



## VI. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE OCORRIDA NO CONTEXTO DE MOTIM EM PENITENCIÁRIA: O PROBLEMA DO CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO

## VI. STATE CIVIL LIABILITY FOR DEATHS OCCURRING IN THE CONTEXT OF PRISON RIOTS: THE PROBLEM OF THE IMPUTATION CRITERION

Carlos Eduardo D Elia Salvatori<sup>1</sup>

Recebido em:	28.06.2024
Aprovado em:	<b>21.06.2024</b>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil por morte de preso em contexto de motim, tendo como elemento central evidenciar o problema do critério de imputação da responsabilidade conforme a prescrição do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Assim, são firmadas as variáveis interpretativas em doutrina, reforçando-se o teor vago do esteio normativo, ainda que bem posicionada a teoria do risco administrativo. Em sequência, o foco recai na delibação do nexos causal, em especial pelos meandros da teoria do escopo de proteção da norma, campo no qual sobressaem as cominações dos artigos 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988, e 40 da Lei 7.210/1984. Ao final, inclusive com apoio em análise econômica do direito, consoante ensinamentos de Calabresi, marca-se a racionalidade de imputação de responsabilidade do Estado por morte de preso em contexto de motim.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade. Motim. Nexos. Risco. Objetiva.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the tort theory about the death of a prisoner in the context of a riot, having as a central element the problem of the criteria of imputation (article 37, § 6º, 1988 Federal Constitution). Thus, the interpretative variables are established in the doctrine, reinforcing the vague content of the normative, despite well positioned the theory of administrative risk. Subsequently, the focus falls on the verification of the liability cause, especially through the intricacies of the theory of the scope of protection of the norm, a field in which the articles 5, XLIX, 1988 Federal Constitution, and 40 Act 7.210/1984 excels. Eventually, with the support of economic analysis of the law, consonant to the lessons of Calabresi, the rationality of the imputation of the State's liability for the death of a prisoner in the context of a riot is pointed out.

<sup>1</sup> carlos.salvatori@usp.br



**KEYWORDS:** Tort. Riot. Nexus. Risk. Strict.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar os meandros da responsabilidade civil do Estado por morte em contexto de motim ocorrido no interior de penitenciária ou em centro de detenção provisória.

Para melhor ilustração, nesta etapa propedêutica, teceremos as linhas mestras que irão conduzir o trabalho, em ordem crescente, possibilitando, ao final, a verificação de algumas conclusões.

No primeiro tópico, evidenciaremos a problemática do critério de imputação da responsabilidade civil do Estado previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, efetuando comparações com outros dispositivos, para o fim de demonstrar a falta de contornos claros a respeito da matéria.

Em sequência, será demonstrado que, a partir disso, uma variada gama de interpretações fora extraída pela doutrina, sendo que muitas das construções foram cunhadas por meio de busca da solução em casos práticos. Nessa quadratura, também nos debruçaremos sobre o significado do risco administrativo.

O terceiro tópico focalizará as vicissitudes do nexo causal, propondo a utilização de um enfoque dúplice praticado por parte da doutrina civilista, o que, na hipótese da responsabilidade civil do Estado, diante da vagueza do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, possibilitará estremar com maior nitidez o alcance interpretativo, mormente se considerada a teoria do escopo de proteção da norma.

Com base nesse arcabouço, será dado um passo na resposta da questão central, abordando a situação de concausalidade e a aplicação do artigo 942, *in fine*, do Código Civil de 2002. Também nesse mesmo tópico, serão feitas incursões no que atine à força maior e o caso fortuito.

Por fim, sairemos do campo dogmático para adentrar na zetética, área conformada pelo conjunto de ciências que estudam o Direito enquanto objeto, não se confundindo,



contudo, com esse (SAMPAIO FERRAZ JR, 2003, p. 39-47), oportunidade em que faremos algumas ponderações sobre análise econômica do direito, com atenção à obra de Calabresi, corroborando a melhor escolha de imputação em termos de eficiência.

## **2. O PROBLEMA DO CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Quando se analisam as normas que delineiam as hipóteses de responsabilidade civil, usualmente se observa, com alguma facilidade, o critério material da escolha de imputação.

Por exemplo, no âmbito do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil objetiva, demanda a existência de uma atividade que traga um risco especial (GODOY, 2010, p. 185), como se extrai do artigo 927, § único:

Art. 927. (...)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Já no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 12 e 14, para que haja inicialmente a deflagração dos mecanismos da responsabilidade civil, necessária se faz a presença de um defeito do produto ou do serviço:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.



Não por outra razão Herman Benjamim (2008, p. 125) manifesta que: “O defeito, como causador do acidente de consumo, é o elemento gerador da responsabilidade civil objetiva no regime do Código Pode ele ocorrer em qualquer tipo de produto ou serviço de consumo (...)”.

Em relação aos danos ambientais, o critério material de imputação será a verificação de uma atividade poluidora, como bem marca Milaré (2020, p. 374):

Coube à Lei 6.938, de 31.08.1981, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente – ciente de que a atividade ruínosa do poluidor corresponde a uma indevida apropriação pessoal de bens de todos –, dar adequado tratamento à matéria, substituindo, decididamente, o princípio da responsabilidade subjetiva, fundamentado na culpa, pelo da responsabilidade objetiva, embasado no risco da atividade

Com efeito, estabelece o artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/1981

Art. 14. (...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

A própria responsabilidade civil subjetiva, calcada no artigo 186 do Código Civil, também traz um critério de imputação material evidente que é a presença de culpa *lato sensu*: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

Todavia, ao adentrarmos nas lindes do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, assim como do artigo 43 do Código Civil de 2002, não se depura, com solidez, qual seria o critério material de imputação previsto:

Art. 37. (...)

§ 6º 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.

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

Depreende-se do texto legal que foi adotada a forma redacional da responsabilidade civil subjetiva (“aquele que causa dano”), retirando-se o elemento da culpa *lato sensu* – o que faz marcar o traço objetivo – mas sem trazer outro específico critério material de imputação, diversamente dos demais atos normativos que formatam as hipóteses de responsabilidade civil objetiva como visto.

A título de comparação, em Portugal, com base na Lei n.º 67/2007, menciona-se que, para além das hipóteses de culpa, a responsabilidade também será ativada quando houver “funcionamento anormal do serviço”, inclusive com descrição legal do conceito:

Artigo 7.º (...)

3 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço.

4 - Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.

Ao cabo, no ordenamento jurídico brasileiro, na inexistência de previsão análoga, tem-se a seguinte estruturação: um agente do Estado (administração direta/indireta) ou de concessionária de serviço público que, nessa qualidade, venha a causar dano a terceiro. Exsurge tão somente desse (incompleto) texto a responsabilidade civil.

Tal forma redacional, aliás, não é novidade da Constituição Federal de 1988, tendo gênese no artigo 194 da Constituição Federal de 1946, e reiteração no artigo 105 da Constituição Federal de 1967 e no artigo 107 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969:



Art. 194. 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 culpa destes.

Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Antes da Constituição Federal de 1946, o esteio normativo da responsabilidade civil do Estado se encontrava no artigo 15 do Código Civil de 1916:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Segundo CAVALIERI FILHO (2005, p. 255), a referida norma era intrincada, prevalecendo, no entanto, o entendimento de que a modalidade da responsabilidade civil era a subjetiva:

Não obstante a redação ambígua desse dispositivo, o que ensejou alguma controvérsia inicial, a melhor doutrina acabou firmando entendimento no sentido de ter sido, nele, consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tanto é assim que fala em representantes, ainda ligado à idéia de que o funcionário representaria o Estado, seria seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões ‘procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei’ não teriam sentido se não se referissem à culpa do funcionário

Esse contexto nos sugere que a afirmação histórica da responsabilidade objetiva do Estado e sua inegável importância obnubila, em alguma medida, a falta de um critério material hialino de imputação.



A consequência, como se verá a seguir, é o surgimento de interpretações várias e dissonantes.

### 3. A EXEGESE DO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As propostas de exegese do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, assim como de seus correlatos (artigo 194 da Constituição Federal de 1946, artigo 105 da Constituição Federal de 1967 e artigo 107 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969), são e foram marcadas por conteúdos díspares.

Não é incomum, por exemplo, encontrar defensores que afirmam a necessidade de apurar uma falha na prestação do serviço público (“culpa anônima”), ainda que dissociada de culpa ou dolo do funcionário estatal. Trata-se da transposição da teoria da “*faute du service*” de origem francesa (DI PIETRO, 2008, p. 616; CAHALI, 2007, p. 33-34). De fato, a própria noção vulgar de “responsabilidade” faz parecer que alguém que seja responsabilizado por algo deva o ser por ter feito algo errado, havendo uma tendência de se extrair da norma tal conteúdo material. Todavia, como já apontado, diversamente do que ocorre com os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, não há no suporte fático normativo do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, consoante simples leitura dos termos, qualquer vestígio de falha ou defeito do serviço para fins de deflagração dos mecanismos da responsabilidade civil.

Outra leitura comum, inclusive encampada pelo Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma. AgRg no REsp 1345620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 24.11.2015), é a de que, para ações positivas, a responsabilidade civil do Estado seria objetiva, ao passo que, para atos omissivos, a responsabilidade civil seria subjetiva (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 1.044-1.045; CARVALHO FILHO, 2012, p. 560-563). É interessante notar que, na hipótese do artigo 927, § único, do Código Civil de 2002, e dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor – atos normativos que preveem a responsabilidade objetiva – a referida e reverberada possibilidade de diferenciação sequer chega a ser cogitada.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal entende, atualmente, que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, mesmo quando defronte a uma omissão:



(...) A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público (...). (2ª Turma, ARE 897890 AgR, Min. Rel. Dias Toffoli j. em 22.09.2015).

No campo doutrinário, o elastério interpretativo ainda se expande, pois há, em acréscimo, os que sustentam que a responsabilidade civil do Estado adotada é a que tem como fundamento a teoria do risco integral, vale dizer, quiçá sendo possível invocar as excludentes do nexo causal, como Mazagão e Barros (CAHALI, 2007, p. 38-39).

Esse contraste – da responsabilidade civil subjetiva para omissão à reponsabilidade civil objetiva imune às excludentes do nexo causal – a partir da interpretação do mesmo dispositivo legal, somente se explica em virtude da vagueza do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Para enfrentar a problemática, parece-nos que uma das possíveis saídas, justamente diante da falta de um critério material de imputação claro, seria verificar qual teoria do risco confere sustentáculo ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Isso, porque, com exceção da abordagem subjetiva para omissão, tem-se que a concepção da responsabilidade civil objetiva está bem marcada, e, portanto, pelas características inerentes, alguma teoria do risco a deve estribar. Como bem explana Alvino Lima (1998, p. 119):

A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo

De todo modo, fora dos extremos, como o do “risco integral”, a doutrina majoritária pondera pela aplicação da denominada “teoria do risco administrativo” (AGUIAR DIAS, 2006, p. 800-802). Salienta Villaça Azevedo (2019, p. 251-252) que o Estado “corre o risco do desempenho das funções públicas”, tendo tanto a responsabilidade impura, quando demonstrado culpa de seu agente no exercício da função, como também a responsabilidade



pura, em que não se tem como condição a específica conduta de um seu agente. Se no âmbito de uma atividade administrativa surgir um dano a certo indivíduo, deverá toda a coletividade, representada pelo Estado, arcar com o ônus. A rigor, qualquer atividade administrativa visa, por essência, ao atendimento do interesse público, beneficiando a sociedade em geral, de modo que, se durante o caminho alguém individualmente for prejudicado, deverá ser ressarcido por essa mesma massa. A lógica aplicada é a socialização dos ônus em idêntica medida a dos ônus, consoante histórica nota de Cavalcanti (1905, p. XI):

Além disto, assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos, é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se, que os efeitos da lesão, ou os encargos da sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a conectividade, isto é, satisfeitos pelo Estado,— afim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça commutativa: «Quod omnes tangit, ab omnibus debet supportari.»

Decorre daí que, por intermédio do risco administrativo, a responsabilidade civil objetiva do Estado demanda a existência de uma “atividade administrativa”, a qual, pela inexistência de um critério material mais concreto de imputação, é depurada do suporte fático normativo do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, pouco importando se a atividade é defeituosa ou não, como bem pontua o magistério de Cahali (2007, p. 35):

No plano da responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como ‘causa’ o fato ‘objetivo’ da atividade (comissiva ou omissiva) administrativa, regular ou irregular, incomponível, assim, com qualquer concepção de culpa administrativa, culpa anônima do serviço, falha ou irregularidade no funcionamento deste.

Muito embora a simples evidência da “atividade administrativa” como critério de imputação também não confira, por si só, a segurança jurídica esperada, é um primeiro passo possível. Em sequência, a perquirição, não menos problemática, passa a ser o exame do que vem a preencher o espaço entre a “atividade administrativa” e o “dano”, isto é, o nexa causal.



#### 4. O ENFOQUE DÚPLICE DO NEXO CAUSAL E A TEORIA DO ESCOPO DE PROTEÇÃO DA NORMA

Com exceção da corrente capitaneada por Agostinho Alvim (1980, p. 343 e 370), que, a despeito de expor a dificuldade inerente acerca das teorias do nexo causal, reputa que a melhor interpretação do artigo 1.060 do Código Civil de 1916 (correlato ao artigo 403 do Código Civil de 2002) leva à adoção da teoria do dano direto e imediato, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro não optou expressamente por uma teoria específica.

De fato, a temática não é matéria simples, de tal sorte que a opção por uma ou outra teoria é pressuposto fundamental, sem o qual qualquer discussão concreta envolvendo responsabilidade civil é fadada à imprecisão e a eternos desacordos. Inclusive, Agostinho Alvim (1980, p. 342) assevera que o elemento do nexo causal aufere ainda mais relevância quando a responsabilidade em pauta é a objetiva.

Na hipótese da reponsabilidade civil do Estado, a situação é mais sensível ainda, pois, como analisado, o próprio critério material de imputação não é hialino, pairando apenas uma genérica e pressuposta “atividade administrativa”, que, por sua vez, será ligada ou não a um dano.

A marcação da teoria do nexo causal revela, portanto, inegável importância, não sendo desmedido mencionar que fará parte, mesmo que indiretamente, da própria revelação do critério material de imputação.

Nesse trilhar, utilizar-nos-emos da proposta de abordagem dúplICE do nexo causal referenciada por Reinig (2019, p. 223), o qual se valeu de uma parcela da doutrina alemã no estudo do artigo 823 do BGB, para evidenciar que existem dois nexos causais: o nexo que fundamenta a responsabilidade civil e o nexo que preenche a responsabilidade civil. No primeiro, busca-se o “suporte fático da responsabilidade”, enquanto no segundo o “suporte fático do dano” (REINIG, 2018, P. 288).

Tal percepção não é recôndita, sendo também reconhecida no direito brasileiro por Miragem (2021, p. 117), e no direito português por Barroso Rodrigues (2023, p. 350), que menciona:



Não obstante a importância paritária na formação do título de imputação de danos, enquanto requisitos cumulativos, existem metodologicamente diferenças entre a causa da lesão (ilicitude) e a causa do prejuízo (dano) em ambas as vertentes dos nexos de causalidade (...)

Consoante Reinig (2019, p. 224-225), o nexo que fundamenta a responsabilidade se dará entre o critério de imputação e a violação de um bem jurídico abstrato (vida, corpo, saúde, liberdade, propriedade etc.) Já o nexo que preenche a responsabilidade se perfaz no elo entre a lesão do direito e os prejuízos, dimensionando-se os danos (isto é, quais são os danos emergentes, os lucros cessantes e o dano moral a serem extraídos do contexto). Abordagem semelhante àquela proposta por Junqueira de Azevedo (2004, p. 291), na qual se distingue o “dano-evento” do “dano-prejuízo”:

(...) é preciso distinguir entre o dano-evento e o dano-prejuízo; o primeiro é a lesão a algum bem; o segundo, a consequência dessa lesão. Pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais consequências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial – por exemplo, se a vítima perdeu, total ou parcialmente sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser a uma coisa, que está no patrimônio de alguém, e a consequência ser principalmente um prejuízo não patrimonial (dano moral) – por exemplo, se o dono tinha, pela coisa, valor de afeição. O dano-evento é, pois, o dano imediato, enquanto o dano-prejuízo é o dano mediato

Embora não seja usual no direito civil brasileiro, que, via de regra, trabalha com a noção unitária de nexo causal, a proposta de Reinig nos ajudará a melhor elucidar os meandros da responsabilidade civil do Estado, especialmente por morte ocorrida em contexto de motim, no interior de penitenciária ou centro de detenção provisória.

A nós, interessará, sobretudo, o “primeiro nexo causal” por ele indicado, vale dizer, o nexo que fundamenta a responsabilidade. Sobre o “segundo”, cuja apreciação normalmente se pauta na teoria da causalidade adequada, basta mencionar que o dimensionamento do dano, que não é o foco do presente estudo, já se encontra preliminarmente delineado no artigo 948 do Código Civil de 2002:



Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Com efeito, Reinig (2018, p. 292) demonstra a utilidade específica da adoção da “teoria do escopo de proteção da norma”, quanto ao “nexo causal que fundamenta a responsabilidade civil”, até mesmo como forma de limitação da responsabilização. A referida teoria advoga que haverá ligação sempre que o dano ao bem jurídico estiver compreendido no escopo de proteção da norma. Caso esteja fora do âmbito de proteção, não haverá responsabilidade por ausência de nexo. Enfim, busca-se desvendar qual é alcance de cobertura pretendido pelo legislador quando disciplina certa matéria.

Portanto, no caso ora analisado, é devido compulsar qual(ais) é(são) a(s) norma(s) que é(são) destinada(s) ao preso em face do Estado, a serem acopladas ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

De início, no mesmo patamar constitucional, tem-se no artigo 5º, inciso XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Destarte, deve o Estado garantir o respeito à integridade física e moral do preso, especialmente a vida, enquanto pessoa por ele custodiada. No mesmo sentido, o artigo 40 da Lei 7.210/1984: “Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Tal leitura, de certo modo, é referendada no Tema 592 do Supremo Tribunal Federal: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento” (Tribunal Pleno, RE 841526, Min. Rel. Luiz Fux, j. em 30.03.2016).

Conclui-se, daí, que está dentro do escopo de proteção dessas normas evitar que a vida do preso seja ceifada. É claro que pode haver circunstâncias atuantes e não circunspectas que rompam o nexo. Todavia, não nos parece correto que o Estado se exima de sua responsabilidade alegando que qualquer morte ocorrida no contexto de motim se caracterize



naturalmente como caso fortuito ou força maior. Registre-se, aliás, que a distinção entre as duas figuras em nada contribui ao caso, até por ser divergente em doutrina (SIMÃO, 2019, p. 218). A proteção da incolumidade física do preso não é simplesmente formal, de tal arte que a situação de motim no interior de penitenciária ou centro de detenção provisória é expediente que pode dimanar do contexto carcerário, tratando-se, em regra, de fortuito interno.

No direito estrangeiro, por exemplo, em França, há norma expressa que cristaliza a noção de fortuito interno nos casos de motim, inclusive fora do âmbito de penitenciária, responsabilizando diretamente o Estado, como se extrai da tradução livre do artigo L211-10 do Código da Segurança Interna: “Art. L211-10. O Estado é civilmente responsável pelos danos e prejuízos resultantes de crimes e delitos cometidos, com força aberta ou com violência, por multidões ou reuniões armadas ou desarmadas, seja contra pessoas ou bens. (...)”.

Reforça-se, assim, que a morte de preso em contexto de motim, ainda que o seja pelas mãos de outros detentos, não está fora do escopo de proteção da norma, havendo, na realidade, verdadeira situação de concausalidade, ou seja, permitindo-se concluir que tanto o Estado quanto o detento que matou seu colega de cárcere deram causa ao dano.

Nessa condição, a resposta legal será a imposição de responsabilidade civil solidária, por força do previsto no artigo 942, *in fine*, do Código Civil de 2002: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

## 5. ABORDAGEM ZETÉTICA: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Foi visto nos tópicos anteriores que a vagueza do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, permitiu que a doutrina formulasse diversas interpretações, por vezes díspares, conferindo alcance variado ao mesmo dispositivo constitucional, no âmbito de delimitar a reponsabilidade civil do Estado.



Kelsen (1960, p. 390-391 e 393) explica que o papel da ciência do direito é marcar quais são as interpretações à disposição dentro da moldura conferida pela norma. Desta feita, segundo o autor, inexistiria, do ponto de vista do direito positivo, a “interpretação certa”. O que se tem é que o aplicador direito deve escolher, dentre as opções interpretativas possíveis, aquela que reputar volitivamente mais adequada, sendo que, para tanto, poderia até mesmo se valer de outras ciências fora da dogmática jurídica.

Esse método é denominado por Sampaio Ferraz Jr (2003, p. 41 e 45) de “zetética”, o que possibilita, então, a inserção da “Análise Econômica do Direito”.

Não nos ocuparemos de situar e descrever a evolução dessa vertente, pois, se assim o fizéssemos, desviaríamos, sobremaneira, nosso foco. De todo modo, a análise econômica do direito ora setorizada será a efetuada por Calabresi, na obra “*The Costs of Accidents*”, em que visa a identificar os critérios de maior eficiência na busca pela melhor pessoa a ser responsabilizada.

Segundo o autor, um dos objetivos na escolha da imputação da responsabilidade é prover a redução do custo social. Isso, porque o deslocamento social, notadamente o para baixo, é algo que deve ser evitado. A partir daí, Calabresi (1970, p. 21 e 26-28) traz as noções do “*the deep pocket method*” e do “*risk spreading*”. Decerto, quanto à primeira, alocar a responsabilidade naquele que tem melhores condições financeiras de suportar o prejuízo evitaria o deslocamento social daquele que arca, justamente por ter fundos, e também da vítima, pois de nada adianta colocar a responsabilidade em quem não tem meios financeiros de efetuar a indenização. Em relação à segunda noção, o autor constata que também se afigura mais interessante a alocação naquele que tem condições de espalhar o ônus, vale dizer, de indiretamente repassar o custo a terceiros, pois, assim, pulveriza-se a perda, e, consequentemente, o deslocamento social.

É evidente que a responsabilidade civil também tem outros objetivos, o que dificulta a equação e o equilíbrio (CALABRESI, 1970, p. 29). Todavia, as diretrizes acima destacadas recomendam que, diante da vagueza da norma, a interpretação que afirma a responsabilidade civil objetiva do Estado em hipótese de morte no contexto de motim, ocorrido em penitenciária ou centro de detenção provisória é a que melhor se amolda ao objetivo da



redução do custo social. O Estado tem meios de ressarcir, não deixando a vítima à míngua, e, a rigor, pulveriza o custo, haja vista que é financiado por toda a coletividade, por meio da tributação.

Além disso, também não deve ser descurado que imputar a responsabilidade civil ao Estado faz com que esse seja estimulado a criar mecanismos mais seguros de contenção de motins, o que teria o condão de reduzir os acidentes, sendo esse outro objetivo da responsabilidade civil. Nessa quadratura, tomando outra expressão utilizada Calabresi (1970, p. 143), não há ninguém melhor posicionado na condição de “*cheapest cost avoider*”, ainda que deva ser inserido nessa equação os custos administrativos.

Por todas essas razões, acredita-se que imputar a responsabilidade ao Estado é mais eficiente e justificável, muito embora que outras interpretações, inclusive a não responsabilização do Estado, a depender da teoria do nexo causal adotada, sejam possíveis do ponto de vista dogmático.

## 6. CONCLUSÕES

Considerando que, de certa forma, já esposamos todos os elementos necessários e respondemos às principais questões, efetuaremos, agora, a sintetização das ideias bases, a fim de angariar as conclusões de modo ordenado.

Ressalvada a importância histórica do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, enquanto reprodução dos artigos 194 da Constituição Federal de 1946, 105 da Constituição Federal de 1967, e 107 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, para o fim de marcar a vertente objetiva da reponsabilidade civil do Estado, a tessitura normativa contém vagueza quanto ao critério material de imputação.

Essa vagueza causa a existência de variadas interpretações em doutrina, por vezes extremadas e díspares (como a procura pela falha do serviço público, a aplicação da teoria do risco integral e a mantença da responsabilidade civil subjetiva para ato omissivo).

A delibação da teoria do risco administrativo leva à focalização da atividade administrativa enquanto critério material de imputação da reponsabilidade.



Entre a atividade administrativa e o dano, impõe-se o nexa causal, cujo estudo, diante do amplo elastério do signo “atividade administrativa”, terá especial relevância até como modo indireto de compor e acrescer o critério material de imputação.

Nesse contexto, o enfoque dúplice do nexa (“nexa causal que fundamenta a responsabilidade” e “nexa causal que preenche a responsabilidade”) é útil, notadamente porque permite a utilização da “teoria do escopo de proteção da norma” quanto ao primeiro.

A conjunção entre o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, com o artigo 5º, inciso XLIX, do mesmo diploma, e o artigo 40 da Lei 7.210/1984 faz com que a morte de preso em contexto de motim, dentro de penitenciária ou centro de detenção provisória, esteja dentro do âmbito de proteção da norma, pois é dever do Estado garantir a incolumidade física do custodiado.

O motim no interior de penitenciária ou centro de detenção provisória se trata de fortuito interno, não podendo servir de justificativa genérica para excludente do nexa causal.

A existência de ato ilícito cometido por outro preso contra o detento caracteriza, assim, situação de concausalidade, respondendo aquele e o Estado solidariamente, por força do artigo 942, *in fine*, do Código Civil de 2002.

De todo modo, ainda que outras interpretações acerca do nexa causal sejam possíveis, podendo vir a excluir a reponsabilidade civil do Estado, não são escolhas razoáveis. Conforme a análise econômica do direito, diante dos elementos deixados por Calabresi, a responsabilidade civil do Estado é a opção mais adequada, por representar a redução dos custos sociais, e estimular que o Estado busque implementar medidas de prevenção de danos.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINHO ALVIM. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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



BARROSO RODRIGUES, António. **O Concurso de Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2023.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e, MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **AgRg no REsp 1345620/RS**, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 24.11.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, **ARE 897890 AgR**, Min. Rel. Dias Toffoli j. em 22.09.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **RE 841526**, Min. Rel. Luiz Fux, j. em 30.03.2016.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**, 3ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analysis**, New Haven and London: Yale University Press, 1970.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**, Rio de Janeiro: Laemmert, 1905.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade pelo Risco da Atividade**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1960. trad. port. de J. Machado, **Teoria Pura do Direito**, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MILARÉ, Édís. **Direito do Meio Ambiente**, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.



REINIG, Guilherme Henrique Lima. **A Teoria da Causalidade Adequada no Direito Civil Alemão**, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, ano 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019;

**O Escopo de Proteção da Norma como Critério Limitativo da Responsabilidade Civil por Ato Ilícito: Algumas Contribuições ao Direito Civil Brasileiro a partir do Direito Civil Alemão**, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SAMPAIO FERRAZ JR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SIMÃO, José Fernando. **Comentários aos Arts. 1º ao 232**, in A. SCHREIBER et al., **Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. **Curso de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil**, v. II, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.