)

“[...]para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante; a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração”. (Ap C. n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova, Segunda Câmara Civil. 01.11.94. Publicado no DJSC n.º 9180, pag. 07, 20.02.95).

“Indiscutível a responsabilidade do Estado de Santa Catarina para o pagamento da indenização postulada. Ora, em face do disposto no art. 5º ., XLIX, da Carta Magna, a obrigação de reparar quaisquer danos causados por parte do Estado tem amparo legal com fundamento no princípio da responsabilidade objetiva, que independe da prova da culpa” . (ApC n. 35.484, da Capital. Relator: Des. José Bonifácio. Segunda Câmara Civil,.23.04.91. DJSC n.º 8.254 – p.11 – 20.05.91).

O aresto da decisão a seguir transcrita, que faz uso dos ensinamentos de José de Aguiar Dias e Hely L. Meirelles nos demonstra que as excludentes são admitidas, por isso, a responsabilidade civil do Estado rege-se pela teoria do risco administrativo.

“[...]Este direito subjetivo, tem seu escopo na Carta Magna, que eleva à garantia fundamental do cidadão e da coletividade, conforme disposição do inciso XLIX do art. 5º, a seguir transcrito: ‘É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’.

José de Aguiar Dias, com clareza, leciona:

‘O fundamento primário da responsabilidade civil é o princípio da restituição, isto é, a contemplação da manutenção, do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente: É esse o sentido em que deve ser entendida a responsabilidade civil do Estado. Vem, ela a ser, pois, a obrigação, a cargo do Poder Público, de reparar o dano por ele causado, restabelecendo, por meio de indenização adequada o equilíbrio econômico rompido pelo prejuízo’[...].

Cabe salientar que, mesmo que não se soubesse ao certo quem provocara o sinistro, com a conseqüente morte do filho da autora, mas restando comprovado que alguém (ou a vítima ou seu parceiro de infortúnio) teve meios de incendiar os colchões que estavam dentro da cela, resulta demonstrado que a vigilância do estabelecimento prisional falhou e o Estado deve reparar o dano causado por tal falha.

É que, ‘incumbe ao Estado cuidar da incolumidade dos presos. Os danos por estes sofridos nas prisões devem ser indenizados pela Fazenda do Estado, independentemente do exame de culpa dos servidores do presídio’ (in TJSP — RT 556/66).

[...]Acrescenta-se: ‘Assim, se um detento se fere, mutila ou mata outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada detento está sempre sujeito e exposto a situações agudas de risco, inerente e próprio do ambiente das prisões...’[...].

Não se cogita culpa concorrente, da vítima, posto que não demonstrada nos autos; simples alegação do réu não tem o condão de elidir a responsabilidade objetiva do Estado ou atenuar o quantum indenizatório.

Hely Lopes Meirelles ensina que ‘para eximir-se da obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração’ [...].

A jurisprudência afirma: ‘Na ação de ressarcimento com fundamento na responsabilidade objetiva prevista no art. 107 da Carta Magna (atual art. 37, § 6º)

basta ao autor a demonstração do nexu etiológico entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) imputável à Administração Pública e o dano de que se queixa. Presumida a culpa do agente, opera-se a inversão do ônus probatórios com vistas à eventual exclusão de responsabilidade, cabendo, por isso, à entidade pública provar que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima' (in RT 567/106).” **(ApC n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil.13.06.95. DJSC n.º 9313, pag. 20, 05.09.95)**

Aqui encontramos expresso que a teoria do risco integral e do risco administrativo, são entendidas como sinônimas. Entretanto a fundamentação para atribuição de responsabilidade ao Estado retoma a teoria da culpa, isto é, atribui a responsabilização em decorrência de erro, falha dos agentes e, logo a seguir, traz citação demonstrando que a verificação de conduta culposa não se faz necessário para atribuição de responsabilidade à Administração Pública.

“Ademais, o direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou do risco administrativo, ou seja, pelo magistério de Maria Helena Diniz, aquela ‘adota, portanto, nas relações entre o Estado e o administrado a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, por comportamento comissivo danoso de seu funcionário, juntada na teoria do risco, segundo a qual basta que haja dano, nexu causal com o ato do funcionário e que o funcionário se ache em serviço no momento do evento prejudicial a direito particular, não requerendo a averiguação do dolo ou culpa do agente público, sendo suficiente que, nessa qualidade, tenha causado dano a terceiro’.

‘Não há dúvida quanto a obrigação do Estado indenizar, decorre, no caso sub examen, da culpa in custodiendo, ou melhor, da falta de atenção ou cautela em relação ao presidiário sob os cuidados dos agentes carcerários.

‘Na mesma linha de pensamento preleciona Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra — Responsabilidade Civil, 1993, pág. 133:

‘A pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexu de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido. Não há que cogitar se houver

ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação'.” (ApC n. 46.757, da Capital. Relator:
Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil, 30 .11.95. DJSC n. 9397, pag 10, 15.01.96).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se nesta monografia discorrer sobre a responsabilidade civil da Administração Pública em relação a integridade física dos presos, especialmente, nos casos de morte de presos como de outras pessoas praticada por aqueles que deveriam estar ou que estão presos.

O Estado não pode deixar de cumprir aquilo a que está obrigado – zelar pela integridade física do apenado. Quando priva alguém da liberdade sua atuação deve ser perfeita, sem falhas e omissões. Se a prática ou a abstenção de atos porventura vier a causar danos, está entre suas obrigações o dever de repará-los.

Analisando o inciso XLIX do artigo 5º da CF combinado com o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, vislumbra-se que o Estado deve aceitar natural e imediatamente a obrigação de indenizar nos casos em que sua atuação ou omissão redundar em morte de presos ou em homicídio praticado por este.

Colhemos citações doutrinárias e jurisprudenciais que demonstram o quão complexo é o tema; ora por tratar-se de casos em que o sujeito passivo é o Estado, ora por tratar-se de soluções atingidas pela teoria objetiva. Constatamos que a aplicação desta teoria encontra relevantes óbices (desconhecimento do direito à indenização por parte dos familiares da vítima; nas poucas ações intentadas, petições embasadas em condutas culposas do agente público ou do Poder Público; as defesas apresentadas, sempre pressionando por comprovações e aplicação da teoria subjetiva ou pelas excludentes; as decisões, de acordo com as presunções legais e, infelizmente, apenas de acordo com o precariamente postulado pelos lesados), fazendo com que os dependentes econômicos da vítima passem a desacreditar que será atribuída responsabilidade ao Estado.

Observamos, ainda, que apesar da jurisprudência afirmar que vige a teoria da responsabilidade objetiva do risco integral, ela própria afirma a admissão

das excludentes, o que demonstra a vigência, de conformidade com os doutrinadores, da teoria da responsabilidade objetiva do risco administrativo. Esta admite que a culpa da vítima, assim como o caso fortuito, a força maior e as situações de estado de necessidade, todas excludentes de responsabilização. Note-se que a teoria é objetiva, ao lesado cabe demonstrar apenas o nexo causal entre a atividade e o dano. Se a Administração Pública pretender isentar-se de responsabilidade, após demonstrado o nexo de causalidade, deverá comprovar alguma das elidentes de responsabilidade. Outra vez, é a teoria objetiva, os lesados não precisam comprovar culpa, pelo contrário, se houver culpa a ser analisada é a da vítima.

Diante disso, questionamos: nos casos de suicídio de presos porque as ações não são declaradas improcedentes, haja vista, a culpa da vítima, que como visto é excludente de responsabilidade? Na CF, art. 5º, XLIX, está editada a resposta: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Tal norma, diga-se, tal direito e garantia fundamental, não pode ser desrespeitada pelo Poder Público no exercício de uma atividade sua. Logo tudo o que ocorre com presos é responsabilidade de quem exerce a atividade, qual seja, a privação de liberdade. Do Estado. Tem ele o dever de zelar pela integridade física do preso, quer das ações dos agentes de segurança, quer deles próprios ou de terceiros. Se o Estado permite que um detento pratique automutilação, suicídio, será responsabilizado pois deixou de cumprir com sua obrigação. Sua omissão é causa do resultado, haja vista, seu dever de propiciar condições de reintegrar o preso à sociedade e não submetê-lo a pena de morte. Pena inexistente em nosso sistema legislativo, “salvo em caso de guerra declarada, nos termo do artigo 84, XIX, da CF”.⁸¹

Por que os acórdãos nos demonstram que vige a teoria do risco integral e a fundamentação da atribuição de responsabilidade, por vezes, admite as elidentes, demonstrando que se está aplicando a teoria do risco administrativo

⁸¹ CF art. 5º, XLVII.

e, em muitas vezes, baseia-se ora na culpa do Poder Público, ora na do agente Público?

Tentaremos pelas conclusões obtidas a partir desta pesquisa,⁸² responder as indagações acima.

Vimos que a responsabilidade civil constitui-se numa resposta ao causador do dano, especificamente ao dano civil por transgressão ou inobservância de normas vigentes e atingida pelas regras civilistas, caracterizando-se por impor o dever ressarcitório ao sujeito passivo e, a responsabilidade civil objetiva, alcançada independentemente da verificação de conduta culposa.

⁸² Frise-se que não esgotou-se as fontes doutrinárias e jurisprudenciais, como facilmente constata-se, especialmente ante a complexidade do tema.

A responsabilidade civil quando figura no polo passivo o Estado é atingida pelas teorias da responsabilidade civil objetiva do risco administrativo. Estas desconsidera a culpa ou não do Poder Público, do agente público, exige apenas a relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano, e de acordo com a posição que assumimos, a atribuição de responsabilidade civil ao Estado se dá desta forma tanto às condutas comissivas como às omissivas.

Nossa posição ampara-se em doutrinadores e em decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Contudo doutrinadores e decisões afirmam, também, que a atribuição de responsabilidade à Administração Pública por omissão deva verificar-se pelas regras civilísticas, ou seja, deverá o lesado comprovar que a omissão foi culposa.

Optamos por divergir destas afirmações por entendermos que se admitirmos a vigência da teoria objetiva para atribuição de responsabilidade ao Estado, não podemos afirmar que em se tratando de ato negativo vigore a teoria subjetiva; e o pior atribuindo ao lesado o ônus da prova.

Concluimos pela vigência da teoria da responsabilidade do risco administrativo, que admite as elidentes de responsabilização caso fortuito, força maior, estado de necessidade e fato de terceiro, desde que irresistível o resultado, e a culpa da vítima. Ante a elasticidade das possibilidades de exclusão exigir-se a comprovação de que a omissão se deu de forma culposa e incumbi-la ao lesado, por certo, seria deixar desamparado alguns pela omissão de todos, do Estado.

Por isso, presumimos que as afirmações no sentido de que é a teoria do risco integral a utilizada para atribuição de responsabilidade à Administração Pública deve-se ao fato de que quem as faz entende as teorias do risco administrativo e do risco integral como sinônimas e outras vezes por entender que a teoria do risco integral seja a teoria objetiva e não subdivisão desta.

Os motivos das decisões expressarem estar embasadas na teoria objetiva e a fundamentação demonstrar que o Estado é responsável por ter agido de forma culposa talvez deva-se ao fato da divergência quanto à teoria utilizada

para atribuição de responsabilidade por condutas omissivas. A tese de que por omissão o Estado só responde se for culposa, leva os aplicadores do direito a justificar suas posições quando não se faz necessário. A teoria é a objetiva, basta o nexo causal entre o dano e a atividade. Quando há omissão a impressão é a de não existir atividade, por isso, parece inexistir relação entre a atividade (inexistente) e o resultado. Então a fundamentação procura buscar uma culpa nas condições do resultado, quando deveria fundamentar demonstrando que o ato negativo foi a causa, deveria demonstrar a convicção da relação entre a omissão e o resultado. Certamente é mais fácil convencer que o Estado exerceu uma atividade sem ter tomado todas as precauções necessárias, ou o mesmo, que agiu culposamente, do que convencer a relação existente entre a omissão e o resultado. Não é o que entendemos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS

- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Grago, 1957, 348 p.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, 484 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, 187 p.
- BAZHUNI, Marco Antônio. **Da responsabilidade Civil do Estado em Decorência de sua Atividade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992, 70 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1986, 630 p.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, 78 p.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, 679 p.

CASALI BAHIA, Saulo José. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 132 p.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, 543 p.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, v.1 e v.3.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Jurisprudência Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 222 p.

_____. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980, 369 p.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 717 p.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, 479 p.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.1 e v.2

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1 e v. 3 .

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva 1944, 462 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, 630

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** 22ª ed. São Paulo Malheiros Editores, 1997, p. 553.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Edipro, 1995, 101 p.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 374 p.
- QUEIROZ TELLES, Antônio A. **Introdução ao Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 488 p.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almeida, 1981, 582 p.
- SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, 710 p.
- STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado (Movimento multitudinários, saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas)** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992 122 p.
- TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade dos Estados por Ato Ilícito**. São Paulo: Editora. Direito, 1996, 136 p.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Rio Grande do Sul: Sérgio Fabris, 1990, 64 p.

LEGISLAÇÃO

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

DISSERTAÇÃO

- ROSA, Leilane Zavarizi Mendonça da. **Reflexões acerca da responsabilidade extracontratual do Estado**. Florianópolis, Dissertação de Mestrado, UFSC, 1996, 123 p.

JURISPRUDÊNCIA

Apelação cível n. 32.325, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Amaral e Silva. Terceira Câmara Civil, 26.05.91. DJESC nº 8.398 - Pág 10 - 13/12/91.

Apelação cível n. 34.415, da Capital. Relator: Des. Napoleão Amarante. Primeira Câmara Civil. Primeira Câmara Civil, 08.09.90. DJESC nº 8.124 - Pág 03 - 06/11/90.

Apelação cível n. 35.484, da Capital. Relator: Des. José Bonifácio. Segunda Câmara Civil, 23.04.91. DJESC n.º 8.254 – Pág. 11 – 20/05/91.

Apelação cível n. 36.101, da Capital. Relator: Des. Cid Pedroso. Terceira Câmara Civil. 25.06.1991. DJESC nº 8.295 – Pág. 08 - 17/07/91.

Apelação cível n. 36.739, da Capital. Relator: Des. Eder Graf. Terceira Câmara Civil, 10.09.91. DJESC nº 8.343 - Pág 05 - 23/09/91.

Apelação cível n. 41.052, da Capital. Relator: Des. Alcides Aguiar. Quarta Câmara Civil. 26.05.94. DJESC n.º 9015 – Pág. – 06 – 23/06/94.

Apelação cível n. 46.018, da Capital. Relator: Des. Rubem Córdova Segunda Câmara Civil. 01.11.94. DJSC n.º 9180 – Pág. – 07 – 20/02/95.

Apelação cível n. 46.757, da Capital. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Quarta Câmara Civil. 30 .11.95. DJSC n.º 9397 – Pág.– 12 – 15/01/96.

Apelação cível n. 48.656, de Tubarão. Relator: Des. Nilton M. Machado. Primeira Câmara Civil. 13.06.95. DJSC n.º 9313 – Pág. – 20 – 05/09/95

Apelação cível n.º 48.947, de Taió. Relator: Desembargador Newton Trisotto. Segunda Câmara Civil. 05.06.97. DJSC n.º 9747 – Pág. 12 – 18/06/91.