



**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DANOS PRATICADOS POR
PRESOS FORAGIDOS**

**THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE IN DAMAGES PRACTICED BY
FUGITIVE PRISONERS**

Júlia Bagatini¹

Marcos Afonso Johnner²

RESUMO: O objetivo deste escrito é aferir a responsabilidade civil do Estado a partir dos danos praticados por presos que se encontram foragidos do sistema penitenciário. A discussão em tela é de relevada importância, pois os tribunais vêm se deparando com inúmeros casos adjetos à temática do artigo, sendo o assunto, inclusive, pauta de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. Diante disso, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para a discussão e aprofundamento teórico do assunto delimitado. Portanto, infere-se que o Estado responde subjetivamente por danos decorrentes de atividades ilícitas de presos foragidos, cujo diagnóstico se aperfeiçoará a partir da análise da teoria do dano direto e imediato, base do sistema do nexo de causalidade e, por conseguinte, da responsabilidade civil estatal.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Estado; Danos; Presos Foragidos.

ABSTRACT: The objective of this text is to gauge the civil responsibility of the State starting to the damages practiced by fugitive prisoners from the penitentiary system. This discussion is very important, because the courts have been encountering with innumerable cases connected with this theme, being the subject, including, object to general

¹ Professora do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades, Doutoranda em Direito pela UNISC, Mestre em Direito pela UNISC, Especialista em Direito Administrativo pela FGF. Advogada. E-mail: juliabagatini@bol.com.br.

² Bacharelado em Direito pela FAI Faculdades de Itapiranga/SC. E-mail: marcosjohnner@yahoo.com.br.

repercussion in the Supreme Court. On this, bibliographical and jurisprudential research was used for the discussion and theoretical deepening of the delimited matter. Therefore, it is inferred that the State responds subjectively for damages resulting from the illegal activities of fugitive prisoners, whose diagnosis will be improved by analyzing the direct and immediate damage theory, the basis of the causal link system and, consequently, the state civil responsibility.

Key words: Civil Responsibility; State; Damage; Fugitive Prisoners.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado, nos escólios de Odete Medauar (2009, p. 375), “diz respeito à obrigação a este imposta de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões”; com um adendo, em decorrência das atividades e omissões praticadas por *seus agentes, nesta qualidade*.

Em que pese a adoção, em regra, da *teoria do risco administrativo* e, doravante, da *responsabilidade objetiva* do Estado perante os particulares lesados, a jurisprudência e parte da doutrina consagraram entendimento no sentido de que, nos casos de *omissões*, será *subjetiva a responsabilidade* do Poder Público (ou da pessoa jurídica de direito privado que prestava serviços públicos), razão pela qual se torna imprescindível a demonstração da *culpa estatal pela falta do serviço*.

Nesse cenário, acalorada controvérsia se origina diante da superveniência de danos praticados por *presos foragidos*, que deveriam se encontrar sob a guarda e fiscalização do Estado, porém não o estão pela *falta do serviço* deste.³ O presente trabalho, ainda que não dotado de cunho exaustivo, pretende examinar a questão e realizar comentários a respeito, apresentando, ao final, o parecer conclusivo acerca do objeto delimitado.

³ A referência à expressão *falta do serviço* deve-se ao fato de ser gênero, acepção ampla, portanto, que se subdivide nas espécies *inexistência*, *deficiência* ou *atraso do serviço*.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO⁴

Foi-se o tempo em que os detentores do poder praticavam toda a sorte de atos, despreocupados com eventual responsabilização pelos danos que viessem a causar a terceiros. Luís XIV enxergaria com certa repugnância a moderna óptica que se instalou em relação à responsabilidade civil do Estado, afinal, no seu tempo, tal inexistia, já que o próprio governante compunha o corpo e a alma do ente político (*L'état c'est moi*,⁵ diria).

Isso se deve à paulatina transição entre o Estado Absolutista e o Estado Liberal, mormente pela racionalização advinda da Revolução Francesa e pelo estabelecimento de leis escritas, com caráter abstrato e geral, vinculando não apenas os administrados às prescrições normativas, mas, também, os administradores.

Diz-se que, a partir de então, pelo menos nos países de tradição romano-germânica (*civil law*), o Estado e seus cidadãos passam a se subordinar ao *Império da Lei*; isso porque a atuação do ente soberano fica adstrita aos estritos limites do texto legal, originando-se, pois, um *Estado de Direito*. Ao passo que os cidadãos podem fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíbe (art. 5º, II, CF/88), à Administração Pública só compete fazer aquilo que ela permite.

Destarte, quando seus agentes se desvirtuarem e, com suas condutas, sejam elas lícitas ou ilícitas,⁶ causarem danos a terceiros, fica o Poder Público obrigado a repará-los. É o que se extrai do art. 37, § 6º, da Constituição da República, que assim dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

⁴ Adota-se, aqui, a nomenclatura “Responsabilidade Civil do Estado”, justamente pela amplitude e generalidade da rubrica. Outros autores, a exemplo de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 647 e s.), preferem a expressão “Responsabilidade Civil da Administração”, argumentando que, “em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil [...]. Mais próprio, portanto, é falar-se em *responsabilidade da Administração Pública* do que em *responsabilidade do Estado*, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar”.

⁵ Tradução: “O Estado sou eu”.

⁶ Alguns autores entendem que só haverá o dever de indenizar quando da prática de uma ação ilícita. Dentre eles se insere Marçal Justen Filho (2005, p. 798), ao afirmar que “não se admite que um ato jurídico conforme ao direito, praticado pelo Estado de modo regular e perfeito, acarreta sua responsabilização civil – exceto quando essa for a opção explícita de uma lei”. Discorda-se dessa opinião. Admitindo como ensejadores da responsabilidade civil estatal, Yussef Said Cahali (2012, p. 67) assevera que, no caso de atos lícitos, “o dano deve ser anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade”. Paralelamente segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao assentar, no Recurso Especial nº 1.357.824/RJ, que “o Estado tem obrigação de reparar tanto o dano decorrente de ação lícita, quanto ilícita. O que muda são as características para que o dano seja tomado como ressarcível”.

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”.⁷ Hely Lopes Meirelles tece argutos comentários sobre o tema:

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados (MEIRELLES, 2006, p. 653).

Acolhe, portanto, o ordenamento jurídico pátrio, como regra, a chamada *teoria do risco administrativo*, pela qual “a atuação estatal que cause dano ao particular faz nascer para a administração pública a obrigação de indenizar, independentemente da existência de falta do serviço ou de culpa de determinado agente público”. Assim sendo, “basta que exista o dano decorrente de atuação administrativa, sem que para ele tenha concorrido o particular” (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 847-848).

Dessa maneira, o dano causado pelo Estado ao particular, seja de índole moral ou material, independe da prova de dolo ou culpa do agente que o praticou. Faz-se necessário, apenas, que se demonstre que determinada conduta guarde nexos de causalidade com o dano.⁸ Com efeito, para eximir-se, o ônus probatório caberá ao ente ao qual se vinculava o servidor ou empregado, podendo alegar a existência de causa excludente de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima,⁹ ato de terceiro ou caso fortuito ou força maior), ou que a atenua (no caso de concorrência de culpas, por exemplo).¹⁰

⁷ Dispositivo semelhante é encontrado no art. 43 do Código Civil, que assim dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. O texto é omissivo em relação às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos; porém, tal falha é sanada pela própria Constituição, que traz menção expressa a respeito (art. 37, § 6º).

⁸ Com acerto enfatiza Odete Medauar (2009, p. 376-377): “Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexos causal ou nexos de causalidade. Deixam-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento de dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexos de causalidade, o Estado deve ressarcir”.

⁹ Odete Medauar (2009, p. 383) prefere utilizar a expressão *conduta da vítima*, sob o argumento de que “nem sempre a vítima atua com dolo ou culpa”.

¹⁰ Nesse sentido, com a erudição típica de sua metalinguagem, pontifica Hely Lopes Meirelles (2006, p. 650): “Advirta-se, contudo, que a teoria do *risco administrativo*, embora dispensa a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o *risco administrativo* não se confunde com o *risco integral*. O *risco administrativo* não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo

Deve ser frisado que estão acobertadas pela norma constitucional todas as pessoas de Direito Público (administração direta, suas autarquias e as fundações de direito público), bem como as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, a exemplo das empresas públicas e sociedades de economia mista que aí se encaixem, excluindo-se aquelas que explorem atividade econômica (JUSTEN FILHO, 2005, p. 793).¹¹

Por correspondência lógica, tanto os servidores quanto os empregados públicos são considerados agentes, para os termos da lei. Inclusive se enquadra no conceito o chamado *funcionário de fato*, aquele que, muito embora não tenha ingressado legalmente no quadro público, atuou em seu nome; é o caso, *verbi gratia*, do sujeito que falsifica certificado de conclusão de curso superior em Direito para concorrer ao cargo de delegado de polícia: ainda que nulo seja o vínculo dele com a administração pública, sua atuação produzirá efeitos jurídicos, sobretudo nos ilícitos que por ventura venha a praticar. Importa, portanto, a existência de um *vínculo jurídico*.

A responsabilidade civil do Estado, no entanto, fica condicionada à atuação do sujeito na *qualidade de agente público*, não se exigindo que tenha agido estritamente no exercício de suas funções (MEIRELLES, 2006). Em sentido contrário, se o agente causar um dano no estado normal de suas interações sociais, nada poderá a vítima reclamar do Estado. É o que ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Nada importa perquirir se a atuação do agente foi lícita ou ilícita. O que interessa é exclusivamente a qualidade de agente público (ou de agente de delegatária de serviço público) ostentada na sua atuação. É pertinente, tão só, verificar se a condição de agente público (ou de agente de delegatária de serviço público) foi determinante para a prática do ato. Enfim, basta que, ao praticar o ato, lícito ou ilícito, o agente esteja atuando “na qualidade de agente público” (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 852).

Exemplificando, se determinando funcionário público de uma autarquia federal conduzir seu veículo particular no centro de uma grande cidade, e, por imprudência, causar dano a outrem, inexistirá dever de indenizar pelo Estado, pois, *in casu*, não atuou na qualidade inerente ao seu cargo. De outro giro, se conduzisse um automóvel oficial

particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização”.

¹¹ O autor complementa: “Assim, uma entidade integrante da Administração indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado e exploradora de atividade econômica, estará sujeita ao regime da responsabilidade civil próprio da iniciativa privada. Não interessa ao direito administrativo o regime da responsabilidade civil privada, o qual é objeto do direito privado” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 794).

pertencente à entidade, caberia ao Poder Público indenizar a vítima do dano, bastando, tão só, a constatação de que a conduta do agente deu causa ao resultado (exemplo semelhante em MEDAUAR, 2009, p. 380).

A responsabilidade do Estado é, portanto e em regra, de cunho eminentemente *objetivo*, pois o particular lesado se desincumbe da prova de dolo ou culpa da atuação que lhe prejudicou. Isso decorre, como visto, da adoção da *teoria do risco administrativo*, insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Tal dispositivo possibilita, contudo, a chamada *ação regressiva*, a ser intentada pelo Estado contra o agente que ocasionou o dano, a fim de que este ressarça os prejuízos causados aos cofres públicos.¹²

Tratou-se, em breves linhas, da chamada *responsabilidade civil objetiva do Estado*, que decorre de atos comissivos de seus agentes, isto é, pela exteriorização de ações. Todavia, é equivocado afirmar-se que, em todos os casos, o ente público (ou particular que presta serviços públicos) responderá objetivamente pelas condutas de seus funcionários, haja vista que, não raro, particulares são vítimas de danos decorrentes de uma *omissão estatal*; tem-se, aqui, hipótese de *responsabilidade subjetiva do Estado*, que se obriga a indenizar “em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deveria assim proceder” (STOCO, 2013, p. 62).

Com luminária clareza, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 179.147/SP, relatado pelo saudoso Ministro Carlos Velloso, traçou as principais diferenças entre ambas as espécies de responsabilidade, razão pela qual se transcreve, *ipsis litteris*, a ementa do julgado, pois de lucidez invejável:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

¹² Importante observação de natureza processual há de ser realizada. Poderia a Administração Pública valer-se do instituto da denunciação da lide contra o agente público, no processo em que é demandada pelo particular lesionado? A denunciação da lide é uma espécie de intervenção de terceiros, podendo ser promovida, além do caso de evicção, por qualquer das partes “àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo” (art. 125, inciso II, CPC). Se a resposta fosse positiva, “haveria inegável prejuízo para o particular que sofreu o dano, porque seria retardado o reconhecimento do seu direito a reparação”, além de o litígio ficar “na dependência de demonstração, pela Administração, de que o agente atuou com dolo ou culpa, discussão que nenhum interesse tem para o particular que sofreu o dano, e só lhe causaria transtorno, por atrasar a solução final do litígio [...]” (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 877). Portanto, na linha do pensamento dos administrativistas citados e pelos argumentos expostos, cremos ser inaplicável a denunciação da lide pelo Estado a seus agentes.

PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses.** IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da *faute de service*. V. - R.E. não conhecido (grifa-se) (STF. RE 179.147/SP. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília: 12/12/1997. Publicação: 27/02/1998).

Desse modo, percebe-se que o ônus da prova, nos casos de danos oriundos da falta do serviço estatal, é do particular, a quem incumbe demonstrar a *culpa administrativa*.¹³ Em outras palavras, “se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço” (FIGUEIREDO, 2008, p. 281).

Depreende-se que fundamenta a *responsabilidade subjetiva do Estado* alguns casos que ensejariam na exclusão da *responsabilidade objetiva*, sejam eles o ato de terceiro e o caso fortuito ou força maior. É que a superveniência destes não se teria verificado caso o poder público atuasse diligentemente e em conformidade com suas atribuições rotineiras. É à *falta do serviço* que se origina a responsabilidade subjetiva do Estado (DI PIETRO, 2014, p. 728).

Em termos didáticos, cita-se como exemplo os danos decorrentes de uma chuva torrencial (caso fortuito ou força maior, portanto), que vêm a prejudicar propriedades privadas, situadas nas proximidades de uma estrada recém-aberta pela prefeitura municipal da localidade, que não adotou as cautelas necessárias para o devido escoamento da água e, por conseguinte, dos dejetos por ela arrastados. Nesta situação, caso o particular provar que, se o serviço administrativo fosse prestado corretamente, o evento danoso não teria

¹³ Com entendimento diverso, pontifica o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 1035, grifos do original): “[...] nos casos de responsabilidade por omissão, isto é, em que a responsabilidade é subjetiva, deve-se considerar que vigora uma “presunção de culpa” do Poder Público. Dessarte, o lesado não necessita fazer a prova de que existia culpa ou dolo”.

ocorrido, haverá, pelo Estado, o dever de indenizar. Assim ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Nessas hipóteses, a indenização estatal só será devida se restar comprovado – e o ônus da prova é de quem sofreu o dano – que determinada omissão culposa da Administração concorreu para o surgimento do resultado danoso, ou seja, que o dano não teria ocorrido se o Poder Público tivesse prestado adequadamente os serviços públicos de que o ordenamento jurídico lhe incumbe (responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa administrativa ou culpa anônima) (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 858).

É a *falta do serviço*, por derradeiro, que lastreia a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de omissão, caracterizando-se pela *inexistência do serviço*, *deficiência do serviço* ou o *atraso na sua prestação*. De se consignar, entretanto, que, estando o Poder Público na posição de *garante da não ocorrência de dano*, a responsabilidade retornará ao seu viés objetivo.¹⁴ Ilustra-se, classicamente, com as hipóteses de morte de um presidiário no sistema prisional e de uma criança que venha a ser lesionada por um colega nas escolas públicas.¹⁵

2. DANOS PRATICADOS POR PRESOS FORAGIDOS

O Estado, enquanto detentor do chamado *direito penal subjetivo (jus puniendi)*, isto é, do *direito de punir*, é também responsável pela guarda e fiscalização das pessoas que praticaram infrações penais e, conseqüentemente, encontram-se encarceradas no (já falido, diga-se de passagem) sistema penitenciário.¹⁶ Sobre o assunto, redige Yussef Said Cahali:

¹⁴ Daí porque Marçal Justen Filho (2005, p. 800) realizar interessante distinção entre *ilícitos omissivos próprios*, aqueles “equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado”, constatados quando uma norma estabelece “que é obrigatório o agente público praticar certa ação”, configurando a omissão atuação ilícita e gerando “a presunção de formação defeituosa da vontade”, dos *ilícitos omissivos impróprios*, “em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico”, casos em que a omissão “gera presunção de infração ao dever de diligência”.

¹⁵ É neste caminho, também, o magistério de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 654): “[...] incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta bem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal”.

¹⁶ “É que o Estado, ao receber os réus condenados, cumpre a determinação judicial e os encarcera. Passa, assim, o Poder Público a ser o guardião dos seus presos ou detentos e responsável por sua segurança e incolumidade física, respondendo, objetivamente pelos atos danosos que pratiquem enquanto reclusos” (STOCO, 2013, p. 228).

Ao dever do Estado de zelar pela integridade física do recluso corresponde, também, o dever de fiscalizar e preservar sua segregação carcerária, podendo resultar que, da falha administrativa na execução desse serviço, os presidiários fúgitivos ou com saídas temporárias autorizadas venham a cometer crimes contra terceiros (CAHALI, 2012, p. 425).

Acresça-se à excelente lição do ilustre professor aposentado da Universidade de São Paulo que não somente crimes poderão ser praticados por foragidos do sistema prisional, mas, também, ilícitos de outras naturezas. Basta lembrar, *exempli gratia*, de um detento que, conduzindo imprudentemente determinado automóvel, venha a causar danos na propriedade alheia.

A controvérsia que se acende nestas situações está relacionada à responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos ocasionados pelos presos foragidos. Considerando que é de sua incumbência a guarda e o cuidado dos reclusos, um silogismo apressado concluiria que a desídia do aparelho estatal poderia ser declarada causa dos estragos que sua seleta clientela viesse a praticar. No entanto, devem-se evitar conclusões precipitadas, pois o assunto requer cuidado especial – a *presunção é juris tantum*.

Primeiramente, deve-se perquirir qual espécie de responsabilidade se evidencia no caso. Como é tarefa do Poder Público zelar pelas pessoas encarceradas, na ocasião de fuga dir-se-á, pelo menos numa análise apriorística, que a evasão decorre da *falta de serviço (faute du service)*, e, por conseguinte, da *omissão estatal*, hipótese mancomunada pela *responsabilidade subjetiva*. Seria competência do particular lesionado, então, comprovar *dolo* ou *culpa* do Estado.

Além disso, é imprescindível que se comprove o *nexo de causalidade* entre a omissão estatal e o dano dela decorrente, já que “a responsabilidade do Estado [...] não dispensa, obviamente, o requisito [...] do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros” (STF. RE nº 130.764/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília: 12/05/1992. Publicação: 07/08/1992).

Existem três principais teorias explicativas do nexo de causalidade. A primeira delas é a da *equivalência das condições*, segundo a qual se considera causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sendo adotada pelo Código Penal vigente.¹⁷ A segunda é a da *causalidade adequada*, orientando que “causa é a condição

¹⁷ Dispõe o art. 13 do Diploma Repressor: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

necessária e adequada a determinar a produção do evento” (GRECO, 2015, p. 223). E, por fim, a *teoria da causalidade direta e imediata*, também chamada de *interrupção do nexos causal*, afirmando que causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 132).

Inexiste unanimidade quanto à adoção de uma ou outra teoria, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Cavalieri Filho (2004, ps. 68-70) se posiciona favorável à *teoria da causalidade adequada*, caminho também já seguido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível Nº 70071514970, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 19/12/2016).

De outra banda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 135) se filiam à *teoria da interrupção do nexos causal*, conclusão a que chegaram a partir da interpretação do art. 403 do Código Civil, que dispõe: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. O Supremo Tribunal Federal se posicionou no mesmo sentido, consoante se deflui da ementa do Recurso Extraordinário nº 130.764/PR:

[...] Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil,¹⁸ a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada (STF. RE nº 130.764/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília: 12/05/1992. Publicação: 07/08/1992).

E, no campo do Direito Administrativo, o renomado Hely Lopes Meirelles:

Impende notar que nesses casos a falta do nexos de causalidade também acaba por excluir a responsabilidade. A *faute du service* não dispensa a prova desse requisito, e na sua aferição a teoria adotada pela ordem jurídica é a do dano direto e imediato, ou teoria da interrupção do nexos causal, que só o admite quando o dano é o efeito necessário da causa (ação ou omissão) (MEIRELLES, 2006, p. 654).

¹⁸ Corresponde ao art. 403 do Código Civil vigente.

Por questões metodológicas e para explicação do tema delimitado, adota-se a *teoria da interrupção do nexo causal*, sem se olvidar da relevância das demais correntes anteriormente expostas. Desta forma, para que o Estado possa ser responsabilizado pelos atos praticados por presidiários foragidos, imperioso que o dano seja *direto e imediato* e proveniente da *faute du servive* (STOCO, 2013, p. 229), características sem as quais se rompe o *nexo de causalidade* e, por derradeiro, a própria responsabilização do Poder Público.

Nesse rumo, no Recurso Extraordinário nº 409.203/RS, o Min. Joaquim Barbosa assentou que “na maioria dos casos em que é afastada a responsabilidade estatal, há sempre um elemento sutil a descaracterizar a causalidade direta: ora o elemento tempo, ora a circunstância de ter sido o crime praticado por condenado fugitivo em parceria com outros delinquentes fugitivos” (STF. RE nº 409.206/RS. Segunda Turma. Relator p/ acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília: 07/03/2006. Publicação: 20/04/2007).

Portanto, denota-se que a não imediatidade do dano *interrompe o nexo causal*, de sorte que não é possível ser considerada causa, para efeitos de responsabilização, a inércia do Estado (elemento temporal). Assim também acontecerá quando o foragido associar-se criminalmente com outras pessoas e, conseqüentemente, vier a causar prejuízos para terceiros, situação que desconecta a omissão estatal dos danos supervenientes (concausas).

Esta foi, aliás, a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 130.764/PR, ao consignar que “o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas”, dentre as quais “a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão” (STF. RE nº 130.764/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília: 12/05/1992. Publicação: 07/08/1992).

O precedente acima serviu como escopo para ulteriores decisões do Pretório Excelso, dentre as quais a proferida no Recurso Extraordinário nº 175.025/RJ, de relatoria do Min. Ilmar Galvão, oportunidade em que se reconheceu que “fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos” (STF. RE nº 175.025/RJ).

Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília: 08/10/1996. Publicação: 19/12/1996).¹⁹

Entretanto, a Corte Suprema seguiu caminho distinto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 409.203/RS, inicialmente relatado pelo Min. Carlos Velloso. No caso, o condenado em regime aberto praticara, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem lhe serem impostas as medidas cabíveis pelas autoridades responsáveis da execução da pena, sendo que, na oitava, cometera crime de estupro. O exordial relator reconheceu a *falha do serviço estatal*, porém, fiel aos entendimentos consagrados, afirmou que este não prescinde da demonstração do nexo de causalidade, que não se configurara na hipótese, motivo pelo qual não se poderia responsabilizar o Estado pelos fatos.

Divergindo do raciocínio, o Min. Joaquim Barbosa declarou estar evidenciado o nexo causal, pois, disse, “se a lei de execução penal houvesse sido aplicada com um mínimo de rigor, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições que originariamente lhe foram impostas”. Além disso, não vislumbrou “semelhanças com alguns outros casos em que a jurisprudência da Corte afasta a responsabilidade do Estado em razão de ato omissivo”, sejam aqueles apontados linhas anteriores. Diante disso, sustentou que a negligência estatal foi considerada causa dos danos praticados pelo detento foragido.

Mesmo após breve debate com o relator, o Min. Joaquim Barbosa manteve seu voto. Posteriormente, foi seguido pela Min. Ellen Gracie e pelo Min. Celso de Mello, ausente o Min. Gilmar Mendes. Assim, tornou-se vencido o voto do relator original, Min. Carlos Velloso, assumindo o Min. Joaquim Barbosa a relatoria do acórdão, que ficou redigido da seguinte forma:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDIÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de

¹⁹ De maneira semelhante também já decidiu o TJ/SC, ao sustentar que se tem “por inexistente o liame causal se o foragido, por ato de sua exclusiva responsabilidade, vem a causar dano ao particular, sem qualquer relação com o ato de sua fuga do estabelecimento prisional” (TJSC, Apelação Cível n. 2004.011695-0, de Concórdia, rel. Des. Jaime Ramos, j. 10-11-2005).

regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido (STF. RE nº 409.206/RS. Segunda Turma. Relator p/ acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília: 07/03/2006. Publicação: 20/04/2007).

Da leitura da íntegra do julgado, percebe-se que a decisão se pautou mais em critérios morais e sentimentais do que propriamente jurídicos, principalmente no que tange à dogmática do nexo de causalidade. Para fundamentar seu voto, o Min. Joaquim Barbosa, em síntese, afirmou que, se a lei de execuções penais tivesse sido rigorosamente aplicada, o dano praticado pelo preso não se teria verificado. No entanto, em termos dogmáticos, é impossível atestar com fiel veracidade que a omissão do Estado tenha dado causa ao dano, efetivamente. Pelo contrário, o que se pode afirmar, tão só, é que a inércia configure mera *condição* do resultado; causa, porém, não é.²⁰

Trata-se de um juízo hipotético, eivado de incertezas, o que se constata por uma simples operação mental: quem garante que o preso não fugiria do regime mais gravoso e, posteriormente, praticasse ilícitos? Desse modo, muito embora fosse cumprida a lei de execução penal, é impossível garantir que, ainda assim, o detento não empreenderia fuga.

Destarte, de acordo com a *doutrina da interrupção do nexo causal*, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi, pelo menos em termos dogmáticos, equivocada, isso porque os fatos praticados pelo foragido não são direta e imediatamente correlacionados com a *faute du service* estatal, razão pela qual se deveria ter afastado o nexo de causalidade, uma vez que não se pôde precisar que o dano tenha sido *efeito necessário* da deficiência do serviço público.

Nessa ótica, com precisão se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] É impossível a vigilância de cada preso 24 horas ao dia. O Estado não tem condições para isso. Alegar que o criminoso deveria estar recolhido a um presídio de segurança máxima é fácil. O difícil é conseguir vaga para

²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 1033), em sua sapiência incomensurável, manifesta-se em semelhante direção: “Compreende-se que a solução indicada deva ser a acolhida. De fato, na hipótese cogitada o Estado não é autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido *condição* do dano, e não *causa*. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado”.

transferência, transporte seguro para o deslocamento do preso, etc. Acerca do nexo causal, entendo que este não ocorreu. Para gerar responsabilidade civil do Estado, o preso deveria estar em fuga, ato contínuo àquela ação, e isso não aconteceu. Houve quebra do liame causal. (...) Cabe mencionar que o Estado não é um segurador universal, que pode entregar receita da sociedade para qualquer um que se sinta lesado. Atos violentos como o dos autos ocorrem a todo o momento e em todos os lugares, e não há possibilidade de total prevenção por parte do policial (STJ. REsp nº 980.844/RS. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília: 19/03/2009. Publicação: 22/04/2009).

Além do mais, “não há como se reconhecer a responsabilidade do Estado em razão de falha genérica em promover adequada segurança pública, que atinge toda a sociedade, e não somente os vitimados por crimes”. Caso a compreensão fosse contrária, “acabaria por fazer reconhecer-se responsabilidade estatal por *dano integral*,²¹ não autorizada pelo Direito Brasileiro” (TJ/MG. Apelação Cível 1.0105.14.016396-2/001. 6ª Câmara Cível. Relatora: Desa. Sandra Fonseca. Belo Horizonte: 22/11/2016. Publicação: 02/12/2016), tornando-se o ente político um verdadeiro *segurador universal* (MELLO, 2014, p. 1033).

Entender de modo diverso acarretaria na desvalorização dogmática da teoria do nexo causal, sob a qual se assenta a base da responsabilização civil, já que esta pode se verificar *sem dolo* ou *culpa* (nos casos de responsabilidade objetiva), mas *nunca*, frise-se, sem o liame que estabelece que o dano é *efeito necessário* da conduta (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 65).

Daí porque o culto Agostinho Alvim só admitir “o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva”. E conclui a lição: “os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis” (citado no seguinte julgado: STF. RE nº 130.764/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília: 12/05/1992. Publicação: 07/08/1992).

Compartilha desse entendimento o insigne Rui Stoco, que assinala:

²¹ A *teoria do risco integral* é aquela que impõe ao Estado o dever de indenizar, em todo e qualquer caso, ainda que o dano seja de culpa exclusiva da vítima, ou proveniente de ato de terceiro ou de caso fortuito ou força maior. Em outras palavras, “basta a existência do evento danoso e do nexo causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, sem a possibilidade de que este alegue excludentes de sua responsabilidade” (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 848).

[...] Se os evadidos causarem danos em locais afastados, ou muito tempo depois, não haverá, evidentemente, responsabilidade do Estado, na consideração de que rompido o liame causal entre a fuga e o dano verificado. Impõe-se a existência de imediatismo entre o comportamento omissivo, ou até mesmo comissivo, do ente estatal e o evento danoso sofrido pela vítima, segundo preconizado na chamada “teoria do dano direto e imediato”. Esse o ponto fundamental a ser observado, pois nem sempre a fuga do preso poderá ser considerada a causa próxima e eficiente dos danos que ele venha causar a terceiros. Significa que não se dispensa o nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída aos agentes da Administração do Estado e o dano causado a terceiros (STOCO, 2013, p. 228).

Portanto, para que seja indenizável, o dano praticado por detento foragido deve ser *direto e imediato*, como consequência lógica e efeito necessário da omissão estatal. A título de exemplo, cita-se a hipótese em que o réu preso, conduzido ao interrogatório no foro judicial, percebendo a distração dos agentes penitenciários, consegue fugir e, logo após, pratica ilícito contra alguma pessoa.

De outro lado, desapareceria o dever estatal se, no mesmo exemplo, referido presidiário praticasse condutas antijurídicas meses depois, associado com outros criminosos, tanto em razão do elemento temporal, quanto pela concausa superveniente, circunstâncias que rompem com o vínculo entre a omissão do Estado e o dano *a posteriori*, que deixa de ser *direto e imediato*.

Por fim, apesar da posição aqui assumida, de bom alvitre mencionar que o tema ainda é *controverso* no Supremo Tribunal Federal, sendo reconhecida, inclusive, a *repercussão geral* (Tema 362) à matéria no Recurso Extraordinário nº 608.880/MT, de relatoria do Min. Marco Aurélio, ainda pendente de julgamento.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio adotou, como regra, no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a *teoria do risco administrativo* para responsabilização civil do Estado em decorrência de atos praticados por seus agentes. Para tanto, é prescindível a demonstração de culpa *lato sensu* a fim de gerar o dever de indenizar, porquanto se trata de *responsabilidade objetiva*.

Não obstante, a jurisprudência pretoriana consagrou entendimento de que, nos casos de danos etiologicamente ligados a omissões estatais, a responsabilidade é *subjetiva*,

cabendo ao particular lesado o ônus de provar o dolo ou a culpa estatal, não precisando individualizá-los, atribuindo-se genericamente à *falta do serviço* os prejuízos ocorridos.

Nesse viés, questão tormentosa se atrela aos danos praticados por pesos foragidos, que deveriam se encontrar sob a guarda e custódia do Estado. Em casos tais, a responsabilidade será de cunho subjetivo, haja vista que, por desídia do Poder Público e falha no sistema prisional, o detento conseguiu empreender fuga, motivo pelo qual a vítima terá o encargo de provar o elo entre a conduta daquele e a omissão estatal.

Para solucionar os impasses advindos desses fatos, a jurisprudência se socorre da *teoria da interrupção do nexo causal*, pela qual somente os *danos diretos e imediatos* poderão ser imputados ao Estado, excluindo-se, por conseguinte, aqueles considerados *indiretos e remotos*, bem como os interligados a *concausas* – associação criminosa, *v.g.*

Doravante, muito embora existam decisões em contrário e o assunto é pauta de repercussão geral no Supremo, é acertada, do ponto de vista dogmático, a aplicação da *teoria da interrupção do nexo causal*, pois evita que se imponha responsabilidade ao Estado por danos desvinculados de sua esfera de atribuição, evitando-se, além do mais, a adoção de um *risco integral* pelo Poder Público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23. ed. São Paulo: Método, 2015.

CAHALI, Youssef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, vol. III**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. 1.** 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo II.** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.