

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO

LARISSA GRAEBIN DE SOUSA

**A INEFICIÊNCIA ESTATAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO  
POR OMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA**

Curitiba  
2013

LARISSA GRAEBIN DE SOUSA

**A INEFICIÊNCIA ESTATAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO  
POR OMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA**

Trabalho apresentado à disciplina de  
Monografia como requisito de  
avaliação.  
Prof. Orientador: Daniel Wunder  
Hachem

CURITIBA

2013

*Ao meu querido e saudoso avô Rudy Agnus Graebin, com todo meu amor,  
esperando que o senhor esteja orgulhoso me abençoando de algum lugar.*

## AGRADECIMENTOS

O primeiro de meus agradecimentos não poderia ser pra qualquer outra pessoa que não eles: meus pais. Nesse momento de intensa alegria só tenho a agradecer por cada gesto que me trouxe até aqui, que me fez ter forças pra superar todo e qualquer obstáculo que aparecesse pelo caminho. Vocês dois não são apenas meus guias, mas meus amigos e companheiros para todas as horas. Obrigada pelas palavras e pelo abraço sempre certos. Obrigada pelo suporte incondicional e ilimitado. Obrigada pelo carinho e pelo amor. Te amo, te amo, te amo.

Agradeço à minha mãe Maria Cristina Graebin de Sousa por ser a mulher guerreira - sempre admirada por onde passa -, meu exemplo e meu espelho. Educadora empenhada, mãe exemplar, super mulher. Foi a sua vontade de tornar o mundo um lugar um pouco melhor que me trouxe até aqui, e é essa vontade que eu quero levar para sempre em minha mente e em meu coração.

Agradeço ao meu pai, Airon Donizete de Sousa, por ser modelo de caráter irretocável, além de ter o maior coração que alguém pode carregar. Obrigada pelo apoio irrestrito mesmo diante das minhas atitudes inesperadas, pela presença constante e pelo olhar sempre acolhedor. Você é e sempre vai ser o homem da minha vida.

Meu muito obrigada à minha irmãzinha Luana Graebin de Sousa pela parceria e pelo amor. Apesar de às vezes eu não dar a atenção merecida sou extremamente feliz por compartilhar novamente um lar com você. E também por você busco ser uma pessoa melhor a cada dia.

Obrigada ao meu irmão Lucas Graebin de Sousa que, mesmo longe, sempre está presente em meus pensamentos. Desejo muito sucesso e felicidades nessa nova fase de sua vida.

Ao meu amado Daniel Maffessoni Passinato Diniz, digo que é extremamente difícil sintetizar toda a gratidão que tenho por ter te encontrado. Além de ser o companheiro que eu quero pra vida toda, é um grande exemplo de homem e de profissional. Obrigada por ter me dado forças quando o cansaço e o desânimo tentavam insistentemente frustrar essa vitória. Obrigada pela infinita paciência nos momentos em que eu mais precisei. Obrigada pelos

abraços, pelos beijos, pelos sorrisos. Obrigada por esses dois anos e quatro meses de partilha, aprendizado e felicidades. Te amo pra sempre.

Obrigada aos meus familiares que, ainda que distantes, vão ter sempre seu lugar reservado em meu coração. Obrigada às minhas avós Laudelina e Susi, pelo carinho e suporte. Às minhas tias e tios, madrinhas e padrinhos, pelo carinho. Às primas e primos, pela parceria e amizade. Aos meus queridos avôs, Rudy e Jonas, que já passaram pra outro plano espiritual, mas que deixaram por aqui seus fortes exemplos.

Obrigada a minhas companheiras Letícia Brambilla de Ávila e Renata Bellé de Moura por dividirem suas vidas comigo nesses quatro (!) anos. Obrigada pela amizade e cumplicidade, que espero que ultrapassem em muitos e muitos anos o tempo da Graduação.

À minha eterna N2 (Rafael, Susana, Stephanie, Marco, Marlon, Kessley, Juliete, Nicole, Ananda, Pathy, Wallace, Lucas), meus sinceros e ilimitados agradecimentos. Esses cinco anos não teriam a menor graça sem vocês ao meu lado. Sem vocês, até as colunas da Santos Andrade não teriam o mesmo valor. Todos os momentos que passamos juntos vão ficar guardados e espero que tenhamos muitos outros para recordar.

Aos amigos da minha querida Vilhena (Isabela, Heloísa, Raphael, Renan, Gabriella, Juliani, Carol, Renata, Samara, entre tantos outros), obrigada por cada pedacinho de história que dividimos. Cada um de vocês foi e sempre será extremamente especial para mim.

Aos demais amigos que, inevitavelmente, o curso de Direito me proporcionou. Meu agradecimento especial ao pessoal lindo da Atlética de Direito, com quem dividi experiências desafiadoras e cansativas, mas também muitas alegrias.

Muito obrigada também ao Rotaract e aos amigos que dividiram comigo esses três anos de aprendizado, de crescimento pessoal e de incontáveis alegrias. Obrigada em particular ao André Martins - por ter me aturado por tanto tempo - e à Larissa Félix - por insistir pela minha presença e pelos bons exemplos -, que eu sempre quero ter por perto.

Agradeço aos profissionais com os quais eu tive o prazer de trabalhar e com os quais muito aprendi, especialmente aos queridos Léo Weber Schiller - Procurador de Justiça do Ministério Público Estadual do

Paraná - e Maria Aparecida Andrade Ribas - chefe da Divisão Especial do Tribunal de Justiça -, que demonstraram que humildade, simplicidade e caráter independem do cargo que se possui. Não poderia deixar de individualizar os agradecimentos à Simone, Arlete, Cristiano e Julio César que, além de companheiros de trabalho, acabaram se tornando bons amigos.

Agradeço aos mestres que me demonstraram que o Direito vai muito além da lei, merecendo destaque - por simples questão de afinidade - os professores Antônio Manuel Hespanha, Sérgio Staut Júnior, Luís Fernando Lopes Pereira, Priscilla Placha Sá, Melina Fachin, Sérgio Fernando Moro, José Roberto Vieira, Eroulths Cortiano Junior, Eneida Desiree Salgado.

Muito obrigada ao mestre e meu orientador Daniel Wunder Hachem, que apesar das inúmeras obrigações sempre se fez disponível e ágil, além de ter partilhado um pouco de seu vasto conhecimento, através de uma didática impecável.

Agradeço ainda a todos aqueles que de alguma forma fizeram parte dessa jornada, que sofreram e sorriram comigo, que me fizeram crescer, e que deixaram suas marcas em meu caminho. E finalmente agradeço a Deus e a todas as boas energias que me trouxeram até aqui.

A todos vocês, o meu muito obrigada.

*Porque agora vemos como espelho, em enigma,  
mas então veremos face a face; agora conheço em  
parte, mas então conhecerei plenamente, como  
também sou plenamente conhecido.*

*Agora, pois, permanecem a fé, a esperança, o amor,  
estes três; mas o maior destes é o amor.*

(I Coríntios 13)

## RESUMO

O presente trabalho monográfico objetiva demonstrar a ineficiência da atuação estatal na Administração Penitenciária brasileira, contrapondo esta ineficiência com a natureza da responsabilidade civil (se objetiva ou subjetiva) do Estado nos casos de omissão no interior dos estabelecimentos carcerários brasileiros. Demonstrar-se-á a situação em que se encontram os detentos no interior desses estabelecimentos e as consequências advindas do descaso com a vida humana em tais locais. Portanto, será proposto um olhar diferenciado sobre o entendimento predominante, de modo a facilitar a responsabilização da Administração Pública e a consequente indenização pelo dano sofrido.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Administração Penitenciária. Eficiência.



## **ABSTRACT**

The following academic paper aims to demonstrate the inefficiency of the Brazilian penitentiary administration, opposing this inefficient performance to the State civil responsibility (either objective or subjective) on omission cases occurred inside Brazilian prisons. It will be shown the actual situations faced by the convicts living inside these facilities, as well as the consequences resulting from the neglect with human life, which takes place on environments such as these. Therefore, it is going to be offered a different point of view regarding the prevalent understanding, in order to facilitate the assignment of the responsibility to the Public Administration, and the consequent reparation for the caused harm.

Key words: State Civil Responsibility. Omission. Penitentiary Administration. Efficiency.



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	12
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA .....	13
2.1. A EFICIÊNCIA E SUA INSERÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	13
2.2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM CONFORMIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL .....	17
2.3. HERMENÊUTICA E DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE EFICIÊNCIA.....	21
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	26
3.1. CONCEITO, FUNDAMENTAÇÃO E ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	26
3.2. EVOLUÇÃO E TEORIAS DA RESPONSABILIDADE .....	30
3.3. O DANO INDENIZÁVEL E HIPÓTESES DE NÃO INCIDÊNCIA.....	35
4. A ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA NO BRASIL.....	42
4.1. PANORAMA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA BRASILEIRA.....	42
4.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA.....	47
4.3. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO .....	51
5. CONCLUSÃO.....	55
6. REFERÊNCIAS.....	57

## 1. INTRODUÇÃO

Na primeira parte deste trabalho monográfico analisar-se-á o princípio da eficiência destacando-o do contexto de sua criação - durante o Estado liberal -, procurando ampliar o seu significado e interpretá-lo de acordo com a sistemática constitucional. Nesse aspecto se identificarão as características de um Estado eficiente, assim como aquelas que contribuem para a ineficiência estatal. Ademais, será demonstrado como o princípio da eficiência encontra-se intrinsecamente ligado à supremacia do interesse público, bem como aos pressupostos da legalidade e da eficácia, sendo motivo suficiente para que se cobre da Administração uma atuação mais eficiente.

Já na segunda parte será estudado o tema da responsabilidade civil da Administração Pública, demonstrando toda a trajetória envolvendo a responsabilização estatal por danos civis - da completa irresponsabilidade do Estado até o advento da responsabilidade objetiva - bem como definindo o alcance desta responsabilização (identificação do dano indenizável e do nexo de causalidade entre o comportamento do agente público e o dano). Serão albergados os aspectos polêmicos sobre a responsabilidade civil do Estado, especialmente quanto às excludentes de responsabilidade e à responsabilização por omissão (havendo disposições tanto no sentido de que seja subjetiva quanto objetiva).

No último capítulo investigou-se a situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros e o modo como são tratados os encarcerados, demonstrando uma atuação - ou mais especificamente uma ausência de atuação - estatal escancaradamente ineficiente e omissa. Sob este ângulo também se identificará o modo diferenciado como a doutrina e a jurisprudência tratam as omissões da administração penitenciária, oferecendo uma alternativa que procure aos menos dissipar as mazelas provocadas pela truculência deste modelo punitivo.

## 2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

### 2.1. A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO E SUA INSERÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O princípio da eficiência foi inserido na Lei Fundamental brasileira através da Emenda Constitucional nº 19/1998, num contexto de reforma do aparelho do Estado, quando então se buscava a transição da forma de governo burocrática para a gerencial. No projeto anterior ao aprovado, a redação dada ao novo princípio seria *qualidade do serviço prestado*, sendo alterado na redação final da Emenda para princípio da *eficiência*.<sup>1</sup> Assim, tal princípio passou a figurar entre os demais princípios que regem a Administração Pública, expresso no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Importa destacar que a administração burocrática surgiu durante o Estado Liberal com o intuito de coibir a corrupção e o patrimonialismo vigentes, criando uma estrutura de controles formais, através de "procedimentos rígidos para seleção de pessoal, para celebração de contratos, para exercício do controle"<sup>2</sup>. Posteriormente, a administração gerencial vem para promover uma "flexibilização" desse modelo, passando de um controle formal para um controle de resultados.

No Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado no governo Fernando Henrique Cardoso, encontramos de forma expressa a intenção de promover a supracitada transição, onde a administração burocrática é taxada de ineficiente e acusada de estar mais voltada para a própria rigidez que para a satisfação do interesse público, deixando de atender às necessidades de seu grande "cliente": o cidadão.

Entretanto, um dos erros da Administração pública brasileira foi o de buscar estruturar o modelo burocrático "no bojo de um Estado formalmente público, mas

---

<sup>1</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª Ed. atual, rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 180.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

materialmente privado".<sup>3</sup> As severas críticas que se fizeram a esse modelo, ao longo dos anos, são em sua maioria infundadas, vez que a adoção de procedimentos e a determinação de funções foi prejudicada, no Brasil, pela manutenção de características coloniais, como o clientelismo, o fisiologismo e o nepotismo, sem contar com o excesso de formalismo.<sup>4</sup> Gabardo bem elucida esses equívocos, salientando a ingenuidade em acreditar que "a melhor solução para o excesso de formalismo é a sua negação".<sup>5</sup>

Ainda, indiscutivelmente, no Plano em questão observa-se a intenção do legislador de incluir o princípio da eficiência na Constituição para justificar as privatizações que vieram e que viriam a seguir, além do objetivo de transformar a máquina estatal em uma grande empresa. O foco estava na descentralização e desconcentração dos poderes estatais, visando a transferência de uma série de competências para a esfera privada<sup>6</sup>.

A justificativa para tanto era a necessidade de que o Estado concentrasse seus recursos e sua atuação naquilo que lhe era próprio - as necessidades dos cidadãos -, deixando para a iniciativa privada e para a propriedade pública não estatal os serviços não exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado<sup>7</sup>. E por estar inserido nesse contexto de avanço do neoliberalismo o princípio em questão sofreu uma série críticas e foi visto com olhares duvidosos por um bom tempo, pois muito se questionou sobre a real necessidade de sua inserção expressa entre os princípios da Administração Pública.

O Ministro Carlos Ayres Britto, em Apresentação do livro "Eficiência e Legitimidade do Estado"<sup>8</sup>, explica que a eficiência já era um imperativo presente na Carta Maior antes mesmo da Emenda nº 19/1998. Além disso, também figurava na legislação infraconstitucional, como no Decreto-Lei nº 200/67 (artigos 13 e 25, V), no

---

<sup>3</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 34.

<sup>4</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio...* p. 35.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> BRASIL, Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21.09.1995 e pelo Presidente da República. Brasília: Presidência da República, 1995. p. 17. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em 11.04.2010.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...* p. 36.

<sup>8</sup> GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003. Apresentação - XVI-XVII.

Código de Defesa do Consumidor (artigos 4º, VII; 6º, X; e 22 da Lei nº 8.078/90) e no artigo 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95.<sup>9</sup>

O fato de passar a figurar entre os princípios da Administração Pública, contrariamente às pretensões do legislador e dos interesses políticos da época, contribui somente para reforçar a igualdade deste com os demais princípios, devendo a administração atuar tanto com legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade quanto com eficiência. Mais que isso, o princípio da eficiência veio para servir como "instrumento jurídico do regime administrativo consagrado constitucionalmente"<sup>10</sup>, legitimado pelo Estado Social de Direito e não mais pelo neoliberalismo, atuando para além da esfera administrativa, mas também nas esferas judiciária e legislativa.

Essa mudança de um Estado Liberal para um Estado Social tornou necessária uma alteração no modo de atuação da Administração Pública, partindo de uma posição não interventora por parte do Estado - onde este agia somente na esfera determinada por lei, garantindo a "previsibilidade a calculabilidade" de sua ação - para uma atuação ampla e efetiva, onde cabe à Administração garantir o acesso aos direitos sociais mais básicos, como educação, saúde e moradia.<sup>11</sup> Em suma, a Administração Pública recebe o papel de garantidora das demandas sociais.<sup>12</sup>

O agente público passa a ter a obrigação de agir com eficiência ao fazer qualquer escolha dentro de seu campo de atuação como tal, sob pena de descumprir preceito expresso na Constituição brasileira. Logo, mesmo a ação que esteja dentro de seu espaço de discricionariedade deve estar voltada à perseguição do interesse público e ao atendimento dos direitos fundamentais.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que o princípio da eficiência encontra-se encerrado no princípio da boa administração pública<sup>13</sup>, porém, nesse aspecto, observar-se-á o que ensinam Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, entendendo que o princípio da eficiência imprime um dever maior que o da boa

<sup>9</sup> SANTOS, Alvacir Correa dos. *Eficiência da administração pública*: princípio que se ajusta à consolidação de um estado democrático de direito. Curitiba: UFPR, 2001. p. 196.

<sup>10</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio...* p. 17.

<sup>11</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 42, Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 154-155.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

administração, uma vez que diminui o espaço de discricionariedade do administrador<sup>14</sup>.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz define resumidamente a boa administração como sendo "aquela que sempre atua a serviço objetivo do interesse geral"<sup>15</sup>, ou seja, a atuação da administração voltada às necessidades do cidadão, e que também deve estar sempre atenta às demandas coletivas. Enquanto isso, poder-se-ia definir a atuação eficiente como aquela que, além de atender ao interesse público, deve fazê-lo através da consecução do melhor resultado possível com os recursos que detém.

Para Paulo Modesto houve uma ampliação da atuação estatal, sendo inevitável a cobrança do administrador para obtenção de "*resultados socialmente relevantes*" pelo uso dos recursos que arrecada, devendo este agir com o máximo de "*celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência* na obtenção de utilidades para o cidadão, na regulação da conduta pública e privada, na vigilância ao abuso de mercado, no manejo dos recursos públicos"<sup>16</sup>.

Ou seja, além do dever da administração de atuar através da melhor relação custo/benefício, compete a ela utilizar o meio mais célere, menos oneroso e mais eficaz em relação aos fins pretendidos. É essa atuação que vai garantir que o poder público atenda ao interesse público e realize os direitos fundamentais.<sup>17</sup> Hely Lopes Meirelles defende que o princípio requer da atividade administrativa presteza, perfeição e rendimento funcional, atendendo satisfatoriamente às necessidades dos cidadãos<sup>18</sup>.

Destarte, é dentro dessa perspectiva emancipadora de interpretação constitucional que se tratará a inserção do princípio da eficiência dentre os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, procurando demonstrar a

---

<sup>14</sup> GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra; Luis Manuel Fonseca Pires; Marcelo Benacchio (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 239-292.

<sup>15</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 136.

<sup>16</sup> MODESTO, Paulo. Notas sobre para um debate sobre o princípio da eficiência. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 7, Belo Horizonte: Fórum, 2002. p. 34.

<sup>17</sup> PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. 2009. 277 fls. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 216-218.

<sup>18</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 96.



necessidade de sua observância, porém sem colocá-lo como justificativa para certas arbitrariedades do poder estatal.

## **2.2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA EM CONFORMIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL**

Conforme visto, a inserção do princípio da eficiência no artigo 37 da Constituição Federal se deu em um contexto dissociado do atual, sendo que tal inclusão promovida pela Emenda nº 19/98 foi vista por muitos como desnecessária - por já constar em outros dispositivos constitucionais e mesmo na legislação infraconstitucional -, enquanto por outros foi sedimentada como valor que, "pelo seu potencial justificador, é tomado como instrumento simbólico de legitimação do Estado"<sup>19</sup>.

Porém, segundo leciona Emerson Gabardo, deve-se obrigatoriamente dissociar o princípio da eficiência do contexto em que foi inserido em nossa Carta Maior, sem entretanto combatê-lo. Há que se ter a consciência de que a natureza deste princípio se altera com a sua inserção na Constituição, devendo ser visto como instrumento do Estado Social e Democrático de Direito, "fundamento nuclear do sistema"<sup>20</sup>. Para além disso, entender a eficiência através de uma perspectiva emancipadora é fugir de uma visão viciada pela lógica economicista.

A constitucionalização do regime Administrativo, consagrado na Constituição Federal de 1988, quis aproximar a Administração Pública do povo, acabando conseqüentemente com a separação entre Governo e Administração. Assim, tal constitucionalização se fez extremamente necessária para que ambos caminhassem no mesmo passo, vez que a ascensão ao Estado Social gerou uma ampliação da máquina estatal, que agora "faz-se do tamanho da necessidade que a sociedade aponta"<sup>21</sup>. Cármen Lúcia Antunes Rocha bem elucida:

"Os princípios constitucionais, seu conteúdo, sua finalidade e, principalmente, sua normatividade jurídica e sua eficácia jurídica e social são, pois, os pontos fundamentais do modelo sistêmico constitucional, possibilitadores da adaptação do significado e continuidade

---

<sup>19</sup> GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003. p. 16.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 18-19.

<sup>21</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 15-16.

da Constituição como um instrumento necessário à experiência estatal e fundamental para a prevalência do Direito na relação política entre as pessoas. O sistema constitucional firma-se em princípios, como é próprio e característico de todos os sistemas. Compõem-se eles da formação de subsistemas que, identicamente, formulam e embasam-se em princípios voltados ao cumprimento das finalidades que realizam os valores fundamentais tidos como válidos pela sociedade."<sup>22</sup>

Portanto, ao ser integrado entre os princípios administrativos constitucionais, o princípio da eficiência passa a fazer parte desse subsistema principiológico, onde cada princípio está interligado ao outro, estando todos eles subordinados a uma interpretação sistêmica. Sendo assim, inoportuno se torna olhar para o princípio da eficiência de forma isolada, analisando-o somente através do contexto em que foi inserido na Constituição, quando essencialmente devemos vesti-lo com a roupagem constitucional e só então procederemos no seu exame.

Conforme aponta Egon Bockmann Moreira, "uma vez positivada, a norma desprende-se do seu criador e assume um significado todo próprio, oriundo da interpretação sistemática do ordenamento jurídico. As normas constitucionais explicam-se umas às outras, em respeito ao princípio da unidade da Constituição".<sup>23</sup> Assim, ter-se-á uma ampliação da interpretação do princípio da eficiência, partindo de uma visão jurídica com base na Constituição Federal e não mais uma perspectiva meramente econômica.<sup>24</sup>

Gabardo fala em uma "utopia" socializadora, fundada no caráter emancipatório de uma Constituição dotada de poder dirigente, através de normas programáticas de aplicabilidade direta.<sup>25</sup> E, em sendo a norma elevada à categoria de gênero e o princípio a sua espécie de maior prestígio,<sup>26</sup> este se destaca como a bússola orientadora da hermenêutica constitucional.

A partir deste raciocínio enxerga-se que um dos principais instrumentos norteadores de nossa Lei Suprema não pode ser influenciado por meras ideologias políticas, que via de regra são superadas por outras novas, o que indubitavelmente ocorreu com a ideologia neoliberal. Deste modo, a ideia de que o princípio da eficiência seguirá maculado por essa ideologia é ultrapassada.

---

<sup>22</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 17.

<sup>23</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit. p. 186.

<sup>24</sup> Ibidem. p. 187.

<sup>25</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio...* p. 75.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 79.

Angela Costaldello concorda que, mesmo sofrendo o impacto do poder constituinte reformador através da Emenda Constitucional nº 19, a Constituição Federal de 1988 sustentou o modelo social e "evoluiu para a elaboração e materialização de políticas públicas".<sup>27</sup> Para além disso, possível afirmar que a busca pela eficiência na Administração Pública, consolidada após a Emenda, colaborou com a efetivação de um Estado democrático de direito no Brasil.<sup>28</sup>

Tomando a condição democrática do Estado enquanto Estado de Direito como a base da Administração Pública<sup>29</sup> e entendendo o Estado democrático de direito como aquele que atua segundo padrões democráticos, fundamentados na dignidade da pessoa humana e na garantia dos direitos fundamentais,<sup>30</sup> aduz-se que a racionalização dos gastos - através de um planejamento prévio baseado na realização do interesse público e na concretização dos direitos fundamentais, buscando sempre o alcance do resultado ótimo - é mesmo um instrumento de efetivação desse modelo de Estado.

Hoje a Administração Pública não se baseia somente nos preceitos do Estado de Direito, onde basta que esteja presente a ideia de *legalidade* (eficácia), pois em um Estado Democrático de Direito, pressupõe-se a convergência da *legalidade* e da *legitimidade* (eficácia mais eficiência), vez que a eficiência é um dado de legitimidade próprio do Estado Democrático de Direito.<sup>31</sup> A partir da aceção de que legitimidade é o reconhecimento da ordem estabelecida, que exerce eficazmente seu controle refletindo os anseios e valores da comunidade em que atua,<sup>32</sup> é natural que uma carência de legitimação decorra de ineficiência política do Estado.<sup>33</sup>

Sustenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o poder eficiente, além de atender o seu objetivo primário, consegue realizar também os objetivos secundários

---

<sup>27</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 16.

<sup>28</sup> SANTOS, Alvacir Correa dos. Op. cit. p. 205.

<sup>29</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 110.

<sup>30</sup> Idem. p. 111.

<sup>31</sup> SANTOS, Alvacir Correa dos. Op. cit. p. 204-205.

<sup>32</sup> GABARDO, Emerson. *Eficiência...* p. 49.

<sup>33</sup> Idem. p. 54.

ou complementares, obtendo daí um *acréscimo de poder*.<sup>34</sup> Explica que "serão as boas soluções de emprego do poder que resultarão na percepção geral de sua eficiência e terão, como resultados, a adesão e a cooperação do grupo",<sup>35</sup> concluindo que a legitimidade trata-se do "consentimento coletivo necessário à detenção, ao exercício e à destinação do poder". Logo, a eficiência implicaria em uma "otimização do emprego do poder".<sup>36</sup>

A partir daí temos uma evolução de toda a estrutura pública administrativa, que toma em conta o aspecto social-democrático, sem no entanto se descuidar do aspecto formal. Essa é a "utopia consciente e reformadora" de que Gabardo fala, que pode perfeitamente unir um Estado Eficiente e um Estado Social<sup>37</sup>, pois é "uma ilusão acreditar em uma política eficiente que ignore problemas sociais, ainda que sob a promessa de, 'no futuro', ocorrer a estabilização das condições sociais em níveis quantitativos superiores".<sup>38</sup>

Inobstante parecer uma proposta irrealizável *a priori*, quando analisada sob o prisma da aproximação estatal com a sociedade, exigindo desta algo além da mera contribuição material - mas uma participação direta e efetiva -, já nos parece algo mais próximo.<sup>39</sup> O indivíduo atuaria no terceiro setor, realizando os serviços de "interesse coletivo", ou serviços sociais, enquanto o Estado cuidaria dos serviços públicos, sempre fazendo a "ponderação política sobre seu nível de abrangência funcional".<sup>40</sup>

Sobre a supracitada ponderação política, a qual encontra-se dentro do espaço da discricionariedade da administração, Moreira Neto lembra que esta não pode se tornar obstáculo para uma atuação eficiente,<sup>41</sup> sob risco de se tornar também um obstáculo ao atendimento do interesse público. Portanto, o princípio da

---

<sup>34</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do Poder (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 202.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Ibidem. p. 203.

<sup>37</sup> GABARDO, Emerson. *Eficiência...* p. 156.

<sup>38</sup> Ibidem. p. 163-164.

<sup>39</sup> Ibidem. p. 164-165.

<sup>40</sup> Ibidem. p. 169.

<sup>41</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 55.

eficiência também está diretamente atrelado à concretização do interesse público, que por sua vez toma como fundamento a proteção aos direitos fundamentais.<sup>42</sup>

Destarte, é desta perspectiva emancipadora, através do tratamento do indivíduo como peça fundamental da engrenagem do Estado Social, onde a administração pública atua especialmente no campo da discricionariedade - porém sem descuidar de seu papel como efetivadora dos direitos e garantias fundamentais, assim como do atendimento ao interesse público -, que se falará do princípio da eficiência neste trabalho.

### 2.3. CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Hely Lopes Meirelles trata explicitamente da eficiência como um *dever* que se impõe à Administração Pública, e que só foi inserido em nossa Carta Magna dado que a função administrativa "já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros".<sup>43</sup> Explicita também que apuração da eficiência passa pela análise "do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração".<sup>44</sup>

Humberto Ávila também defende que a eficiência é um dever, porém vai além, pregando que a eficiência não se trata de um princípio, mas de um postulado.<sup>45</sup> Dentro disso, o dever de eficiência é que estruturaria o modo de consecução dos fins da administração e a intensidade da relação entre sua ação e os fins que persegue,<sup>46</sup> sendo que "traduz-se, pois, na exigência de promoção

---

<sup>42</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 328.

<sup>43</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 93.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> O autor define postulado como sendo uma metanorma ou norma de segundo grau. Portanto, funciona como estrutura para aplicação de outra norma, sem prescrever diretamente um comportamento, mas "modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos", estruturando a aplicação dessas normas. Cf: ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, n. 1, ano 1, Abril/Junho 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12511>>. Acesso em 18 jul. 2013. p. 6-7.

<sup>46</sup> Idem.

satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim".<sup>47</sup>

O termo eficiência é caracterizado de modo diferenciado por diversos autores, havendo inclusive parte da doutrina que o coloque como sendo sinônimo de eficácia.<sup>48</sup> Egon Bockmann Moreira explica que a Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 103.1, prevê o princípio da eficácia, sendo este similar ao princípio da eficiência no que tange aos fins pretendidos.<sup>49</sup> Luciano Parejo Alfonso esclarece que, na verdade, a eficiência - para os espanhóis - trata-se de uma subespécie da eficácia; neste ordenamento é a eficácia quem está relacionada com o atingimento dos fins perseguidos pela administração e, assim, a eficiência serviria como um parâmetro fixador do grau ótimo na relação meios/objetivos.<sup>50</sup>

Também há os autores que comparam o princípio da eficiência ao princípio da "boa administração",<sup>51</sup> originariamente adotado pela Constituição italiana como princípio do bom andamento da Administração<sup>52</sup> e posteriormente adotado por outros países, também denominado de princípio do bom governo. Outros defendem, como Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, que a boa administração não é somente um princípio pois, considerando que em uma democracia as instituições políticas são de domínio popular, a boa administração é um direito fundamental dos cidadãos.<sup>53</sup>

Nessa mesma linha, concebendo o a boa administração como um direito fundamental e a entendendo como uma "administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas"<sup>54</sup>, segue Juarez Freitas. O autor dá enfoque à análise da boa administração sob o viés da

---

<sup>47</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 17.

<sup>48</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio...* p. 24.

<sup>49</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit. p. 188.

<sup>50</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. La Eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. *Revista de Documentación Administrativa (1958-2005)*. Números 218-219. Disponível em <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=5132&path%5B%5D=5186>>. Acesso em 17 set. 2013. p. 19.

<sup>51</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 125.

<sup>52</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit. p. 193.

<sup>53</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Op. cit. p. 156.

<sup>54</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 99.

discricionariedade administrativa, destacando a imprescindibilidade da observação dos princípios da prevenção e precaução.<sup>55</sup>

Conforme já citado ao longo deste trabalho, Emerson Gabardo e Daniel Hachem - apesar de admitirem que há uma bibliografia extensa sobre o tema, destacando que mereceria uma análise mais aprofundada, como não convém realizar neste trabalho - explicitam que o conceito de eficiência "parece superar, tanto no viés simbólico, quanto sob o ponto de vista estritamente lógico, o 'dever de boa administração', constituindo um norte mais adequado para a satisfação eficaz do interesse público".<sup>56</sup> Destacam que a eficiência imprimiria um dever à Administração para que esta promova a realização da finalidade pública através de um mecanismo ótimo e não apenas bom.<sup>57</sup>

Os supracitados doutrinadores ainda sintetizam o conteúdo jurídico do princípio constitucional da eficiência administrativa, como sendo:

*"(...)o dever imposto constitucionalmente à Administração Pública de (a) exercitar a competência administrativa que lhe é juridicamente conferida com a máxima celeridade, presteza, economicidade e produtividade, (b) atuando de modo a concretizar fielmente a finalidade pública subjacente às normas jurídica às quais está submetida, (c) utilizando os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo direito positivo (interesse público), (d) conferindo a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico, (e) sempre em consonância com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa."*

Dessa definição nota-se que o dever derivado do princípio da eficiência envolve uma série de conceitos para além dos meramente economicistas, consoante já demonstrado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em definição ainda mais resumida, estabelece que o princípio possui dois aspectos, tanto no que diz respeito ao "modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados",<sup>58</sup> quanto ao "modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público".<sup>59</sup>

João Carlos Simões Gonçalves Loureiro diz que a eficiência pode ser definida como um "superconceito", comportando quatro dimensões: i) a execução eficaz das atividades administrativas; ii) a realização ótima dos fins da

---

<sup>55</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade...*p. 99.

<sup>56</sup> GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 251.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 84.

<sup>59</sup> Idem.

Administração; iii) o dever de celeridade na atuação; iv) a obrigação de economicidade.<sup>60</sup> Ou seja, mais uma vez nota-se que a eficiência foge de um conceito único, de cunho exclusivamente economicista, como pretende o próprio autor.

A questão que exsurge a partir do entendimento de que a eficiência é a busca pelo ponto ótimo de atuação da Administração Pública, sem descuidar dos demais princípios - especialmente da legalidade - , utilizando-se do espaço de discricionariedade para o atendimento do interesse público, cumprindo com os deveres estatuídos pelas normas jurídicas e prezando pela garantia dos direitos fundamentais, é sobre como caracterizar o comportamento ineficiente dessa Administração. Além disso, deve-se questionar quais os desdobramentos desse comportamento ineficiente, para que se possa combatê-lo.

Importa esclarecer, neste momento, que tanto a ação administrativa - ou procedimento administrativo - pré-ordenada pela norma<sup>61</sup> (ou vinculada) quanto aquela que depende exclusivamente de atos facultativos<sup>62</sup>, estão submetidas à discricionariedade do administrador, em maior ou menor nível. Loureiro ensina que entre ambas existe uma diferenciação quanto ao nível de vinculação, sendo que na primeira os "limites de formação da decisão" são menores, enquanto na segunda "a liberdade de escolha é a regra".<sup>63</sup> Portanto, toda atuação administrativa pode ser submetida à controle.

E se inevitavelmente toda a atuação administrativa está permeada pela discricionariedade administrativa, é natural que o limite para essa discricionariedade seja o interesse público. Obviamente que aqui não se trata do interesse público em caráter vago, sem qualquer hipótese que o justifique. Daniel Hachem traduz de forma consistente esse pressuposto, elucidando que é imprescindível a motivação da atuação administrativa, devendo o interesse público ser "definido, demonstrado, justificado"<sup>64</sup>, vez que "a demonstração, em cada caso, de qual interesse público

---

<sup>60</sup> LOUREIRO, José Carlos Simões Gonçalves. "O Procedimento Administrativo entre Eficiência e a Garantia dos Particulares - Algumas Considerações". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 131-132.

<sup>61</sup> O que Loureiro chama de procedimentos necessários ou formalizados. *Ibidem*. p. 57.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> HACHEM, Daniel. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 353.



encontra-se presente e justifica o exercício de uma prerrogativa estatal impede que interesses escusos sejam buscados pelo Poder Público".<sup>65</sup>

Concluimos, portanto, que a conduta da Administração que não esteja voltada ao alcance do interesse público, é uma conduta ineficiente. Hachem e Gabardo enumeram outros comportamentos administrativos que caracterizam a ineficiência estatal, além da busca pela concretização do interesse público, que são os comportamentos: i) omissivo; ii) moroso; iii) exacerbadamente formalista; e iv) perdulário.<sup>66</sup>

Diante disso, também instruem que de tais comportamentos advém pelo menos três consequências jurídicas, sendo elas a *responsabilização pessoal dos agentes públicos*, a submissão da ação estatal ao *controle interno* ou *externo* - visando a correção da ineficiência -, assim como a *responsabilização civil do Estado* de reparar os danos advindos de sua atuação ineficiente.<sup>67</sup> No primeiro caso a responsabilização por comportamento ineficiente deflui da inobservância aos deveres estabelecidos pelos estatutos dos servidores públicos e leis que tratam do regime jurídico dos demais agentes públicos. Quanto ao controle interno, dar-se-á através da invalidação, da convalidação ou da revogação, enquanto o controle externo será exercido através de fiscalização pelo Poder Legislativo ou de controle jurisdicional pelo Poder Judiciário. E, por fim, a responsabilização civil do Estado por comportamento ineficiente obriga o mesmo à reparação dos danos sofridos por terceiros prejudicados por tal comportamento.<sup>68</sup>

Apesar de restarem delimitadas as três consequências jurídicas acima tratadas, este trabalho se debruçará especificamente sobre a responsabilização civil do Estado, melhor definida no capítulo que se segue.

---

<sup>65</sup> HACHEM, Daniel. Op. cit. p. 357.

<sup>66</sup> GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 247.

<sup>67</sup> Ibidem. p. 258.

<sup>68</sup> Ibidem. p. 258-261.

### 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

#### 3.1. CONCEITO, FUNDAMENTAÇÃO E ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, também chamada de responsabilidade extracontratual da Administração Pública<sup>69</sup> ou responsabilidade extracontratual do Estado<sup>70</sup> pode ser definida como a obrigação da Administração Pública ou do Estado de responder sobre os danos causados a terceiros por comportamentos comissivos ou omissivos de agentes estatais quando atuam nessa qualidade. Dentro desses comportamentos, podem caracterizar a responsabilização tanto os atos lícitos quanto os ilícitos.

Romeu Felipe Bacellar Filho explica que o uso do termo "responsabilidade civil" pode remeter à ideia de que a responsabilização administrativa seria regulada pelo Direito Civil, o que incorreria em equívoco, vez que na maioria das vezes tal relação é regida pelo Direito Público, atuando o Direito Civil apenas em caráter subsidiário.<sup>71</sup> Acrescenta, ainda, que tal confusão tem conduzido à regulação do tema no Código Civil - como podemos observar no artigo 15 do Código Civil de 1916 e artigo 43 do Código Civil de 2002 -, gerando ainda mais desordem, pois na verdade a matéria integra o Direito Administrativo e não o Direito Civil.<sup>72</sup> Neste trabalho, entretanto, usa-se o termo como forma de caracterizar a natureza da sanção - a reparação de danos de natureza patrimonial -, que se dá no âmbito civil, independentemente de caracterizada responsabilidade criminal ou administrativa.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho explica que, apesar de haverem divergências doutrinárias a respeito da denominação dada ao tema, seria mais adequado falar em responsabilidade da Administração Pública porque "a responsabilização resulta de atos e omissões de pessoas jurídicas que a integram e não de atos do Estado organizado como entidade política". Cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 194.

<sup>70</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro entende que não se deve falar em responsabilidade extracontratual da Administração Pública uma vez que a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica, sendo que a Administração Pública não tem personalidade jurídica e, portanto, não pode ser titular de direitos e obrigações na ordem civil. Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito...* p. 697.

<sup>71</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 195.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 647.

Essa obrigação nasce no seio de nossa Constituição, mais especificamente no artigo 37, §6º, que determina que "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". O constituinte de 88 inovou ao substituir a expressão "funcionário" por "agente", além de estender a responsabilidade para as "pessoas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos", ampliando assim a esfera de responsabilização da atuação administrativa.<sup>74</sup>

Yussef Said Cahali, amparando-se na doutrina italiana, faz a distinção entre a obrigação de *ressarcimento* e a *indenização* por danos legitimamente provocados. Esclarece que, neste caso, o dano é causado "em razão do *sacrifício* de direitos particulares"<sup>75</sup> - sem que haja lesão a um dever precedente ou uma norma jurídica - porém parte de uma atividade que é facultada ao Poder Público mediante lei, enquanto naquele os danos são ilegítimos, provenientes de "atividade lesiva de direito de terceiros".<sup>76</sup> A responsabilidade civil do Estado provém da primeira situação, onde se exclui a "indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público".<sup>77</sup>

Conforme ensina Romeu Felipe Bacellar Filho, a fundamentação para a necessidade de fazer com que o Estado responda pelos danos provocados a terceiros é - além da óbvia obrigação de, assim como o particular, responder pelos danos causados - que, por atuar segundo um sistema de sujeições e prerrogativas especiais que visa o alcance do bem comum, sustentadas pela "força da autoridade e do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual"<sup>78</sup>, a Administração Pública pode acabar gerando danos aos particulares. Porém, é justamente com o intuito de garantir o bem comum que a Administração Pública deve ressarcir o dano.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, abr./jun. 2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219.

<sup>75</sup> *Ibidem*. p. 09.

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 199.

<sup>79</sup> *Ibidem*. p. 201.

Ainda, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se extrair quatro conclusões a respeito do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. A primeira é de que há responsabilização quando do exercício de qualquer função pública, sendo que não se restringe somente aos atos administrativos. Além disso, pode-se aduzir que a responsabilidade independe de dolo ou culpa do agente, caracterizada como *responsabilidade objetiva do Estado*. Em terceiro lugar, o doutrinador defende que a responsabilidade objetiva se aplica somente *para atos comissivos do Estado*, aplicando-se a *responsabilidade subjetiva* nos casos de omissão. Por fim, deduz-se do dispositivo que a responsabilização atinge tanto as pessoas de Direito Público quanto as de Direito Privado prestadoras de serviço público.<sup>80</sup>

Já Romeu Felipe Bacellar Filho discorda no aspecto da responsabilização da Administração Pública nos casos de omissão, por entender que, uma vez comprovado que o dano causado ao particular foi fruto de uma omissão da Administração, não há motivo para que a responsabilização dependa do reconhecimento da culpa ou dolo do agente público.<sup>81</sup> Juarez Freitas adota posição semelhante, defendendo uma readequação da doutrina através da proporcionalidade entre ações e omissões, visando "incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas".<sup>82</sup>

Caracterizada a responsabilidade extracontratual da Administração Pública cabe identificar quem, dentro do âmbito administrativo, responderá pela reparação do dano. Maria José Rangel de Mesquita fala em *entidade* ou *sujeito responsável*<sup>83</sup>, afirmando que a entidade responsável poderá ser: i) o *titular do órgão, funcionário* ou *agente* que houver praticado o fato gerador do dano; ii) a *pessoa coletiva* de direito público que conduz a atividade; ou iii) ambos (tanto o titular, funcionário ou agente, quanto a pessoa coletiva).<sup>84</sup> A autora diferencia a responsabilização da

---

<sup>80</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 124-125.

<sup>81</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil do Estado por omissão. *Revista argentina del régimen de la administración pública*, v. 326. Buenos Aires: RAP, 2006. p. 50.

<sup>82</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e inoperância. In: Juarez Freitas (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170.

<sup>83</sup> MESQUITA, Maria José Rangel. A responsabilidade da administração: considerações gerais. In: QUADROS, Fausto. (Org.). *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 47.

<sup>84</sup> *Ibidem*. p. 48.

Administração da responsabilização pessoal dos membros da Administração, explicando que a responsabilização pessoal se dá por "atos ilícitos praticados fora do âmbito das suas funções", enquanto a responsabilização da Administração advém de danos provocados por titulares dos órgãos, funcionários ou agentes no exercício da atividade administrativa.<sup>85</sup>

Daniel Hachem e Emerson Gabardo, amparando-se na doutrina francesa da *faute du service*, também diferenciam os momentos de responsabilização pessoal do agente público daqueles de responsabilização da Administração Pública, esclarecendo que a responsabilização pessoal ocorre de três formas: i) quando o dano praticado está completamente dissociado da atividade administrativa (neste caso, a responsabilização é exclusivamente pessoal); ii) quando o dano está ligado à atividade, porém não foi gerado durante o exercício da mesma (há tanto a responsabilização pessoal quanto a responsabilização da Administração Pública); e iii) quando o dano é provocado no exercício da atividade administrativa, mas pode ser dissociado desta (parte de um comportamento do agente público - como, por exemplo, agredir alguém - e a responsabilização é exclusivamente pessoal).<sup>86</sup>

Destaque-se que, quando a falta é unicamente pessoal, a ação deverá ser manejada no âmbito do Direito Privado. Porém, caso o dano esteja relacionado ao desenvolvimento da atividade pública, a Administração Pública responderá, resguardado o direito de regresso contra o agente. Ou seja, nas hipóteses em que o dano está relacionado com a atividade pública, a responsabilização da Administração é sempre objetiva, sendo subjetiva somente na relação entre a Administração e o agente que provocou o dano.<sup>87</sup> Ademais, a exigência de que a responsabilização seja objetiva também se justifica porque muitas vezes não é possível identificar o agente causador do dano, que é resultado da "má organização do serviço o seu funcionamento defeituoso - em outras palavras, ineficiente -", cabendo à Administração repará-lo.<sup>88</sup>

Finalmente, mesmo que se tenha evoluído consideravelmente em relação à responsabilização civil da Administração Pública - conforme será demonstrado no próximo tópico, sabe-se que o caminho a ser trilhado pela doutrina e pela

---

<sup>85</sup> MESQUITA, Maria José Rangel. Op. cit. p. 48-49.

<sup>86</sup> GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 265-266.

<sup>87</sup> Ibidem. p. 268.

<sup>88</sup> Idem.

jurisprudência ainda é longo e cheio de percalços, sobrepondo-se muitas vezes o poder estatal em detrimento do alcance do bem comum.

### **3.2. EVOLUÇÃO E TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

A responsabilização civil da Administração Pública adquiriu vieses relevantes muito recentemente, tendo passado por um amplo processo de evolução jurídica. Inicialmente, falava-se em *irresponsabilidade* da Administração - tese que foi completamente extinta em 1946 e 1947, sendo que Estados Unidos e Inglaterra foram os últimos países a refutá-la<sup>89</sup> -, passando em seguida às teorias civilistas e, posteriormente, às teorias publicistas.<sup>90</sup>

A teoria da irresponsabilidade fundava-se sobretudo na soberania do Estado ante os particulares, através do princípio de que o soberano não é passível de erro (*the king can do no wrong*). Até então, a obrigação de responder pelos danos causados a terceiros cabia somente aos particulares, estando o Estado amparado sob os fundamentos de sua "ilusória infalibilidade".<sup>91</sup> Tal tese sustentou-se até o advento do Estado Liberal - onde se justificava considerando a reduzida intervenção estatal na sociedade -, porém na medida em que a Administração Pública foi ampliando a sua atuação e suas funções foram se tornando mais complexas, deixou de ser aceitável que os particulares tivessem de suportar os danos provocados no exercício de uma atividade voltada para o bem comum.<sup>92</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho faz uma retrospectiva dos momentos relativos à responsabilização civil da Administração Pública no Brasil, demonstrando que nas primeiras Constituições brasileiras predominava a teoria da irresponsabilidade da Administração e que somente na Constituição de 1934 falou-se na responsabilização solidária entre o funcionário público - conforme visto, foi apenas na Constituição de 1988 que se adotou a responsabilização relativa ao agente público e não apenas o funcionário - e a Administração, prevista no artigo 171. Finalmente, na Constituição de 1946 houve um significativo avanço na legislação

---

<sup>89</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 1009.

<sup>90</sup> Adotar-se-á, neste trabalho, a classificação utilizada por Romeu Felipe Bacellar, considerando que não há uma unidade terminológica na doutrina a respeito do tema.

<sup>91</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 203.

<sup>92</sup> MESQUITA, Maria José Rangel. Op. cit. p. 55.

brasileira, pois finalmente se previu, no artigo 194, a responsabilidade objetiva da Administração Pública.<sup>93</sup>

Assim que a teoria da irresponsabilidade deixou de ser aceita - numa primeira fase de responsabilização do Estado - o tema era tratado no âmbito do Direito Privado, calcando-se na ideia de culpa ou dolo da Administração Pública e por tal motivo se fala em teoria civilista da culpa.<sup>94</sup> Havia uma distinção entre os *atos de império* e *atos de gestão* e, enquanto os primeiros estavam ligados ao exercício de privilégios conferidos à Administração - "impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial" - e eram regulados por um direito especial, os atos de gestão seriam aqueles que igualavam a Administração aos particulares, aplicando-se a ambos o direito comum.<sup>95</sup>

A supracitada distinção veio como forma de amenizar a teoria da irresponsabilidade, admitindo-se então a responsabilidade civil pelos atos de gestão, vez que os agentes públicos seriam passíveis de erro no exercício de suas atividades, porém o Estado - como o grande gestor - não errava, e portanto inadmitia-se a responsabilização pelos atos de império. O problema da teoria civilista era que muitas vezes não era possível distinguir os atos de império dos atos de gestão, por estarem fundidos, de modo que esse critério de separação acabou sendo abandonado. Porém, por mais um tempo considerável a responsabilidade civil manteve-se ligada à doutrina civilista, desta vez fundamentada somente na necessidade de demonstração de culpa da Administração, teoria que foi denominada *teoria da culpa civil* ou da *responsabilidade subjetiva*.<sup>96</sup>

O fim das teorias civilistas teve como marco o julgamento do caso *Blanco*, proferido pelo Tribunal de Conflitos francês, no dia 08 de fevereiro de 1873. Tratava-se de uma ação civil indenizatória promovida pelo pai da menina Agnès Blanco, que foi atropelada por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo, na cidade de Bordeaux. No caso em questão, o Tribunal de Conflitos decidiu que a responsabilização da Administração Pública não poderia ser regida por princípios de Direito Civil justamente pelo fato de a Administração funcionar com base em prerrogativas especiais. Sendo assim, diante da necessidade de conciliar

---

<sup>93</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 205.

<sup>94</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 699.

<sup>95</sup> *Ibidem.* p. 699-670.

<sup>96</sup> *Ibidem.* p. 670.

necessidades do Estado com necessidades dos particulares, a ação de reparação de danos deveria guiar-se pelos princípios de Direito Público.<sup>97</sup>

O próximo passo em relação à responsabilidade do Estado também foi dado pelo Tribunal de Conflitos francês, no julgamento do *arrêt Pelletier*, em 30 de julho de 1873, quando então o Tribunal diferenciou a *faute personnelle* da *faute de service*. Conforme já tratado, a *faute personnelle* seria aquela praticada pelo funcionário público, porém destacável da atividade que este exerce, enquanto a *faute de service* estaria diretamente ligada à função exercida. Nesta hipótese, quem responde pelo dano causado é a Administração, o que além de ser mais justo - considerando que o funcionário age sob o comando da Administração -, reforça a garantia de reparação do dano, dado que a Administração tem condições materiais superiores para responder.<sup>98</sup>

Ocorre que até então a apuração das faltas ocorriam apenas separadamente, não se admitindo a possibilidade de cumulação das duas modalidades de falta. Então, o Conselho do Estado francês, em 03 de fevereiro de 1911, passou a conceber a possibilidade da cumulação, denominando-a de *faute du service*. Os casos seguintes vieram para adaptar essa concepção, assegurando o direito de regresso da Administração contra o funcionário e deste contra a Administração, até que a noção de culpa pelo dano tornou-se secundária, dependendo a apuração da responsabilidade somente da detecção do mau funcionamento, do funcionamento atrasado ou do não funcionamento da atividade estatal.<sup>99</sup>

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, "a superação da ideia da culpa individual pela ideia da falta de serviço constituiu o elo de ligação entre as teorias civilistas e a atual teoria publicista objetiva, relativas à responsabilidade do poder público"<sup>100</sup> pois graças a essa superação foi possível enxergar a má prestação do serviço, ou a falta do serviço, admitindo-se finalmente a possibilidade de ineficiência do Estado através da falta do serviço.<sup>101</sup> Tratava-se da culpa anônima da Administração, que "foi o embrião do que hoje se entende como teoria objetiva da responsabilidade do

---

<sup>97</sup> GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 263.

<sup>98</sup> GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 264-265.

<sup>99</sup> Ibidem. p. 267-269.

<sup>100</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 211.

<sup>101</sup> Idem.



Estado"<sup>102</sup>, harmonizando a função da Administração Pública - de bem atender ao interesse público - com o ordenamento constitucional vigente.<sup>103</sup>

Segundo Hely Lopes Meirelles a tese da *culpa administrativa* já estaria no "tronco" da *responsabilidade objetiva da Administração Pública*, junto com as teorias que viriam a seguir, quais sejam a do risco administrativo e do risco integral.<sup>104</sup> A teoria da culpa administrativa, para o autor, também estava ligada à falta do serviço. Já a teoria do risco administrativo, que surgiu em seguida, exigia apenas a ocorrência do *fato do serviço*, ou seja, do "ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração", causado tanto por ação quanto por omissão do Poder Público.<sup>105</sup> Essa teoria buscou uma igualdade entre a Administração e o particular, tendo em vista o próprio *risco* que aquela ofereceria aos particulares no exercício da atividade pública.<sup>106</sup> Da teoria do risco administrativo surgiu a teoria do risco integral, que obrigaria a Administração a reparar qualquer dano, mesmo que fosse proveniente de culpa ou dolo do particular. Meirelles explica que essa última teoria não teve obtido respaldo na prática, "por conduzir ao abuso e à iniquidade social".<sup>107</sup>

A responsabilidade objetiva consagrou-se, no Brasil, através da Constituição de 1946, em seu artigo 194<sup>108</sup> e se aperfeiçoou em nosso sistema constitucional até culminar com o texto do artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 (que orientou-se pela teoria do risco administrativo), sepultando definitivamente a teoria da culpa disposta no artigo 15 do Código Civil de 1916.<sup>109</sup> A partir daí, bastava que restasse provado o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente público.

Conforme coloca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para que se configure a responsabilidade objetiva é necessário que: i) o agente público pratique um ato lícito ou ilícito; ii) que o ato gere um *dano específico e anormal* a um particular; iii) que

---

<sup>102</sup> Nesse aspecto há alguma divergência doutrinária, pois alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, entendem que ainda havia um elo com as teorias civilistas, por ainda se falar em culpa. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 1019.

<sup>103</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 212.

<sup>104</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p.648.

<sup>105</sup> *Ibidem.* p. 649.

<sup>106</sup> *Idem.*

<sup>107</sup> *Ibidem.* p. 650.

<sup>108</sup> O artigo 194 assim dispunha: "As pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpado destes."

<sup>109</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade Civil do Estado...* p. 48-49.

exista nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano provocado.<sup>110</sup> Não parece que a doutrina divirja no aspecto de que basta a existência de nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente público para que reste caracterizada a responsabilização objetiva da Administração, porém ainda há um aspecto de grande divergência no tocante à responsabilização objetiva pela omissão estatal.

Os grandes nomes do Direito Administrativo apresentam posições diferentes nesse aspecto. Respalhando a ideia de que a responsabilidade por atos omissivos da Administração é subjetiva temos nomes como Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>111</sup> Lúcia Valle Figueiredo<sup>112</sup> e Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>113</sup>; de outro lado, defendem que a responsabilidade por atos omissivos é objetiva Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>114</sup> e Juarez Freitas<sup>115</sup>.

Bandeira de Mello, salvaguardando a aplicação da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão estatal, leciona que nos casos de omissão o Estado só pode ser responsabilizado quando tinha a obrigação de agir para *impedir* o dano, ou seja, quando *descumpriu dever legal* de evitar esse dano.<sup>116</sup> Ressalta que, nesse caso, "sua omissão ou deficiência haveria sido a *condição* do dano, e não sua *causa*" e, portanto, deve ser apurada a existência de negligência, imprudência ou imperícia.<sup>117</sup>

Entretanto, o raciocínio utilizado por João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão parece ser mais adequado. A Constituição Federal, em seu artigo 37, §6º, em momento algum diferencia as condutas comissivas das omissivas, sendo completamente improvável que o constituinte fosse retroceder quanto à aplicação da responsabilidade objetiva, vez que ela é garantida desde a Constituição de 1946.<sup>118</sup> Toda a evolução na matéria em questão se deu no sentido de que aquele que sofresse lesão não tivesse de provar a culpa do agente público, vez que,

---

<sup>110</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 701.

<sup>111</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 1029.

<sup>112</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 264.

<sup>113</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 580.

<sup>114</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade Civil do Estado...* p. 50.

<sup>115</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...* p. 170.

<sup>116</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 1029.

<sup>117</sup> *Ibidem*. p. 1031.

<sup>118</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. Op. cit. p. 219.

conforme já exposto, trata-se de tarefa consideravelmente dificultosa, sendo ainda mais nos casos de omissão.<sup>119</sup>

Emerson Gabardo e Daniel Hachem ensinam que a doutrina que defende a responsabilidade subjetiva se utiliza da teoria da *faute de service* por acreditarem se tratar de uma modalidade de responsabilidade subjetiva.<sup>120</sup> Porém, os autores esclarecem que há uma confusão no uso da teoria, vez que a *faute du service* não corresponde, obrigatoriamente, à responsabilidade subjetiva, além de que a mencionada teoria não se utiliza da natureza omissiva da conduta para distinguir as espécies de responsabilidade - inclusive na França é admitida a possibilidade de responsabilidade objetiva por omissão.<sup>121</sup>

O presente trabalho acompanhará o entendimento destes pois, conforme se demonstrará a seguir, uma omissão estatal poder ser tão danosa quanto uma ação, sendo admissíveis apenas as excludentes donexo causal.

### 3.3. O DANO INDENIZÁVEL E HIPÓTESES DE NÃO INCIDÊNCIA

Juarez Freitas afirma que o dano indenizável é caracterizado quando a vítima demonstra a antijuricidade, "mais ou menos grave, ora pelo cometimento de excessos, ora pela não menos nociva inatividade formal e material", independentemente da responsabilização do agente por ação regressiva ou denúncia da lide.<sup>122</sup> O autor explica que não se trata de tornar o Estado um segurador universal, mas de garantir que a Administração Pública aja sempre com proporcionalidade, vedando tanto a atuação excessiva quanto a inoperância. Para isso, basta que se identifique o nexode causalidade entre os supracitados comportamentos e o dano gerado a terceiro.<sup>123</sup>

Entretanto, para que o Estado não se transforme em segurador universal, também há que se ter uma certa minúcia na identificação do dano indenizável. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o dano indenizável tem duas características, sendo que a primeira é a de que "o dano corresponda a lesão a *um direito* da

---

<sup>119</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. Op. cit. p. 219.

<sup>120</sup> GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 269.

<sup>121</sup> Ibidem. p. 270.

<sup>122</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade... p. 171.

<sup>123</sup> Ibidem. p. 171-172.

vítima"<sup>124</sup>, enquanto a segunda determina que, além de incidir sobre um direito, "seja certo, vale dizer, não apenas eventual, possível"<sup>125</sup>. Ou seja, o doutrinador explica que não se trata meramente de um dano patrimonial (e nem haverá responsabilidade da Administração caso seja somente patrimonial), mas de um dano real e ilegítimo - podendo ser inclusive moral - a um direito.

Lúcia Valle Figueiredo acompanha Bandeira de Mello, esclarecendo que tais características são suficientes para ensejar a responsabilidade diante de atividades ilícitas, porém em situações lícitas serão indenizados os danos *certos*, *anormais* e *especiais*.<sup>126</sup> Define os danos *anormais* como aqueles que transcendem "os incômodos normais a que qualquer um deve se submeter por viver em sociedade" (o doutrinador têm uma definição mais adequadas de danos anormais, como sendo aqueles que ultrapassam "os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social"<sup>127</sup>), enquanto os danos certos seriam aqueles "quantificáveis, aferíveis" e os danos especiais os que atingem determinadas pessoas.<sup>128</sup>

O presente trabalho não se aterá às definições de dano indenizável, vez que a doutrina parece ser consensual ao caracterizá-lo, entendendo como dano indenizável a lesão a direito de particular, provocado por agente público - excluídos aqueles provocados por atuação geral da Administração e que são suportáveis por uma grande quantidade de cidadãos - e que gere efeitos além dos que aquele possa suportar. Portanto, falar-se-á a respeito da reparação do dano, que poderá ser efetuada tanto no âmbito administrativo (através do reconhecimento da responsabilidade pela Administração e acordo quanto ao valor da reparação) quanto através de ação indenizatória do particular lesado contra a pessoa jurídica que o lesionou.<sup>129</sup>

Segundo Di Pietro, o artigo 37, §6º da Constituição Federal é claro ao estipular que a pessoa jurídica causadora do dano é quem responderá perante o particular que foi lesado, havendo direito de regresso contra o agente que tenha atuado com dolo ou culpa; porém, o tema ainda é controverso na doutrina e na

---

<sup>124</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 1037.

<sup>125</sup> Ibidem. p. 1038.

<sup>126</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit. p. 273.

<sup>127</sup> DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 1039.

<sup>128</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit. p. 273.

<sup>129</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 719-720.

jurisprudência, sendo que o principal ponto de atrito é em relação à denúncia da lide ao agente público que provocou o dano ou à formação de litisconsórcio entre este e a pessoa jurídica.<sup>130</sup> A autora, fundamentando-se nos ensinamentos de Yussef Cahali, resume a questão da seguinte forma: quando a ação é alicerçada pela "culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco" não caberá a denúncia do funcionário (por não haver culpa ou dolo deste) e quando a ação se apoiar na responsabilidade objetiva do Estado, porém sendo identificada culpa ou dolo do agente público, caberá a denúncia, o litisconsórcio ou a propositura diretamente contra o agente.<sup>131</sup>

Porém, a questão não parece ser assim tão simples. Romeu Felipe Bacellar Filho defende que a ação regressiva, quando identificada a culpa ou dolo do agente público, é uma *obrigação* do ente estatal e não somente uma prerrogativa, vez que fundada na indisponibilidade do interesse público.<sup>132</sup> E é através da ação regressiva que a Administração Pública recuperará o gasto despendido na reparação do dano gerado pelo agente público, "na exata medida da condenação sofrida pelo erário em sede da ação de indenização ou ressarcimento".<sup>133</sup> Estabelecido o dever da Administração em ingressar com a ação regressiva em face do agente que provocou o dano com dolo ou culpa não há porque, na ação de indenização, promover a denúncia da lide ou o litisconsórcio, vez que a Administração Pública tem maiores condições imediatas de restituição do dano. Portanto, a responsabilidade subjetiva, conforme estabelece a Constituição, existirá somente entre a Administração e o agente que provocou o dano, vigorando entre a Administração e o particular lesado sempre a responsabilidade objetiva (excluídas, obviamente, as situações em que o dano ocasionado não esteja ligado ao exercício da atividade pública, quando o agente responderá perante o particular numa ação regulada pelo Direito Civil).<sup>134</sup>

Destarte, o supracitado entendimento parece mais adequado justamente por oferecer maiores garantias de reparação ao particular quando a pessoa jurídica responde objetivamente pelo dano, além do que o agente público somente

---

<sup>130</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 720.

<sup>131</sup> *Ibidem.* p. 721.

<sup>132</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 237.

<sup>133</sup> *Idem.*

<sup>134</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 234-235.

responderá perante a Administração Pública, que sem sombra de dúvidas tem maior discernimento que o particular para apurar se houve ou não dolo por parte do agente. Sendo assim, importará a partir de agora as situações em que houver nexo de causalidade entre a atuação da Administração Pública e o dano provocado, como também delinear-se-á as situações em que existem excludentes ou atenuantes da responsabilidade administrativa, uma vez que a análise desses elementos "é que de modo razoável e proporcional possibilitam a plena aplicação de tal sistema de responsabilização, sem o receio de que o estado seja espécie de segurador universal"<sup>135</sup>.

Rodrigo Valgas dos Santos elucida que "O nexo causal é a indispensável relação de causa e efeito para que o dano possa ser juridicamente relevante"<sup>136</sup>, ou seja, é a ligação entre a ação praticada pelo agente público e o dano gerado ao particular. Ao longo dos anos se sobrepuseram algumas teorias do nexo causal, com destaque para a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos ou imediatos ou teoria da interrupção do nexo causal. Na primeira, todos os atos que concorressem para a ocorrência do evento danoso se equivaleriam, devendo todos os envolvidos serem responsabilizados igualmente. Tal teoria não vigora atualmente por ser sedimentado o entendimento de que a responsabilidade está ligada à causa independente que foi *condição do resultado*.<sup>137</sup> Já a teoria da causalidade adequada utiliza-se de critérios que definiriam a probabilidade da causa ter gerado o dano, sendo severamente criticada pela dificuldade em estabelecer critérios adequados para auferir tal probabilidade.<sup>138</sup> Por fim, quanto à teoria dos danos diretos e imediatos - mais frequentemente utilizada pela jurisprudência, têm-se que "o dever de indenizar apenas surge quando o dano for efeito necessário de uma causa".<sup>139</sup>

Entretanto nenhuma das teorias predominou na doutrina e na jurisprudência brasileiras, havendo uma série de confusões quando da aplicação de ambas,

---

<sup>135</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: Juarez Freitas (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 272.

<sup>136</sup> Ibidem. p. 270.

<sup>137</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Op.cit. p. 275-276.

<sup>138</sup> Ibidem. p. 277-279.

<sup>139</sup> O autor explica que há várias subteorias que buscam explicar a teoria dos danos diretos e imediatos, apontando como a mais adequada a da *necessariedade da causa* (Dumoulin e Pothier). Cf: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Op.cit. p. 275-276.

especificamente pela elevada dificuldade em identificar a causa efetiva do dano. Além disso é costumeira a aplicação de mais de uma teoria em conjunto, através do que Rodrigo Valgas dos Santos chama de "fusão teórica de conceitos jurídicos"<sup>140</sup>. O autor preconiza que, independentemente da teoria utilizada, é fundamental que se consubstancie o "liame lógico-jurídico entre conduta e dano", afim de precisar a ocorrência ou não da relação de causalidade.<sup>141</sup>

Resta, a partir de agora, identificar as excludentes e atenuantes de responsabilidade. Di Pietro explica que a responsabilidade será atenuada quando o dano não estiver vinculado somente à atividade estatal ou quando o exercício desta atividade não for a *causa única* do dano, sendo causa atenuante da responsabilidade civil da Administração Pública a *culpa concorrente da vítima*. Já as excludentes de responsabilidade - que como o próprio nome propõe, desobrigam a reparação do dano por parte da Administração - seriam a *força maior*, a *culpa da vítima* e a *culpa de terceiros*.<sup>142</sup> Já o professor Romeu Felipe Bacellar Filho dispõe que são tanto excludentes quanto atenuantes da responsabilidade o *caso fortuito e força maior*, *culpa da vítima*, *estado de necessidade* e *ato ou fato de terceiro*.<sup>143</sup>

Ainda restam divergências doutrinárias quanto aos conceitos de caso fortuito e força maior, havendo parte da doutrina que entenda o caso fortuito como um reflexo imprevisível de um comportamento humano (e, portanto, poderia gerar responsabilidade) e a força maior como fruto de uma intempérie (que por ser ocasionada pela natureza e estar fora do controle estatal, excluiria a responsabilidade da Administração).<sup>144</sup> Acompanhar-se-á, aqui, o entendimento de Bacellar Filho, que estabelece que a característica principal do caso fortuito é a imprevisibilidade, enquanto da força maior é a inevitabilidade. Em assim sendo, ambas seriam, a priori, excludentes de responsabilidade; todavia, havendo ação ou omissão da Administração que colabore para a produção do dano, ocorrerá a responsabilidade - ao menos proporcional à sua atuação - da Administração.<sup>145</sup>

---

<sup>140</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Op.cit. p. 283.

<sup>141</sup> Idem.

<sup>142</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 706-707.

<sup>143</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 241.

<sup>144</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 241.

<sup>145</sup> Ibidem. p. 242.

Sobre a culpa da vítima - há autores que preferem o termo *fato* da vítima<sup>146</sup> - pode-se dizer que se trata da excludente ou atenuante de maior ocorrência prática. Primeiramente, deve ser apurada a contribuição da vítima para a ocorrência do dano, se parcial ou se exclusiva. Caso a vítima tenha contribuído apenas parcialmente, estaremos na presença de uma atenuante de responsabilidade - a culpa concorrente da vítima -, e a Administração responderá proporcionalmente à sua ação ou omissão. Porém, se a causa única do dano foi o comportamento da vítima, ter-se-á uma excludente da responsabilidade administrativa, através da culpa exclusiva da vítima.<sup>147</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello entende que, neste caso, não se trata de excludente de responsabilidade pois sequer resta configurado o nexo causal entre a ação do agente público e o dano, vez que a culpa é exclusivamente da vítima.<sup>148</sup>

Nas ocasiões em que há estado de necessidade a responsabilidade da Administração será atenuada ou excluída em nome da prevalência do interesse coletivo em detrimento do individual.<sup>149</sup> Themistocles Brandão Cavalcanti exemplifica os casos de situação excepcionais, como revoluções, guerra, perturbações da ordem, calamidade pública, destacando que em períodos assim, "A necessidade pública prevalece sobre a dos indivíduos que devem renunciar àquela plenitude em benefício da comunidade".<sup>150</sup>

Presentes o ato ou fato de terceiro, entende-se que estes excluem a responsabilidade da Administração Pública.<sup>151</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro relativiza tal entendimento por acreditar que, diante de algumas modificações trazidas no Código Civil de 2002 - especialmente no que se refere à responsabilidade das empresas transportadoras de pessoas -, a responsabilidade por fato de terceiro não deve excluir a responsabilidade da Administração Pública, por ter garantido o direito de regresso contra o terceiro que provocou o dano.<sup>152</sup>

---

<sup>146</sup> Rodrigo Valgas dos Santos entende que a expressão *fato* da vítima seria mais ampla que *culpa* da vítima. Entretanto, tal distinção parece a este trabalho ser apenas de cunho terminológico, vez que a expressão usada pelo autor parece englobar os casos em que há culpa exclusiva da vítima e também nos que há culpa concorrente da vítima. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Op.cit. p. 285.

<sup>147</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 242.

<sup>148</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 1040.

<sup>149</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. v. 6, p. 402.

<sup>150</sup> Idem.

<sup>151</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 243.

<sup>152</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* p. 708.



Contudo, discordar-se-á da doutrinadora, pois a exceção levantada abrange situação prevista no art. 37, §6º, qual seja da responsabilização das pessoas privadas prestadoras de serviço público.

E, finalmente, a respeito da reserva do possível, Juarez Freitas sustenta que se trata de uma excludente de responsabilidade.<sup>153</sup> Todavia, Daniel Hachem e Emerson Gabardo argumentam que, a dependência de que a Administração disponha das "condições necessárias - financeiras, jurídicas, fáticas -" não possui respaldo algum, pois significaria resgatar a tese da responsabilização subjetiva da Administração.<sup>154</sup> Para os doutrinadores, tratar-se-ia da tese de responsabilidade subjetiva, vez que não se levaria em conta a existência de negligência, imperícia ou imprudência na conduta estatal, ou seja, "o dever de agir só se imporia quando as condições financeiras e fáticas permitissem a atuação estatal", o que é impraticável.<sup>155</sup> Bacellar Filho traz uma solução viável para a questão, destacando que a responsabilidade não é "afastada, excluída ou atenuada", mas resta patente a necessidade de se buscar sempre a "solução possível, viável, diante de circunstâncias que não permitam o enfrentamento total da pendência".<sup>156</sup>

Apesar de alguns pontos ainda serem altamente controversos na doutrina brasileira, o entendimento de que o nexo causal é que definirá a existência ou não de causas excludentes ou atenuantes, considerando que "se na relação de causalidade não existir a participação da atividade administrativa na produção do dano, não há e nem pode haver reparação pelo poder público, por ausência de indispensável pressuposto".<sup>157</sup> Por isso importa, antes de mais nada, apurar a existência de nexo causal, para então proceder à análise da ocorrência das excludentes ou atenuantes de responsabilidade.

Configurados, então, o dano indenizável e as hipóteses de não incidência, observar-se-á como a questão é vista pelo Poder Judiciário em nosso país, mais especificamente como é tratado o tema diante das constantes omissões da Administração penitenciária brasileira.

---

<sup>153</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade... p. 178.

<sup>154</sup> GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 287.

<sup>155</sup> Idem.

<sup>156</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 243.

<sup>157</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...* p. 243.

## 4. A INEFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA NO BRASIL E A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO

### 4.1. PANORAMA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA BRASILEIRA

Claus Roxin, refletindo a respeito da legitimação e dos limites do poder estatal, chega a conclusão de que existem três respostas que fazem o Estado crer que pode privar a liberdade dos cidadãos.<sup>158</sup> Afirma que a primeira resposta é encontrada na "teoria da retribuição" - calcada nos ideais iluministas e na tradição cristã -, que busca dar uma resposta ao mal penal provocado quando identificada a culpabilidade do autor.<sup>159</sup> A segunda resposta seria a teoria da prevenção especial - formulada durante o Iluminismo, porém teve seu auge apenas no final do século XIX -, a qual atribuía à pena a capacidade de correção, ressocialização e neutralização do apenado.<sup>160</sup> A última resposta, a teoria da prevenção geral - representada por Feuerbach, o "fundador da moderna ciência alemã do direito penal" - prega que a pena teria caráter intimidatório, coagindo o cidadão a se comportar dentro dos padrões esperados pelo Estado.<sup>161</sup>

Entretanto, conforme bem colocam Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer, nenhuma das teorias preventivas da pena consegue justificar a sua necessidade, além de não oferecer soluções viáveis para o controle da criminalidade.<sup>162</sup> Elucidam que, na busca de uma solução para o problema da criminalidade, as teorias preventivas se preocupam com os efeitos *fáticos* da pena<sup>163</sup>, porém muitas vezes não estão atreladas a "princípios normativos de Justiça que são vinculantes por imperativo do Estado de Direito e que constituem, portanto, um limite intransponível a uma finalidade puramente preventiva movida por puras razões de eficácia"<sup>164</sup>. Além disso, um dos fatores que comprovam a insuficiência da prevenção especial é o elevado índice de reincidência, enquanto a insuficiência da

---

<sup>158</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 16.

<sup>159</sup> Idem.

<sup>160</sup> Ibidem. p. 20.

<sup>161</sup> Ibidem. p. 23.

<sup>162</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 267.

<sup>163</sup> Idem.

<sup>164</sup> Ibidem. p. 268.

prevenção geral pode ser detectada através do aumento nos índices de criminalidade.<sup>165</sup> Finalmente, sobre as teorias retributivas e neoretributivas - que se pautam nos conceitos de Justiça, proporcionalidade e culpabilidade -, são questionáveis, além da inconsistência dos pressupostos em que se baseiam, a real utilidade do uso da pena como retribuição ao crime praticado, não tendo assim qualquer respaldo empírico.<sup>166</sup>

Antonio Cano Mata ressalta que o caráter da pena como corretora do apenado estaria longe de se concretizar, considerando que a prisão na verdade teria um caráter *corruptor*, demonstrado através do alto índice de reincidência.<sup>167</sup> Conforme o autor, há a necessidade de se repensar a prisão, que é, "*algunas veces, unas grandes jaulas bien protegidas y mal conservadas, en donde se castiga a una persona humana y se intenta intimidar a toda una colectividad, quedando la reeducación del delincuente en un plano teórico, pero sin proyección práctica*"<sup>168</sup>.

Mata sugere, em primeiro lugar, que a pena de encarceramento deve ficar restrita somente a casos absolutamente necessários e, quando assim restar estipulado, que os estabelecimentos carcerários ofereçam verdadeiras condições de reeducação do preso. A execução adequada da pena deve respeitar plenamente os direitos do apenado e, segundo Mata, é perfeitamente conciliável como os princípios de trabalho e disciplina, desde que se promova "*una clasificación escrupulosa de los reclusos, una mejora de la arquitectura penitenciaria, una mitigación del problema sexual de las prisiones (permisos de salida, visitas, ejercicio..., etc) y de todos aquellos medios necesarios para que la pena cumpla su misión reeducadora*".<sup>169</sup>

Michel Foucault, precursor da corrente abolicionista, foi o primeiro a questionar as estruturas de poder e a criminologia tradicional, tratando esta última como legitimadora do sistema punitivo através de "um falso humanismo

<sup>165</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 270-271.

<sup>166</sup> Ibidem. p. 279.

<sup>167</sup> MATA, Antonio Cano. Derecho Administrativo Penitenciario: protección al recluso. *Revista de Administración Pública*, nº76, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, ene./abr. 1975. p. 39.

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> MATA, Antonio Cano. Derecho Administrativo Penitenciario: protección al recluso. *Revista de Administración Pública*, nº76, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, ene./abr. 1975. p. 40.

representado pelo discurso ressocializador".<sup>170</sup> De fato, Foucault explica que a dificuldade em modificar ou mesmo abolir o regime de encarceramento é que ele está intrinsecamente ligado à manutenção do poder, demonstrando que o "o que resiste não é a prisão-sanção penal, mas a prisão com todas as suas determinações, ligações e efeitos extrajudiciários; é a prisão como recurso de recuperação na rede geral das disciplinas e das vigilâncias; a prisão, tal como funciona num regime panóptico".<sup>171</sup>

Salo de Carvalho explica que o Estado, para fundamentar o monopólio do poder punitivo através do uso da força, se utiliza dessas teorias da pena para criar regras limitadoras e discursos legitimadores que justifiquem esse poder.<sup>172</sup> Tais discursos, entretanto, acabam naturalizando "as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta"<sup>173</sup>, buscando justificar - o que talvez seja injustificável - desde os espetáculos do suplício até as penas "humanizadas" de hoje.

As correntes mais atuais da criminologia transitam entre a necessidade da restrição de aplicação da pena privativa de liberdade aos casos mais graves e o completo abolicionismo. A primeira defende que o abolicionismo penal, embora apresente uma visão crítica do sistema, se apóia demasiadamente nos conceitos marxistas - o que gera um certo anacronismo -, além de acreditar que a abolição da pena diminuiria a desigualdade social - porém, "o Direito penal não serve e nem deve servir de instrumento de alteração social"<sup>174</sup>.<sup>175</sup> Já a corrente abolicionista ressalva que a restrição da prisão apenas aos casos mais graves e a consequente adoção de substitutivos penais para os casos mais brandos, embora salutar por reduzir os danos causados pela prisão, acabam por fortalecer este instituto.<sup>176</sup>

Entretanto, aqui no Brasil o fenômeno da descarcerização parece estar longe de se concretizar. Enquanto completamos um quarto de século da

---

<sup>170</sup> CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 05.

<sup>171</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 41ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2013. p. 283.

<sup>172</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 40-41.

<sup>173</sup> Ibidem. p. 41.

<sup>174</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 799.

<sup>175</sup> Ibidem. p. 798-799.

<sup>176</sup> CARVALHO, Salo de. Teoria... p. 11.

"Constituição Cidadã" - "Um documento que jogava luz no futuro e enunciava o juramento de cessar o longo ciclo de violência estatal, de democratizar a política e de construir um país justo"<sup>177</sup> - o cenário com o qual nos deparamos no sistema penitenciário brasileiro é avassalador. Não são apenas os números que assustam - a população carcerária em novembro de 2000 era de 232.755 presos, quando as vagas totalizavam 135.710; em dezembro de 2012 estavam registrados 548.003 presos, para um total de 310.687 vagas nos estabelecimentos prisionais<sup>178</sup> -, mas também as condições precárias em que se encontram os presídios brasileiros, sendo "verdadeiras zonas de exclusão dos direitos humanos"<sup>179</sup>.

A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, realizada em 2007 pela Câmara dos Deputados<sup>180</sup>, traz a tona todas essas violações aos direitos humanos, expondo a situação degradante dos estabelecimentos penitenciários brasileiros. Encontramos nos relatos da CPI a exposição de situações que vão desde a completa falta de higiene e privacidade nas celas até relatos de tortura, suicídios e morte. No 2º Distrito Policial de Contagem, por exemplo, onde a capacidade é de abrigar 25 presos, encontram-se encarcerados 125 homens em apenas 03 celas, cabendo transcrever uma parte do relatório quanto à situação das celas:

"(...)Homens pálidos pela ausência de banho-de-sol; presos que se revezam para dormir (muitos dormem em cima da privada); vários presos doentes com HIV, tuberculose e doenças de pele, misturado com outras dezenas de presos aparentemente saudáveis. Na cela 02 um preso misturado com outros 47 tinha o corpo totalmente coberto de feridas.

As celas tem 1.80 de altura (sem janelas), são quentes e escuras, lembrando um calabouço. Ao meio dia a temperatura ultrapassa os 40 graus. O mau cheiro denuncia a sujeira: urina apodrecida misturada com fezes, restos de comida azeda e suor de homens sem banho por dias exalando um cheiro horrível.

---

<sup>177</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A Odisseia da Carta de 1988: o que conquistamos e o que resta a fazer*. Os constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-odisseia-da-carta-de-1988-o-que-conquistamos-e-o-que-resta-a-fazer>>. Acesso em: 14 out 2013.

<sup>178</sup> Dados colhidos no site do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D:&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 14 out 2013.

<sup>179</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit.

<sup>180</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. O relatório final da CPI encontra-se disponível no domínio: <[bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701](http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701)>. Acesso em 30 out 2013.

Os presos realizam suas necessidades fisiológicas na frente dos outros detentos e de pessoas que circulam pelo corredor. À noite essas pessoas flageladas se amontoam uma nas costas das outras, em cima de pedaços de colchões envelhecidos e fedorentos.<sup>181</sup>

Minas Gerais é um dos Estados em que a situação é extremamente crítica, registrando inúmeras mortes, más condições de higiene e superlotação. Nos estabelecimentos prisionais do Espírito Santo a situação não difere muito, tendo o relatório da Comissão identificado a existência de estabelecimentos que se utilizam de contêineres como celas e, por baixo deles, corre esgoto a céu aberto.<sup>182</sup> O Estado do Espírito Santo também registra inúmeros casos de superlotação e de mortes. Entre tantos outros problemas que assolam os estabelecimentos prisionais do Brasil, a CPI identificou corrupção, tortura, abusos sexuais, suicídio e doenças.

A condição dos estabelecimentos prisionais brasileiros teve repercussão no exterior, com o Brasil condenado em 2002 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (devido ao péssimo estado do Presídio de Urso Branco, em Rondônia), além de ser convocado a prestar explicações perante a ONU, em 2010, a respeito da situação dos presídios no Espírito Santo.<sup>183</sup> No ano de 2012 o Subcomitê de Prevenção à Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT) da ONU emitiu um relatório de sua visita aos estabelecimentos carcerários brasileiros feita entre 19 e 30 de setembro de 2011, onde considerou que a estrutura institucional do Brasil não oferece proteção suficiente contra a tortura e os maus-tratos e, apesar de possuir um excelente aparato jurídico de prevenção à tais práticas, "a maioria das garantias e dos direitos dispostos na legislação nacional são amplamente ignorados".<sup>184</sup>

Os doutrinadores André Giamberardino e Massimo Pavarini sintetizam bem a conjuntura do sistema punitivo brasileiro, destacando que "não se pode dizer que o *inteiro* processo de reformismo penitenciário das últimas três décadas foi finalisticamente orientado para favorecer processo de descarcerização", pois há uma clara contraposição entre a adoção dos mecanismos alternativos à prisão e o uso de

---

<sup>181</sup> <bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em 30 out 2013. p. 97

<sup>182</sup> Ibidem. p. 116.

<sup>183</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254. Belo Horizonte: Editora Fórum, maio 2010/ ago. 2011. p. 44-45.

<sup>184</sup> Relatório na íntegra disponível em: <[http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio\\_SPT\\_2012.pdf](http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf)>. Acesso em 30 de out 2013. p. 06.

penitenciárias de segurança máxima, vez que na primeira hipótese o intuito seria o de promover a ressocialização enquanto na segunda seria o de neutralizar através da prisão.<sup>185</sup> Ocorre que, conforme se pode deduzir dos dados da CPI, o que vigora é a segunda hipótese, com o agravante de que nos estabelecimentos penitenciários estaduais as situações de lesão aos direitos humanos são consideravelmente mais graves e gritantes que nas penitenciárias de segurança máxima.

Frente a esse contexto e retomando o conceito de eficiência abordado no primeiro capítulo deste trabalho, nota-se que o sistema punitivo brasileiro - calcado sobretudo no encarceramento - é um sistema extremamente ineficiente, especialmente no que tange à administração carcerária. Sua ineficiência é demonstrada não somente através dos elevados índices de reincidência e dos altíssimos gastos despendidos com a criminalidade - somados os gastos anuais diretos e indiretos com a violência tem-se um total de 10% do PIB brasileiro<sup>186</sup> -, mas da completa omissão da Administração Pública nesses estabelecimentos, onde não são observados os direitos e garantias fundamentais dos apenados. Além disso, o nosso sistema punitivo sequer atende ao interesse público, vez que se trata de um sistema violento e que, contudo, não garante a segurança pública. Trata-se de um sistema moroso, custoso, omissivo e que foge completamente aos preceitos de um Estado Social e Democrático de Direito.

O próximo tópico tratará especialmente da questão das omissões dentro dos estabelecimentos carcerários, bem como na responsabilização da Administração Pública diante de tais omissões.

#### **4.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA**

No terceiro capítulo deste trabalho analisou-se especificamente da Responsabilidade Civil do Estado, onde se demonstrou a controvérsia jurisprudencial a respeito da responsabilidade da Administração ser subjetiva ou objetiva. Conforme visto, parte da doutrina defende que a responsabilidade civil da Administração é objetiva quando se trata de atos comissivos e subjetiva em relação

---

<sup>185</sup> GIAMBERARDINO, André; PAVARINI, Massimo. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 208.

<sup>186</sup> <bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em 30 out 2013. p. 49.

aos atos omissivos, enquanto um outro segmento entende que a responsabilidade estatal - desde que caracterizado o nexo causal entre a ação ou omissão do agente público e o dano - é sempre objetiva. Todavia, a doutrina examina com uma certa peculiaridade os casos de omissões administrativas que acabam por ocasionar mortes dentro dos estabelecimentos carcerários.

Celso Antônio Bandeira de Mello estipula a possibilidade de três situações ensejadoras de responsabilidade, quais sejam: a) a conduta *comissiva* (quando a atividade do agente público gerou o dano); b) a conduta *omissiva* (quando a Administração, devendo evitar o dano, não o fez, ou fez tardiamente); e c) a conduta *propiciatória do dano* (o Estado não atua "direta e imediatamente" para causar o dano, porém seu comportamento é decisivo para causá-lo).<sup>187</sup> Para o autor, a responsabilidade da Administração de indenizar pelas mortes ou ferimentos ocorridos no interior dos estabelecimentos carcerários estaria ligada a esta última situação, onde a responsabilidade é *objetiva*.<sup>188</sup> Acentua que "Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos" e que, em sendo o Estado o gerador dessa situação de risco, a sua responsabilidade deve ser objetiva.<sup>189</sup>

Yussef Cahali concorda com Bandeira de Mello, por acreditar que a partir do momento em que o indivíduo é recolhido ao cárcere, "este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação de sua integridade corporal, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contra ele praticadas, seja da parte dos agentes públicos, seja da parte de outros detentos, seja, igualmente, da parte de estranhos"<sup>190</sup> Salienta ainda que tal proposição se aplica tanto ao sujeito condenado quanto ao que foi detido somente para averiguação, aquele que está sob custódia preventiva ou que sofreu perseguição policial por ser suspeito de praticar infração.<sup>191</sup> Exemplificando através do famoso caso do jornalista Vladimir Herzog - onde restou determinado a responsabilidade civil objetiva do Estado, vez que há o dever do Estado de zelar

---

<sup>187</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 1026-1027.

<sup>188</sup> Ibidem. p. 1034.

<sup>189</sup> Ibidem. p. 1034-1035.

<sup>190</sup> CAHALI, Yussef. Op. cit. p. 398-399.

<sup>191</sup> Ibidem. p. 399.



pela integridade física do detento sob sua custódia -, Cahali ressalta que a jurisprudência é consensual quanto à responsabilização objetiva do Estado nesses casos.<sup>192</sup>

Grande parte da doutrina tem opinião semelhante a dos supracitados doutrinadores (neste sentido José Cretella Júnior,<sup>193</sup> Rui Stocco,<sup>194</sup> Cavalieri Filho,<sup>195</sup> entre outros), no entanto tais posições devem ser analisadas com cautela. Conforme exposto no terceiro capítulo, a posição adotada neste trabalho é a da responsabilização objetiva da Administração Pública sempre que houver nexo causal entre o dano e a atuação do agente público. Na situação das mortes em estabelecimentos prisionais não há que se admitir outra hipótese, especialmente para que a responsabilização objetiva não seja relativizada, como a jurisprudência tem tratado alguns casos de suicídio.

Ainda, Fernando Moreno Machado e Carolina Dalla Pacce analisam a questão através de uma perspectiva peculiar. Ressaltam que a doutrina majoritária fundamenta o cabimento da responsabilidade objetiva do Estado levando em consideração o risco inerente à atividade desenvolvida, equiparando a vigilância de encarcerados com armazenamento de substâncias explosivas ou desenvolvimento de atividades perigosas, como nas usinas nucleares.<sup>196</sup> Ocorre que o risco da atividade não pode ser considerado o único motivo - e nem o motivo mais forte - para justificar a ocorrência de mortes e lesões nos estabelecimentos prisionais.<sup>197</sup> Moreno e Dalla Pacce entendem que "se há riscos à incolumidade ou segurança dos custodiados, isso também é consectário da própria natureza de alguns que ali estão"<sup>198</sup>, de modo que o Estado não pode ser automaticamente responsável pelas mortes ali ocorridas, defendendo o cabimento da responsabilização *subjetiva*.<sup>199</sup>

---

<sup>192</sup> CAHALI, Yussef. Op. cit. 399.

<sup>193</sup> CRETELLA JUNIOR, JOSÉ. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 251.

<sup>194</sup> STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1320-1321.

<sup>195</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 176.

<sup>196</sup> MORENO MACHADO, Fernando; DALLA PACCE, Carolina. A responsabilidade civil do Estado pela morte de presidiários. *Revista Digital de Direito Público*, v. 1, n. 1, 2012, p. 86.

<sup>197</sup> *Ibidem*. p. 87.

<sup>198</sup> *Ibidem*. p. 86.

<sup>199</sup> *Ibidem*. p. 89.

Discorda-se substancialmente da supracitada posição, especialmente após analisadas as condições em que se encontram os estabelecimentos prisionais brasileiros. Ora, se a evolução da responsabilização da Administração Pública ocorreu no sentido de dispensar a necessidade de comprovação de culpa, deve-se auferir o quão mais difícil é a comprovação da culpa administrativa diante das omissões nos estabelecimentos prisionais, especialmente ao notar o desassombro da Administração com as situações sobre-humanas dos encarcerados.

Segundo o relatório do Subcomitê de Prevenção da Tortura - já citado no tópico anterior -, foram colhidas informações de que os juízes apenas esporadicamente questionavam os detentos a respeito do tratamento que recebiam.<sup>200</sup> Além disso, em vários dos estabelecimentos que o Subcomitê visitou havia mecanismos de fiscalização e prevenção da tortura e maus tratos - como ouvidorias, corregedorias e juízes de execução penal -, no entanto os detentos entrevistados afirmaram que raramente as reclamações vão adiante.<sup>201</sup> Outro fator substancial que prejudica o aferimento de culpa da administração é que os Institutos de Medicina Forense são todos ligados às Secretarias de Segurança Pública dos Estados, o que pode influenciar para que ocorram "interferências indevidas" nos laudos emitidos.<sup>202</sup>

Ana Paula de Barcellos, procedendo uma excelente análise a respeito da situação dos estabelecimentos carcerários e das condições degradantes a que são submetidos os encarcerados, traz apontamentos importantes que corroboram com o que já foi dito:

"...os direitos dos presos não seriam propriamente *direitos* e o debate acerca deles estaria confinado ao espaço da benevolência. Em um ambiente de medo generalizado por conta de níveis alarmantes de violência urbana, a benevolência simplesmente não encontra oportunidade adequada para florescer. Pior que isso, o medo faz vir à tona toda a fragilidade das convicções morais e filosóficas da formação social brasileira acerca da igualdade dos indivíduos e de sua dignidade. **As ações concretas, ou omissões, das autoridades públicas, sobretudo daquelas eleitas, parecem se amoldar a essa concepção majoritária na sociedade.**(...) Em um ambiente de medo, se as concepções filosóficas e morais das pessoas não são capazes de visualizar os presos como titulares de dignidade e de direitos, parece natural que os mecanismos majoritários repercutam essa mesma orientação. (...) A democracia não se esgota na aplicação de técnicas majoritárias

---

<sup>200</sup> Disponível em: <[http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio\\_SPT\\_2012.pdf](http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf)>. Acesso em 30 de out 2013. p. 07.

<sup>201</sup> Ibidem. p. 07-08.

<sup>202</sup> Ibidem. p. 08.

no âmbito do Executivo e do legislativo. A proteção das minorias demanda, e o ponto já não envolve controvérsia, outros mecanismos institucionais que se aglutinam, sobretudo, em torno do Poder Judiciário.<sup>203</sup>(grifo nosso)

Assim, ainda que os modelos idealizados pela criminologia estejam longe de se concretizar, é imperativo que a Administração Pública responda objetivamente ao menos diante dos escancarados atentados aos direitos e a dignidade humana que ocorrem no interior dos estabelecimentos carcerários. Em seguida, analisar-se-á o comportamento da jurisprudência no tocante ao tema, auferindo-se a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de danos gerados pela omissão estatal.

#### **4.3. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO**

Conforme apurado no tópico anterior, nos casos de morte em presídios, tanto a jurisprudência quanto a doutrina - com algumas poucas exceções - entendem que, nos casos de morte (Cretella Júnior argumenta a favor da responsabilização em qualquer caso de agressão, "quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer ainda de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos aos presos"<sup>204</sup>) dentro dos presídios a Administração Pública deverá ser responsabilizada objetivamente. Proceder-se-á a análise de alguns casos exemplificativos nesse aspecto, fundamentalmente no que tange à motivação utilizada. A princípio serão apreciados casos em que houve a *morte* de presidiários para, posteriormente, abrangermos casos de tortura, maus tratos, ferimentos, doenças etc.

Apreciando o Recurso Extraordinário 603.270, julgado em 14/11/2010, o Supremo Tribunal Federal afastou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, que havia decidido que a morte do preso por outros detentos teria sido ocasionada por seu comportamento carcerário, aplicando então excludente de responsabilidade da Administração.<sup>205</sup> A decisão do Supremo refutou a tese

---

<sup>203</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit. p. 52-54.

<sup>204</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 251.

<sup>205</sup> STF, rel. Ministra Cármen Lúcia, 14.11.2010, RE 603.270.

apresentada pelo Tribunal, atestando que "os agentes responsáveis pela guarda dos indivíduos recolhidos naquele local, agindo de forma omissiva, não impediram nem controlaram o tumulto ocorrido naquela penitenciária, acarretando o assassinato do filho da ora Apelada", destacando ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente "no sentido de que é dever inquestionável do Estado zelar pela integridade física e moral do preso e mesmo de qualquer pessoa que esteja sob sua responsabilidade".

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão semelhante em autos de Agravo Regimental no Recurso Especial, julgado em 02/04/2013, contrariando decisão do Tribunal de origem - que havia considerado a ausência de nexo de causalidade entre a omissão estatal e o falecimento do preso. O Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública em situações como a dos autos, já que a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado".<sup>206</sup>

Apesar de as supracitadas decisões demonstrarem que os Tribunais dos Estados ainda proferem decisões no sentido de afastar a responsabilidade da Administração Pública nos casos de morte de detento, há uma predominância das decisões no sentido de aplicar a responsabilidade objetiva do Estado, mormente diante dos reiterados julgamentos dos Tribunais Superiores neste sentido. Um exemplo é a decisão do Tribunal de Justiça do Pernambuco, proferida em 05/04/2011, que julgou pelo improvimento da Apelação Cível manejada pelo Estado do Pernambuco, no sentido de afastar a responsabilidade pela morte de detento durante uma rebelião em estabelecimento prisional. O veredicto atestou o direito subjetivo de proteção "contra qualquer tipo de violência que possam ser contra elas praticadas", além de ressaltar que "Incumbe ao Estado manter, nos estabelecimentos prisionais e delegacias, vigilância constante e eficiente,

---

<sup>206</sup> STJ, Segunda Turma, relator Ministro Mauro Campbell Marques, 02.04.2013, AgRg no REsp 1305259 SC.

resguardando os presos contra qualquer tipo de agressão, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelo evento danoso".<sup>207</sup>

Segundo mencionado, nota-se que a jurisprudência converge no sentido da responsabilização objetiva por omissão da Administração Pública nas situações em que há morte de detentos. Nos casos de suicídio, entretanto, recorrentes são os julgados em que a decisão se baseia no comportamento do preso, o que acaba por vezes afastando a responsabilidade do Estado. A seguir serão estudados julgados em que ocorrem ambas as hipóteses, demonstrando a incongruência das decisões nesse aspecto.

A primeira decisão sobre suicídio de detento segue no sentido das decisões supracitadas sobre morte nos estabelecimentos carcerários, sendo proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial manejado pelo Estado de Goiás no dia 17/10/2006. Trata-se de decisão emblemática onde ganhou notoriedade o voto do Ministro Teori Albino Zavascki, que considerou que "O Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive contra si mesmos. Não se justifica que tenha tido acesso a meios aptos a praticar um atentado contra sua própria vida. Os estabelecimentos carcerários são, de modo geral, feitos para impedir esse tipo de evento. Se o Estado não consegue impedir o evento, ele é o responsável".<sup>208</sup>

Entretanto, em julgados em que houve suicídio após prisão por embriaguez, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue em sentido diverso, conforme podemos observar através da decisão proferida no Recurso Extraordinário 121130-0 SP, julgado no dia 14/05/1996, entendendo a Suprema Corte que não há "relação de causa e efeito entre a prisão do suicida e sua morte". No relatório o Ministro Francisco Rezek afirma que a vítima foi presa "com o objetivo honesto de evitar um mal maior", vez que esta estaria brigando em um bar, sendo que foi dela retirado "tudo o que pudesse ser usado na prática de um ato tresloucado".<sup>209</sup> Não se vislumbra, entretanto, qualquer motivo que justifique o fato deste caso ser tratado de forma diferente dos demais. Ora, se o Estado manteve sob custódia a vítima para resguardar a integridade física dos demais cidadãos - bem como a da própria vítima,

---

<sup>207</sup> TJPE, Sétima Câmara Cível, relator Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos, AC 0226100-9.

<sup>208</sup> STJ, Primeira Turma, relator Ministro José Delgado, 17.10.2006, REsp 847687 GO.

<sup>209</sup> STF, Segunda Turma, relator Ministro Francisco Rezek, 14.05.1996, RE 121130 SP.

segundo relatório do julgado -, não parece crível que entenda como fora de seu controle o suicídio da vítima.

Nos casos de violência sexual praticada contra presos parece pacífico o entendimento pela responsabilização objetiva do Estado, utilizando-se os mesmos argumentos despedidos nos demais casos, quais sejam a necessidade de se resguardar a integridade física do preso. A título de ilustração apresenta-se o julgado do Agravo de Instrumento 778590 SP, do Supremo Tribunal Federal, onde a relatora Ministra Carmén Lúcia lembra de forma emblemática que "estes são casos em que, dado o quadro de terror das prisões brasileiras, o Estado sequer deveria questionar sua responsabilidade (...) O Estado de Direito há de ser atendido, primeiramente, pelos agentes políticos do Estado, sem o que haverá enormes dificuldades de mantermos o Direito, e talvez a própria civilidade jurídica que garante a democracia"<sup>210</sup>

Não em outro sentido devem seguir as decisões judiciais, em todo e qualquer caso de agressão física ou moral ao detento, aplicando-se a responsabilidade objetiva do Estado desde que caracterizado onexo de causalidade entre o dano e a omissão estatal (que é fortemente evidenciada através da ausência de proteção da integridade física e moral nos estabelecimentos prisionais, escancarada especialmente pela superlotação e as más condições de higiene encontradas nesses locais, submetendo os detentos a inúmeras lesões a todo momento), afastando qualquer interpretação que busque "excepcionar" tal entendimento.

Assim deve se proceder levando em conta que "em todos os casos em que o Estado é chamado a ressarcir prejuízos decorrentes de conduta omissiva, bem assim nas comissivas, poderá ele defender-se demonstrando a presença de quaisquer das circunstâncias excludentes de responsabilidade" sem se tornar, portanto, segurador universal.<sup>211</sup> Ainda que o alto nível de ineficiência apresentado pela administração penitenciária, assim como a incidência de variadas omissões, tornem difícil sua defesa, não é o cidadão quem deve arcar com as consequências destes comportamentos.

---

<sup>210</sup> STF, relatora Ministra Carmén Lúcia, 17.03.2010, AI 778590 SP.

<sup>211</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. Op. cit. p.221-222.

## 5. CONCLUSÃO

Salo de Carvalho, ao analisar a realidade carcerária brasileira, traduz de forma irretocável a situação da execução da pena: um sistema irracional e despido de garantias, conivente com práticas penais degradantes.<sup>212</sup> Ademais, o doutrinador esclarece que "lícito seria afirmar que o discurso disciplinar estaria em baixa sintonia com o cotidiano das instituições carcerárias. Assim, a realidade prisional brasileira revelaria formas de exercício de poder que não poderia ser catalogadas como 'disciplinares' ".<sup>213</sup>

Em seu discurso, Salo deixa transparecer a revolta não só com os discursos legitimadores da pena como com toda a execução penal, destacando como o sistema punitivo atua de forma a mascarar a violência estatal. Conforme estudado, não se trata de mera retórica, sendo que o sistema punitivo legitima todo um ciclo de violência estatal - e, assim, o "controle" do poder -, desembocando e tendo sua maior manifestação no sistema penitenciário.

A realidade degradante a que são submetidos os encarcerados parece um filme de terror que muitos se negam a assistir. Porém, não se trata de um filme. E essa realidade nos assombra e bate a nossa porta demonstrando a sua revolta. Nota-se por todos os cantos a completa falência do sistema carcerário: nos gastos exagerados com segurança, nos índices de homicídio (tanto dentro quanto fora das prisões), na superlotação e falta de infraestrutura dos estabelecimentos prisionais e mesmo na latente sensação de insegurança presente na população.

Fato é que esse ciclo de violência estatal não está dando certo, e não está há muito tempo. E, no intuito de querer virar o jogo sem mudar de estratégia, a Administração Pública - ao invés de recuar - enrijece o ataque. Ao passo que no discurso se propõe saídas, alternativas ao cárcere, na prática encontra-se realidades como as apresentadas no relatório da CPI carcerária.

Se, conforme estudado na primeira parte deste trabalho, um Estado eficiente seria aquele baseado em padrões democráticos, calcados na dignidade da pessoa humana e na garantia dos direitos fundamentais, além de buscar o alcance de um

---

<sup>212</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 220.

<sup>213</sup> *Ibidem*. p. 220-221.

resultado ótimo, não há dúvidas de que está se seguindo na contramão da eficiência. Se o poder eficiente é aquele que realiza tanto os objetivos primários quanto os secundários, estamos diante de um Estado manifestamente ineficiente.

E essa ineficiência é notada de forma clara nos estabelecimentos carcerários, onde a Administração não é capaz sequer de resguardar a integridade física dos apenados, direito que lhes é garantido constitucionalmente. Doenças, assassinatos, abusos sexuais, tortura e mais um sem fim de violações ocorrem todos os dias dentro desses estabelecimentos, sendo completamente ignoradas, na maioria das vezes fruto das omissões do próprio poder estatal.

Portanto, ao tratar do tema da responsabilidade civil do Estado por omissão, especificamente por danos ocasionados no interior desses estabelecimentos, parece nítido que não se possa deixar brechas, buscando-se evitar que o Poder Judiciário seja conivente com tais práticas. O simples fato de manter uma vida humana em situações tão deploráveis por si só deveria ensejar a responsabilização da Administração.

É imperativa a responsabilização objetiva do Estado por qualquer dano ocorrido dentro dos estabelecimentos prisionais, admitindo-se somente a incidência das excludentes de responsabilidade, estas deverão ser apreciadas com minuciosa cautela.

Mesmo que o processo de descarcerização ainda seja uma utopia e o longo ciclo de violência estatal pareça estar longe de cessar, necessário se faz uma atuação no sentido de ao menos desestimular tais omissões e ineficiências, instigando o Estado a buscar alternativas diferentes das que se apresentam. Incontestável a necessidade de fazer com que a Administração olhe para os encarcerados como seres humanos, que devem ter seus direitos e garantias respeitadas. E talvez esse primeiro olhar vislumbre um amanhã melhor.



## 6. REFERÊNCIAS

ABRAÃO, José Carlos. Princípio da Eficiência. *Informativo, Licitações e Contratos n° 64*. Curitiba: Zênite, 1999.

ALFONSO, Luciano Parejo. La Eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. *Revista de Documentación Administrativa (1958-2005)*. Números 218-219. Disponível em <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=5132&path%5B%5D=5186>>. Acesso em 17 set. 2013.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: um Ensaio. *Revista do Serviço Público*. ano 48, n° 03, Brasília: ENAP, set./dez., 1997.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, n. 1, ano 1, Abril/Junho 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12511>>. Acesso em 18 jul. 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil do Estado por omissão. *Revista argentina del régimen de la administración pública*, v. 326. Buenos Aires: RAP, 2006.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *Interesse Público*, n° 6. Porto Alegre: Notadez, abr./ jun. 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª Edição rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254. Belo Horizonte: Editora Fórum, maio 2010/ ago. 2011. p. 39-65.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. O relatório final da CPI encontra-se disponível no domínio: <[bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701](http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701)>. Acesso em 30 out 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Dados colhidos no site. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D:&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 14 out 2013.

BRASIL, Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21.09.1995 e pelo Presidente da República. Brasília: Presidência da República, 1995. p. 17. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em 23/07/2013.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4ª Edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Penas e garantias*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 03-28.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. *Responsabilidade civil extracontratual por omissão do Estado*. São Paulo. 2002. 141 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*. A&C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 47, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. A&C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CRETELLA JUNIOR, JOSÉ. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 05. São Paulo: Malheiros, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FORTINI, Cristiana. A responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 36, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 41ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2013.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e inoperância. In: Juarez Freitas (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, abr./jun. 2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 199-230.

GIAMBERARDINO, André; PAVARINI, Massimo. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 42, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOUREIRO, José Carlos Simões Gonçalves. "O Procedimento Administrativo entre Eficiência e a Garantia dos Particulares - Algumas Considerações". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio César. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre Economia e Direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omissiva" en el ámbito del derecho público*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MATA, Antonio Cano. Derecho Administrativo Penitenciario: protección al recluso. *Revista de Administración Pública*, nº76, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, ene./abr. 1975. p. 31-60.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2012.

MESQUITA, Maria José Rangel. A responsabilidade da administração: considerações gerais. In: QUADROS, Fausto. (Org.). *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 7, Belo Horizonte: Fórum, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª Ed. atual, rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Poder (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MORENO MACHADO, Fernando; DALLA PACCE, Carolina. A responsabilidade civil do Estado pela morte de presidiários. *Revista Digital de Direito Público*, v. 1, n. 1, 2012, p. 77-93.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 47, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Organização das Nações Unidas (ONU). Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Relatório na íntegra disponível em: <[http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio\\_SPT\\_2012.pdf](http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf)>. Acesso em 30 de out 2013.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. 2009. 277 fls. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A Odisseia da Carta de 1988: o que conquistamos e o que resta a fazer*. Os constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-odisseia-da-carta-de-1988-o-que-conquistamos-e-o-que-resta-a-fazer>>. Acesso em: 14 out 2013.

ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SANTOS, Alvacir Correa dos. *Eficiência da administração pública: princípio que se ajusta à consolidação de um estado democrático de direito*. Curitiba: UFPR, 2001.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: Juarez Freitas (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 268-292.

STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.