



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

ROCHELE CAPISTRANO NUNES DE ARAÚJO

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO DECORRENTE DA
FALHA NO SISTEMA CARCERÁRIO**

**NATAL
2017**

ROCHELLE CAPISTRANO NUNES DE ARAÚJO

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO DECORRENTE DA
FALHA NO SISTEMA CARCERÁRIO**

Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, como parte dos requisitos para obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo.

ORIENTADORA: Prof^a. Catarina Cardoso Souza França, M.e.

NATAL
2017

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.
Sistema de Bibliotecas - SISBI.
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do CCSA.

Araújo, Rochelle Capistrano Nunes de.
Responsabilidade extracontratual do estado decorrente da falha no sistema
carcerário/ Rochelle Capistrano Nunes de Araújo. - 2017.
48f.: il.

Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Universidade Federal
do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito. Natal, RN, 2017.

Orientador: Profa. Me. Catarina Cardoso Souza França.

1. Direito Administrativo - Monografia. 2. Responsabilidade Extracontratual -
Estado - Monografia. 3. Responsabilidade Objetiva - Monografia. 4. Dever do
Estado - Monografia. 5. Direitos fundamentais do preso - Monografia. I. França,
Catarina Cardoso Souza. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III.
Título.

RN/BS/CCSA

CDU 346

ROCHELLE CAPISTRANO NUNES DE ARAÚJO

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO DECORRENTE DA
FALHA NO SISTEMA CARCERÁRIO**

Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, como parte dos requisitos para obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Catarina Cardoso Souza França, M.e.
UFRN

Prof. Vladimir da Rocha França, Dr.
UFRN

Prof. Ricardo Cesar Ferreira Duarte Junior, M.e.
UFRN



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
II CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE PÓS GRADUAÇÃO

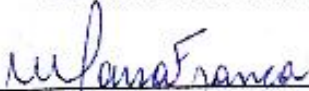
Aos 24 (vinte e quatro) dias do mês de novembro de 2017, às 09h na Sala de Aulas 02, no prédio do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, realizou-se a sessão pública para a defesa oral da Monografia de Pós-Graduação intitulada: "RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO DECORRENTE DA FALHA NO SISTEMA CARCERÁRIO", de ROCHELLE CAPISTRANO NUNES DE ARAÚJO, matrícula nº 20162013292, CPF: 010.368.144-24 como Trabalho de Conclusão do Curso de **ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO** do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). A Comissão Examinadora foi composta pelos professores, a orientadora da monografia, Prof^a. Me. CATARINA CARDOSO SOUSA FRANÇA, do Programa de Pós-graduação em Direito Administrativo da UFRN (II CEDA); Prof. DR. VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA Siape Nº 2199638, do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN; Prof. Me. RICARDO CÉSAR FERREIRA DUARTE JÚNIOR, do Programa de Pós-graduação em Direito Administrativo da UFRN (II CEDA). Designados pela Portaria nº 005/2017-CEDA/PPGD, integrantes da Comissão, que emitiu o seguinte parecer:

PELA APROVAÇÃO

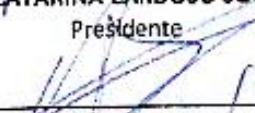
A Comissão após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia APROVADA.

A Comissão decidiu atribuir à menção _____, atribuindo a nota: 10.

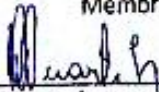
COMISSÃO EXAMINADORA



PROF^a. Me. CATARINA CARDOSO SOUSA FRANÇA
Presidente



PROF. Dr. VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA
Membro



PROF. Me. RICARDO CÉSAR FERREIRA DUARTE JÚNIOR
Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me proporcionado força para cumprir todas as metas e alcançar o objetivo fim dessa jornada de conhecimento.

Ao meu esposo que me incentivou e acompanhou todo crescimento intelectual nesse ciclo, tem sido a minha fonte de inspiração a cada caminhada profissional, exemplo de honestidade.

Ao meu filho, Marcos Arthur, por compreender a minha ausência nos seus momentos lúdicos, por cada abraço e beijo que me renova para prosseguir nos estudos.

A minha vó e minha mãe que sempre foram exemplo de determinação, e que me ensinaram a lutar pelos meus objetivos de forma incorruptível.

A professora Catarina França, exemplo de profissional, dona de uma beleza interior que transborda no seu exterior de forma a encantar e a inspirar os seus alunos na busca pelo conhecimento.

Aos demais professores da especialização por proporcionar inquietudes que geraram ansiedade para ir em busca de respostas que acrescentaram mais conhecimentos.

Resumo: a profusa pesquisa sobre a responsabilidade do Estado da falha no sistema carcerário tem o intuito de abordar dois aspectos da notória precariedade do sistema prisional brasileiro: a morte do preso dentro do sistema prisional; e o dano causado por preso fugitivo. O presente estudo faz uma análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa. Partindo do pressuposto de que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, cabe ao mesmo cumprir o ordenamento jurídico. Primeiramente foi necessário um estudo dos princípios administrativos Constitucionais, uma vez que estes são alicerce dos atos da administração pública. Em seguida, se analisam as competências do sistema carcerário com fulcro na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, descortinando os deveres do Estado em relação ao detento. Por fim, demonstra-se a responsabilidade objetiva do Estado ao causar danos ao detento e ao administrado por falta de cumprimento do dever legal.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Responsabilidade Extracontratual do Estado; Responsabilidade Objetiva; Dever do Estado; Direitos fundamentais do preso.

Abstract: the ample research regarding the State's accountability in the correctional system errors aims at addressing two aspects of the notorious ineptness of the Brazilian prison system: the inmate's death inside the system; and the damages caused by a fugitive. The present study makes an analysis of doctrine, jurisprudence and legislation. Based on the assumption that Brazil is a Democratic State, it is compelled to fulfill the legal order. First, it was necessary to study the constitutional administrative principles, since these are the foundation of the public administration's deeds. Then the prison system's jurisdiction was analyzed based on the Federal Constitution and the Criminal Law, acknowledging the State's duties toward the prisoner. Lastly was demonstrated the State's objective accountability for causing damages to inmate and citizen due to failing to fulfill the legal duty.

Keywords: Administrative Law; State's Extra-contractual Accountability; Objective Accountability; State's Duty; Prisoner's Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	10
2.	PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	12
2.1.	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	13
2.2.	PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	14
2.3.	PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	15
2.4.	PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	16
2.5.	PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
2.6.	PRINCÍPIO DA ISONOMIA	17
3.	SISTEMA CARCERÁRIO E SUAS COMPETÊNCIAS	18
3.1.	DEVER DE PUNIR E PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO.....	19
3.2.	DEVER DO ESTADO NA EXECUÇÃO DA PENA.....	20
3.2.1.	Da assistência material	21
3.2.2.	Assistência à saúde.....	21
3.2.3.	Assistência jurídica	22
3.2.4.	Assistência à educação.....	23
3.2.5.	Assistência social	23
3.2.6.	Assistência religiosa	24
3.2.7.	Assistência ao egresso	24
3.3.	DEVER DO ESTADO NA REEDUCAÇÃO E NA PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DO PRESO	25
4.	RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DA FALHA NO SISTEMA CARCERÁRIO.....	27
4.1.	DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	27
4.1.1.	Teoria da irresponsabilidade	29
4.1.2.	Teoria civilista.....	30
4.1.3.	Teoria subjetiva da responsabilização estatal.....	31
4.1.4.	Teoria da responsabilização objetiva do Estado.....	32
4.1.4.1.	Elementos da responsabilidade objetiva.....	35
4.1.4.2.	Qualidade do agente na prática do ato.....	35
4.1.4.3.	A indenização devida	37
4.1.4.4.	Do nexo de causalidade	38
4.2.	DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	38
4.3.	CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	40
4.4.	MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL.....	42
4.5.	RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DA CUSTODIA DO PRESO	44
5.	CONCLUSÃO.....	48
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1. INTRODUÇÃO

Responsabilidade extracontratual do Estado é o comprometimento que a administração pública tem de indenizar os danos morais ou patrimoniais causados por atos, comissivos ou omissivos, de seus agentes a terceiros.

O presente trabalho buscará demonstrar a responsabilidade Estatal diante dos danos provocados pelo preso fugitivo ao administrado e da morte do cárcere quando na custódia do Estado.

É importante frisar que o presente trabalho não tem o intuito de redimir o preso da sua culpabilidade, e tampouco reduzir sua pena. A intenção é demonstrar que à administração cabe executar os imperativos trazidos pela Constituição Federal Brasileira, além de observar as leis infraconstitucionais para garantir o direito do indivíduo carcerário.

O fato de o indivíduo haver tido sua liberdade tolhida por cometimento de ato antijurídico, em prejuízo da sociedade, não autoriza o Estado a descumprir os ditames legais impostos pela Constituição e leis infraconstitucionais. Desta forma pergunta-se: há responsabilidade extracontratual do Estado sempre que o fugitivo provocar dano ao administrado? Cabe responsabilidade ao Estado quando o preso falece na penitenciária? Quais seriam as hipóteses?

Tais indagações serão respondidas pela demonstração de que a construção dos atos administrativos tem como alicerce os princípios constitucionais e deve obedecer às garantias constitucionais que abrigam os encarcerados, apontando ao leitor quais direitos dos presos são inibidos pelo Estado.

O tema em debate se reveste de grande relevância social, tendo em vista a necessidade de demonstrar que a Administração tem responsabilidade em relação ao preso quando há dano provocado ao mesmo. Como indivíduo o preso tem, além de outros, o direito à dignidade, e a falha no sistema prisional que lhe acarretar dano levará à responsabilização do Estado.

A metodologia de investigação científica será construída por pesquisas doutrinárias, com os mestres Celso Antônio Bandeira de Mello, Fabiano Mendonça, Carolina Zancaner Zockun, Fernanda Marinela, entre outros.

O trabalho está estruturado a partir da visão dos princípios administrativos constitucionais, da competência da Administração Pública na execução da pena, da evolução das teorias da responsabilidade (que parte da irresponsabilidade total do Estado até a teoria adotada nos dias atuais), e da responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade

estatal, que requer a incidência de três elementos característicos, quais sejam a conduta do agente público (comissiva, omissiva, lícita ou ilícita), o nexo de causalidade e o dano.

Necessário relatar o caso Blanco, ocorrido na França, a partir de cujo julgamento se originou a responsabilidade objetiva do Estado, entendimento este que integra a Constituição Federal de 1988.

Prosseguindo com os estudos, nas causas excludentes da responsabilidade Estatal, uma breve análise do mínimo existencial e da reserva do possível, base da defesa do Estado quando acionado pelo Judiciário.

Por fim, será explanada a responsabilidade Estatal decorrente da custódia do preso, demonstrando-se que o Estado tem o dever legal de proteger a integridade física e moral do cárcere, mantendo-o no sistema prisional em cumprimento da pena estabelecida pelo judiciário com o intuito de atingir a ressocialização para o retorno a um convívio social harmônico.

2. PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A atual Constituição reservou um capítulo à administração pública a partir do artigo 37, constando deste os princípios expressos que direcionam as ações dos agentes públicos, sendo imprescindível o respeito aos mesmos nos atos administrativos para a validade das respectivas condutas estatais.

Os princípios administrativos são premissas fundamentais que inspiram todo o modo de agir da administração pública. Representam modelo pré-normativo, direcionando a conduta do Estado quando no exercício de atividade administrativa.¹

Maria Sylvia ensina que os princípios sempre representaram função importante no ramo do Direito Administrativo, cabendo à administração e ao Judiciário estabelecer a sensatez entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.²

A mesma autora informa: há dois princípios pilares que provêm de bipolaridade do Direito Administrativo, tendo em vista que um carrega em sua essência a liberdade do indivíduo, e o outro a autoridade da administração. São os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.³

Bandeira de Mello doutrina que o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se transmite sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para entendimento e inteligência delas.⁴

O autor supracitado entende que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma.⁵

Logo, os princípios da Administração Pública serão a base da comprovação da responsabilidade extracontratual Estatal. A conduta do agente público tem que estar em consonância com a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, na falta de um destes, se ocasionado dano ao administrado, fica caracterizado ato antijurídico, logo, nasce a responsabilização Estatal.

Não podemos deixar de ressaltar o princípio da isonomia, o qual é essencial para averiguar se há desequilíbrio na relação entre o Estado e o indivíduo, uma vez que, havendo desigualdade, será necessária a aplicação da responsabilidade para tornar a relação isonômica.

¹ José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 2016, p.48.

² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 2017, p.85.

³ Idem.

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 2013, p.54.

⁵ Idem.

2.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Para melhor explicar o princípio da legalidade é necessário beber da fonte, ou seja, ir aos motivos que deram origem ao mandamento, o Estado de Direito.

O Estado de Direito surgiu para confrontar a total insegurança que existia no Estado Absolutista em que o monarca ditava as regras de acordo com sua vontade. O Estado de Direito surge justamente para submeter também os governantes à lei.⁶

Ensina Carolina Zockun, o Estado de Direito já havia surgido há tempos, com o “Pai da História” Herótodo, no ano de 445 a.C, uma vez que o mesmo transcreve discurso de um persa de nome Otanes: “Em minha opinião o governo não deve caber a único homem, isso nem é agradável nem é bom (...)”.⁷

As ideias de igualdade da lei e a necessidade de controlar o poder foram evoluindo, até surgirem de forma sintetizada nas ideias de Rousseau e do Barão de Montesquieu.⁸

Foi com base no ideal de Montesquieu que se desenvolveu a descentralização do poder por meio da tripartição de poderes, onde quem faz a lei não executa nem julga, em nítida ideia de que quem controla o poder é o próprio poder.

Nas palavras de Celso Antônio, o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que qualifica e que lhe dá identidade própria, sendo o princípio basilar do regime jurídico administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito.⁹

O mesmo autor revela que para avaliar corretamente e captar o sentido profundo do princípio da legalidade é necessário observar que ele é a tradução jurídica de um propósito jurídico, de submeter o administrativo a um quadro normativo do qual estejam ausentes o favoritismo, as perseguições e os desmandos.¹⁰

Bandeira de Mello expressa que o princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, tendo em vista que a raiz do referido princípio está na ideia de exaltação à soberania popular.¹¹

⁶ Carolina Zancaner Zockun, Da Intervenção do Estado no Domínio Social, 2009, p.16.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 2010, p.100.

¹⁰ Idem.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo

O efeito do princípio da legalidade guarda uma grande importância aos direitos do indivíduo, uma vez que o indivíduo pode fiscalizar a atividade administrativa, confrontando-a com a lei.¹²

O referido princípio encontra-se positivado no *caput* do artigo 37, e no inciso XXXV do mesmo, informando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Fabiano Mendonça explica:

A igualdade foi uma das bandeiras sob as quais surgiu o princípio da legalidade, o qual cuidou de traçar limites para a ação do Estado e o território de ação do particular. Assim, não há uma legalidade pública e outra privada, antes há um princípio que delimitou historicamente a área de ação do Estado, deixando o restante do terreno livre para movimentação do indivíduo. Pode-se dizer, metaforicamente, que a legalidade é uma cerca a prender o Estado.¹³

Por fim, a conduta do agente público deve guardar consonância com a lei, não podendo produzir atos que venham a desfigurar os imperativos da mesma, tendo em vista que o princípio da legalidade tem a essência de embargar a pessoalidade, devendo o anseio de a administração pública ser pautado na vontade do povo.

2.2. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Esse princípio está insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, e expressamente definido nos incisos II e XXI, onde informa que a investidura em função ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, com o intuito de oportunizar disputa isonômica. O mesmo acontece quando a Constituição informa que contratações com a Administração Pública, direta e indireta, serão realizadas por licitação, para garantir a igualdade a todos que almejem participar.

O mesmo autor informa que a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar com igualdade a todos os cidadãos.¹⁴

Afirma Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade traduz a ideia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou prejudiciais. Nem favoritismos, tampouco perseguições, são toleráveis.¹⁵

¹² José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo, 2005, p.12.

¹³ Fabiano Mendonça. Limites da Responsabilidade do Estado. 2003, p. 4

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 2014, p.9.

Di Pietro ensina que a exigência da impessoalidade tanto pode ser observada como atributo em relação aos administrados como à própria administração.¹⁶

No primeiro sentido, a administração não pode atuar com intuito de prejudicar nem beneficiar pessoas determinadas, tendo em vista que o interesse público é a finalidade dos atos administrativos.¹⁷

No segundo sentido, a mesma autora cita José Afonso da Silva, que baseado na lição de Gordilho informa “atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da administração pública”.¹⁸

Logo, a administração pública tem o dever de praticar os atos com impessoalidade, sendo inadequado o favorecimento a determinadas pessoas em detrimento de outras. A administração pública deve ser pautada pelo interesse público.

2.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Em conformidade com o princípio da moralidade, a administração e seus agentes têm que atuar de acordo com os princípios éticos. Violá-los configura violação ao próprio Direito, desencadeando a ilicitude que tornará o ato inválido.¹⁹

Maria Sylvania ensina, nas palavras de Antônio José Brandão, que a evolução da moralidade administrativa teve início no direito civil, por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural.²⁰

A imoralidade administrativa apareceu e teve continuidade, ligada à ideia de desvio de poder, uma vez que ficava entendido que existia a utilização de meios lícitos para atingir finalidade juridicamente irregular.²¹

Entende Di Pietro que os princípios da legalidade e da moralidade não são idênticos, tendo em vista que a Constituição de 1988, além de repetir a norma do artigo 85, V, faz um avanço, ao mencioná-los no artigo 37, *caput*, como princípios autônomos e, no parágrafo 4º do mesmo dispositivo, ressalta a punição aos atos de improbidade.²²

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 2013, p.117.

¹⁶ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, 2017, p. 107.

¹⁷ Idem.

¹⁸ José Afonso da Silva apud Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, 2017, p. 114.

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, 2013, p.118.

²⁰ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, 2017, p. 114.

²¹ Idem.

²² Idem.

Carvalho Filho, interpretando o artigo 37 da Constituição Federal, entende que a Constituinte tem o intuito de coibir a imoralidade no âmbito da administração, ou seja, os desmandos de maus administradores que frequentemente priorizam seus próprios interesses ou interesses inconfessáveis, relegando ao último plano as regras morais de que não deveriam se afastar.²³

Por fim, o princípio da moralidade está relacionado à probidade, aos padrões éticos, de boa fé, de lealdade, de regras que garantam a boa administração e a disciplina interna no serviço público.

2.4. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade tem como imperativo a ampla divulgação dos atos da administração pública, tendo em vista se a coisa é pública os maiores interessados ao comportamento da administração é o povo e aquele que é afetado por alguma medida tomada pelo ente público.

O sigilo só poderá ocorrer quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, conforme delineamento do artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal.

O referido princípio está previsto no caput do artigo 37 da Lei Maior, exigindo a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública.

A intenção fundamental da publicidade dos atos administrativo é a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes. Somente com a transparência dos atos administrativos é que os indivíduos poderão aperfeiçoar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se reveste.²⁴

2.5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ensina Justen Filho, veda-se o desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidade coletiva, sendo necessário obter o máximo de resultados com menor quantidade de desembolso.²⁵

Di Pietro apresenta dois aspectos do princípio da eficiência, o primeiro é o modo de atuação do agente público, o melhor desempenho possível da sua atuação, para lograr

²³ José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 2016, p. 49.

²⁴ José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 2016, p. 52.

²⁵ Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, 2016, p.67.

melhor resultado, o segundo é o modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, no intuito de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço.²⁶

Ressalta a autora supracitada, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, tendo em vista que a eficácia proposta pela Constituição é sempre suscetível de se alcançar conforme o ordenamento jurídico, e em hipótese alguma deve ludibriar a legalidade.²⁷

Existe uma complexidade no controle da observância do princípio da eficiência, haja vista que, de um lado há que respeitar as diretrizes de prioridades dos administradores públicos, bem como os recursos financeiros disponíveis, e, por outro lado, não se pode deixar de respeitar os princípios constitucionais.²⁸

Logo, ao incluir na Constituição o princípio da licitação, o constituinte originário o fez com fito na eficiência da contratação pública, objetivo que, apesar de figurar na Carta Magna desde sua promulgação²⁹ e, há tempos, nas legislações infraconstitucionais, além de ser debatido pela doutrina, apenas foi alçado ao posto de princípio constitucional da administração pública com o advento da emenda nº 19/98.

Tal princípio, pilar mestre da administração pública, busca o combate à malversação dos recursos públicos³⁰, exigindo dos gestores comportamentos que maximizem a prestação dos serviços com o menor dispêndio possível, através de condutas éticas e impessoais.

Assim, a busca pela eficiência é tarefa constante e vetor da atuação da administração pública, não podendo ser escusada em momento algum.

2.6. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988 de forma expressa, sendo a igualdade um dos direitos fundamentais garantidos ao cidadão, conforme consta do *caput* do artigo 5º³¹ da Carta Magna.

Para Fabiano Mendonça há duas noções de igualdade a serem consideradas, a primeira com relação à ideia de identidade, onde todos seriam iguais entre si, e numa pluralidade de sujeitos a substituição de um elemento por outro não representaria mudanças.

²⁶ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 2015, p. 117.

²⁷ *Idem*, p.118.

²⁸ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 2016, p. 67.

²⁹ Inciso II do art. 74 da Constituição Federal de 1988.

³⁰ No mesmo sentido, Bulos (2017).

³¹ “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, nos termos seguintes (...)”

A segunda refere-se à noção de equilíbrio, nessa concepção isonômica a igualdade é um equilíbrio sistêmico.³²

Celso Antônio ensina:

A lei não deve ser fonte de privilégio ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicidade pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.³³

O autor Mendonça correlaciona a responsabilidade com o equilíbrio que consta no sistema, inerente ao respeito a regras pré-estabelecidas, que é atingido pelo ato que corrompe a ordem. E esse equilíbrio, essa igualdade, precisa ser restabelecido. Logo, onde há desigualdade existirá responsabilidade.³⁴

Acrescenta o mesmo autor que a ideia de responsabilidade é inerente à equivalência de prestações e à ideia de equilíbrio entre as partes, ou seja, de isonomia.³⁵

Afirma Mendonça que:

A igualdade é indispensável para o gozo de um mínimo da liberdade historicamente conquistada e, mais ainda, para a democracia, já que a mesma veio pregar contra o arbítrio e os privilégios, contra o abuso e o descaso. Porém, note-se, ela sempre vem para servir a algo; é um instrumento, não um fim. E, até o presente, o melhor caminho.³⁶

Logo, o referido autor informa que a igualdade da Constituição Federal de 1988 é um arrimo físico que reclama, sobretudo, a noção de cidadania. E sofre de inconstitucionalidade a aplicação que altere essa sua essência de combate.³⁷

3. SISTEMA CARCERÁRIO E SUAS COMPETÊNCIAS

Neste capítulo será explanada a competência da administração pública na execução penal, sendo necessário expor os direitos e garantias do preso que devem ser garantidos pelo Estado.

³² Fabiano Mendonça. Limites da Responsabilidade do Estado, 2003, p. 69.

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 2015, p. 10.

³⁴ Fabiano Mendonça. Limites da Responsabilidade do Estado, 2003, p.72

³⁵ Idem.

³⁶ Fabiano Mendonça. Limites da Responsabilidade do Estado, 2003, p.74.

³⁷ Fabiano Mendonça. Limites da Responsabilidade do Estado, 2003, p.83.

A pena imposta pelo Estado ao condutor do ato antijurídico não guarda correlação com vingança, e sim com a obrigação da administração pública de ofertar ao preso condições dignas de uma ressocialização, para garantir o retorno ao convívio social.

3.1. DEVER DE PUNIR E PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO

O Estado, como ente dotado de soberania, detém exclusivamente o direito de punir, sendo esse poder soberano, exclusivo e indelegável.

Afirma Capez, a manifestação da soberania do Estado consiste na prerrogativa de se impor coativamente a qualquer pessoa que venha a provocar lesão ao bem jurídico protegido. A pretensão punitiva consiste em submeter o indivíduo que praticou o ilícito a uma punição prevista em lei.³⁸

Neste sentido afirma Leonardo Martins:

Na relação jurídica de direito público que se cria entre o indivíduo e o Estado em função das normas que reconhecem direitos fundamentais, o indivíduo e o Estado em função das normas que reconhecem direitos fundamentais, o indivíduo pode exercer uma liberdade negativa (liberdade de alguma coisa, liberdade de certos imperativos definidos pelo poder público), De forma simétrica, o Estado possui a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, não intervindo na esfera individual salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto.³⁹

Para satisfazer a pretensão de punir o indivíduo que cometeu fato típico e ilícito é necessário ao Estado percorrer alguns caminhos, denominados de persecução penal.

Primeiramente instaura o inquérito policial, no intuito de averiguar a autoria do crime e colher provas. Em seguida segue à propositura da ação penal, pelo Ministério Público, em legitimidade extraordinária, na defesa do interesse punitivo alheio, ou seja, do Estado.

Se a peça acusatória é acolhida pelo Magistrado, inicia-se o devido processo legal, conforme delineado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988⁴⁰, devendo ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, conforme previsão constitucional, artigo 5º,

³⁸ Fernando Capez. Execução Penal. 2012, p. 14.

³⁹ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins . Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 2014, p.117.

⁴⁰ 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:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

inciso LV⁴¹, concluindo-se com a sentença que será fundamentada pela condenação ou absolvição.

A sentença penal condenatória é a imposição da responsabilidade criminal, tendo em vista que foi reconhecida a prática da conduta típica, ilícita e culpável, sendo aplicada ao indivíduo uma pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa.

Durante o cumprimento da sentença o indivíduo terá sua liberdade tolhida pelo Estado no intuito de readaptar-se à sociedade, enquanto o Estado terá o dever de lhe preservar todos os direitos fundamentais instituídos na Constituição Federal. Ressalta-se que o preso tem restringido o direito de ir e vir, sendo mantidos os demais direitos intrínsecos ao indivíduo.

3.2. DEVER DO ESTADO NA EXECUÇÃO DA PENA

Informa Ricardo Duarte, em seu artigo intitulado “A Parceria Público Privado no Sistema Prisional”, a execução da pena possui natureza jurídica complexa, que engloba tanto a função jurisdicional quanto a função administrativa.⁴²

Informa o autor supracitado que a natureza jurisdicional provém de uma fase do processo penal, nesta o juiz pode intervir a qualquer momento para garantir a observância do devido processo legal, fiscalizar, garantir a concretização do direito do preso e a atuação do Estado.⁴³

Quanto à natureza jurídica administrativa da execução da pena, esta pode ser observada por dois aspectos, um de natureza ampliativa de direitos, outro de natureza restritiva de direitos. Enquanto o primeiro tem o desígnio de ampliar a esfera jurídica do administrado com efeito positivo, o segundo tem a finalidade de diminuir-lhe a esfera jurídica, causando-lhe efeito negativo⁴⁴, sendo necessária a análise de ambos para dirimir a celeuma proposta no presente trabalho, uma vez que para existir responsabilidade Estatal é necessário que haja o dever do Estado. Na falta do cumprimento do mesmo ocorrerá a responsabilização.

Dessa forma, os artigos 10 e 11 da Lei de Execução Penal (LEP) preveem que é dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

⁴¹ LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

⁴² Ricardo Duarte Junior, Parceria Publico Privado (PPP) no Sistema Prisional, p.8

⁴³ Ricardo Duarte Junior, Parceria Publico Privado (PPP) no Sistema Prisional, p.8

⁴⁴ Ricardo Duarte Junior, Parceria Publico Privado (PPP) no Sistema Prisional, p. 8.

O Estado tem o dever de dar subsídio ao preso no que concerne a saúde, educação, assistência jurídica, social, religiosa e material. Na falha de algum desses elementos, e ocasionado dano ao habitante prisional, o Estado poderá ser responsabilizado e levado a indenizar o preso ou sua família, tendo em vista que há previsão legal quanto ao dever Estatal.

3.2.1. Da assistência material

É dever do Estado prestar ao preso e ao internado assistência alimentar, que consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e produtos de higiene pessoal, conforme informa o artigo 12 da Lei de Execução Penal.

Informa o artigo 13 da Lei de Execução Penal que o estabelecimento montará instalações e serviço que acolham os presos nas suas necessidades pessoais. Além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela administração.

Vale ressaltar que o artigo 41 da LEP informa o dever do Estado de fornecer a alimentação necessária e o vestuário adequado.

No tocante à alimentação a administração fornecerá a cada preso, em horas determinadas, uma alimentação de boa qualidade nutritiva, para garantir a manutenção da saúde e das suas forças.⁴⁵

3.2.2. Assistência à saúde

A garantia à saúde vem prevista na Constituição Federal, no artigo 196, onde se informa que é direito de todos e dever do Estado garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, no intuito de assegurar a redução do risco de doenças e outros agravos.

Conforme *caput* e parágrafo 2º do artigo 14 da LEP, a proteção à saúde tem caráter preventivo e curativo, e compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Quando o estabelecimento prisional não dispuser da assistência necessária, poderá prestar o subsídio em outro local, sendo necessária autorização administrativa do diretor do presídio. Logo, é dever do Estado ofertar tratamento odontológico, médico e ambulatorial, bem como o fornecimento de medicamento necessário.⁴⁶

Rodrigo Duque informa que:

⁴⁵ Rodrigo Duque. Execução Penal Teoria Crítica. 2017, p.162.

⁴⁶ Rodrigo Duque. Execução Penal Teoria Crítica. 2017, p.162.

Embora se saiba que a vocação do sistema penitenciário não é e nunca foi a cura médica. Pelo contrário, o encarceramento nas atuais condições é por si só fator de agravamento do quadro de saúde das pessoas presas, circunstâncias esta que nos faz afirmar a permanência da pena de caráter corporal, inadvertidamente ou cínicamente considerada extinta.⁴⁷

Afirma o mesmo autor que, a assistência à saúde sendo uma responsabilidade do Estado, os aprisionados devem usufruir de serviço nos mesmos moldes dos disponíveis à comunidade, e este deve ser gratuito, sem discriminação motivada pela situação jurídica.⁴⁸

Caso o estado não tenha condições de assistir o preso, o mesmo deverá ser colocado em prisão domiciliar até que seu estado de saúde volte à normalidade.

3.2.3. Assistência jurídica

A assistência jurídica é uma prerrogativa necessária. O próprio código penal exige a presença de advogado para acompanhar todos os atos processuais referentes ao preso, tendo em vista que as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, publicidade e duplo grau de jurisdição, só serão possíveis na presença do sentenciado, juntamente com a defesa técnica.

O fundamento da obrigação do Estado encontra-se na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXIV, o qual informa que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recurso”. No mesmo sentido vai o que a Lei de Execução Penal informa em seu artigo 15.

Rodrigo Duque ensina, com a alteração da lei 12.313/2010, o artigo 16 da LEP estabeleceu a responsabilidade do Estado pela prestação jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimento prisionais.⁴⁹

Ressalta o mesmo autor que:

Frisa-se ainda que nos termos do artigo 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe orientação jurídica e a defesa em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV. Desse modo tem-se por inconstitucional qualquer ato, dispositivo legal ou regulamentar que delegue a incumbência Constitucional da Defensoria Pública a outra entidade, /pública ou privada, ainda que de maneira provisória.⁵⁰

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Rodrigo Duque Estrada Roig. Execução Penal Teoria Crítica, 2017, p. 166.

⁵⁰ Idem, p, 167.

3.2.4. Assistência à educação

O dever do Estado prover educação ao preso está previsto na Constituição, no artigo 205, devendo a assistência compreender instrução educacional e formação profissionalizante, conforme delineamento insculpido no artigo 17 da LEP.

Duque informa que:

A assistência educacional se ampara no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao dispor que toda pessoa tem direito a instrução e que a mesma será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da pessoa humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, bem como na Regra 104, n. 1, das novas regras mínimas das Nações Unidas para tratamento de presos, segundo a qual “instrumentos devem ser criados para promover a educação de todos os presos que possam se beneficiar disso, incluindo instrução religiosa.”⁵¹

A instrução escolar e a formação técnica têm o intuito de retornar à sociedade um preso preparado para uma vida ativa e, conseqüentemente, afastada de atos ilícitos.

Informa Rodrigo Duque, que o Legislador previu a possibilidade de convênio do Estado com instituições de ensino públicas e privadas, no intuito de tornar efetiva a assistência educacional, tendo em vista a dificuldade que apresenta o Poder Público em instalar escolas ou cursos profissionalizantes em estabelecimento prisionais.⁵²

3.2.5. Assistência social

A guarida do dever do Estado quanto à assistência social encontra fundamento no artigo 22 da Lei de Execução Penal.

No intuito de reinserir o carcerário no meio social, entende o legislador que é de fundamental importância a atuação do assistente social, tendo em vista que será este quem observará o preso. Seja no resultado do diagnóstico ou exame, seja nos problemas e dificuldades enfrentados pelo assistido, cabe ao assistente social relatar as observações ao diretor do cárcere, dentre outros objetivos elencados nos incisos do artigo 23 da LEP.

Rodrigo reconhece a importância da participação de organismos ou entidades particulares na ressocialização, mas ressalta que a prestação do serviço social deve ser oficial, ou seja, propiciada pelo Estado, haja vista que a este incumbe o dever de assistir ao preso, no intuito de prevenir o crime e orientar o seu retorno à convivência em sociedade.⁵³

⁵¹ Idem.

⁵² Rodrigo Duque Estrada Roig. Execução Penal Teoria Crítica, 2017, p. 168

⁵³ Idem, p, 169.

3.2.6. Assistência religiosa

A Constituição Federal garante a liberdade de crença e o livre exercício de cultos religiosos, conforme expressa o artigo 5º, VI, da Lei Maior.

A Lei de Execução Penal informa que será dada ao preso a assistência religiosa, com liberdade de culto, no intuito de garantir o atendimento à necessidade espiritual do aprisionado.

Duque afirma:

No cotidiano prisional, diversas são as lesões à assistência religiosa, em regra justificadas pelos velhos argumentos de necessidade de segurança do estabelecimento ou risco de que a reunião de presos para profecia da religião esconda propósito escusos, tais como fuga, rebeliões ou a difusão de ordens de determinada facção.⁵⁴

Ressalta-se que nenhum preso será obrigado a participar de determinada religião, tendo em vista que a Constituição Federal protege a liberdade de consciência e crença, conforme preconiza seu artigo 5º, VI.

3.2.7. Assistência ao egresso

A assistência ao egresso é a última modalidade prevista na LEP, que consiste no suporte ao preso liberado por período de um ano (contado da saída do estabelecimento), e ao liberado condicional, durante o período de prova.

Informa Duque, que o intuito da referida assistência é orientar e apoiar a vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e alimentação, em local adequado, no período de dois meses, que pode ser prorrogado uma única vez, demonstrado, por declaração da assistência social, o empenho na obtenção de emprego.⁵⁵

Explica Rodrigo Duque:

Na perspectiva redutora de danos em âmbito prisional, o não cumprimento, por parte do Estado, do dever legal de assistência ao egresso deve ser causa de atenuação inominada da pena, em caso de condenação por delito praticado durante o período de prova do livramento condicionado ou (no mínimo) durante o prazo legal de cumprimento de assistência. Trata-se de materialização do princípio de culpabilidade em sede executiva penal.⁵⁶

⁵⁴ Rodrigo Duque Estrada Roig, Execução Penal Teoria Crítica, 2017, p. 171.

⁵⁵ Idem, p, 175.

⁵⁶ Idem, p, 175.

A assistência ao egresso é fundamental para a reinserção do apenado à sociedade, tendo em vista que o indivíduo que esteve sob o controle do Estado em sistema prisional, ao sair, encontra uma sociedade que o observa como pessoa perigosa.

3.3. DEVER DO ESTADO NA REEDUCAÇÃO E NA PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DO PRESO

Conforme já informado em parágrafos anteriores, a Constituição de 1988 informa em seu texto regras de tratamento para os indivíduos que lesionam o bem jurídico tutelado, sendo a estes garantidos direitos que consistem em obrigação para o Estado.

O artigo 5º, inciso XLIV, informa que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. O direito à garantia da integridade física e moral é proveniente do direito da personalidade do indivíduo, estando em correlação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Informa ainda o texto Constitucional que “ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante, artigo 5º, inciso III, além de ressaltar a garantia do direito à vida, devendo o Estado, contextualmente, preservar a vida do cárcere, uma vez que o indivíduo está sob sua custódia.

Rodrigo Duque informa que o princípio da humanidade vem expresso no artigo 5º, XLVIII, Constituição Federal brasileira, o qual nega o estabelecimento de penas de banimento de caráter perpétuo, cruéis, de trabalho forçado e de morte (salvo em caso de guerra declarada).⁵⁷

Não é o fato de o preso ter cometido ato antijurídico que o fará ter todos os seus direitos tolhidos. A lesão ao bem tutelado praticada pelo preso tem como consequência a retirada do direito de ir e vir, ou outros atingidos pela sentença, enquanto os demais direitos têm que ser mantidos, sob responsabilidade do Estado haja vista o preso estar sob sua guarda, conforme preconiza o artigo 3º da LEP “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Ao observar a Lei de Execução Penal é límpido que a mesma expressa uma grande quantidade de possibilidades de reeducação, haja vista a referida lei apontar direitos e deveres relacionados a trabalho, saúde física, integridade moral, acompanhamento religioso, entre outros, como já exposto em linhas anteriores.

⁵⁷ Idem, p. 33.

A Lei de Execução Penal, no artigo 1º, constitui o objetivo da execução da pena, “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado”.⁵⁸

Para Rodrigo Duque o artigo 1º da Lei de Execução Penal estabelece dois fins primordiais: concretizar a punição do Estado, realizando-se o título executivo constituído pela sentença, e ofertar, durante a execução, os meios necessários para que os apenados e sujeitos a medidas de segurança possam alcançar a reintegração social.⁵⁹

Dentre as finalidades da pena e das medidas de segurança, é essencial que o Estado cumpra o dever de assistência ao preso ou internado previsto na LEP, no intuito de fazer com que o encarcerado, ao retornar ao convívio social, esteja reabilitado, conforme prevê o artigo 10 da LEP.

Desta forma, observa-se que este artigo remete ao fim pretendido, a ressocialização a partir do sistema penitenciário.

Sobre este artigo, Rodrigo Duque informa:

A lei de execução penal traçou duas ordens de finalidade: a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados é submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

A lei penal acabou por se aproximar das finalidades de retribuição e prevenção especial positiva (ao construir o objetivo de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado) .⁶⁰

Desta maneira, compreende-se que o Estado tem o dever legal de ressocializar o preso, adequando o comportamento do mesmo para transferi-lo, em harmonia, ao âmbito social. Cumprido o dever legal do Estado, caberá ao condenado ser responsabilizado por qualquer conduta adotada em sentido contrário à lei.

Falando em ressocialização e esgotando o tema, nos limites da propositura do presente trabalho, demonstrado que é dever do Estado reeducar o preso, é necessário observar o princípio da dignidade humana, tendo em vista que o sistema prisional brasileiro falha no cumprimento do aludido preceito constitucional.

A Constituição Federal em seu artigo 1º informa que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

⁵⁸ Art. 1º, da Lei de Execução Penal nº 7.210/1984.

⁵⁹ Rodrigo Duque Estrada Roig, Execução Penal Teoria Crítica . 2017, p. 22

⁶⁰ Idem., p, 22

A Constituição Federal traz, em seu artigo 5º, inúmeros direitos fundamentais que têm em sua essência o princípio da dignidade humana, entre eles a vedação ao tratamento desumano ou degradante, inciso III; a determinação de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, inciso XLV; o respeito à integridade física e moral do preso, inciso XLIX; a proibição a penas cruéis, de banimento de caráter perpétuo, trabalho forçado, ou de morte, inciso XLVII.

É inaceitável a imposição de castigos corporais aos detentos, em qualquer circunstância, sob pena de censurável violação aos direitos fundamentais da pessoa humana

Informa Rodrigo Duque que:

A busca pela contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principalmente fonte ética e argumentativa no princípio da humanidade, Um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito.⁶¹

Não podemos esquecer que cabe ao Estado ressocializar o preso, não castigá-lo, sendo necessário observar o preso como possuidor de direitos, assim como os demais indivíduos. A pena determinada ao preso não tem caráter vingativo, e sim de isolar o indivíduo da sociedade e dar-lhe tratamento digno para, após o cumprimento de pena, reinseri-lo na sociedade de modo pacífico, no intuito de não cometer novos crimes.

Desta forma, cabe ao Estado observar os imperativos constitucionais e executá-los, garantindo ao preso um sistema prisional em conformidade com a Constituição Federal e o blindando do rompimento de um direito inerente a sua pessoa.

4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DA FALHA NO SISTEMA CARCERÁRIO

Neste capítulo será explicada a evolução das teorias da responsabilidade Estatal, desde a irresponsabilidade do Estado, passando pelas demais teorias, até à teoria atual, da responsabilidade objetiva. Serão expostos as excludentes da responsabilidade Estatal, o fundamento Constitucional da responsabilidade extracontratual do Estado e a responsabilidade do Estado decorrente da custódia do preso.

4.1. DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

⁶¹ Rodrigo Duque Estrada Roig. Execução Penal Teoria Crítica. 2017, p, 33.

Conforme já explanado em linhas anteriores, somente o Estado tem o poder de obstar a liberdade do agente que cometeu ato ilícito. O referido poder vem cercado da obrigação de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos que se encontram sob sua tutela. O descumprimento das leis que regulam os atos da administração Pública possibilita danos, devendo o Estado ser responsabilizado pelos prejuízos a que deu causa.

Primeiramente se faz necessário discorrer acerca do conceito de responsabilidade e dos elementos que estruturam a responsabilidade Estatal, com objetivo de esclarecer pontos fundamentais para um bom desenvolvimento do tema em comento.

Compreende-se a responsabilidade extracontratual do Estado como sendo obrigação legal, que lhe é imposta para ressarcir os danos causados por suas atividades a terceiros.⁶²

Para Marçal Justen Filho, a definição de responsabilidade civil do Estado consiste no dever de consertar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado.⁶³

A responsabilidade extracontratual do Estado inicia-se por descumprimento dos imperativos normativos, que em sua essência protegem um direito subjetivo contra atos estatais que lhe sejam danosos.

Assim, aquele que lesiona o bem jurídico protegido tem sua liberdade tolhida pelo Estado, em função da proteção da coletividade e de sua própria ressocialização, sendo necessário que o Estado garanta todos os seus direitos que não forem atingidos pela sentença, ou seja responsabilizado pelos danos que lhe causar.

Fabiano Mendonça ensina:

A responsabilidade existi onde há a imperfeição , por isso o ser humano é um continuo responder sobre si mesmo. Mas aquela só existe quando há um ideal ferido, um sentimento violado. Vale dizer, um principio desrespeitado. Portanto um ato violador da ordem jurídica, o qual caracteriza o prejuízo como injusto (dano propriamente dito). Decorre, pois, do descumprimento de uma obrigação jurídica.⁶⁴

Para Catarina França, em sua tese de Mestrado, ensina:

⁶² Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado, cit, 4º ed., p 11.

⁶³ Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, cit, 12º ed., p 1185

⁶⁴ Fabiano Mendonça. Limite da Responsabilidade do Estado, 2003, p. 88.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado constitui a obrigação do ente estatal de indenizar o administrado pelo dano causado por pessoa que esteja atuando na qualidade de agente público.⁶⁵

Logo, se há dever por parte do Estado, esse terá que ser cumprido. Caso venha a falhar, por ação ou omissão, o Estado terá que ser responsabilizado pelos danos causados àqueles que sofreram a lesão.

A construção da teoria da responsabilização estatal surgiu a partir do momento em que o Estado passou a se submeter ao princípio da legalidade, devendo, desta forma, garantir os cidadãos contra sua conduta ilícita.⁶⁶

No primeiro momento nasce a teoria subjetiva, a qual informa que a responsabilidade do Estado se dará pela produção de ato antijurídico que venha provocar dano a terceiro, devendo ser comprovado o dolo ou a culpa.

Ocorre que essa teoria era insuficiente para reparar o dano sofrido pela vítima, uma vez que comprovar a falha do serviço, e conseqüentemente obter a prestação compensatória do dano, era tarefa difícil, o que aumentava a possibilidade de o Estado, através de atos lícitos, causar danos ao invés de proteger o interesse público.

Com a lacuna da teoria supracitada nasce a teoria objetiva, sendo necessário agora comprovar o nexo de causalidade entre o ato do agente público e a lesão sofrida por terceiro, não existindo a necessidade de comprovar dolo ou a culpa.

Ademais, se faz necessário desmiuçar as teorias da responsabilidade que têm correlação com o tema, demonstrando a evolução doutrinária, sem esgotar, no entanto, o estudo em relação à evolução, uma vez que não é esta a finalidade basilar do presente trabalho.

4.1.1. Teoria da irresponsabilidade

Inicialmente, a ideia que se tinha era a do Estado sem qualquer responsabilidade por seus atos. Em meados de 1850 o Estado era absoluto e contra ele não poderia se constituir a ideia de reparação de danos.

Na mesma perspectiva Yussef Said informa que a teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados, são eles:

⁶⁵ Catarina Cardoso Souza França. A responsabilidade Civil Extracontratual do Estado na Prestação de Serviço Público de Saúde, 2015, p. 37.

⁶⁶ Carolina Zancaner Zockun. Intervenção do Estado no Domínio Social, p. 223.

- 1) na soberania do Estado, que, por sua natureza irredutível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí os atos contrários da lei praticados pelo funcionário jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles como praticados em nome próprio.⁶⁷

Na teoria da irresponsabilidade estatal, lembra Marinela, o dirigente era quem ditava a verdade, quem dizia o certo e o errado, e portanto jamais admitiria falha, de forma que o rei nunca errava.⁶⁸

Por fim, essa teoria não permaneceu por muito tempo. O Estado se constituiu para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio infringisse impunemente. O Estado como sujeito dotado de personalidade é capaz de direito e obrigações com os demais entes.⁶⁹

4.1.2. Teoria civilista

Vencida a fase da irresponsabilidade estatal, o Estado passa a ser responsabilizado pelos seus atos, passando a adotar a teoria civilista.

Nesta fase buscou-se distinguir os atos de império dos atos de gestão. O primeiro seria coercitivo porque decorre do poder soberano do Estado. Por outro lado, o segundo se aproxima dos atos de direito privado. Assim, se o ato produzido pelo Estado fosse de império não haveria responsabilidade, mas se o ato fosse de gestão o Estado poderia ser civilmente responsabilizado.⁷⁰

Yussef Said ensina que:

Em condições tais, agindo o Estado no exercício da sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *juri imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danoso para os súditos, seriam suscetíveis de gerar direito à reparação.

Todavia, na prática de atos *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular podendo ter sua responsabilidade civil reconhecível, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivo a direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano.⁷¹

⁶⁷ Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado, 2012, p.18.

⁶⁸ Fernanda Marinela. Direito Administrativo. 2016, p. 1155

⁶⁹ Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado, 2012, p.19.

⁷⁰ Maria Sylvania Di Pietro. Direito Administrativo, 2014, p.787.

⁷¹ Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado, 2012, p.20.

Hely Lopes Meireles se referindo a atual fase em que nos encontramos ressalta que na teoria objetiva não há necessidade de fazer a distinção entre ato de império e ato de gestão, um vez que tanto nos atos comissivos como nos omissivos de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, o Estado será responsabilizado, sem a necessidade de averiguar se o ato foi proveniente de ato de império ou de gestão.⁷²

4.1.3. Teoria subjetiva da responsabilização estatal

Para responsabilizar o Estado subjetivamente é necessário que o ato administrativo praticado pelo agente público seja contrário ao Direito, devendo ser identificado no ato o dolo, a culpa e o dano, gerando desta forma obrigação ao Estado para indenizar a vítima.

Celso Antônio informa que, de acordo com o princípio publicístico, não é necessária a identificação de uma culpa individual para apresentar a responsabilidade subjetiva do Estado, uma vez que esta noção civilista foi suplantada pela ideia de *faute du servisse*⁷³ entre os franceses.⁷⁴

Lembra Carolina Zancaner, que o autor Paul Duez embasa que a *faute du servisse*, sempre na noção de culpa, ocorre pela tríplice modalidade, quando o serviço, devendo funcionar, não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente.⁷⁵

Acrescenta ainda a autora supracitada, que o mesmo autor citado em sua obra explica que nem todo funcionamento defeituoso do serviço acarreta a responsabilidade, devendo ser considerada a diligência média que se poderia legitimamente exigir do serviço.⁷⁶

Complementando o entendimento do autor Paul Duez, explica Carvalho Filho que a falta do serviço se desencadeava com a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardo do serviço. Afirma ainda que qualquer dessas formas de falta do serviço implicaria no reconhecimento da existência de culpa.⁷⁷

⁷² Hely Lopes Meireles. Direito Administrativo, 2016, p.787.

⁷³ “Faute du servisse” é uma criação jurisprudencial do Conselho do Estado Francês e, por meio dela, se abandonou a distinção entre atos de gestão e atos de império e a busca da culpa do agente, para indagar a culpa Estatal.

⁷⁴ Celso Antônio Bandeira de Melo, Curso de Direito Administrativo, 2013. p. 1011.

⁷⁵ Carolina Zancaner Zockun. Da intervenção do Estado no Domínio Social, 2009, p.225.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo, 2017, p. 373.

Celso Antônio adverte, muitas vezes há necessidade de se admitir a presunção de culpa por parte do Estado, tendo em vista a dificuldade da vítima em provar que o serviço não funciona com eficiência, sob pena de se negar efetividade a esta forma de responsabilização.⁷⁸

Logo, para ficar configurada a culpa é necessário que o agente, sem intenção, produza seus atos de forma negligente, imprudente ou imperita. Já em caso de dolo o agente tem que ter intenção de provocar o dano a terceiro ou, no mínimo, saber do risco que ocasiona ao administrado.

Conforme já explanado, a teoria da responsabilização subjetiva deixava a vítima desamparada, uma vez que provar a intenção do agente ou demonstrar um dos elementos de culpa presente no ato, era difícil. O Estado sempre podia alegar que atuava de forma adequada.

Por fim, com a dificuldade de comprovar que o serviço oferecido pelo Estado era inadequado, cresceu a necessidade de uma maior proteção aos administrados, e com ela nasce a teoria da responsabilidade objetiva.

4.1.4. Teoria da responsabilização objetiva do Estado

A partir do que dispôs a Constituição Federal de 1946 foi adotada a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado. Mais precisamente em seu artigo 194 “as pessoas jurídicas de direito público interno 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.”

Em seguida veio a Constituição Federal de 1967 repetindo a mesma norma em seu artigo 105, acrescentando apenas, em seu parágrafo único, que a ação regressiva caberia em caso de culpa ou dolo.

Atualmente a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º, determina que: “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 responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Dessa forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁹ entende que foi a partir da Constituição Federal de 1946 que ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Partindo do princípio de que a Constituição de 1946 só exige culpa ou dolo para o

⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 2013. p.1013.

⁷⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, 2017, p.821

direito de regresso contra funcionário, supõe-se que o legislador não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas

Portanto, foi a partir de 1946 que ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do estado. Sendo recepcionada pela atual Constituição, a teoria parte da premissa de que para se configurar tal responsabilidade, o ato lesivo deve ser praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

Carvalho Filho informa que:

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito na reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço etc.⁸⁰

A teoria da responsabilidade objetiva tem como fito indenizar a pessoa que sofreu o dano em razão de conduta lícita ou ilícita. Logo, para responsabilizar o Estado pelo dano ocasionado a terceiro, é necessário que exista o nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano.

Mauricio Zockun ensina:

Se não é a conduta do Estado que, à luz do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República, faz nascer o dever de indenizar, mas sim o resultado da sua conduta, então todas as hipóteses que ensejam a responsabilidade patrimonial do Estado têm como “fato gerador” um ilícito (dano ilícito). E nesse caso, o dever do Estado de recompor o patrimônio ilicitamente esgarçado se traduz em uma sanção.⁸¹

No caso de comportamento ilícito comissivo ou omissivo, jurídico ou material, o dever de reparar o dano tem como pilar o princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamento lícito comissivo, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da isonomia.⁸²

Mesmo quando o ato do Estado é lícito e provoca dano a terceiro, cabe ao Estado indenizar àquele que sofreu o dano jurídico ou material. Uma vez preponderado o interesse público, não poderá o Estado se resguardar do referido princípio para lesionar o direito de terceiros.

⁸⁰ José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo, 2016, p. 373.

⁸¹ Maurício Zockun. Responsabilidade Patrimonial do Estado, 2010, p. 39.

⁸² Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 2013, p.1023.

Celso Antônio ensina, o Estado pode, eventualmente, emanar uma lesão ao bem jurídico protegido para satisfazer o interesse da coletividade, mediante conduta comissiva legítima e sequer é perigosa. É evidente que em tal situação não poderia cogitar a responsabilidade subjetiva, tendo em vista que a referida responsabilidade sempre decorre de ilicitude. Entretanto. A toda evidência, o princípio da isonomia estaria a comandar a reparação a quem sofreu o dano em prol do interesse da coletividade.⁸³

Logo, é necessário invocar o princípio da isonomia para equilibrar a relação entre o particular e a coletividade, tendo em vista que não cabe ao particular arcar com o dano para beneficiar toda a coletividade.⁸⁴

No mesmo sentido ensina Mendonça, falar em responsabilidade implica falar da igualdade. Afinal, é porque alguém adentrou em uma esfera patrimonial alheia, a qual deveria ser respeitada por presunção de que possui igual, que tem obrigação de reparar o dano, haja vista que atuou um desequilíbrio na isonomia até então imperante entre os envolvidos na lesão. Essa redução, legalmente valorada, é o suporte da responsabilização.⁸⁵

O mesmo autor informa que o ato lícito da administração pública não responsabiliza o Estado, um vez que o ato encontra-se em conformidade com a lei. Contudo, se houver uma norma condicionando o ato lícito, o ato terá que atender à norma condicionante para não se tornar ilícito.⁸⁶

Ensina Fabiano Mendonça:

Para o Estado exercer o seu direito de modo a lesionar o patrimônio jurídico do particular, malferindo lhe interesse, é preciso efetuar indenização. Então, a tradicionalmente denominada responsabilidade do Estado por atos lícitos é, em verdade, exercício condicionado de direito. Nesse caso diz-se “se ocorrer a reparação do dano, fica autorizado o Estado a praticar o ato”.⁸⁷

Odete Medauar informa que a responsabilidade do Estado apresenta-se, hoje, como responsabilidade objetiva, e que nessa linha não se invoca mais o dolo ou a culpa, mau funcionamento ou falha administrativa. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, ou seja, o nexo de causalidade. Deixam de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo

⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 2013, p. 1027.

⁸⁴ Idem, p.1015.

⁸⁵ Fabiano Mendonça, Limites da Responsabilidade do Estado. 2003, p. 21

⁸⁶ Fabiano Mendonça. Limites do Direito do Estado. 2003, p.140.

⁸⁷ Idem, p.149.

ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da administração. Demonstrado o nexo de causalidade o Estado deve ressarcir.⁸⁸

Nessa esteira, observa-se que a responsabilização do Estado nada mais é que um instrumento compensatório que, além de ressarcir o dano sofrido pela vítima, também desestimula a reiterada conduta causadora do dano, ensejando a recomposição jurídica à harmonia social.

Para Fabiano Mendonça:

A repressão por meio da responsabilidade civil visa a, dessa forma, gerar uma prevenção geral (exemplo para sociedade), especial (reeducação do sujeito de direito) e retributiva (a consequência diminuição patrimonial do responsável).⁸⁹

É importante ressaltar que a responsabilidade objetiva é estruturada na teoria do risco administrativo.

A partir do momento em que o Estado assume a incumbência de exercer atividade administrativa, no intuito de promover o bem estar social e satisfazer à coletividade, contrai a responsabilidade por qualquer dano que decorra do risco que assumiu.

4.1.4.1. Elementos da responsabilidade objetiva

Para que seja configurada a responsabilidade objetiva do Estado é necessário averiguar se a conduta do agente por si só foi adequada suficiente para causar danos a terceiros, logo, é imperativo a presença da conduta do agente, o nexo de causalidade e o dano.

Nas próximas linhas será desmiuçado cada elemento da responsabilidade objetiva.

4.1.4.2. Qualidade do agente na prática do ato

Para ensejar dano a terceiro é necessário que haja a prática de um ato Estatal, o qual deverá ser produzido por um agente de pessoa de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Ensina Celso Antônio, a relação entre a vontade e a ação do Estado é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Pouco importa se bem ou mal desempenhada a atividade do agente, entende-se que o Estado quis, ainda que mal.⁹⁰

⁸⁸ Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno, 2016, p. 433.

⁸⁹ Fabiano Mendonça, Limites da Responsabilidade do Estado. 2003, p. 132.

⁹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 28º ed, p.1016.

O mesmo autor afirma que não importará, para efeito de responsabilidade estatal, a presença do dolo ou da culpa na atuação do agente. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva.⁹¹

Celso Antônio ensina:

Não se bipartem Estado e agente (como se fosse representante e representado, mandante e mandatário), mas pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porem interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.⁹²

Justen Filho ensina, a natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de dano a terceiros.⁹³ Logo, cabe ao agente estatal não violar esse dever de diligência, caso contrário estará configurada a conduta ilícita, e existindo dano a terceiro surgirá responsabilidade civil.

Com relação à responsabilidade no âmbito do sistema carcerário, existem situações em que a ação danosa não é efetuada por agente do Estado, entretanto é o Estado quem produz a situação. São as chamadas situações de risco exagerado criado pelo Estado, como a fuga de presídio por internos que praticam violência contra bens ou pessoas, e que acarretará responsabilização objetiva do Estado.⁹⁴

Dessa forma, a responsabilidade objetiva do Estado tanto pode ser provocada pelo agente público, quando atua de modo displicente, descuidado, inábil, como pelo Estado, quando produz a situação da qual o dano depende.

Nas condutas omissivas, Marinela ensina que são necessários elementos definidores do comportamento estatal. No caso omissivo citado, por exemplo, há o dano, o nexo de causalidade entre este e a omissão, e a culpa ou dolo.⁹⁵

Informa a mesma autora que tem que existir uma ponderação frente à possibilidade de impedir o dano, além da compatibilidade dos padrões possíveis do serviço, frente às dificuldades insuperáveis para o Estado.⁹⁶

⁹¹ Idem, p.1018.

⁹² Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 2013, p.1026.

⁹³ Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, 2016, p. 1027.

⁹⁴ Idem, p.1027

Bandeira de Mello, “a guarda de coisa ou pessoa perigosa é a hipótese mais comum, mas não a única, prefiguradora de danos dependentes de situação criada pelo Estado e propiciatória de lesão” (2010, p.1028)

⁹⁵ Fernanda Marinela. Direito Administrativo, 2017, p.1036.

⁹⁶ Fernanda Marinela. Direito Administrativo, 2017, p.1036.

José dos Santos ensina que nas condutas omissivas só se responsabiliza o Estado quando presentes os elementos da culpa, ou seja, negligência, imperícia e imprudência. Ressalta o autor que nas omissões Estatais a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade.⁹⁷

Acrescenta o mesmo autor que se deverá distinguir a conduta omissiva, tendo em vista que nem toda conduta retrata desleixo do Estado em cumprir o dever legal. Desta forma, somente se irá configurar a responsabilidade estatal quando o Estado se omitir perante o dever legal, gerando o fato danoso.⁹⁸

4.1.4.3. A indenização devida

Conforme o ensinamento de Celso Antônio, nasce para o Estado o dever de indenizar quando se configurarem dois aspectos.⁹⁹ O primeiro é que o dano tem que lesionar um bem jurídico protegido, não bastando o mero dano econômico. O segundo é que o dano seja real, certo e não eventual, ou seja, deve estar presente a certeza da ocorrência do evento.¹⁰⁰

Carolina Zancaner explica que não são apenas as condutas ilícitas que geram danos indenizáveis, mas que somente serão indenizados os danos ilegítimos, ou seja, aqueles que descortinam um direito tutelado.¹⁰¹

Para os atos estatais lícitos Celso Antônio ressalta que serão necessárias duas características, além das já citadas, especialidade e anormalidade.¹⁰²

O dano especial corresponde à lesão patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos. Já o dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais inerentes às condições de convívio social.¹⁰³

Bandeira de Mello explica:

Não Basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente, Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.¹⁰⁴

⁹⁷ José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo, 2005, p.436

⁹⁸ José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo. 2005, p.436.

⁹⁹ Celso Antônio Bandeira Mello. Curso de Direito Administrativo, 2013, p.1028.

¹⁰⁰ Idem, p.1029.

¹⁰¹ Carolina Zancaner Zockun, 2009, p.232.

¹⁰² Celso Antônio Bandeira Mello. Curso de Direito Administrativo, 2013, p.1039.

¹⁰³ Idem, p.1031.

¹⁰⁴ Celso Antônio Bandeira Mello. Curso de Direito Administrativo, 2013, p.1037.

Em síntese, serão indenizáveis os danos provenientes de atos comissivos ou omissivos que ensejarem ilicitudes, consistindo em uma lesão ao direito tutelado da vítima e dotados de certeza, os danos provenientes de atos lícitos, certos e ofensivos a direito da vítima com as características especiais e anormais (classificação dada por Bandeira de Mello).

Conforme já citado em linhas anteriores, Fabiano Mendonça informa que os atos lícitos produzidos pela administração pública estão em conformidade com o princípio da legalidade, entretanto se esses atos tiverem normas condicionantes e as mesmas não forem observadas, o ato lícito se transformará em ato ilícito, cabendo desta forma a responsabilidade Estatal.¹⁰⁵

4.1.4.4. Do nexo de causalidade

O nexo de causalidade incide na relação de causa e efeito, ou seja, na conduta praticada pelo agente e na lesão sofrida pelo particular.

Para Yussef Said a lesão sofrida pelo particular tem que ser consequência da atividade ou omissão administrativa. A responsabilidade da administração pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode ser afirmada independentemente de demonstração de culpa, porém está sempre submetida à demonstração de que foi o serviço público que deu causa ao dano sofrido pelo particular.¹⁰⁶

Portanto, verificada a existência de conexão entre o dano provocado e a atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus agentes, surge o dever de indenizar.

4.2. DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para adentrar a Responsabilidade Estatal prevista na Constituição de 1988, faz-se necessário relatar os primeiros passos do tema, que inicialmente derivou da jurisprudência francesa, principalmente a partir de 1873, com o famoso caso Blanco.

Relata Di Pietro, a menina Agnés Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi atropelada por uma vagonete que pertencia a uma empresa Estatal de manufatura de fumo.¹⁰⁷

Diante do ocorrido o pai da menina Agnés promoveu ação civil de indenização, com fundamento de que o Estado seria civilmente responsável pelo prejuízo causado a terceiro em decorrência de ação danosa dos seus agentes. Diante da ação proposta surgiu o

¹⁰⁵ Fabiano Mendonça. Limites da Responsabilidade do Estado. 2003, p. 132

¹⁰⁶ Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil do Estado. 2012, p.71.

¹⁰⁷ Maria Sylvia Di Pietro. Direito Administrativo. 2017, p.818.

conflito de atribuições entre as jurisdições, sobre quem deveria analisar o caso, o Judiciário ou o Administrativo. O responsável pela decisão da competência era o Tribunal de Conflitos, e este decidiu que a ação deveria ser analisada pelo Tribunal Administrativo, haja vista tratar-se de averiguação de responsabilidade decorrente do funcionamento de serviço público.¹⁰⁸

A decisão do Conselho de Estado foi a concessão de pensão vitalícia à vítima, iniciando-se, assim, a teoria do risco administrativo, que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes.¹⁰⁹

A Constituição de 1988 destaca a responsabilidade estatal no artigo 37, parágrafo 6º, informando que “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 responsável nos casos de dolo ou culpa”.¹¹⁰

A constituição Federal é bem clara quando informa que a responsabilidade do Estado é objetiva em relação a terceiro. A mesma esclarece que pessoas jurídicas de direito público, ou de direito privado enquanto prestadoras de serviço público, responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, e destaca a responsabilidade subjetiva em relação à ação regressiva que deverá ser proposta pelo Estado, caso comprove o dolo ou a culpa do agente público.

É importante afirmar que tal imperatividade constitucional representa o eixo principal para fundamentar a responsabilidade do Estado quanto aos eventos danosos que ocorrem com os encarcerados e as vítimas de dano por apenados fugitivos.

Maurício Zockun interpreta o referido dispositivo constitucional de modo que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, causando dano a terceiros no desempenho de suas atividades, terá que recompor patrimonialmente o direito lesado.¹¹¹

O mesmo autor ensina que:

Com efeito, nesse comando Constitucional prevê que o nascimento de um fato (cometimento de um dano) desencadeia uma consequência (surgindo de um vínculo jurídico que impõem o encargo de reparar patrimonialmente do dano causado). E é justamente essa imputação (de um fato a uma consequência) que caracteriza a existência de uma norma jurídica.¹¹²

¹⁰⁸ Maria Sylvania Di Pietro. Direito Administrativo. 2017, p.818.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Constituição Federal 1988

¹¹¹ Mauricio Zockun. Responsabilidade Patrimonial do Estado.2010. pg. 24.

¹¹² Idem. 2010. p. 25

Por outro lado, caberá ao Estado averiguar se o dano proveniente do ato do agente público foi doloso ou culposo, responsabilidade subjetiva, para assegurar ação de regresso no intuito de obter ressarcimento do servidor que lesionou a ordem jurídica e o erário público. Nada mais justo para com a coletividade.

É importante ressaltar a brilhante observação realizada por Catarina França:

No plano infraconstitucional, o artigo 43¹¹³ do Código Civil reforça parcialmente a regra constante do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, pois deixa de fazer menção às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras e serviços públicos e às omissões lesivas. Diante da ausência de diploma legal específico, a responsabilidade civil extracontratual do Estado se encontra sujeita às regras veiculadas pelo Código Civil vigente, naquilo que for compatível com os princípios do Direito Administrativo.¹¹⁴

Logo, pela interpretação dada ao artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, o Estado, as pessoas jurídicas de direito privado, as prestadoras de serviço público, respondem objetivamente pelos danos causados a terceiro por ação, e respondem subjetivamente por omissão.¹¹⁵

4.3. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Em conformidade com o que já foi exposto, é necessário que haja a presença de três elementos para caracterizar a responsabilização do Estado, são eles; conduta do agente, dano proveniente da conduta e nexos de causalidade entre o dano e a conduta.

Para Odete Medauar:

Para configurar a responsabilidade civil do Estado há que se verificar o nexo causal entre a ação ou omissão do poder público e o evento danoso. Se outra atuação, outro acontecimento, provada pela administração, levou o dano, sem o vínculo ou sem vínculo total com a atividade administrativa, poderá haver isenção total ou parcial do ressarcimento.¹¹⁶

¹¹³ Conforme delineamento do mencionado artigo:

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

¹¹⁴ Catarina Cardoso Souza França. A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado na Prestação de Serviços Públicos de Saúde. 2015,p.47.

¹¹⁵ Zockun (2009, p. 227) que “a regra do artigo 37, parágrafo 6º, do texto Constitucional é: o Estado e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros por atos comissivos (lícitos ou ilícitos) e subjetivamente pelos danos gerados por omissão” (Da Intervenção do Estado no Domínio Social, São Paulo, Malheiros, p. 227).

¹¹⁶ Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno. 2016, p. 439.

Em conformidade com o que já foi exposto, é necessário que haja a presença de três elementos para caracterizar a responsabilização do Estado, são eles; conduta do agente, dano proveniente da conduta e nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

Explica Marinella:

Na hipótese de culpa exclusiva da vítima, a evasão não é absoluta, a sua presença não é suficiente, para eximir o dever de indenizar do Estado; não é em si mesmo causa excludente. É fundamental que se demonstre que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado, demonstrando com isso a inexistência de comportamento estatal produtor da lesão, afastando assim o nexo de causal para caracterização da responsabilidade objetiva, como, por exemplo, um acidente de carro em que a suposta vítima dirija imprudentemente.¹¹⁷

Para Celso Antônio, culpa da vítima ocorre quando o dano provocado foi tão somente pela mesma, não existindo nexo de causalidade entre o dano e a conduta do Estado. Na falta desses elementos o Estado não será responsabilizado.¹¹⁸

O mesmo autor ensina que nos casos das concausas, em que o evento lesivo é fruto de ação conjunta do Estado com o lesado, concorrem ambos para o ato danoso, não podendo se invocar a excludente da responsabilidade Estatal.¹¹⁹

Na culpa de terceiros, ou seja, conduta antijurídica alheia, não cabe a responsabilização do Estado, uma vez que na inexistência do dever de cuidar pelo Estado, a ele não cabe responsabilização pelo dano. O Estado somente será responsabilizado se tivesse o dever de evitar o dano.¹²⁰

Ensina Maurício Zockun, que no caso de responsabilidade objetiva do Estado, o mesmo não responderá caso o nexo causal não esteja presente entre o seu comportamento, comissivo ou omissivo, e o dano.¹²¹

Acrescenta o mesmo autor que:

Deveras, se a lesão decorre de conduta exclusiva do lesado, o antecedente normativo (dano patrimonial ou extrapatrimonial economicamente relevante) não adveio de comportamento do Estado. Não está, assim por dizer, preenchida a hipótese que fará nascer a responsabilidade patrimonial do Estado.¹²²

¹¹⁷ Fernanda Marinella. Direito administrativo, 2016, p. 1176.

¹¹⁸ Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 2013, p.1040.

¹¹⁹ Idem, p.1041.

¹²⁰ Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, 2016, p.1216.

¹²¹ Mauricio Zockun. Responsabilidade Patrimonial do Estado, 2010, p. 27.

¹²² Mauricio Zockun. Responsabilidade Patrimonial do Estado, 2010, p. 27.

Para aplicar a excludente de responsabilidade aos casos que sejam decorrentes de caso fortuito ou força maior, é necessário observar se o incidente poderia ter sido combatido caso o Estado tivesse empregado o devido cuidado.

Ensina Celso Antônio, força da natureza irresistível é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano ocorrido.¹²³

O mesmo autor supracitado explica:

A fortiori exime-se de responsabilidade quando o dano é inevitável, sendo baldos quaisquer esforços para impedi-lo. Por isso a força maior , acontecimento natural irresistível, de regra, é causa bastante para eximir o Estado de responder . Pensamos que o mesmo não sucederá necessariamente ante casos fortuitos. Se alguma falta técnica, de razão inapreensível, implica omissão de um comportamento possível, a impossibilidade de descobri-la, por seu caráter acidental, não elide o defeito do funcionamento do serviço devido pelo Estado.¹²⁴

Ademais, é importante ponderação ao analisar a excludente de responsabilidade do Estado no âmbito prisional, haja vista que mesmo em caso fortuito, de força maior ou culpa exclusiva da vítima, a proteção dos carcerários é de total responsabilidade da administração, que continua respondendo por sua tutela. Cabe a observação de cada fato ocorrido no intuito de verificar se era possível ao Estado prevenir o dano, ou ainda, se houve a diligência dentro do possível.

Vale ressaltar que a teoria adotada no Brasil é a teoria do risco administrativo, em que é possível afastar a responsabilidade em caso de ausência de qualquer dos seus elementos definidores.¹²⁵

4.4. MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Entende-se por mínimo existencial o alicerce básico da vida humana, sendo um direito fundamental essencial. A Constituição Federal traz como princípio fundamental o direito à dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, inciso III.

O Estado tem o dever de executar o direito constitucional garantido ao indivíduo para que o mesmo possa viver com dignidade. É o que determina a Constituição, e omissão em efetivar o direito pode dar ensejo à responsabilização estatal.¹²⁶

¹²³ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 2013, p. 1041.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Fernanda Marinela. Direito Administrativo, 2016, p.1044.

¹²⁶ Carolina Zancaner Zockun. Da intervenção do Estado no Domínio Social, 2009, p.56.

Ensina Marinella:

O Poder público não pode ser eximir de suas obrigações com fundamento no princípio da reserva do possível, e mais, o mínimo existencial, condições de sobrevivência para qualquer ser humano, tem que ser prestado, não tendo o ente como escapar. Além disso, a sua obrigação de aumentar a disponibilidade orçamentária para viabilizar a ampliação dos seus serviços também não pode ser afastada.¹²⁷

A reserva do possível está relacionada às limitações de recursos econômicos para a concretização de uma obrigação estatal imposta pela Constituição Federal.

Carolina Zancaner informa que a reserva do possível muitas vezes é invocada pelo Estado para se eximir do cumprimento de obrigação prevista na Constituição, sob a justificativa de não existir disponibilidade financeira, ou de não existir dotação orçamentária.¹²⁸

Para que o Estado se exima da responsabilidade é necessário analisar as condições reais. Se o serviço prestado é organizado e eficiente mas foi impossível impedir o dano por força alheia à vontade estatal, não cabe responsabilização. Mas se o Estado foi omissivo, deixou de agir ou agiu de forma insuficiente para prevenir o dano, realizando comportamento inferior ao padrão exigível, há o dever de indenizar.¹²⁹

Assim informa Zockum:

A cláusula da reserva do possível somente pode ser invocada quando se estiver diante de situação em que não se discutem direitos do cidadão relacionado com o mínimo existencial.¹³⁰

O atual sistema carcerário Brasileiro não garante aos presos o mínimo existencial, haja vista as muitas instalações que mais parecem masmorras. A vida dos cárceres é mantida em situação periclitante. Logo, não cabe ao Estado alegar reserva do possível, uma vez que não é ofertado aos reclusos o mínimo necessário a garantir os direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

Alessandra Gotti ensina:

O núcleo material essencial do princípio da dignidade corresponde ao que a doutrina denomina “mínimo existencial”. Apesar de o direito ao mínimo existencial não estar expressamente previsto no texto constitucional, pode-se dizer que, além de fundado no princípio da

¹²⁷ Fernanda Marinella, *Direito Administrativo*, 2016, p. 1169.

¹²⁸ Carolina Zancaner Zockun. *Da intervenção do Estado no Domínio Social*, 2009, p.50.

¹²⁹ Fernanda Marinella. *Direito Administrativo*, 2016, p. 1169.

¹³⁰ Carolina Zancaner Zockun. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*.2009, p.59.

dignidade da pessoa humana, ele decorre da supremacia da Constituição e da maior efetividade possível das normas constitucionais.

Logo, independente de norma expressa para regulamentar o mínimo existencial, cabe ao Estado o mínimo de proteção pela vida, integridade física e moral do detento, tendo em vista que são garantias expressas na Constituição Federal.

4.5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DA CUSTODIA DO PRESO

Como é notório, o Estado tem a responsabilidade de tolher a liberdade do indivíduo que comete ações antijurídicas tipificadas no código penal. Também cabe ao Estado o dever de guarda e vigilância do custodiado e a obrigação de lhe assegurar o respeito à integridade física e moral, conforme delineamento insculpido no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

Explica Dimoulis e Martins:

A história dos direitos fundamentais indica que sua principal finalidade foi a de limitar o poder do Estado a favor do indivíduos a este submetido. Essa finalidade continua sendo primordial. O destinatário principal do dever de respeitar os direitos dos indivíduos é o Estado no sentido mais amplo do termo, isto é, toda e qualquer autoridade ou órgão que exerça competência estatal, mesmo por intermédio de concessão de serviço público ou permissão especial. Pouco interessa ao titular de um direito se a pessoa fiscaliza sua atividade e pode aplicar sanções é funcionaria pública ou empregada de empresa privativa que exerce uma competência estatal. Relevante é garantir que o titular de autoridade respeite seus direitos.¹³¹

Entende-se que é dever do Estado ofertar guarida aos direitos fundamentais dos presos, protegendo-os de possíveis torturas, garantindo a vida, incolumidade física, dentre outros direitos.

Para Celso Antônio, culpa da vítima ocorre quando o dano provocado foi tão somente pela mesma, não existindo nexo de causalidade entre o dano e a conduta do Estado. Na falta desses elementos o Estado não será responsabilizado.¹³²

Dessa forma, qualquer lesão que o preso venha a sofrer em razão de conduta comissiva de agente público, ou de ação de outros presos, será de responsabilidade do Estado.

Celso Antônio relata:

¹³¹ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2014, p. 67.

¹³² Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 2013, p.1040.

A responsabilidade objetiva por danos oriundos de coisa ou pessoas perigosas sob guarda do Estado aplica-se, também, em relação aos que se encontram sob tal guarda. Assim, se um detento fere ou mutila outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente à ambiência de uma prisão onde convivem infratores, ademais inquietos pela circunstância de estarem prisioneiros.

Para Hely Lopes, incide a responsabilidade objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de resguardar a integridade física da pessoa e esta vem a sofrer dano decorrente da omissão do agente público de vigilância.¹³³

Por outro lado, o Estado não poderá ser responsabilizado por situação em que tomou a devida cautela e foi diligente, não obstante ocorrendo o dano sem que lhe fosse dado causa pelo Estado. Ou ainda quando inexistisse a possibilidade efetiva de evitar o dano, desta forma não havendo a responsabilização objetiva.

Para Bandeira de Mello:

Se o fugitivo de uma prisão vier a causar danos em locais afastados do prédio onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que a lesão sofrida por terceiro não estará correlacionada com a situação de perigosa criada por obra do Poder Público. Nesta hipótese só caberá responsabilizar o Estado se o serviço de guarda de delinquente não houver funcionando ou houver funcionando mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo, e não pela geração de risco oriundo de guarda de pessoas perigosas.¹³⁴

No julgamento do recurso extraordinário de nº 841.526, como o relator Ministro Luiz Fux informa que não se aplica a teoria do risco integral na responsabilidade civil do Estado, o mesmo responde de forma objetiva nas suas omissões, “Se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do Estado”.¹³⁵

No final do julgamento foi fixada a tese de repercussão geral: “em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.¹³⁶

No recurso extraordinário de nº 608.880/MT, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, a celeuma encontra-se no latrocínio cometido por preso fugitivo. Entendeu o STF que caberia ao Estado de Mato Grosso efetuar a devida indenização à família do *de cuius*,

¹³³ Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, 2016, p.787.

¹³⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 2013, p. 1035.

¹³⁵ Recurso extraordinário nº 841.526/RS, STF, julgamento 30/03/2016.

¹³⁶ Recurso extraordinário nº 841.526/RS, STF, julgamento 30/03/2016.

tendo em vista que é dever do Estado manter o preso sob sua custódia. Assim, ficou configurado o nexó de causalidade entre a conduta omissiva do Estado, que tinha o dever de vigilância do preso em sua tutela, e o dano sofrido pela família.¹³⁷

Diante do ensinamento de Bandeira de Mello e do recurso extraordinário, ambos citados em linhas anteriores, o Estado é responsável pelo dano provocado pelo preso fugitivo ao administrado, não sendo responsabilizado se teve o devido cuidado de manter a vigilância.

Correlacionado ao estudo proposto, Marinella, explana uma situação em sua obra:

Convém imaginar a situação em que um preso decide praticar o suicídio dentro do presídio, restando a dúvida se há ou não a responsabilidade para o Estado. Primeiro, é importante grifar que o preso está sob tutela do Estado, assim, em tese, haveria responsabilidade; há descumprimento do dever legal. No entanto se o Poder Pública prestava o serviço no padrão normal e não tinha como evitar o dano, ele se exime dessa obrigação. Por exemplo, preso que comete suicídio batendo a cabeça nas grades, ele irá fazê-lo de qualquer forma e o Estado não tinha como evitar, salvo se o público fosse “anjo da guarda”, o que não é o caso. Outro contexto ocorre quando o suicídio é praticado por uma arma que entrou com uma visita; nesse caso há omissão do Estado na fiscalização, pois, se o Poder Público não despoja os internos de certo presídio de quaisquer recursos que lhe permitam atentar contra a própria vida, não pode se eximir de responsabilidade em relação ao suicídio.¹³⁸

Yussef ensina que as pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob tutela do Estado têm o direito de proteção dos órgãos públicos, resguardando-se contra qualquer tipo de agressão.¹³⁹

No mesmo sentido Yussef apud Cretella Junior:

As pessoas recolhidas a prisões comuns ou quaisquer recinto sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos público, cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer, ainda, de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos ao preso.¹⁴⁰

Como já mencionado no capítulo anterior, é dever do Estado proteger a integridade física e moral do preso, conforme prevê a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso XLIX.

¹³⁷ Recurso Extraordinário nº 608.880/MT, STF, julgamento 26/11/2010.

¹³⁸ Fernanda Marinella. Direito Administrativo. 2016, p. 1.169.

¹³⁹ Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil Estado, 2012, p. 397.

¹⁴⁰ Yussef Said Cahali. Responsabilidade Civil Estado, 2012, p. 397.

Por fim, não resta dúvida sobre a justa responsabilização do Estado por atos comissivos ou omissivos cometidos no sistema carcerário, como a tortura cometida contra o preso, a fuga do preso que vem a provocar dano a terceiro, a morte entre os encarcerados, ou o suicídio dentro do cárcere.

Ademais, essa responsabilização é objetiva, devendo ser comprovados os três elementos, conduta do agente público, nexo de causalidade e dano. Não se pode deixar de ressaltar que se houve a devida cautela e todavia ocorreu o dano, o Estado não poderá ser responsabilizado, tendo em vista que agiu com diligência para evitar o resultado danoso, conforme a teoria do risco administrativo adotado no Brasil.

5. CONCLUSÃO

O Estado, como ente dotado de soberania, detém exclusivamente o direito de punir, sendo esse poder soberano, exclusivo e indelegável. Logo, é dever do Estado punir o indivíduo que tem conduta antijurídica e traz desarmonia à sociedade. Preocupou-se a Constituição Federal em atribuir dever ao Estado e direitos ao preso.

O Estado deve propiciar ao preso o mínimo de dignidade. Afinal, o preso teve tolhido o direito de ir e vir, mas mantidos os demais direitos fundamentais. É dever do Estado garanti-los, vez que o preso está sob sua tutela.

Não obstante, a realidade do sistema carcerário brasileiro não condiz com os imperativos Constitucionais, vez que diversas unidades do sistema prisional mais parecem masmorras que colocam a vida do preso em condições de alto risco o que vem a acarretar no descumprimento do principal objetivo da pena, a ressocialização do apenado.

A sensação é de que a Constituição Federal mais parece uma “folha de papel”, conforme informa Ferdinand Lassale em sua obra “A Essência da Constituição”, tendo em vista que não há garantia da efetividade dos imperativos que constam na mesma.

Diante do cenário exposto, foi necessária a análise da responsabilidade estatal no que respeita às lesões jurídicas sofridas pelos presos e pelos administrados (quando provocadas por fugitivo do sistema prisional).

Foi verificado que a Constituição Federal de 1988 delinea a responsabilidade do Estado no parágrafo 6º do artigo 37, informando que caberá às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, responder pelos danos causados a terceiros por ato comissivo ou omissivo.

Após interpretação do referido artigo, observa-se que os atos produzidos pela administração pública gerarão obrigação de reparar o dano sofrido por terceiros, sem a necessidade de se demonstrar a culpa do Estado.

Deste modo, para o Estado ser responsabilizado por ato comissivo ou omissivo que venha provocar dano a terceiro, não será necessário comprovar o dano ou culpa, sendo, no entanto, indispensável existirem a conduta do agente público, o nexo de causalidade e o dano para se configurar a responsabilidade objetiva.

Durante a pesquisa foi necessário analisar os limites da responsabilização do Estado. Foi observado que há causas que excluem a responsabilidade Estatal, haja vista não ser possível responsabilizar o Estado por fatos fortuitos, de força maior e de culpa exclusiva de terceiros, mormente quando este houver sido diligente no cumprimento do dever legal.

Desta forma, por qualquer lesão que os presos sofram no cárcere, por ação de agente público ou de outros presos, o Estado deverá ser responsabilizado, tendo em vista que é seu dever mantê-los sob vigilância para velar por sua integridade física e moral.

Quanto ao administrado que sofre ação danosa provocada pelo fugitivo, caberá ao Estado indenizar a vítima, visto que é dever do mesmo manter o indivíduo preso, cumprindo a pena determinada pelo judiciário.

É notório, contudo, que as penitenciárias brasileiras encontram-se em situação de extrema precariedade, o que inviabiliza ao Estado garantir a integridade dos apenados e coibir as fugas.

Portanto, os objetivos propostos na introdução foram alcançados, haja vista terem sido encontradas respostas para a inquietude da responsabilidade do Estado em relação ao preso que morre dentro do cárcere e ao administrado que sofre dano proveniente da fuga de apenado.

Ressaltamos que a responsabilidade é objetiva. O Estado deixa de ser responsabilizado com a excludente do nexo de causalidade. Porém, no estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, o Estado dificilmente conseguirá afastar o nexo de causalidade entre a conduta dos seus agentes e os danos sofridos pelo preso ou pelo administrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4^o ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 31^o.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo. Ed. Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. 30^o ed. São Paulo: Atlas S.A, 2017.

DIMOULIS. Dimitri; MARTINS. Leonardo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5^o ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

DUARTE JUNIOR, Ricardo Cesar Ferreira. **A Parceria Público e Privado no Sistema Prisional**, 2015. Lisboa, Monografia de disciplina de Doutorado.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12^o. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

FRANÇA, Catarina Cardoso Sousa. **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado na Prestação de Serviço Público de Saúde**, 2015. Natal, Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantia de Direitos) Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: Fundamentos Regime Jurídicos Implementação e Aferição de Resultados**. São Paulo: Saraiva. 2012

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11^o.ed.Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

MEDAUR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20^o . ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes . **Curso de Direito Administrativo**. 42^o. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30^o. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 24^o tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, Fabiano. **Limites da Responsabilidade do Estado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário 841526/RS. Relator FUX, Luiz. Publicado no DJe de 10.09.2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acessado em 08.10.2017

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário 608.880. Relator Aurélio, Marco. Publicado no DJ de 19.11.2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3493908>>. Acessado em 08.10.2017.